

DERECHO EN SOCIEDAD

Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT - Costa Rica

Primera edición, julio de 2011. ISSN: 2215-2490

EDITORIAL

Norberto E. Garay Boza.

ARTÍCULOS

Las *holding* españolas, una opción para las inversiones desde Europa o Asia a Latinoamérica

Patricia Lampreave Márquez.

La situación de Costa Rica ante la OCDE: pasado, presente y futuro

Gabriela González García.

¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"

Jesús M^a Silva Sánchez.

Redefinición del sistema de registro para los diseños industriales en Costa Rica

Leonardo Villavicencio Cedeño.

La falta de acceso a la justicia para los indígenas. Un caso para ilustrar

Ligia Jiménez Zamora.

SECCIÓN ESPECIAL: Derecho Bursátil / FUNDEVAL, Bolsa Nacional de Valores – ULACIT

Bolsa Nacional de Valores, su génesis, su naturaleza híbrida y sus potestades autorreguladoras en el Mercado de Valores en Costa Rica

Adrián Alvarenga Odio.

SECCIÓN ESPECIAL: Ponencias y otras Reflexiones

Las penas de los nobles, o el delito de los poderosos

Carlos Alberto Elbert.

ULACIT
UNIVERSIDAD LATINOAMERICANA
DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA
COSTA RICA

www.ulacit.ac.cr

DERECHO EN SOCIEDAD

Revista Electrónica de la Facultad de Derecho, ULACIT - Costa Rica

Primera edición, julio de 2011.

EDITORIAL

Norberto E. Garay Boza. **Página 1**

ARTÍCULOS

Las *holding* españolas, una opción para las inversiones desde Europa o Asia a Latinoamérica

Patricia Lampreave Márquez. **Página 3**

La situación de Costa Rica ante la OCDE: pasado, presente y futuro

Gabriela González García. **Página 13**

¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la "lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor"

Jesús M^a Silva Sánchez. **Página 37**

Redefinición del sistema de registro para los diseños industriales en Costa Rica

Leonardo Villavicencio Cedeño. **Página 54**

La falta de acceso a la justicia para los indígenas. Un caso para ilustrar

Ligia Jiménez Zamora. **Página 62**

SECCIÓN ESPECIAL: Derecho Bursátil / FUNDEVAL, Bolsa Nacional de Valores – ULACIT

Bolsa Nacional de Valores, su génesis, su naturaleza híbrida y sus potestades autorreguladoras en el Mercado de Valores en Costa Rica

Adrián Alvarenga Odio. **Página 70**

SECCIÓN ESPECIAL: Ponencias y otras Reflexiones Las penas de los nobles, o el delito de los poderosos

Carlos Alberto Elbert. **Página 74**

Revisión filológica de Olga Córdoba
Diseño gráfico de Carlos Fonseca



La presente publicación pertenece a la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, con sede en Costa Rica y está bajo una licencia Creative Commons Reconocimiento - No comercial - Sin

obras derivadas 3.0 Costa Rica. Por ello se permite libremente copiar, distribuir y comunicar públicamente esta revista siempre y cuando se reconozca la autoría y no se use para fines comerciales. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/cr/>. Para cualquier notificación o consulta escriba a revistaderecho@ulacit.ac.cr

ISSN: 2215-2490

La Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, Costa Rica, no se hace responsable de la opinión vertida por las personas autoras en los distintos artículos.

Presentación

La Revista *Derecho en Sociedad* de la Facultad de Derecho, de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), con sede en Costa Rica [www.ulacit.ac.cr], genera y difunde, en un espacio académico y virtual, conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes relacionadas con todas las áreas del saber jurídico, de forma libre, crítica y propositiva. A su incidencia nacional e internacional en el ámbito de la academia, de la profesión, de la sociedad y de las instituciones, se une el compromiso con una visión humanista, socio-constructivista y de apertura intelectual, que promueve el fortalecimiento de las capacidades cognoscitivas superiores, la capacidad crítica, la solución de problemas de relevancia actual, la toma de decisiones, la interacción social y la inserción de los saberes empleados en contextos complejos y reales. La Revista, de publicación semestral, se dirige a los sectores académicos y profesionales en Derecho y ciencias afines.

Contacto revistaderecho@ulacit.ac.cr



Director de la Revista

M.Sc. Norberto E. Garay Boza
Profesor de Derecho Penal y
Criminología, Facultad de
Derecho, ULACIT

Consejo Editorial

El Consejo Editorial de la Revista *Derecho en Sociedad* lo integran expertos de reconocido prestigio de diversas disciplinas jurídicas, adscritos a la Facultad de Derecho, de la ULACIT, y externos a ella a nivel nacional e internacional.

- **Dr. Alfonso Navas Aparicio**
Decano y Profesor de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, ULACIT, Costa Rica.
- **Dr. Ricardo Madrigal Jiménez**
Profesor de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, ULACIT, Costa Rica / Juez Contencioso-Administrativo.
- **M.Sc. Leonardo Villavicencio Cedeño**
Profesor de Derecho de Propiedad Intelectual, Facultad de Derecho, ULACIT, Costa Rica / Abogado del Tribunal Registral Administrativo.
- **Lic. Fernando Lara Gamboa**
Profesor de Derecho Administrativo y Constitucional, Facultad de Derecho, ULACIT, Costa Rica / Gerente de Relaciones Internacionales, Viceministerio de Telecomunicaciones.
- **Dra. Patricia Lampreave Márquez**
Profesora Asociada de Derecho Financiero y Tributario, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España / Abogada en Ejercicio en Fiscalidad Internacional y Europea.
- **Dra. Gisela Makowski Borenstein**
Profesora Adjunta de Derecho Internacional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- **Dr. Miguel Ángel Cobos Gómez de Linares**
Profesor Titular de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España / Ex Juez de la Audiencia Provincial de Madrid.
- **Dr. Xavier Abel Lluch**
Profesor de Derecho Privado y Director del Instituto de Probática y Derecho Probatorio, Facultad de Derecho, Universitat Ramon Llull, España.
- **M.Sc. Romina I. Sijniensky**
Abogada Senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos / Capacitadora Internacional en Derechos Humanos.
- **M.Sc. Carolina Mauri Carabaguías**
Consultora de Ecoconsulta en Derecho Ambiental y Cambio Climático.
- **M.Sc. Randall Arias Solano**
Director del Programa de Gobernanza, Resolución Pacífica de Conflictos e Integración, Fundación Para la Paz y la Democracia (FUNPADEM).
- **M.Sc. Roberto León Gómez**
Abogado especialista en Derecho Bancario, Corporativo y Bursátil, Bufete LLMR&T, Costa Rica / Agente de Bolsa Autorizado.

Editorial

La revista *Derecho en Sociedad*, de la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), con sede en San José, Costa Rica, genera y difunde conocimientos relacionados con el saber jurídico, en un espacio académico y virtual, de forma libre, crítica y propositiva.

Acerca de Derecho en Sociedad

El nombre de la revista evoca algo obvio, no solo la circunscripción del saber jurídico al contexto social, sino cómo el primero puede ser un motor de cambios para el segundo, con lo cual se espera, precisamente, que los aportes académicos publicados sirvan tanto como herramientas en el ámbito académico, y como propuestas prácticas para que desde el saber jurídico se promuevan los cambios que se estimen necesarios.

Derecho en Sociedad es de acceso virtual, libre y gratuito, no solamente por los alcances del formato de cara a una realidad cada vez más atravesada por la tecnología y la interacción cibernética, sino también con el propósito de que los conocimientos difundidos comprendan tanto el contexto nacional como el internacional, punto considerado importante en un mundo donde las relaciones entre los Estados y las personas superan las fronteras de los países.

Con el propósito de dotar de la necesaria rigurosidad académica y profesional, la revista cuenta con la colaboración de un prestigioso Consejo Editorial, caracterizado por su especialización en diversas ramas del Derecho, compromiso con la Academia y el ejercicio de la profesión, cuyo criterio destaca por su competencia y crítica positiva a los artículos seleccionados para su publicación.

Derecho en Sociedad: comprensión, conocimiento y compromiso

En un contexto donde la saturación penitenciaria roza peligrosamente los derechos humanos de los presos¹; las relaciones comerciales entre los países son cada vez más frecuentes², pero la distribución de la riqueza no logra alcanzar a todos los sectores sociales³; la independencia de poderes enfrenta cada vez más cuestionamientos⁴; las jurisdicciones internacionales, como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, afrontan la resistencia

¹ Según el Ministerio de Justicia y Gracia, para agosto de 2010 había 10.144 reos en las prisiones del país, pero la capacidad real del sistema carcelario alcanza solo para 8.478 privados de libertad. Esto significa una sobrepoblación de 1.666 reos. Ante esto, el Gobierno planea la construcción de una cárcel especial para narcos (20 de agosto de 2010, *La Nación*, p. 15).

² Dentro de esta tendencia, a finales de mayo de 2011 se aprobó el Tratado de Libre Comercio con China (TLC con China abre puertas a 4000 productos costarricenses, 1 de junio de 2011, *La Nación*, p. 7).

³ En este sentido, en el *Informe del Estado de la Nación* de 2009, se indicó que "La pobreza por ingresos se incrementó por segundo año consecutivo, aunque se mantuvo por debajo del promedio del período 2003-2007. La pobreza total pasó de 26,7% en 2007 a 18,5% en 2009 y la extrema de 3,3% a 4,2%". Así, en el *Informe XV del Estado de la Nación, Equidad e Integración Social*. Recuperado de <http://www.estadonacion.or.cr/images/stories/informes/015/docs/info15cap2.pdf>

⁴ Un ejemplo de estos cuestionamientos suscitó la investigación realizada contra el fiscal general Jorge Chavarría, por parte de la Corte Plena, con ocasión de que el jerarca del Ministerio Público ordenó "el rastreo de llamadas telefónicas a la diputada socialcristiana Gloria Bejarano, al expresidente Rafael Ángel Calderón Fournier y a los magistrados de la Sala Tercera Magda Pereira, Carlos Chinchilla y Jesús Ramírez. Chavarría ordenó el rastreo de llamadas para determinar si hubo algún contacto telefónico entre las personas citadas antes de conocerse el fallo del caso Caja-Fischel. Una vez concluido el rastreo Chavarría presentó ante la Sala Tercera, el 9 de mayo, una solicitud de desestimación de la causa, pues, según el informe, no se detectaron llamadas entre ninguna de esas personas". Así la Corte revocó el acuerdo para investigar al Fiscal General (4 de julio de 2011). Recuperado de <http://www.nacion.com/2011-07-04/Magistrado-pide-anular-acuerdo-para-investigar-a-Fiscal-General.aspx> Luego de que el asunto saliera a la luz pública y se dedicaran varias notas periodísticas al tema, la Corte Plena revocó por mayoría la investigación contra el Fiscal General.

de las clases gobernantes⁵; el pluripartidismo recién comienza a aprender cómo gobernar un país⁶; y donde la crisis ambiental lesiona cada vez más a la naturaleza⁷, entre muchas otras situaciones, es desde el que se desarrolla y al que se enfrenta *Derecho en Sociedad*.

La revista, dentro de la corriente del sistema de educación para la comprensión promovido por ULACIT, no busca solamente el entendimiento incipiente de su objeto de estudio, sino también la posibilidad de penetrar en conflictos como los recién indicados que, para el saber jurídico, presentan una serie de problemas no resueltos. En este sentido, comprender implica primeramente detectar dificultades relacionadas con el ejercicio del Derecho, pero también conlleva a que mediante la crítica y la creatividad se desarrollen propuestas que ofrezcan soluciones a los conflictos analizados.

El desarrollo de las soluciones, en el marco de la revista, está asociado a la construcción del conocimiento, de tal forma que este y la propuesta se correspondan y sean, a su vez, el producto del abordaje crítico desde la comprensión, es decir, que el conocimiento elaborado en los artículos y aportes publicados sean el resultado del estudio minucioso de los problemas planteados tanto a los autores y a las autoras, como para quienes en el ejercicio de sus profesiones y estudios enfrenten situaciones como las resueltas en las publicaciones respectivas.

La construcción de conocimiento relacionado con temas actuales y de relevancia para el Derecho, difícilmente puede hacerse desde la neutralidad, por el contrario, se estima que el conocimiento toma partido de posiciones específicas y, aun más, que se desarrollará comprometido con alguna postura. *Derecho en Sociedad* está comprometida con la innovación, utilidad y libertad de expresión, por ello, sin importar la posición desde la que se asuma el conocimiento, será divulgada en el tanto cumpla con los niveles de excelencia requeridos; en este sentido, dado el contexto problemático en el que se desarrolla esta iniciativa, la revista en sí misma, por ser un medio apto para la publicación libre de ideas críticas y propositivas, constituye una solución a la escasez de medios de semejante naturaleza.

Este ejemplar de *Derecho en Sociedad* cuenta con importantes aportes para diversas ramas del Derecho, cuyo contenido se estima que será útil para quienes ejerzan o estudien tanto la carrera de abogacía como otras disciplinas afines. Los lectores de la revista apreciarán la originalidad, compromiso y propuesta de los textos publicados, lo cual en sí mismo quizá constituye la mejor y más importante invitación para su estudio, crítica, desarrollo teórico e implementación práctica.

Norberto E. Garay Boza

Director de *Derecho en Sociedad*

⁵ Al respecto, contra una recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el pasado 14 de junio de 2011, la Asamblea Legislativa archivó el proyecto de Ley 17900, Ley sobre Fecundación in Vitro y Transferencia Embrionaria. Así en *La Nación*, diputados entierran plan que permitía fecundación in vitro (14 de junio de 2011). Recuperado de <http://www.nacion.com/2011-06-15/EIPais/diputados-entierran-plan-que-permitia-fecundacion-in-vitro.aspx>

⁶ Como síntoma de esta nueva dinámica, el pasado 2 de mayo de 2011 “El bloque opositor conformado por las fracciones del PAC, Movimiento Libertario, PUSC, PASE y Frente Amplio lograron (sic) conformar un directorio de oposición, luego de que el PLN se hiciera a un lado y no propusiera ningún candidato para estos puestos. Esta es la primera vez en 45 años que el gobierno no tiene el control del congreso” (Opositores eligen nuevo directorio del Congreso, 2 de mayo de 2011, *La Nación*). Recuperado de <http://www.nacion.com/2011-05-02/EIPais/UltimaHora/EIPais2766003.aspx>

⁷ En relación con esto, se ha señalado lo siguiente: “De acuerdo con el último informe del Tribunal Ambiental Administrativo (TAA), en el primer semestre del año se abrieron 254 nuevas causas, las cuales incluyen denuncias de los ciudadanos y los asuntos de oficio. (...) El agua es el recurso más castigado. Según se desprende del estudio del Tribunal más de la mitad de los casos corresponde a daños al recurso hídrico”. Pesquisas por daño ambiental se duplicaron en seis meses (10 de julio de 2011, *La Nación*, p. 6).

Las *holding* españolas, una opción para las inversiones desde Europa o Asia a Latinoamérica.

Patricia Lampreave Márquez¹

Sumario

I.-Noción de entidad *holding* II. Análisis del régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros: a.- Concepto y objeto social; b.- Régimen fiscal: rentas obtenidas por la ETVE y régimen aplicable a los socios; c.- Régimen fiscal aplicable a los socios; d.- Compatibilidad con el código de conducta. III. Conclusión.

Resumen

Las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros, conocidas como las *Holding* españolas, han tenido desde su creación una evolución interesante, dado que un régimen de exención de dividendos y ganancias derivadas provenientes de las participaciones en el extranjero, era necesario a los efectos de poder competir fiscalmente con otros Estados, fundamentalmente con Estados Miembros de la Unión Europea. No cabe duda que dicho régimen ha repercutido de manera positiva tanto para las entidades españolas con participación en el extranjero, como para el resto de las entidades no residentes que han decidido incorporar una *holding* española como intermediaria entre el Estado de origen de la inversión y el Estado de recepción. No obstante, no todo ha sido ventajas en su aplicación práctica, la interpretación del polémico condicionante de "motivo económico válido", tanto por los Tribunales españoles como por parte de la Inspección tributaria ha ensombrecido dicho régimen. El presente artículo, tiene como objetivo principal, no solamente el analizar los condicionantes del régimen sino las ventajas y desventajas del citado régimen, lo que puede ayudar al lector en el momento de tomar la decisión o no de incorporar una entidad *holding* española. **Palabras clave:** Entidades Holding, Régimen de Entidades de Tenencia Valores Extranjeros, Régimen de Exención por Participación, Competencia Fiscal, Competencia Fiscal Lesiva, Exención, Fiscalidad Internacional, Fiscalidad Europea, Arbitraje Fiscal, Código de Conducta.

Abstract

Since the approval of the Spanish Holding company' regime, the mentioned have had an interesting evolution. A Spanish participation exemption regime was necessary in order to exercise a greater fiscal attraction on international operators to the Spanish territory and to compete with other traditional holding company regimes within the European Union. There is no doubt that this regime has impacted positively in Spanish multinational with participation in nonresident companies and in foreign multinationals that decided to include a Spanish holding as a conduit company between the host and home country. However, the competitiveness of a holding company regime not only verse in purely tax matters, but in the flexibility shown by the tax authorities and their governments, and in the case of the Spanish regime, the controversial interpretation of the "valid economic reason" required, has overshadowed the regime. This article is focused on the Spanish participation exemption regime, through an in-depth analysis on the evolution of the conditioning required from its incorporation in the Spanish Legislation until nowadays, which may help the readers to decide whether or not incorporate a

¹ Doctora en Derecho Financiero y Tributario y Profesora Asociada de la Universidad Complutense de Madrid, España. Abogada especialista en Fiscalidad Internacional. E-mail: patlampreave@icam.es

Spanish holding. **Keywords:** Holding Companies, Spanish Holding Company Regime, Participation Exemption Regime, Fair Competition, Harmful Tax Competition, Exemption, International Taxation, European Taxation, Tax Arbitration, Code of Conduit.

I. Noción de entidad *holding*.

Las entidades *holding*², son sociedades cuyo objeto social principal es el de ostentar participaciones en otras entidades. En ocasiones, también se refieren con este término, a sociedades que participan en otros activos, como patentes o licencias.

Las entidades *holding* pueden ser sociedades matrices que participan en un cien por ciento o similar en sus subsidiarias y son conocidas como *holding* de control, al dedicarse a gestionar las entidades en las que participa.

No obstante, también se entienden como entidades *holding* a entidades con una finalidad exclusivamente financiera, al sustentar diversidad de cartera en un grupo de inversión, siendo conocidas como *holding* de cartera o *portfolio holding*.

La diferencia entre *holding* de control y de cartera viene dada por el objeto social, así como por la participación que posean en las entidades, al ser en el caso de las inversiones de cartera, una participación mínima, en consecuencia, a los dividendos y plusvalías, les serán aplicables unos tipos de retención superiores a los aplicados en caso de las *holding* de control.

La noción anglosajona de *holding*, distingue las *holding* “puras”, se entiende como tal a las entidades que posean los suficientes derechos de voto en una o varias compañías con el objeto de ejercitar el control sobre ellas, de las *holding* “operativas”, que además de lo anterior, llevan a cabo una actividad empresarial.

Las *holding* puras disponen de la mayoría de las participaciones en su subsidiaria. Son entidades poco complejas en su regulación y más baratas en su utilización que otro tipo de sociedades, por lo que son perfectas y así se ha reconocido en la práctica de la planificación fiscal, para organizar tanto las participaciones en un nivel nacional como internacional.

Dos ejemplos de *holding* puras, muy utilizadas en la planificación fiscal internacional por su atractivo fiscal, han sido las entidades *holding* luxemburguesas establecidas según la ley 1929 y las *holding* Suizas con amplia tradición en su utilización por multinacionales europeas.

A modo de ejemplo, podemos considerar la definición que la Ley luxemburguesa de 1929 otorga a las entidades *holding*, entendiéndolo como tal, a toda sociedad que tenga por objeto exclusivo la toma de participación, en la forma que sea, en otras empresas luxemburguesas o extranjeras, así como la gestión, y la puesta en valor de esas participaciones, de manera que no tenga actividad industrial propia, ni establecimiento comercial abierto al público.

La legislación Suiza, también define a las sociedades *holding* en el sentido anteriormente descrito, ya que el único objeto social de las citadas, es la tenencia de participaciones en sociedades extranjeras. La normativa enfatiza que las *holding* no pueden llevar a cabo ningún tipo de actividad en Suiza y establece que deberá ser sustanciosa su participación en las entidades extranjeras, debiendo mantenerse las participaciones a medio plazo.

² Para un análisis de los diferentes regímenes de entidades Holding en Europa véase Lampreaue Márquez, P. (2009). *La competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi

De las citadas definiciones se desprende la visión de *holding* en el sentido puro, al privar a estas entidades de toda posible actividad empresarial añadida al objeto principal de la sociedad, que no es otro que la mera tenencia de las participaciones.

Sin embargo, otros Estados definen a las sociedades *holding*, como entidades que adquieren la mayor parte de las participaciones de otras sociedades para dirigir las y gestionarlas, ya no sólo con el objeto de participarlas³.

Es en este sentido, como se define la noción de *holding* por el Estado español, al referirse a entidades *holding* de control, las cuales son reguladas a través del régimen denominado de Entidades de Tenencia de Valores Extranjero, las cuales analizaremos más adelante.

La proliferación de las *holding*, se debe a que cada vez son más complejos los proyectos empresariales, por lo que los inversores y accionistas se unen en este tipo de entidades, para separar lo que es la actividad productiva, que será llevada a cabo por las participadas, de la actividad de gestión y control que quedará en manos de las *holding*, las cuales prestarán servicios de apoyo, tales como, el asesoramiento jurídico, recursos humanos o la contabilidad.

La sociedad *holding*, cabecera de grupo podrá participar en una serie de subsidiarias, que estarán establecidas en el mismo territorio o fuera de él. Las subsidiarias normalmente se seccionan por actividades productivas. A modo de ejemplo, una multinacional constructora tendrá varias participadas, unas se dedicaran a la obtención y gestión de concesiones administrativas de autopistas y aeropuertos, otras a la gestión de *parkings*, otras a la construcción y cada una de ellas probablemente participe en una entidad extranjera, a través de la cual se lleve a cabo la actividad de manera transfronteriza. Las entidades *holding*, en este tipo de estructuras, tienen un objeto social mixto, por un lado relativo a las participadas residentes en territorio español y por otro en relación a las participaciones que ostenta en entidades establecidas fuera de territorio español.

Las *holding* han sido también un instrumento de planificación fiscal internacional, como entidades canalizadoras de rentas, entre el país de origen y destino de la inversión.

En estos casos, se buscará la exención en dividendos y plusvalías derivadas de la transmisión de la participación y de los rendimientos percibidos por la operativa o *target company*. En aras a mantener una cierta seguridad jurídica en la inversión, es conveniente que la Administración del país de residencia de la *holding* sea ágil y permita la obtención de contestaciones a consultas vinculantes que garanticen la viabilidad de la estructura, al ser altamente beneficiosa la existencia de un acuerdo con la Administración tributaria del Estado, previo a la incorporación de la *holding*, con el objeto de establecer la tributación de dicha entidad.

Desde un punto de vista práctico, la experiencia ha demostrado la ventaja de un país con comunicaciones adecuadas, de fácil accesibilidad y existencia de una buena red de Convenios de Doble Imposición (CDI).

Normalmente, lo que establece cada país es una regla de mínimos en cuanto al grado de participación, que puede ser sustituido en ocasiones por un volumen de inversión determinado, así como un periodo mínimo de mantenimiento de la participación. También se suele requerir que las sociedades participadas queden sometidas a algún tipo de tributación sobre la renta y generalmente se excluye la aplicación del régimen de exención, en caso de que las participadas residan en un paraíso fiscal⁴.

³ Moliner, M. (2007). *Diccionario de uso del español*. Madrid : Ed. Gredos.

⁴ Arespachaga, J. (1998). *Planificación fiscal internacional*. Madrid: Ed. Marcial Pons.

Debemos recordar que en Estados como Luxemburgo, Holanda, Irlanda y Reino Unido, no sólo es corriente sino tradicional, la utilización de sociedades *holding*, por tanto, su diversidad es superior en relación a los países más tradicionales, como España o Francia. No obstante, suelen ser coincidentes en cuanto al objeto principal de la mayoría de ellas como gestoras y de control sobre las entidades participadas sitas en otros Estados.

II. Análisis del régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros⁵: a.- Concepto y objeto social; b.- Régimen fiscal: rentas obtenidas por la ETVE y régimen aplicable a los socios; c.- Régimen fiscal aplicable a los socios; d.- Compatibilidad con el código de conducta.

a.- Concepto y objeto social.

Las ETVE⁶, son entidades con personalidad jurídica cuyo objeto social primordial⁷ es el control y gestión de las actividades desarrolladas por sus sociedades participadas no residentes en territorio español, mediante la correspondiente organización de medios materiales y personales.

Cabe mencionar que la naturaleza de las entidades no residentes. En esto la Doctrina no es unísona, a juicio de algunos autores, cabría considerar que las entidades no residentes pueden ser cualquier tipo de sociedad, ya no solo de capital, sino sociedades de personas, sociedades en participación, fondos de inversión, etc., tanto con personalidad jurídica como sin ella. A mi entender, no parece que del espíritu de la Ley se derive tal argumento, más bien se refiere a entidades con personalidad jurídica propia en forma de sociedad de capital.

Las participaciones representativas de la participación en el capital de la ETVE deberán ser nominativas, no pudiendo acogerse al régimen ni las agrupaciones de interés económico, ni las uniones temporales de empresa.

La obligatoriedad de ser nominativas lleva conexas el objetivo de controlar quienes son los accionistas, lo cual redundaría en una desmotivación de todo aquel que quiera utilizar una ETVE con fines elusivos u opacos, pero también redundaría en que el exceso de requisitos legales de información, junto con la obligación de ser nominativas, que en la práctica las ETVE no coticen en mercado secundario.

La TRLIS, elimina la regulación anterior en la que se establecía que el objeto social *primordial* de la sociedad debía ser la dirección y gestión de los valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español, si bien es cierto que se admitía, implícitamente, la existencia de actividades distintas de carácter secundaria, el problema resultaba en el momento de determinar qué actividades “secundarias” podían llevarse a cabo por una ETVE, lo que parece que no da lugar a mucha duda, al entenderse como tal, todas aquellas actividades complementarias y vinculadas al objeto social principal.

Un número importante de multinacionales españolas con intereses en Latinoamérica⁸ se estructuran a través de una matriz que detenta participaciones en sus filiales españolas y extranjeras, siendo el objeto social de la matriz “mixto”, por un lado dotará de la cobertura necesaria a sus participadas domésticas, a través de departamentos como son el jurídico o fiscales entre otros, y respecto a las subsidiarias extranjeras, su objeto se limita a la mera

⁵ En adelante, ETVE.

⁶ Los regímenes de entidades de tenencia de valores extranjeros son regulados en los artículos 116 a 119 inclusive del Texto refundido del Impuesto sobre sociedades (en adelante TRLIS) aprobado por el RDL 4/2004 de 5 de marzo, publicada en el BOE el 11 de marzo de 2004. Adicionalmente el Reglamento del Impuesto sobre sociedades desarrolla en su título III (artículo 41) el procedimiento para la solicitud y renuncia del régimen.

⁷ Martín Jimenez, A. J.: “Consideraciones sobre el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros tras la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”, *RDFHP*, núm. 245/97.

⁸ Lampreave Marquez, Patricia (marzo, 2000). “Entidades de tenencia de valores extranjeros”. *Revista impuestos*. Edit La Ley, n.º 6.

gestión y administración de las mismas. Por tanto, se reconoce que bajo la misma entidad jurídica coexistan varios objetos sociales diferentes, sin llevarnos al equívoco que el régimen fiscal aplicable a las ETVE solo se aplica respecto a las subsidiarias no residentes no respecto a las domésticas.

Sin embargo las ETVE también son utilizadas como canalizadoras de rentas, entre un Estado de la Unión Europea o Asiático, que pretende invertir por ejemplo en Latinoamérica y en lugar de llevar a cabo una inversión directa, utiliza la ETVE, como sociedad instrumental, por tener una red extensa con países latinoamericanos, lo cual es completamente lícito, siempre que cumpla con el resto de los condicionantes para que pueda beneficiarse del régimen fiscal de las holding españolas (es decir, se lleve a cabo mediante la correspondiente “organización de medios materiales y personales”).

El citado requisito ha sido objeto de innumerable polémica por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que ha sido susceptible de delimitaciones tanto doctrinales como por parte de la Dirección General de Tributos.

De las Resoluciones de la DGT⁹ relativas a la sustancia de las ETVE se desprende que la toma de decisiones deberá llevarse a cabo en España, pero además podríamos añadir, en aras a una mayor seguridad jurídica, que una persona con contrato laboral o mercantil debería llevar la administración y gestión diaria de la ETVE y que dicha entidad cuente con una local u oficina equipada para llevar a cabo su actividad.

b.- Régimen fiscal: rentas obtenidas por la ETVE y régimen aplicable a los socios.

En virtud del artículo 117 del TRLIS, los dividendos o participaciones en beneficio de entidades no residentes en territorio español, así como las rentas derivadas de la transmisión de la participación correspondiente, podrán disfrutar de la exención siempre que cumplan con una serie de requisitos de participación mínima y permanencia¹⁰ tanto de la participación directa como indirecta.

El artículo citado hace especial referencia al artículo 21 del TRLIS¹¹, donde se detalla los requisitos necesarios para la aplicación de la doble imposición económica internacional sobre dividendos y rentas de fuente extranjera, derivadas de la transmisión de valores representativos de los fondos propios de entidades no residentes en territorio español. Es decir, hace referencia a dividendos recibidos por la *holding* de las sociedades en las que participa y las plusvalías que se generan por la venta de las participaciones que la *holding* ostenta.

Para que se dé la aplicación de la exención tanto en dividendos como en plusvalías mobiliarias, el porcentaje de participación directo o indirecto en el capital o en los fondos propios de las entidades no residentes ha de resultar igual o superior al 5 por 100.

Una de las principales ventajas que se derivan del régimen de ETVE es que permite a la entidad residente disfrutar del mecanismo de exención en aquellos supuestos en los que, pese a no alcanzarse el porcentaje de participación exigido por el artículo 21 del TRLIS, el valor de la participación en la entidad extranjera es igual o superior a 6 millones de euros. Lo cual flexibiliza la excesiva rigidez de la primera redacción, siempre y cuando no se desvirtúe el cumplimiento de su objeto primordial.

⁹ Véase la Resolución de la DGT de 10 de noviembre de 1995: “No exige la norma que la entidad (...) tenga que dirigir y gestionar las actividades empresariales de las entidades participadas, ni realizar ningún tipo de actividad empresarial, en relación con las participadas”, a tenor de ésta Resolución parece que la mera compraventa y tenencia de participaciones en entidades no residentes en territorio español, se considera suficiente.

¹⁰ El artículo 117 del TRLIS, remite al artículo 21 del TRLIS, con el objeto de vislumbrar los requisitos y las condiciones para la aplicación de la exención.

¹¹ Introducido por el Real Decreto-Ley 3/2000, de 23 de junio.

La participación se deberá poseer de manera no interrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya, o en su defecto se deberá mantener durante el tiempo necesario para completar dicho plazo¹². En cuanto a la exigencia de periodo mínimo de mantenimiento de la participación de un año, la Dirección general de tributos, es bastante flexible¹³.

Uno de los puntos más importantes del régimen de las ETVE por su incidencia en la penalización o no por el Código de Conducta, es la exigencia de que la participada esté sujeta a un impuesto de naturaleza idéntico o análogo y no resida en un paraíso fiscal.

En referencia a lo anterior, el artículo 21.1.b) del TRLIS entiende cualquier tributo extranjero que haya tenido por finalidad la imposición de la renta obtenida por la entidad participada, siquiera sea parcialmente, con independencia de que el objeto lo constituya la propia renta, los ingresos o cualquier otro elemento indiciario de aquella. Por tanto, podemos considerar como tal aquel que grava rentas o beneficios con independencia del tipo impositivo.

En caso de darse un CDI entre España y el país donde están sitas sus participadas, se entenderá cumplido el requisito, siempre y cuando contenga una cláusula de intercambio de información y la forma societaria de la participada esté contenida en el CDI.

En el caso de tributación no efectiva, vacaciones fiscales etc..no se podrá aplicar en virtud de los requisitos exigidos por Ley, en cuanto a regímenes especiales, siempre que queden sujetos a gravamen ya sea parcialmente, parece indudable su aplicación, no así cuando no quedan sujetos en absoluto.

El tercer requisito que exige la Ley concierne a la actividad de la sociedad participada no residente, ésta deberá llevar a cabo una actividad empresarial fuera de territorio español.

En relación a lo que se considera actividad empresarial, además de las numerosas Resoluciones de la DGT que definen lo que se considera como tal, el artículo 21.1.c) exige con carácter general al menos que el 85 por 100 de los ingresos de la filial extranjera proceda de actividad empresarial¹⁴.

El artículo 21 del TRLIS incluye dentro de las actividades de carácter empresarial todos aquellos rendimientos a los que no les sea de aplicación el régimen de transparencia fiscal internacional regulado en el artículo 107 del TRLIS.

Sin embargo, el citado artículo 21 del TRLIS, establece unas reglas particulares que permiten identificar cuándo los ingresos de las actividades de comercio al por mayor, servicios, crediticias, financieras y de seguros se consideran procedentes de actividades empresariales realizadas en el exterior.

Es interesante señalar que se considera como ingreso, también los dividendos y plusvalías, tanto expresas como tácitas, que estas participadas tengan en otras entidades, siempre que estas últimas sean las que lleven a cabo la actividad empresarial y cumplan con todos los requisitos anteriores.

¹² Para el cómputo de plazo se tendrá también en cuenta el período en que la participación haya sido poseída ininterrumpidamente por otras entidades que reúnan las circunstancias del artículo 42 del Código de Comercio.

¹³ Véase Resolución de la DGT de 1 de marzo de 2000, relativa a que en el caso de participaciones indirectas superiores al año, no es limitativo que en la participación directa no se haya logrado llegar al año.

¹⁴ El concepto de actividad empresarial aparece definido en el artículo 25 del TRLIRPF, por lo que resultará obligado acudir a este precepto para determinar si la renta obtenida por la entidad extranjera está exenta de tributación.

En cuanto a la participación indirecta es importante señalar que en los casos que la ETVE participe indirectamente sobre sus filiales o subsidiarias, se deberá dar el 5 por 100, salvo en los casos en que forme parte del mismo grupo de sociedades de la *subholding* y formule estados contables consolidados.

No parece del todo lógico que dándose el resto de los condicionantes, si la *subholding* lleva a cabo una actividad empresarial sometida a gravamen, por no superar el porcentaje exigido se queden excluya la aplicación del régimen.

Otro punto de especial interés es la limitación en la integración en la base imponible de la depreciación de la participación de la entidad extranjera que distribuye dividendos, hasta el importe de dichos dividendos sobre los que hubiese aplicado la exención.

Asimismo en caso de minusvalías en la transmisión de la participación, éstas se minorarán en el importe de la renta positiva obtenida en la transmisión precedente y a la que se hubiera aplicado la exención, en virtud del artículo 21. 4 del TRLIS.

El artículo 116.2 del TRLIS, señala que la aplicación del régimen ETVE requiere que el contribuyente comunique al Ministerio de Hacienda su voluntad de aplicarlo, surtiendo efecto desde el período impositivo que finalice con posterioridad a dicha comunicación. En la redacción de la ley 6/2000, se requería la autorización previa de la Administración tributaria, lo cual desde un punto de vista práctico era un procedimiento algo complicado.

c.- Régimen fiscal aplicable a los socios.

El artículo 118 establece que los beneficios distribuidos con cargo a las rentas exentas mencionadas anteriormente recibirán el siguiente tratamiento:

- a) Cuando el perceptor del beneficio sea una entidad sujeta al IS: Los beneficios percibidos darán derecho a la deducción por doble imposición de dividendos en los términos establecidos en el artículo 30 de esta ley –deducción para evitar la doble imposición interna: dividendos y plusvalías de fuente interna–.
- b) Cuando el perceptor sea contribuyente del IRPF: El beneficio distribuido no dará derecho a la deducción por doble imposición de dividendos, pero se podrá aplicar la deducción por impuesto satisfecho en el extranjero. Tal como se determina en el artículo 1116.1b) de la Ley 35/2006, de acuerdo con la actual distinción en el IRPF respecto a rentas integrante en la base imponible general y la base imponible del ahorro, éstas quedarían¹⁵ localizadas dentro de las primeras, tributando al tipo marginal.
- c) Cuando el perceptor sea una entidad o persona física no residente en territorio español –pero tampoco residente en paraíso fiscal–, se entiende que el beneficio distribuido –se aplica igualmente a la distribución de primas de emisión– no se ha obtenido en territorio español. A estos efectos, se entenderá que el primer beneficio distribuido procede de rentas exentas.

2. Las rentas obtenidas en la transmisión de la participación en la entidad de tenencia de valores o en los supuestos de separación del socio o liquidación de la entidad recibirán el siguiente tratamiento:

¹⁵ Palacios, J. (2007). “El tratamiento fiscal de las holding española”, Cap. 34, p. 1424 del Manual del Fiscalidad Internacional. Volumen II, Manuales de la Escuela de Hacienda Pública, dirigido por Teodoro Cordón Ezquerro. Madrid: Ministerio de Hacienda / Instituto de Estudios Fiscales.

- a) Cuando el perceptor sea una entidad sujeta a este impuesto o un establecimiento permanente situado en territorio español, y cumpla el requisito de participación en la entidad de tenencia de valores extranjeros, podrá aplicar la deducción la exención prevista en el artículo 21 mencionado en relación a la renta obtenida que se corresponda a las participaciones en entidades no residentes que cumplan con los requisitos ya vistos y la deducción por doble imposición interna de plusvalías por el resto de las rentas obtenidas en los términos del artículo 30 del TRLIS.
- b) Cuando el perceptor sea una entidad o persona física no residente en territorio español –no residente de un país clasificado como paraíso fiscal–, no se entenderá obtenida en territorio español la renta que se corresponda con las reservas dotadas con cargo a las rentas exentas a que se refiere el artículo 21 o con diferencias de valor imputables a las participaciones en entidades no residentes que cumplan los requisitos a que se refiere dicho artículo para la exención de las rentas de fuente extranjera.
- c) Para el socio residente persona física, no existe regla especial, estando sujeto al régimen general del IRPF, integrando las rentas en la base imponible del ahorro a un tipo del 18 por 100.

Es importante mencionar que la entidad de tenencia de valores deberá mencionar en la memoria el importe de las rentas exentas y los impuestos pagados en el extranjero correspondientes a estas, así como facilitar a sus socios la información necesaria para que éstos puedan cumplir lo previsto en los apartados anteriores.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 21.3 b) del TRLIS, no resultará aplicable el régimen de exención a los dividendos y plusvalías de fuente extranjera cuando las entidades no residentes participadas se hubiesen creado o fuesen utilizadas con la finalidad principal de disfrutar de este régimen fiscal, evitando así posibles ficticios legales.

A estos efectos, el legislador ha incluido una presunción *iuris tantum* según la cual se entiende que se da esta circunstancia cuando carezca la incorporación de la ETVE de un motivo económico válido.

El motivo económico válido deberá ser además de alcanzar una optimización fiscal, deberán incurrir otros criterios de índole económica, por ejemplo por necesidades de reestructuración societaria.

Esta consideración se basa en que numerosas *holding* tienen por única o principal finalidad su incorporación por razones de índole fiscal, al ser eficientes mecanismos para concentrar o repartir los beneficios empresariales, además de ser un mecanismo creado por el propio Estado para estimular el uso del régimen, en detrimento de otros regímenes que, por no tener el beneplácito de la Administración, son constantemente inspeccionados y esto puede ser, sin duda, una medida selectiva.

No podemos compartir la anterior afirmación. Entendemos que el excesivo dogmatismo de alguno de sus requisitos, así como las numerosas inspecciones llevadas a cabo sobre las ETVE existentes y las resoluciones de los Tribunales españoles en relación al requerido motivo económico válido de las ETVE, hacen que este régimen sea poco atractivo y competitivo, en comparación con otros regímenes de *holding* existentes en la Unión Europea.

A modo de ejemplo podemos citar la reciente resolución del TEAC, en la cual se ha rechazado que las multinacionales que crearon *holdings* españolas para gestionar sus filiales en el extranjero puedan deducirse fiscalmente los gastos financieros ocasionados para adquirir las participadas¹⁶.

¹⁶ Resolución del TEAC (Nº 656/2007), de 25 de junio de 2009.

Como apunta el TEAC, “*el motivo por el que no se admiten estos gastos como deducibles radica en que, con fundamento en los antecedentes y operaciones que se analizan, dichas operaciones no tienen ningún sentido económico o empresarial sustancial para el grupo, fuera de las ventajas fiscales que se cuestionan, ni suponen ninguna nueva inversión real ni la ampliación a nuevos mercados, sino que se trata de un simple intercambio de participaciones dentro del grupo, que sólo significa un cambio en la titularidad formal de las mismas, sin modificación en la situación de dominio*”.

Lo cuestionable en esta Sentencia es que ese carácter «artificial» de los préstamos no se desprende de los hechos probados, al reconocer la AEAT que los préstamos son reales y no simulados, sino más bien de una especie de presunción que subyace en las inspecciones de operaciones transnacionales planteadas por el citado organismo, al entender que la planificación fiscal en materia de financiación y sociedades *holding* (es decir, cuando no afecta a actividades productivas) constituye en principio un fraude de ley, si no se prueba la existencia de motivos económicos válidos. Es evidente que una presunción de fraude cuando no se prueba la existencia de motivos económicos válidos no existe en nuestro ordenamiento, al menos con carácter general¹⁷.

La Audiencia Nacional recientemente ha concluido en sentido contrario al de la STEAC citada, al entender que no puede presumirse que por el mero hecho que se produzca un préstamo matriz-filial, exista práctica abusiva. El abuso de Ley deberá ser probado en cada caso determinado.

Todo lo anterior tiene un efecto negativo en cuanto a la seguridad jurídica para incorporar las ETVE, por lo que los operadores económicos optarán por incorporar entidades holding sitas en territorios más competitivos.

III. Conclusión.

Con el objeto de poder llevar a cabo una conclusión en relación a las entidades *holding*, se ha procedido en primer lugar a evaluar la noción y el objeto social de las mismas, corroborándose con ello las diferencias legislativas y administrativas existentes entre Estados que tienen incorporado el uso de este tipo de entidades de manera tradicional, de aquellos Estados que han incorporado el uso de las *holding* más recientemente.

Posteriormente hemos analizado el régimen de las ETVE españolas, examinándose los condicionantes exigidos por la legislación nacional, así como los beneficios fiscales inherentes en el régimen.

Sin embargo, entendemos que el excesivo dogmatismo de alguno de sus requisitos, así como las numerosas inspecciones fiscales llevadas a cabo sobre las ETVE existentes y las Resoluciones de los Tribunales españoles en relación al requerido motivo económico válido necesario para su constitución, hacen que este régimen puede ser considerado menos atractivo y competitivo, en comparación con otros regímenes de *holding* existentes en la Unión Europea. Sin embargo, es una evidencia que tanto las multinacionales españolas con intereses en países latinoamericanos, como las entidades tanto de la Unión Europea como de Asia que quieran invertir en países latinoamericanos, normalmente utilizan las ETVE como entidad instrumental.

¹⁷ Véase Falcón y Tella, R. (2009). “La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal «de riesgo» (Res. TEAC 25 junio 2009)”, *Quincena Fiscal*, nº 22, p.7.

Referencias:

- Arespacochaga, J. (1998). *Planificación fiscal internacional*. Madrid: Marcial Pons.
- Falcón y Tella, R. (2009). “La subcapitalización, las ETVE y la planificación fiscal «de riesgo» (Res. TEAC 25 junio 2009)”. *Quincena Fiscal*, n.º 22, p.7.
- Lampreave Márquez, Patricia. (2010). *La Competencia Fiscal Desleal en los Estados Miembros de la Unión Europea*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- Lampreave Márquez, Patricia (2000). “Entidades de tenencia de valores extranjeros”. *Revista Impuestos*, n.º 16, págs. 1475-1482.
- Martín Jimenez, A. J. (1997). “Consideraciones sobre el régimen de las Entidades de Tenencia de Valores Extranjeros tras la aprobación del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades”. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, Vol. 47, n.º 245, págs. 695-720.
- Moliner, M. (2007). *Diccionario de uso del español*. Madrid: Ed. Gredos.
- Palacios, J. (2007). El tratamiento fiscal de las holding españolas. En Teodoro Cordón Ezquerro (Director). *Manual de fiscalidad internacional. Vol. II, Manuales de la Escuela de Hacienda Pública* (p.1424). Madrid: Ministerio de Hacienda / Instituto de Estudios Fiscales.

La situación de Costa Rica ante la OCDE: pasado, presente y futuro

Gabriela González García¹

- I. Introducción
- II. Antecedentes de la lucha internacional contra la competencia fiscal perniciosa
- III. La situación de Costa Rica ante la OCDE
- IV. Medidas tomadas por la OCDE en relación con el acceso a la información bancaria
- V. Alcances del Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal
 1. Modificaciones al Código de Normas y Procedimientos Tributarios (CNPT)
 2. Modificaciones al Código de Comercio
 - 2.1 Modificaciones tendientes a eliminar la posibilidad de que existan acciones al portador
 - 2.2 Modificaciones tendientes a ampliar el plazo para guardar comprobantes o libros de las empresas de cuatro a cinco años
 - 2.3 Modificaciones tendientes a permitir el acceso a información bancaria para efectos tributarios
 - 2.3.1 Análisis de las limitaciones introducidas al secreto bancario
- VI. Conclusiones
- VII. Bibliografía

Resumen

Este artículo analiza cuál es la situación actual de Costa Rica ante la OCDE, pasado, presente y futuro, en cuanto a la lucha realizada por este organismo multinacional contra la competencia fiscal perniciosa, y busca evidenciar cómo han ido evolucionando los criterios originalmente establecidos por dicho organismo para determinar la existencia de un paraíso fiscal y un régimen fiscal preferencial pernicioso. Exponemos cómo, en el caso de Costa Rica, podría considerarse que se cumple con los criterios originalmente acordados para determinar la existencia de un paraíso fiscal, pero se aclara que estos no pueden analizarse aisladamente, sino a la luz de las circunstancias específicas de nuestro país, lo que fue valorado en su momento por dicha entidad. Si bien Costa Rica no fue calificada como paraíso fiscal, la OCDE requirió desde el año 1998, acciones concretas por parte del país para eliminar de su normativa aquella que este organismo consideraba que promovía la lucha fiscal perniciosa, que era la que podría producir su eventual calificación como paraíso fiscal. Con el transcurso de los años y el éxito de las medidas adoptadas por la OCDE, los países miembros acordaron modificar el foco de atención para centrarse en uno solo de los criterios originalmente establecidos para la determinación de la existencia de paraísos fiscales o regímenes fiscales perniciosos, el intercambio de información tributaria. En este contexto, en el 2002, la OCDE acordó el estándar internacional de intercambio de información fiscal, a fin de que fuera adoptado por países miembros y no miembros, el cual permitirá un control tributario efectivo por parte de las administraciones tributarias de los países de residencia de los inversionistas que actúen en el extranjero. Han transcurrido trece años y Costa Rica no ha logrado implementar las medidas requeridas por dicho organismo, y la presión internacional es cada vez más fuerte. En el año 2010, por unos pocos días, Costa Rica formó parte de la “lista negra” de jurisdicciones no cooperantes; para obtener su inmediata exclusión de dicha lista,

¹ Doctora en Derecho Tributario y Financiero, por la Universidad Complutense de Madrid, España. Asesora Tributaria, Gerente en la Práctica de Impuestos de KPMG y Profesora en las Maestrías en Derecho Tributario y en Asesoría Fiscal de Empresas, de la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT, Costa Rica). E-mail: ggonzalez1@kpmg.com

el país se comprometió a aprobar el Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, y suscribir doce convenios de Intercambio de Información antes del mes de julio de 2011, fecha en la que ha sido evaluada nuevamente. Al mes de junio de 2011, el Proyecto de Ley aún sigue en discusión en la Asamblea Legislativa, pero se ha logrado alcanzar la meta de firmar doce convenios o acuerdos internacionales, que incluyen o satisfacen el estándar internacional de intercambio de información tributaria. A pesar que se evidencia que no existe un criterio claro de elección de países con quienes suscribir este tipo de convenios, lo importante es que se han suscrito los convenios exigidos por la OCDE y hemos sido incluidos en la lista de países que han implementado sustancialmente el estándar de transparencia fiscal. Quedan temas pendientes por cumplir y acuerdos por suscribir, pero el objetivo se ha alcanzado justo a tiempo. No obstante, no debemos bajar la guardia, es necesario cumplir la totalidad de la tarea, que incluye las reformas legales pertinentes que se incluyen en el Proyecto de Ley citado, nuestros legisladores deben tomar consciencia de la imperiosa necesidad de aprobar cuanto antes la legislación requerida para el cumplimiento del compromiso ante la OCDE, y de las consecuencias negativas y el perjuicio que puedan llegarse a ocasionar a nuestro país, de mantener una actitud pasiva en esta materia. **Palabras clave:** Paraísos Fiscales, Secreto Bancario, Transparencia Fiscal, Competencia Fiscal Perniciosa, Lucha contra la Transparencia Fiscal Perniciosa, Intercambio de Información Tributaria.

Abstract

This article analyzes which is the current situation of Costa Rica before the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), past, present and future. Our study centers in the fight against harmful tax competition carried out by this multinational organization, and it also evidences the evolution of the criteria originally established by said Organization, to determine the existence of a tax Haven and Harmful Preferential Tax Regimes. We expose how in the case of Costa Rica, the original criteria to determine the existence of a tax Haven might be considered satisfied, but clarification is done regarding the fact that these cannot be independently analyzed but in light of the specific circumstances of our country, situation that was considered at the moment by said Organization when evaluating our country. Though, Costa Rica was not characterized as tax Haven, since the year 1998, the OECD requested concrete actions from our country addressed to eliminate legal rules that were considered as encouraging harmful tax competition, specifically those which may eventually produce the characterization of the country as a tax Haven. With the years and the success of the measures adopted by the OECD, the member countries agreed to modify their focus of attention to center it in one single criterion from the criteria originally established for determining the existence of tax havens or harmful tax regimes, the exchange of tax information. Under these circumstances, in the year 2002, the OECD agreed the international standard of exchange of tax information for its adoption by member countries and non-member countries, considering that the adoption of this standard will allow an effective tax control by the tax administrations of the countries of residence of investors acting abroad. Thirteen years have passed by and Costa Rica has failed to implement the measures required by said organization, but the international pressure is increasingly stronger. In the year 2010, for a few days, Costa Rica formed part of the “black list” of uncooperative jurisdictions, to obtain its immediate exclusion of said list, the country obligated itself to approve the Bill for the Compliance of the Standard of Fiscal Transparency, and to subscribe 12 Exchange of Information Agreements before July, 2011, date in which it has been evaluated again. Up to June, 2011, the Bill still continues in discussion before the Legislative Assembly but it has been possible to reach the goal of signing twelve conventions or international agreements that include or satisfy the international standard of exchange of tax information. Even though, it is evidenced that there is not clear criterion for the election of countries with which to subscribe this type of agreements, what matters is that the agreements required by the OECD have been signed and we have been included in the list of jurisdictions considered to have substantially implemented the internationally agreed tax standard. Though pending issues remain to be completed and agreements to be signed, but the objective has been reached just in time. Nevertheless, this situation should not lead us to inactivity but to continue completing pending tasks that includes the approval of the corresponding legal reforms that are included in the Bill above mentioned. It is necessary that our legislators take awareness of the imperious necessity of approving

as soon as possible the legislation required to comply with our commitment before the OECD and, of the negative consequences and damages that may be triggered in case our country maintains a passive attitude in this matter. **Keywords:** Tax Haven, Secret Bank Accounts, Fiscal Transparency, Harmful Tax Competition, Policy against Harmful Tax Competition, Tax Information Exchange.

I. Introducción

Hace aproximadamente trece años, específicamente en 1998, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) emprendió una tarea que en aquel entonces parecía casi titánica, que era lograr que tanto países miembros como no miembros de esta organización eliminaran de sus legislaciones la normativa que produjera ya sea directa o indirectamente, una competencia fiscal pernicioso, en la medida en que dicha normativa concedía beneficios fiscales, que junto con otras situaciones propias del país, permitían la clandestinidad de los titulares de las inversiones y provocaban que la toma de decisiones de localización de inversiones y servicios fácilmente móviles entre países, se ubicaran en estos países, lo que a su vez generaba la erosión de bases imponibles en los países de origen de los migrantes. Los países con este tipo de normativa fueron identificados como ‘paraísos fiscales’, pero a la vez, se detectaron regímenes ubicados en países de alta tributación, pero que concedían este tipo de beneficios a determinados tipos de rentas, y a estos se les denominó ‘regímenes fiscales preferenciales’.

La OCDE definió los criterios que debían seguirse para considerar que un país fuese clasificado como paraíso fiscal o bien, para determinar la existencia de regímenes fiscales preferenciales. Sin embargo, destacó que el análisis debía hacerse caso por caso, conociendo las causas que dan origen a la existencia de estas características.

Costa Rica fue identificada desde el primer momento, como un paraíso fiscal, pero no fue declarada como tal por la existencia de las causas que dan origen a la concurrencia de las características en cuestión, principalmente, en relación con el principio de territorialidad. Sin embargo, Costa Rica se comprometió a adecuar su normativa para cumplir con las recomendaciones de la OCDE, a efectos de eliminar otras características que están presentes en nuestra legislación y que serán objeto de estudio en este artículo.

La OCDE ha dado seguimiento a los cambios introducidos por los diferentes países, y también aquellos países que no han tomado medida alguna, exhortándolos a cumplir con las recomendaciones formuladas so pena de que los países afectados tomen medidas unilaterales contra estos Estados. Además, las grandes empresas multilaterales que no desean verse afectadas por invertir en países que no cumplan con estas recomendaciones, han movido sus inversiones hacia otros países que no se encuentren en tales situaciones.

En el caso de Costa Rica, a la fecha, trece años después estamos empezando a tomar medidas concretas para cumplir con las recomendaciones de la OCDE, después de varios avisos y requerimientos para su cumplimiento por parte de esta organización, pero el plazo para cumplir los compromisos adquiridos se terminó en junio del 2011.

Este artículo pretende evidenciar las causas que generan la necesidad imperativa de aprobar el Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal (expediente legislativo No. 17677) y la pronta suscripción y ratificación de los Convenios de Intercambio de Información negociados por el Estado, con el fin de cumplir con los compromisos adquiridos ante la OCDE. Asimismo, se analizará si las modificaciones normativas que pretenden implementarse a través del Proyecto de Ley supra citado, exceden del compromiso internacional adquirido o si se encuentran conformes con este.

Para ello, consideramos oportuno comentar algunos hechos que se gestaron en la década de los noventa en el ámbito internacional, y que han tenido impacto en los diferentes Estados del mundo, pero nos enfocaremos en el impacto generado en Costa Rica y en comentar cómo ha afrontado nuestro país estas situaciones.

II. Antecedentes de la lucha internacional contra la competencia fiscal perniciosa

La década de los noventa se destaca por el inicio de una época marcada por la globalización y las nuevas formas de trasladar actividades e inversiones de un lugar a otro, de forma cada vez más ágil y sencilla. Esta situación genera entre los Estados miembros de la OCDE, la necesidad de evaluar los efectos perniciosos que puede causar la implementación de mecanismos para la atracción de inversiones estructurados sobre la base de sistemas tributarios que otorgan ventajas fiscales a determinadas personas o tipos de renta, generando así, una competencia fiscal desleal entre naciones. Sin embargo, los países miembros de la OCDE no fueron los únicos en reaccionar contra los efectos perniciosos de esta competencia fiscal entre estados, esta discusión también se generó en el seno de la Unión Europea y al igual que en la OCDE, se tomaron acciones concretas contra esta situación².

En 1996, los países miembros de la OCDE le solicitaron a esta desarrollar medidas para contrarrestar los efectos perniciosos generados por la competencia fiscal entre Estados, especialmente porque afecta las decisiones de localización de la inversión y de actividades financieras y otro tipo de servicios, y sus consecuencias sobre las bases tributarias de los Estados. De esta forma, el análisis se centra en el comportamiento de actividades esencialmente móviles, tales como actividades financieras o de inversión, intangibles y otro tipo de servicios, ante tratamientos tributarios ventajosos localizados en países diferentes al del Estado de origen de las rentas. El resultado fue la emisión del Reporte Competencia Fiscal Perniciosa – Una cuestión global emergente, aprobado por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE el 20 de enero de 1998 y aprobado por los Estados miembros de la OCDE el 9 de abril de 1998 (en adelante “El Informe de la OCDE de 1998”). A partir de entonces, el avance en la implementación de las recomendaciones adoptadas se ha ido evidenciando mediante la emisión de informes de progreso periódicos (2000, 2001, 2004 y 2006)³.

El Informe de la OCDE de 1998 define cuáles condiciones se deben cumplir para identificar un paraíso fiscal o un régimen fiscal preferencial, ambas prácticas fiscales perniciosas que generan la erosión de bases imponibles de otros Estados, distorsionan el comercio y la inversión, y debilitan la neutralidad en el movimiento de capitales y la justicia social de los sistemas tributarios en general. Este enfoque excluía el análisis de incentivos fiscales dirigidos a atraer inversiones en propiedad, planta y equipo, por ser de naturaleza diferente; sin embargo, la OCDE se refiere a este como un asunto pendiente por estudiar en el futuro (OECD, 1998, p. 9).

El objetivo de este informe es llegar a un acuerdo entre Estados miembros y no miembros de la OCDE sobre los efectos perniciosos de este tipo de regímenes fiscales y la necesidad de eliminar estas distorsiones para aplicar las mismas reglas de equidad entre los diferentes Estados que luchan por atraer inversión extranjera a sus países y alcanzar así, una mayor productividad y un mayor crecimiento económico (OECD, 1998, p. 9). La OCDE busca de esta forma salvaguardar y promover el comercio multilateral, a través del compromiso de los Estados

² La necesidad de eliminar los efectos perniciosos de la competencia fiscal entre Estados también fue abordado por la Unión Europea, a través de la adopción por parte del Consejo de Ministros de Economía y Finanzas (ECOFIN), del “Código de Conducta sobre la Fiscalidad de las Empresas”, el 1 de diciembre de 1997 y la Directiva en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses adoptada en el 2003 (2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003). La OCDE y la Unión Europea son dos organismos diferentes, con distinto ámbito de aplicación, pero en los que confluyen algunos temas de discusión por las consecuencias que se generan en los países miembros.

³ Asimismo, como resultado de los Informes de Progreso de la OCDE se crearon las siguientes listas: a) la “lista negra”, que incluye las jurisdicciones que no se hubiesen comprometido a implementar los estándares impositivos acordados internacionalmente; b) la “lista gris”, que incluye las jurisdicciones que se habían comprometido a aplicar esos estándares, pero todavía no lo hubiesen hecho en forma sustancial y; c) la “lista blanca”, que incluye las jurisdicciones que han aplicado en forma sustancial los estándares impositivos acordados internacionalmente.

de llevar a cabo los ajustes necesarios a sus sistemas tributarios para que teniendo en consideración la naturaleza cambiante del comercio y la inversión, así como el efecto de los impuestos sobre estos, se reduzca la influencia distorsionadora que la carga tributaria podría tener en las decisiones de localización de actividades financieras y de servicios, fácilmente móviles por naturaleza, y así procurar que estas decisiones de localización se tomen con fundamento en actividades económicas reales, que tengan sustancia.

Sin embargo, con el paso de los años, la imposibilidad de que no todos los países estén dispuestos a adecuar su normativa eliminando ventajas fiscales, por tratarse de una decisión propia de los Estados en ejercicio de su poder tributario, ha generado que el enfoque del trabajo de la OCDE haya ido cambiando, para centrarse en la implementación de mecanismos que permitan aplicar los principios de transparencia e intercambio efectivo de información.

Costa Rica, a pesar de no ser un país miembro de la OCDE, fue identificada desde 1998 como un país que requiere adecuar su normativa a las recomendaciones emitidas por esta Organización, por contener en su legislación elementos que satisfacen los parámetros establecidos por el Informe de la OCDE de 1998 para calificar un país como paraíso fiscal, aun cuando no fue declarada como tal. Esta situación se debió principalmente a las circunstancias particulares que dan origen a la satisfacción de uno de los requisitos que es la baja o nula tributación, en nuestro caso, generada por la adopción del principio de territorialidad, que si bien no es en sí mismo un régimen que otorga este tipo de beneficios fiscales directos, los genera indirectamente al excluir de las rentas gravables, aquellas rentas generadas en el extranjero. El requisito anterior junto con la presencia de los otros requisitos identificados por la OCDE, hubiesen justificado que se calificara al país como paraíso fiscal. Sin embargo, como mencionamos, el análisis particular de las causas que generan los eventuales beneficios fiscales por parte de la OCDE, nos permitió que no nos incluyeran en la lista en cuestión. No obstante, ello no implicaba que en Costa Rica no se estuviese cumpliendo con los otros requisitos determinados por la OCDE para identificar a un paraíso fiscal, por lo que se le exhorta a Costa Rica a realizar los cambios pertinentes en su legislación, a fin de adecuar su normativa a las recomendaciones de esta Organización. A pesar de lo anterior, no es sino hasta el año 2010, doce años después, que Costa Rica da pasos concretos hacia el cumplimiento de estos compromisos internacionales.

Finalmente, en el análisis de las discusiones gestadas en el ámbito internacional contra regímenes fiscales preferenciales, no podemos omitir la referencia a las medidas adoptadas por la Organización Mundial de Comercio, que aunque los abordan desde otra perspectiva, su fin también es eliminar los efectos perniciosos de la competencia fiscal entre Estados. Los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), de la cual Costa Rica forma parte, adoptaron el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC)⁴, en la Ronda de Uruguay (1994). Este Acuerdo tiene como objetivo principal regular la utilización de subvenciones⁵ otorgadas por los Gobiernos a las empresas, así como la aplicación de las medidas a las cuales los países se pueden amparar, con el fin de contrarrestar los efectos generados con ocasión de las subvenciones de otros miembros. Los efectos perniciosos que se desean atacar mediante este acuerdo son aquellos generados por subvenciones o medidas compensatorias otorgadas principalmente a empresas manufactureras, por considerar que estos afectan la libre competencia entre Estados. En este sentido, este enfoque es similar al expuesto por la OCDE.

⁴ Según el Informe sobre el Comercio Mundial de la OMC del año 2006, es probable que en todo el mundo las subvenciones asciendan a más de 1 millón de millones de dólares anuales, lo que equivale al 4 por ciento del PIB mundial. Véase, Banco Central de Costa Rica, Grupo Interinstitucional de Inversión extranjera directa (Agosto 2007), Fuente: http://www.bccr.fi.cr/flat/bccr_flat.htm.

⁵ La definición de subvención contenida en el acuerdo, está compuesta por tres elementos básicos: i) se trata de una contribución financiera; ii) otorgada por el gobierno o cualquier organización pública (esto incluye, por ejemplo, a las municipalidades e instituciones autónomas); iii) que proporcione un beneficio. Se puede afirmar que existe una subvención cuando estos tres supuestos concurren. Véase, Banco Central de Costa Rica, Grupo Interinstitucional de Inversión extranjera directa, cit.

El ASMC establecía la obligación de los países miembros de eliminar las subvenciones a la exportación desde 1995. Sin embargo, los países en desarrollo, entre ellos, Costa Rica, tuvieron la posibilidad de continuar aplicándolas, gracias a que se les otorgó un plazo de implementación que venció el 1 de enero del 2003. En la Conferencia Ministerial de Doha se acordó extender este plazo para un grupo de países en desarrollo, incluido Costa Rica, hasta el 31 de diciembre de 2007, con dos años adicionales para el desmantelamiento, lo que amplía el plazo al 31 de diciembre de 2009.

Durante este plazo, Costa Rica se unió a una nueva solicitud de extensión del plazo que, en primera instancia, fue presentada por un grupo de países denominados pequeñas economías. Tras una fuerte negociación en la OMC, el Comité de Subsidios acordó permitir que Costa Rica, junto con el resto de países solicitantes, continúe concediendo subsidios relacionados con la exportación hasta el 31 de diciembre de 2015.

La ampliación le permitió a Costa Rica realizar cambios en la legislación del Régimen de Zona Franca para seguir siendo competitiva en materia de atracción de inversión y promoción de las exportaciones. Esto se logra con la aprobación de la Ley No. 8794 del 12 de enero de 2010, que viene a incluir las modificaciones necesarias a la Ley de Régimen de Zonas Francas No. 7210, del 23 de noviembre de 1990. Sus principales cambios se centraron en establecer que los incentivos fiscales que se otorgan a las empresas manufactureras (empresas que operan bajo la categoría a) del artículo 17 de la Ley de Régimen de Zonas Francas -LRZF-) se eliminarán al 31 de diciembre de 2015. No obstante, junto con la eliminación de los incentivos a estas empresas manufactureras se crea una nueva categoría para empresas manufactureras, ahora bajo el inciso f) del artículo 17 de la LRZF. Las características principales de esta nueva categoría consisten en que soportarán un gravamen sobre la renta con una tarifa reducida, el beneficio continúa siendo temporal y el disfrute de los beneficios fiscales no está condicionado por límites de exportación-importación, por lo que podrán beneficiarse de los incentivos del RZF con independencia de si exportan o no sus productos al extranjero. Existe la posibilidad de disfrutar de una exención del 100 % del impuesto sobre la renta, únicamente si las empresas operan fuera de la Gran Área Metropolitana Ampliada (GAMA). Las modificaciones introducidas por la Ley No. 8794 hacen posible que el RZF costarricense sea compatible con lo dispuesto en el ámbito internacional.

Tal y como ha quedado evidenciado, Costa Rica viene cumpliendo casi al último momento con los compromisos internacionales adquiridos, lo que se evidencia nuevamente en el tema objeto de estudio. Para el mes de mayo de 2011, no se habían firmado los doce convenios de intercambio de información, pero para finales de junio de 2011, Costa Rica alcanza la meta de firmar los doce convenios requeridos por la OCDE y logra ser incluida en la lista de países que han cumplido sustancialmente con el estándar de transparencia fiscal internacional, pero con tareas pendientes como lo es la de adecuar su normativa legal a los compromisos adquiridos con dicha organización. Es necesario que nuestro país procure tomar decisiones oportunas, pues de lo contrario podríamos vernos afectados con medidas unilaterales tomadas por terceros países, lo que afectaría gravemente nuestra situación socio-económica, sobre todo en temas como los apuntados en esta sección que afectan directamente la inversión extranjera directa en nuestro país. En este sentido, cabe llamar la atención sobre que la pasividad en la toma de estas decisiones oportunas ha generado que algunos países miembros de la OCDE hayan adoptado medidas unilaterales contra Costa Rica, que se están aplicando en la actualidad, específicamente nos referimos a países como México e Italia, entre otros, que cuentan con legislación que trata de forma más severa las inversiones realizadas en Costa Rica.

III. La situación de Costa Rica ante la OCDE

En la doctrina internacional se distingue entre paraísos fiscales y regímenes fiscales preferenciales perniciosos. El elemento central que define a ambas categorías consiste en que identifican la existencia de legislación y otras medidas que pueden ser utilizadas para evadir o eludir las leyes o regulaciones fiscales de otras jurisdicciones (Zielke, 2011). La principal diferencia entre estos radica en que en el caso del paraíso fiscal, se valora el sistema

tributario del país respectivo en su conjunto, en el tanto que en el régimen fiscal preferencial pernicioso se valora únicamente el régimen cuestionado⁶. Ambas categorías generan una competencia fiscal entre Estados.

En relación con los regímenes fiscales preferenciales, es necesario señalar que estos son comunes en los países importadores de capital que se encuentran ante la presión internacional de minimizar su tributación sobre la renta para ganar más inversionistas extranjeros.

A finales de los años noventa y principios de la década del 2000, la OCDE ejecutó una serie de iniciativas tendientes a eliminar el efecto pernicioso de los paraísos fiscales y de los regímenes fiscales preferenciales, efecto que dicha organización denominó “competencia fiscal perniciosa”. La OCDE consideraba que los paraísos fiscales ofrecen oportunidades de planeación a empresas multinacionales, que les permiten erosionar las bases imponibles de los Estados que tienen una alta tributación, al atraer la actividad de este tipo de empresas.

Por ello, en 1998 emprende uno de los proyectos más ambiciosos y efectivos llevados a cabo en el ámbito multinacional, el cual fue la iniciativa de Prácticas Fiscales Perniciosas. Su propósito era luchar contra la competencia fiscal perniciosa y mediante la desincentivación de los países miembros y no miembros de la OCDE, de implementar políticas que dañaran a otros países a través de lo que se consideraba una injusta erosión de la base imponible. En la actualidad, muchas de estas políticas han sido derogadas o modificadas, para adecuarse a las recomendaciones de la OCDE.

El primer informe emitido por la OCDE sobre el tema fue el Informe de la OCDE de 1998 (“Competencia Fiscal Perniciosa – Una cuestión global emergente”). En este Informe, la OCDE considera que si un Estado o jurisdicción cumple con los cuatro requisitos para ser considerado paraíso fiscal, iba a ser incluido en la “lista negra”⁷ de paraísos fiscales. Estos criterios son:

a) ***Ausencia de impuestos o impuestos meramente nominales para las rentas generadas por actividades económicas.*** Sin embargo, el tener una baja o nula tributación no debía ser un elemento que caracterizara

⁶ En el Informe de 1998, la OCDE estableció las condiciones para determinar la existencia de un paraíso fiscal y de régimen fiscal preferencial pernicioso. Estas se analizan de forma separada en el Informe. Se asemejan principalmente, en cuanto a que en ambos casos se exige la existencia de una baja o nula imposición, pero esta condición no es suficiente. También se exige que concurra al menos una condición adicional de tres establecidas por la OCDE, pero estas condiciones varían para cada una de las definiciones.

Específicamente en el caso del régimen fiscal preferencial pernicioso, este se caracteriza porque existe en adición a una baja o nula tributación sobre la renta relevante, una o más de las siguientes condiciones:

a) Regímenes autónomos, conocidos en doctrina como regímenes que cumplen el principio de estanqueidad (*ring-fencing*), porque se regulan por sus propias reglas, independientes de las del resto del sistema tributario. Algunos regímenes fiscales preferenciales se encuentran parcial o totalmente aislados del mercado doméstico del país que otorga el régimen. Estos pueden ser constituidos como regímenes que expresa o implícitamente excluyen a los residentes de la posibilidad de beneficiarse del sistema; o bien, se establece que las empresas que operen bajo el sistema tienen explícita o implícitamente prohibido operar en el mercado doméstico.

b) Falta de transparencia en la operación del régimen, lo que produce que sea difícil para el Estado de residencia de quienes se benefician del Régimen adoptar medidas defensivas contra estas. Esta falta de transparencia debe interpretarse en sentido amplio, e incluye entre otros la aplicación de leyes o regulaciones favorables, posibilidad de negociar aspectos impositivos (*tax rulings*), falta de transparencia en el funcionamiento administrativo, entre otros.

c) Ausencia de intercambio de información efectiva en relación con los contribuyentes beneficiándose de la operación del régimen fiscal preferencial (OCDE, 1998, p. 27).

⁷ Con el paso de los años, en los Informes de Progreso de la OCDE se crearon también la “lista gris” y la “lista blanca”. De esta forma, permanecían en la “lista negra” las jurisdicciones que no se hubiesen comprometido a implementar los estándares impositivos acordados internacionalmente, también conocidos como jurisdicciones poco cooperativas en asuntos tributarios; eran promovidos a la “lista gris” las jurisdicciones que se habían comprometido a aplicar esos estándares, pero todavía no lo hubiesen hecho en forma sustancial; y, por último, estaban los países de la “lista blanca”, que incluía las jurisdicciones que han aplicado en forma sustancial los estándares impositivos acordados internacionalmente.

por sí solo al paraíso fiscal, pues la OCDE reconocía que toda jurisdicción tiene el derecho de determinar sus tarifas de impuesto. Lo que también aplica para el caso de aquellos países que adopten sistemas territoriales.

- b) ***Inexistencia de intercambio efectivo de información de sus contribuyentes con otros países*** debido a la existencia de legislación y prácticas administrativas que permiten a empresas y particulares beneficiarse de normas basadas en el secreto frente a la fiscalización de las autoridades tributarias. Los paraísos fiscales generalmente cuentan con leyes o prácticas administrativas estrictas o proteccionistas que impiden la revisión de información por parte de autoridades tributarias extranjeras o locales, por lo que compañías e individuos extranjeros se pueden beneficiar de estas. Este tipo de normativa impide que se transmita información relacionada con contribuyentes que se benefician de jurisdicciones de baja tributación.
- c) ***La falta de transparencia en la aplicación de normas legales o administrativas.*** Esta falta de transparencia se refiere a que los detalles del régimen o su aplicación no son evidentes, o existe una supervisión inadecuada, o inadecuada o limitada revelación financiera (secreto bancario); y una falta de transparencia en la operación del legislativo. La OCDE considera que esta normativa debe aplicarse abierta y consistentemente, y que debe existir la posibilidad de entregar la información que requieren las autoridades tributarias foráneas para determinar la situación de sus contribuyentes. La falta de transparencia en un país puede hacer que sea difícil, si no imposible, aplicar efectivamente la legislación tributaria de otras autoridades tributarias.
- d) ***La no exigencia de actividad real a particulares o a empresas domiciliadas en esa jurisdicción fiscal,*** por el hecho de que sólo quieren atraer inversiones que acuden a esos lugares por razones simplemente tributarias. Así, la jurisdicción facilita el establecimiento de entidades propiedad de extranjeros sin necesidad de que cuenten con una presencia local sustantiva o que se les exija tener cualquier impacto comercial en la economía local.

Con base en información pública, la OCDE identificó originalmente un grupo de 47 jurisdicciones —entre ellas, Costa Rica— las cuales debieron comparecer ante la citada organización y justificar con base en sus hechos y circunstancias particulares, por qué en sus países se estaba cumpliendo con estos criterios.

Un pequeño grupo de jurisdicciones revisadas por la OCDE realizaron un compromiso político de carácter público de alto nivel, en el que se comprometieron a eliminar las medidas fiscales perniciosas y a cumplir con las recomendaciones emitidas en esta materia. En reconocimiento de tal compromiso, se excluyeron los nombres de estas jurisdicciones del Informe de 1998. Debido a la presión ejercida internacionalmente, la mayoría de los paraísos fiscales modificaron su legislación para adecuarla a las recomendaciones emitidas por la OCDE.

En el caso de Costa Rica, esta parecía cumplir con todos los criterios para clasificarse como paraíso fiscal, por lo que era imprescindible una defensa adecuada de nuestra situación particular ante el Foro de la OCDE, lo que se dio en el año de 1998. Sin embargo, esta situación se justificaba al analizar los criterios expuestos a la luz de nuestra legislación vigente⁸:

- a) ***Ausencia de impuestos o impuestos meramente nominales para las rentas generadas por actividades económicas.*** La existencia de un sistema de imposición sobre la renta basado en el principio de territorialidad, que produce que las rentas de fuente extranjera no estén gravadas en el país, constituye un incentivo para

⁸ Es importante tener en cuenta que el grupo de funcionarios de la OCDE que se encontraba analizando a los diferentes países, lo hacía sobre la base de la legislación vigente. Podría ser que Costa Rica no cumpliera en la práctica con todos los criterios, pero del análisis de la legislación podría presumirse que estos se venían cumpliendo.

localizarse en Costa Rica y percibir rentas extranjeras. Si bien no se trataba de que Costa Rica tuviese un régimen fiscal en donde existiera una ausencia de impuestos o estos fueran meramente nominales, la aplicación del principio de territorialidad podría producir una ausencia de imposición sobre rentas del exterior.

- b) ***Inexistencia de intercambio de información tributaria.*** En 1998, el único convenio existente de intercambio de información era el suscrito con Estados Unidos, que se encuentra en vigor desde 1991. Tampoco existe normativa interna que permita el intercambio de información tributaria con las autoridades tributarias de terceros países.
- c) ***Falta de transparencia en la aplicación de las normas legales o administrativas.*** Se considera que en Costa Rica existen varios elementos que fomentan esta falta de transparencia. En primer lugar, destaca el secreto bancario, que contribuye a la localización en el país, de capitales de contribuyentes de otras naciones, que desean ocultar dichos ingresos de la fiscalización por parte de sus Estados de residencia, pues se trata de ingresos que serían gravables en sus Estados de residencia. El secreto bancario contenido en nuestra normativa legal impide el suministro de información relevante para las administraciones tributarias de los países de origen del titular de las cuentas, lo cual fomenta la evasión de impuestos en estos países. También se debe hacer mención a la existencia de sociedades con acciones al portador, que permiten la invisibilidad de los inversionistas extranjeros.
- d) ***No exigencia de actividad real para la constitución de personas jurídicas.*** Es posible afirmar que en Costa Rica se facilita el establecimiento de entidades propiedad de extranjeros sin necesidad de que cuenten con una presencia local sustantiva, real. Esta situación se evidencia en aspectos como: a) la no existencia de limitaciones para que los extranjeros constituyan sociedades en el país; b) la incorporación de sociedades requiere el cumplimiento de requisitos mínimos, prácticamente no se requiere contar con un capital social importante y, los costos de incorporación son mínimos; y c) inexistencia de obligaciones que exijan que las sociedades tengan actividades económicas sustantivas, estas pueden crearse con diferentes propósitos, muchas son creadas como meras tenedoras de activos.

Tras la comparecencia de Costa Rica ante la OCDE en 1998, sus defensas fueron aceptadas, por lo que no fue incluida en la “lista negra” de paraísos fiscales generada después del Foro en cuestión, pero con el compromiso de realizar cambios en su legislación para adecuarse a las recomendaciones.

En el año 2000, la OCDE dio inicio a su iniciativa sobre Prácticas Fiscales Perniciosas, con la emisión de su Informe “Hacia la Cooperación Fiscal Global – Progreso identificando y eliminando las Prácticas Fiscales Perniciosas” (“Informe de la OCDE del 2000”). El progreso de la OCDE en esta materia es regularmente revisado y actualizado en los Informes de Progreso.

En ese momento, muchos países se encontraban en la lista de paraísos fiscales, pues se consideraba que tenían regímenes fiscales que generaban una competencia fiscal perniciosa, entre los que se encontraban países miembros de la OCDE. Ante esta situación, la OCDE fue modificando el foco de atención y lo pasó a un único y simple aspecto, el intercambio de información⁹. Originalmente se consideraba que este aspecto era insuficiente e inadecuado para calificar a un paraíso fiscal, pero es políticamente viable, debido a que incluye a los pequeños paraísos fiscales que cuentan con poco poder en el ámbito político internacional, y a la vez, excluye países fuertes

⁹ Según Zielke (2011, p. 44) en el proceso de revisión y actualización de los Informes de Progreso, la OCDE se encontró con que algunos de los aspectos de la definición de paraísos fiscales también existían en varios sistemas tributarios de sus países miembros, pues algunos tenían una baja o nula tributación para determinados grupos y esta situación fue la que motivó que se fuese trasladando el foco de atención al intercambio de información. Los países miembros de la OCDE en general, cuentan con una red de convenios de doble imposición y de intercambio de información tributaria, por lo que no podrían ser calificados como generadores de competencia fiscal perniciosa.

que cumplen alguno de los otros criterios de los paraísos fiscales, tales como Estados Unidos y Reino Unido (Zielke, 2011, p.44).

Si bien, como indica Zielke podría existir un elemento político que generara el cambio de enfoque de la OCDE para determinar la existencia de paraísos fiscales, también lo es que muchos de los países que fueron identificados originalmente como paraísos fiscales adecuaron su normativa a las recomendaciones de la OCDE, por lo que podríamos tener una mezcla entre el cumplimiento de las recomendaciones por muchos países y la resistencia a cumplir estas recomendaciones por otros países, ya sean miembros o no de la OCDE. En este contexto, también es cierto que el aspecto relevante a la fecha se centra en el intercambio de información. No obstante, a Costa Rica se le está requiriendo que elimine de su normativa aquella que genera el cumplimiento de los criterios originalmente establecidos para identificar a un país como paraíso fiscal.

Paralelamente a los trabajos relacionados con los Informes de Progreso mencionados, y teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el intercambio de información, la OCDE preparó e introdujo el estándar internacional de intercambio de información fiscal (OCDE, 2004). Este estándar, que fue desarrollado por la OCDE en cooperación con países no miembros, fue también aprobado por los ministros de finanzas del Grupo G-20 en su reunión en Berlín del año 2004, y por el Comité de Expertos en Temas Tributarios de Cooperación Internacional de Naciones Unidas, en su reunión de octubre de 2008. Ese estándar considera que se requiere el intercambio de información previa solicitud en todos los temas tributarios, para garantizar una adecuada gestión de los tributos y una adecuada aplicación de la normativa tributaria de los Estados, al margen de que internamente exista la necesidad de contar con un interés tributario específico o de que exista secreto bancario para efectos fiscales. El estándar también establece garantías para proteger la confidencialidad en el intercambio de información.

El estándar internacional de intercambio de información fiscal ha sido aceptado universalmente, y está siendo implementado en la actualidad a través de un gran número de acuerdos de intercambio de información que se están concluyendo. Para el año 2009, más de trescientos acuerdos de intercambio de información fueron firmados por jurisdicciones identificadas por la OCDE como países que no habían implementado la norma internacional sustancialmente, de conformidad con lo que indica el Informe de Progreso publicado el 2 de abril de 2009, en conjunto con el G20. Desde entonces, veinticinco jurisdicciones han sido removidas de la categoría al haber firmado al menos doce acuerdos de intercambio de información (Zielke, 2011, p. 44). Las jurisdicciones que han implementado substancialmente el estándar internacional de intercambio de información fiscal pasan a formar parte de la “lista blanca”.

Las jurisdicciones que se han comprometido a cumplir con el estándar internacional de intercambio de información fiscal, pero que no la han implementado substancialmente, son incluidos en la “lista gris”.

El último Informe de Progreso emitido por la OCDE en cuanto a la implementación del estándar internacional de intercambio de información fiscal, fue el del 2010. Inicialmente, la lista de la OCDE contenía cuarenta jurisdicciones en la “lista blanca” que cumplían con la norma internacional, treinta y ocho en la “lista gris”, que eran las jurisdicciones que se habían comprometido a cumplir con la norma internacional y cuatro países en la “lista negra” que no habían realizado compromiso alguno. En cuestión de días después de la publicación del Informe del 2010, los cuatro países de la “lista negra”: Costa Rica, Malasia, Filipinas y Uruguay, se comprometieron a cumplir y fueron trasladados a la “lista gris”.

Costa Rica al mes de junio de 2011, logra suscribir doce convenios de intercambio de información que le permiten su traslado de la lista gris a la lista blanca de países que han implementado sustancialmente el estándar internacional de intercambio de información fiscal, logrando con ello evitar ser objeto de sanciones económicas por parte de los países de la OCDE.

A continuación se presenta el estado de la implementación del estándar internacional de intercambio de información fiscal en Costa Rica, al mes de junio del 2011¹⁰.

Se han suscrito doce convenios de intercambio de información que incluyen el estándar internacional de intercambio de información. Estos son los suscritos entre Costa Rica con: Argentina,¹¹ Australia, Dinamarca,¹² Islas Feroe, Finlandia, Francia,¹³ Groenlandia, Holanda,¹⁴ Islandia, México,¹⁵ Noruega y Suecia.

Asimismo, Costa Rica tiene convenios que incluyen el intercambio de información tributaria con Estados Unidos¹⁶ y Centroamérica¹⁷. Adicionalmente, se suscribió el convenio de doble imposición con España, que incluye una cláusula de intercambio de información¹⁸.

La OCDE aceptó el Convenio Centroamericano como un convenio que cumple con el estándar internacional de intercambio de información, con lo que Costa Rica pasa a tener dieciocho convenios firmados que incluyen el estándar internacional de intercambio de información, a junio del 2011. El compromiso con dicha organización era haber suscrito al menos doce convenios para el mes de julio del 2011, lo que se ha cumplido.

Adicionalmente, se encuentra en trámite la suscripción de convenios de intercambio de información con los siguientes países: Canadá, Corea del Sur, Indonesia, Italia, Japón, y Sudáfrica¹⁹.

De esta forma se puede afirmar que Costa Rica ha cumplido más allá del mínimo requerido con la firma de convenios que incluyen el estándar internacional requerido por la OCDE. No obstante, al revisar la lista de países, llama la atención los diferentes niveles de relación con Costa Rica que estos presentan. Por una parte, tenemos países como los centroamericanos, México y Estados Unidos, con los que tenemos un alto nivel de relaciones comerciales y con los que hay inversiones recíprocas, lo que permitirá que los acuerdos de intercambio de información funcionen adecuadamente, para alcanzar los fines que estos persiguen. Tenemos otros países con los que existen relaciones comerciales importantes, aunque de menor intensidad con respecto a los primeros, entre los que destacan: Argentina, Canadá, España, Francia, Holanda, Italia, Japón y Suecia. Las relaciones son

¹⁰ Información suministrada por Jenny Jiménez, directora de Tributación Internacional y técnica tributaria de la Dirección General de Tributación, 29 de marzo de 2011; IBFD, Tax News Service, July 5, 2011 y OECD, Global Forum of Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Costa Rica expands its network for international exchange of tax information*, July 4, 2011. Source: http://www.oecd.org/document/22/0,3746,en_21571361_43854757_48321942_1_1_1_1,00.html

¹¹ Acuerdo para el Intercambio de Información en Materia Tributaria entre la República Argentina y la República de Costa Rica, firmado el 23 de noviembre de 2009, tramitado bajo el expediente legislativo No. 17832, en discusión en el Plenario Legislativo a partir del 4 de abril de 2011.

¹² El Convenio de Intercambio de información se ha negociado en bloque con los Países Nórdicos (Dinamarca, Islas Feroe, Finlandia, Islandia, Groenlandia, Noruega y Suecia), pero se firmó de forma independiente con los respectivos países.

¹³ Acuerdo entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Costa Rica para el Intercambio de Información Referente a Asuntos Tributarios, tramitado bajo el Proyecto de Ley No. 18043, presentado al Plenario Legislativo el 23 de marzo de 2011.

¹⁴ Acuerdo entre la República de Costa Rica y el Reino de los Países Bajos para el Intercambio de Información en Materia Tributaria y su Protocolo, firmado el 29 de marzo de 2011, que se tramita bajo el expediente legislativo No. 18100.

¹⁵ Acuerdo de Intercambio de Información entre la República de Costa Rica y México, firmado el 25 de abril de 2011.

¹⁶ Convenio de Intercambio de información entre Estados Unidos de América y la República de Costa Rica, firmado el 15 de marzo de 1989 y en vigencia a partir del 12 de febrero de 1991. En este momento este Convenio no cumple con el estándar de transparencia fiscal internacional, pero tan pronto sea aprobada la Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, automáticamente se estaría cumpliendo con dicho estándar. Esta situación se debe a que bajo la actual normativa, el intercambio de información es limitado.

¹⁷ La OCDE reconoció el Convenio de Asistencia Mutua y Cooperación Técnica entre las Administraciones Tributarias y Aduaneras de Centroamérica, suscrito entre Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua (Ley No. 8880), como un instrumento que permite intercambiar información tributaria de forma efectiva, cumpliendo con los estándares de transparencia fiscal internacionalmente aceptados (La Nación, 19 de junio de 2011).

¹⁸ Convenio entre la República de Costa Rica y el Reino de España para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Firmad el 04 de marzo de 2004, aprobado mediante Ley No. 8888 de 03 de noviembre de 2010 y en vigencia a partir del 01 de enero de 2011. Incluye cláusula de intercambio de información (art. 26).

¹⁹ La mayoría de estos convenios han finalizado las negociaciones y se encuentran siguiendo trámites formales como lo son la firma y traducciones, entre otros.

poco significativas con Australia, Corea del Sur, Dinamarca, Finlandia, Indonesia y Noruega; y prácticamente nulas con Groenlandia, Islas Feroe, Islandia y Sudáfrica²⁰.

La situación anterior genera la duda en relación con el criterio de selección de los países con los cuales suscribir este tipo de convenios. La disparidad evidenciada anteriormente, en nuestra opinión, podría encontrar justificación en la necesidad que tienen los países del mundo de cumplir con el estándar de intercambio de información requerido por la OCDE. Podría tratarse así, de un acuerdo político, en el tanto, estos países también requieren suscribir convenios de intercambio de información para satisfacer los compromisos con la OCDE. No tenemos la respuesta, pero sí queda abierta la discusión.

De esta forma, el intercambio de información se constituyó en el criterio clave para definir la existencia de un paraíso fiscal. Consistente con esta situación, el intercambio de información tributaria también se incluyó en el Modelo de Convenio de la OCDE que otorga a las autoridades competentes de los Estados contratantes la posibilidad de realizar intercambio de información tributaria según sea necesario para asegurar la correcta aplicación de las disposiciones particulares de un convenio de doble imposición (CDI) o de la legislación doméstica de los Estados contratantes. Los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (MCOUDE) establecen que el intercambio de información puede ser automática, espontánea o a petición; y les corresponde a las jurisdicciones específicas negociar el proceso que estas requieren. Cuando el intercambio de información se dé previa solicitud, el requerimiento de información deberá ser específico y no tratarse de meras expediciones para buscar información indiscriminadamente.

Conforme lo demuestran los Informes de Progreso de la OCDE, en la actualidad, ya no quedan jurisdicciones en la “lista negra” que no se hayan comprometido a cumplir con el estándar internacional de intercambio de información fiscal. No obstante, aún quedan muchos países que no han implementado sustancialmente las modificaciones necesarias, por lo que permanecen en la “lista gris”. Esta “lista gris” se está reduciendo constantemente.

Revisando la situación de los cuatro criterios originalmente determinados para la identificación de los paraísos fiscales, tenemos que estos han ido evolucionando.

En cuanto a la tarifa, se ha aceptado que los Estados pueden tener tarifas reducidas. También debe tenerse en cuenta que existen regímenes preferenciales, o bien, la simple aplicación de los CDI permite acceder a tasas reducidas, y no por ello se considera al Estado como un paraíso fiscal. Un país con una red de tratados internacionales simboliza una buena aceptación internacional de ese país y de su sistema tributario. Se dice que los países no concluyen CDI con países de baja tributación o paraísos fiscales. Los países con regímenes territoriales también excluyen parte de las rentas de gravamen y no por ello son paraísos fiscales (Zielke, 2011, p. 46).

El segundo y tercer criterio (inexistencia de intercambio efectivo de información de sus contribuyentes con otros países y falta de transparencia en la aplicación de normas legales o administrativas), se resuelven con la implementación del estándar de intercambio de información.

El cuarto criterio de paraísos fiscales relacionado con que la jurisdicción facilita el establecimiento de entidades con propósito único, sin requerir que tengan una presencia substantiva o prohibir que estas entidades tengan un impacto comercial en la economía local, también ha sido superado, ya sea porque los países han adecuado su legislación, o bien porque han sido las mismas compañías que se beneficiaban de estas ventajas las que se han adecuado a los criterios de la OCDE abandonando estos países.

²⁰ Esta situación se evidencia en el documento emitido por la Dirección de Inteligencia Comercial de PROCOMER (2009). Estadísticas del Comercio Exterior de Costa Rica 2009. Fuente: <http://www.procomer.com/contenido/descargables/anuarios-estadisticos/anuario-estadistico-2009.pdf>

La evolución de la definición de paraísos fiscales ha llevado a dejar el intercambio de información como el único criterio prevaleciente de entre los cuatro que tenía la OCDE para determinar la existencia de un paraíso fiscal, y el estándar internacional de intercambio de información fiscal ha sido introducido.

Los países que se encontraban en la lista de paraísos fiscales cumplieron o se comprometieron a cumplir con el estándar fiscal internacional de intercambio de información. Esto implica que los que eran antes paraísos fiscales suscribirán más CDI en el futuro. La vieja imagen negativa de los paraísos fiscales en cuanto a promovedores de evasión y elusión fiscal está desapareciendo. Esto da más atractivo a los paraísos fiscales entendidos en su antigua connotación, como países o territorios de baja tributación. En la actualidad, al menos cincuenta países o jurisdicciones cuentan con tarifas reducidas, han concluido CDI con otros países y han implementado el estándar internacional de intercambio de información fiscal, por lo que pueden considerarse paraísos fiscales beneficiosos y son útiles para la planeación fiscal internacional (Zielke, 2011, pp. 47-48).

En este contexto, Costa Rica sigue teniendo la tarea pendiente y debe concretar sus acciones mediante la aprobación del Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, en discusión ante la Asamblea Legislativa y continuar firmando y ratificando convenios de intercambio de información tributaria con países con los que Costa Rica tenga relaciones comerciales.

IV. Medidas tomadas por la OCDE en relación con el acceso a la información bancaria

En el 2000, se emitió en el seno de la OCDE el primer informe sobre “Mejora del Acceso a la Información Bancaria con Fines Tributarios” (Informe Bancario del 2000). Este Informe también es actualizado periódicamente.

El informe del 2003 describe los avances alcanzados con las medidas propuestas en el Informe Bancario del 2000 y se identifican áreas por mejorar.

Uno de los logros fundamentales del Informe Bancario del 2000 fue establecer una norma ideal de acceso a la información bancaria, concretamente, que

todos los Estados miembros deberían permitir el acceso a la información bancaria, directa o indirectamente a todos los fines tributarios, de forma que las autoridades fiscales pudieran cumplir plenamente con su responsabilidad recaudatoria y comprometerse a un efectivo intercambio de información con sus co-signatarios de convenios (OCDE, 2003, p.5).

En el Informe Bancario del 2000, se identificaba una serie de medidas y se alentaba a los Estados a adoptarlas para avanzar hacia la norma acordada. Estas son:

- a) Prohibición de cuentas anónimas.
- b) Requerimiento a las instituciones financieras, de identificación de sus clientes habituales u ocasionales, así como de aquellas personas en cuyo beneficio se abre una cuenta bancaria o se realiza una operación.
- c) Revisión de los requisitos de interés tributario nacional que impiden a las autoridades fiscales obtener información de un Estado cosignatario de un convenio, previo requerimiento expreso, con la intención de garantizar que dicha información sea susceptible de intercambio, realizando para ello las modificaciones que sean necesarias en sus leyes, reglamentos y prácticas administrativas.
- d) Revisión de las normas y prácticas que no les permiten a las autoridades fiscales el acceso a la información bancaria, directa o indirectamente, con el fin de intercambiar dicha información en los casos relacionados con

asuntos tributarios en los que concurra una conducta intencionada susceptible de procesamiento penal, con la intención de realizar los cambios que sean necesarios en sus leyes, reglamentos y prácticas administrativas.

- e) Adopción de las iniciativas que sean apropiadas para lograr el acceso, para de la comprobación de la obligación tributaria y otros fines de la administración tributaria, con la intención de realizar los cambios que sean necesarios en sus leyes, reglamentos y prácticas administrativas.
- f) Mejora de la viabilidad administrativa y de la capacidad de los sistemas informáticos.
- g) Estudio de la forma en la que pueda desarrollarse una estrategia de cumplimiento que permita a los contribuyentes que no cumplan con sus obligaciones, declarar rentas y patrimonio que en el pasado hubieran ocultado, acogidos a las estrictas normas sobre secreto bancario aplicables en algunas jurisdicciones.
- h) Favorecer que los Estados y territorios no integrantes de la OCDE (NOEs, del inglés *non-OECD economies*) mejoren el acceso a la información bancaria para todos los fines tributarios.
- i) Se alentaba a los Estados miembros que tuvieran territorios asociados o dependientes, o responsabilidades especiales o prerrogativas tributarias sobre otros territorios, a fomentar, en el marco de sus acuerdos constitucionales, la aplicación simultánea de las medidas antes mencionadas en sus territorios dependientes, asociados u otros (OCDE, 2003, pp.5-6).

Entre el año 2000 y 2003, se lograron avances significativos en los Estados de la OCDE. Ya no se pueden abrir cuentas bancarias anónimas en ninguno de los Estados, se aplica el requisito de identificación de clientes y ningún Estado exige un interés tributario nacional para obtener información destinada a un Estado cosignatario de un convenio.

El área que no registró avance fue la definición común de fraude fiscal; y la que presentó un avance reducido fue la revelación de información bancaria para los procesos civiles en materia tributaria.

En relación con el establecimiento del requisito de identificación de clientes, el Informe Bancario del 2000, señala que el Comité contaría con un Grupo de Acción Financiera sobre Blanqueo de Capitales, el que el 30 de mayo de 2002, publicó un Informe de consulta, mediante el que se encuentra estudiando vías para mejorar las normas de “conozca a su cliente”, aclarando obligaciones aplicables en esta materia.

A nivel de la OCDE y para los países no miembros que aplican los Comentarios al MC de la OCDE, la obligación de un Estado contratante de obtener la información solicitada por un Estado cosignatario, con independencia de si existe o no el requisito de interés tributario nacional, se aclaró en la actualización del 2003 del MCOCDE (párrafo 16 de los Comentarios al artículo 26):

Esta obligación aparece claramente en las prácticas seguidas por los Estados miembros que demuestran que, cuando recaben información solicitada por un Estado co-signatario de un convenio, los citados Estados contratantes con frecuencia emplean las mismas facultades de inspección o de investigación establecidas en su Derecho interno relativas a la aplicación de sus impuestos nacionales aún cuando no necesiten dicha información en relación con los mismos.

Los Estados están de acuerdo en la confidencialidad bancaria, pero ello no impide la obtención de pruebas documentales a través de los bancos en los casos de fraude, ni su remisión a las autoridades pertinentes del Estado requirente (OCDE, 2003, p. 11).

En este marco, es necesario destacar que si bien Costa Rica mantiene el secreto bancario, no se permiten cuentas bancarias anónimas. Asimismo, desde inicios de la década del 2000, se empezó a requerir a las instituciones financieras que solicitaran más información sobre la identidad y actividades de sus clientes, principalmente cuando estos realizan transacciones superiores a US\$ 10,000²¹. Sin embargo, estas medidas se adoptaron en el marco de la lucha contra el narcotráfico y el lavado de dinero²². Excluyendo esta medida, Costa Rica no ha cumplido con las recomendaciones relacionadas con el secreto bancario, pero su cumplimiento se estaría dando de aprobarse el Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal.

V. Alcances del Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal

El Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal (en adelante “el Proyecto”) que se encuentra en discusión en la Asamblea Legislativa²³, es esencial para satisfacer estas exigencias de la OCDE. Con él, se estarían eliminando de nuestra legislación algunos elementos que son claves para definir un paraíso fiscal, en los términos que lo definiera esta Organización en el año 1998. Específicamente, nos referimos a la eliminación del secreto bancario para efectos tributarios y a la eliminación de acciones al portador, que permitía la invisibilidad de inversionistas extranjeros, que podrían estar evadiendo impuestos en sus Estados de origen.

²¹ Específicamente el artículo 16 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades Conexas, No. 8204 de 26 de diciembre de 2001, establece:

“Artículo 16.- Con el objeto de prevenir las operaciones de ocultación y movilización de capitales de procedencia dudosa y otras transacciones encaminadas a legitimar capitales o a financiar actividades u organizaciones terroristas, las instituciones sometidas a lo regulado en este capítulo deberán sujetarse a las siguientes disposiciones:

- a) Obtener y conservar información acerca de la verdadera identidad de las personas en cuyo beneficio se abra una cuenta o se efectúe una transacción, cuando existan dudas acerca de que tales clientes puedan no estar actuando en su propio beneficio, especialmente en el caso de personas jurídicas que no desarrollen operaciones comerciales, financieras ni industriales en el país, en el cual tengan su sede o domicilio.*
- b) Mantener cuentas nominativas; no podrán mantener cuentas anónimas, cuentas cifradas ni cuentas bajo nombres ficticios o inexactos.*
- c) Registrar y verificar, por medios fehacientes, la identidad, la representación, el domicilio, la capacidad legal, la ocupación o el objeto social de la persona, así como otros datos de su identidad, ya sean clientes ocasionales o habituales. Esta información debe constar en un formulario, el cual debe estar firmado por el cliente. En el caso de personas jurídicas catalogadas de riesgo, según los parámetros establecidos por el Consejo Nacional de Supervisión, las entidades financieras deben requerir certificación notarial relativa a la representación judicial y extrajudicial de la sociedad. Esta verificación se efectuará, especialmente, cuando establezcan relaciones comerciales, en particular la apertura de nuevas cuentas, el otorgamiento de libretas de depósito, la existencia de transacciones fiduciarias, el arriendo de cajas de seguridad o la ejecución de transacciones, incluidas las transferencias desde el exterior o hacia él, en moneda nacional o extranjera, iguales o superiores a los diez mil dólares moneda de los Estados Unidos de América (US \$10.000,00) o su equivalente en otras monedas.*
- d) Mantener, durante la vigencia de una operación y al menos por cinco (5) años, a partir de la fecha en que finalice la transacción, los registros de la información y documentación requeridas en este artículo.*
- e) Conservar, por un plazo mínimo de cinco (5) años, los registros de la identidad de sus clientes, los archivos de cuentas, la correspondencia comercial y las operaciones financieras que permitan reconstruir o concluir la transacción.*
- f) Acciones al portador: los sujetos regulados por los artículos 14, 15 y 15 bis de esta Ley, no podrán abrir cuentas ni mantener como clientes a sociedades con acciones al portador.*

Las personas jurídicas extranjeras que soliciten la apertura de una cuenta o la realización de operaciones, deben corresponder a entidades constituidas y registradas en su país de origen en forma nominativa, que permitan la plena identificación de las personas físicas que han suscrito el pacto constitutivo y las personas físicas propietarias del capital representado en acciones o participaciones, en el momento de la apertura de la cuenta y durante la relación comercial”.

²² Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de capitales y actividades conexas, No. 8204 del 26 de diciembre de 2001, publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 8, del 11 de enero de 2002.

²³ Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, tramitado bajo el Expediente Legislativo No. 17677.

Las modificaciones de Ley propuestas en el Proyecto están dirigidas específicamente a modificar diversas disposiciones del Código de Normas y Procedimientos Tributarios (CNPT) y del Código de Comercio (CCom), para adecuar nuestra normativa al estándar internacional.

Un tema de discusión que surge en torno a este Proyecto, es si este satisface las recomendaciones de la OCDE en esta materia, o si va más allá de estas recomendaciones, afectando los derechos de los particulares, reconocidos legal y constitucionalmente en nuestro país.

En esta Sección comentaremos cada una de las reformas propuestas para poder dar respuesta a estas interrogantes.

1. Modificaciones al CNPT

En primera instancia, se modifica el artículo 105 del CNPT sobre información de terceros, para incluir que el requerimiento de información deberá ser justificado expresamente, en cuanto a su relevancia tributaria, no pudiendo alegarse ninguna restricción al traslado de dicha información.

Esta reforma vendría a afectar el secreto bancario, en el tanto los contribuyentes no podrán alegar el derecho al secreto bancario para no brindar la información. Ahora bien, la disposición no señala qué debe entenderse como información de relevancia tributaria, por lo que debe integrarse esta norma con lo establecido en el artículo 106 bis del CNPT.

Se deroga parcialmente el inciso e) del artículo 106 del CNPT, en cuanto exigía una orden judicial para tener acceso a la información bancaria. De esta forma, se eliminan las restricciones al requerimiento de información bancaria.

Se adiciona el artículo 106 bis del CNPT, que establece la obligación de las entidades financieras de proporcionar información de trascendencia tributaria a la Administración Tributaria.

La relevancia de esta norma se encuentra en tres aspectos esencialmente:

- a) *Establece el deber general de suministrar información de trascendencia tributaria por parte de entidades financieras.*
- b) *Define qué debe entenderse por información de trascendencia tributaria.*

En este sentido, se entenderá como tal la información de los clientes y usuarios de entidades financieras, correspondiente a transacciones, operaciones y balances, movimientos de cuentas corrientes y de ahorro, depósitos, certificados a plazo, cuentas de préstamos y créditos, fideicomisos, inversiones individuales, inversiones en carteras mancomunadas, transacciones bursátiles y demás operaciones, ya sean activas o pasivas, en el tanto la información sea de trascendencia tributaria:

- i. Para la administración, cobro o determinación, verificación de cualquier gravamen exención, o remesa.
- ii. Para efectos de cumplir con una solicitud de información conforme con un convenio internacional para evitar la doble tributación, o cualquier otro convenio internacional de intercambio de información fiscal.

- c) *Define qué debe entenderse por “entidad financiera”.*

De conformidad con este numeral, se entiende por ‘entidades financieras’ todas aquellas entidades que sean reguladas, supervisadas o fiscalizadas por los siguientes órganos, según corresponda: la Superintendencia General

de Valores, la Superintendencia de Pensiones y la Superintendencia General de Seguros. La anterior definición incluye a todas aquellas entidades o empresas costarricenses y extranjeras integrantes de los grupos financieros supervisados por los órganos anteriores.

Sin embargo, la norma anterior no debe leerse aisladamente, sino en conjunto con el artículo 106 ter del CNPT, también adicionado en este Proyecto de Ley. Esta norma es relevante por establecer los requisitos que deben cumplirse para requerir información a las entidades financieras. A su vez, evidencia que no se va a entregar información indiscriminadamente, sino únicamente ante solicitud expresa para un caso específico. Es posible prever que la Administración tributaria acudirá a esta información en los procedimientos de auditoría que lleve a cabo.

También se modifica el segundo párrafo del artículo 109 del CNPT, extendiendo el plazo para el cual los contribuyentes deberán conservar los duplicados de comprobantes, como facturas, boletas u otros documentos que faciliten la verificación. El plazo se extiende de 4 años a 5 años.

La última reforma al CNPT se introduce mediante la modificación del tercer párrafo del artículo 115 del CNPT. No obstante, existe confusión, toda vez que el artículo en cuestión carece de un tercer párrafo, y no está claro si elimina o no la última frase de este artículo. Es necesario que se revise cómo debe leerse la modificación de la norma en el contexto del artículo reformado. El artículo 115 del CNPT regula el uso de información. Esta modificación es relevante en la medida en que viene a aclarar el procedimiento que se seguirá para recabar información de trascendencia tributaria solicitada por un Estado con el que Costa Rica tenga un convenio que incluya el intercambio de información, y deja claro que el procedimiento será el mismo seguido por la Administración Tributaria para recabar información con respecto a sus propios contribuyentes. Esto se considera adecuado, toda vez que no crea privilegios innecesarios en beneficio de dichos Estados²⁴.

2. Modificaciones al Código de Comercio

Las modificaciones al Código de Comercio (CCom) se concentran básicamente en tres áreas:

1. Eliminar la existencia de acciones al portador, que permiten la imposibilidad de identificar a los titulares de acciones de sociedades organizadas en el país, lo cual facilita que contribuyentes evasores no puedan ser identificados.
2. Ampliar el plazo para guardar comprobantes o libros de las empresas de cuatro a cinco años.
3. Permitir el acceso a información bancaria para efectos tributarios. Se mantiene el secreto bancario tal y como está regulado en la actualidad con esta excepción.

²⁴ Es necesario que el error expuesto sea subsanado previo a la aprobación del Proyecto de Ley, pues de lo contrario podrá generar inseguridad jurídica y, eventualmente, incluso vulnerar los derechos y garantías del contribuyente. No obstante, cabe destacar que en relación con la protección del derecho a la intimidad, siempre quedaría vigente esta protección constitucional incluida en el párrafo in fine del artículo 24 de nuestra Carta Magna, que indica: “No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”. Sin embargo, se considera que una tutela efectiva de este derecho y garantía constitucional exige que este se encuentre también tutelado a nivel legal, en cada ámbito específico.

2.1 Modificaciones tendientes a eliminar la posibilidad de que existan acciones al portador

En primer lugar, se modifica el artículo 120 del CCom, norma que regula las acciones de sociedades, con el fin de aclarar que cualquier tipo de acción —ya sea común, preferente u otro título patrimonial— deberá ser nominativas, lo que implica que se debe indicar el nombre de la persona titular de la acción, en contraposición a lo que sucede con los títulos al portador, en que el titular demuestra tal titularidad con la mera posesión del título²⁵.

Se reforma el párrafo primero del artículo 137 del CCom, para generalizar la obligación de que las sociedades anónimas deben llevar los registros necesarios que indica la norma. Anteriormente, esta obligación era solo para aquellas sociedades anónimas que emitieran acciones nominativas.

La derogatoria de los artículos 132 e inciso d) del artículo 137 del CCom, así como las reformas introducidas a los artículos 137, 140, 149 y 218 tienen como objetivo eliminar la normativa relacionada con títulos o acciones al portador.

Estas reformas evidencian el interés de Costa Rica por eliminar la posibilidad de que se interprete que los individuos, tanto nacionales como extranjeros, de invertir en el país en la clandestinidad, sin poder ser detectados por las Autoridades Tributarias de sus países de origen. Sin embargo, pareciera que el Proyecto de Ley únicamente está cumpliendo con los mínimos requerimientos del compromiso internacional y no pretende ir más allá, pues una actuación más contundente para evitar la clandestinidad de los accionistas y mantenerlos debidamente identificados, podría pasar por mantener ante las Autoridades Tributarias, un sistema de información actualizado de la identidad de los socios de las Compañías, existiendo una obligación legal de informar a la Administración Tributaria de cualquier cambio que se produzca en la propiedad de las acciones. El incumplimiento de esta obligación debería ser penalizado con sanción pecuniaria. Asimismo, la protección de esta información estaría tutelada por el deber de confidencialidad de la información que poseen los funcionarios de la Administración Tributaria²⁶.

2.2 Modificaciones tendientes a ampliar el plazo para guardar comprobantes o libros de las empresas de cuatro a cinco años

Se modifica el inciso d) del artículo 234 del CCom para adecuar el período por el que se deben conservar los libros de contabilidad después del cierre del negocio, plazo que también se extiende de cuatro a cinco años. En el mismo sentido se propone la modificación del párrafo primero del artículo 270 y el artículo 271 del CCom.

Debe tenerse en cuenta que este aumento en el plazo para conservar los libros de contabilidad también se extiende a la necesidad de conservar por el mismo período, los documentos soporte de la contabilidad. En realidad, esta modificación no viene a modificar prácticas actuales, por cuanto si bien ahora se exige mantener estos libros por cuatro años —siendo el plazo de prescripción de infracciones tributarias de cinco años— generalmente se recomienda conservar los libros y sus soportes por este último plazo de prescripción, para estar preparado ante cualquier auditoría por parte de las Autoridades Tributarias. En este marco, esta norma vendría a confirmar una práctica actual.

²⁵ Se aclara que en la práctica no existen acciones al portador, y ninguna sociedad será inscrita en el Registro Público si se indica que emite acciones al portador. Sin embargo, la normativa sigue vigente y es la existencia de esta legislación la que está produciendo que se interprete que Costa Rica podría estar fomentando actividades clandestinas de no residentes en nuestro país.

²⁶ Artículo 117 del CNPT.

2.3 Modificaciones tendientes a permitir el acceso a información bancaria para efectos tributarios

Se mantiene el secreto bancario tal y como está regulado en la actualidad, con una única excepción: se permite el acceso a dicha información por parte de las Autoridades Tributarias adscritas al Gobierno Central.

La modificación legal que elimina el secreto bancario para efectos fiscales se encuentra en la modificación hecha al artículo 615 del CCom. Así, se pretende permitir el acceso a la información bancaria específicamente a la Dirección General de Tributación y a la Dirección General de Aduanas. De esta forma se elimina la anterior prohibición de revisión de cuentas bancarias por parte de las autoridades fiscales. La redacción de la norma sería la siguiente:

*Artículo 615.- Las cuentas corrientes bancarias son inviolables y los Bancos sólo podrán suministrar información sobre ellas a solicitud o con autorización escrita del dueño, o por orden de autoridad judicial competente. Se exceptúa la intervención que en cumplimiento de sus funciones determinadas por la ley haga la Superintendencia General de Entidades Financieras, **la Dirección General de Tributación o la Dirección General de Aduanas.**” (La negrilla no pertenece a su original y señala lo adicionado a la norma).*

Se elimina la última frase que indicaba: *“Queda prohibida la revisión de cuentas corrientes por las autoridades fiscales”.*

2.3.1 Análisis de las limitaciones introducidas al secreto bancario

El secreto bancario se encuentra protegido por el derecho constitucional a la intimidad, tutelado en el artículo 24 de la Constitución Política²⁷, lo que ha sido reconocido en estos términos por la Sala Constitucional en sus Votos No. 578-92 del 28 de febrero de 1992 y No. 3929-95 del 18 de julio de 1995. Sin embargo, tiene especial interés el Voto de la Sala Constitucional No. 2003-05275, del 18 de junio de 2003, en el que se cuestiona la inconstitucionalidad del inciso a) del artículo 132 de la Ley Orgánica del Banco Central, por estimar que lesiona el derecho al secreto bancario, al autorizar a la SUGEF efectuar acción directa de supervisión o de vigilancia en las entidades fiscalizadas, lo que le permite tener acceso a documentos privados de los clientes que realizan operaciones financieras, incluidos entre otros los planes de inversión, información contable y balance de situación. La Sala rechaza la vulneración alegada por considerar que la norma constituye un límite legítimo a la actividad bancaria con base en lo siguiente: (i) se trata de una potestad legal (ha sido otorgada por ley); (ii) constituye un

²⁷ “Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones. Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, **cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa**, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuales casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”. (La negrilla no pertenece a su original).

mecanismo de control necesario e idóneo para el cumplimiento de la función de fiscalización que es de interés público, según lo dispuesto en la misma ley; y (iii) la actividad de fiscalización sobre las entidades financieras que desarrolla la SUGEF responde a un fin público que se traduce en la necesidad de que las operaciones financieras en el país sean lícitas, no utilizadas para fines ilegítimos y también despliega la SUGEF tal actividad, con el propósito de mantener un ambiente financiero estable en el país.

Es posible prever que si se llegase a realizar la consulta de constitucionalidad previa aprobación del Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal, la Sala defendería la potestad que se le estaría dando a través de esta ley a las Autoridades Tributarias para el acceso a información de trascendencia tributaria, toda vez que hay un interés de origen constitucional tutelable que es con el que los contribuyentes tienen el deber de colaborar al sostenimiento de las cargas públicas. Este deber también es de origen constitucional y está regulado en los artículos 18 y 19 de la Constitución Política²⁸. Por ello, las medidas tendientes a evitar la evasión fiscal en el país —como aquellas que buscan que otras Administraciones tributarias puedan tener acceso a información de trascendencia tributaria en el país, para verificar el adecuado cumplimiento del deber de contribuir en sus respectivos Estados— deben ser reconocidas como un derecho tutelable mayor que el derecho al secreto bancario que puedan alegar los clientes de los bancos para mantenerse en la clandestinidad.

Un aspecto diferenciador entre el supuesto analizado por la Sala Constitucional y el que analizamos en el caso objeto de estudio, es que el acceso a la información bancaria para fines tributarios no ha sido reconocido aún como de interés público. Sin embargo, tal y como se menciona, la norma constitucional sí contempla el deber de contribuir, a partir del cual se puede derivar la obligación de contribuir adecuadamente y la potestad de la Administración Tributaria de realizar la fiscalización necesaria para garantizar el cumplimiento efectivo de ese deber. Los derechos y deberes constitucionales deben ponderarse y garantizar con mayor intensidad aquellos que satisfacen, ya sea directa o indirectamente, intereses generales sobre aquellos que satisfacen intereses particulares.

Ahora bien, nos parece de suma importancia que esta Ley sea aprobada por al menos dos tercios del total de los diputados de la Asamblea Legislativa, para cumplir con lo prescrito por el artículo 24 de la Constitución Política, que exige una mayoría calificada para estos efectos²⁹.

²⁸ Los artículos 18 y 19 de la Constitución Política rezan: “Artículo 18.- Los costarricenses deben observar la Constitución y las leyes, servir a la Patria, defenderla y contribuir para los gastos públicos.”

“Artículo 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.”

²⁹ “Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.

Igualmente, la ley determinará en cuales casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar que se intervenga cualquier tipo de comunicación e indicará los delitos en cuya investigación podrá autorizarse el uso de esta potestad excepcional y durante cuánto tiempo. Asimismo, señalará las responsabilidades y sanciones en que incurrirán los funcionarios que apliquen ilegalmente esta excepción. Las resoluciones judiciales amparadas a esta norma deberán ser razonadas y podrán ejecutarse de inmediato. Su aplicación y control serán responsabilidad indelegable de la autoridad judicial.

La ley fijará los casos en que los funcionarios competentes del Ministerio de Hacienda y de la Contraloría General de la República podrán revisar los libros de contabilidad y sus anexos para fines tributarios y para fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.

Una ley especial, aprobada por dos tercios del total de los diputados, determinará cuáles otros órganos de la Administración Pública podrán revisar los documentos que esa ley señale en relación con el cumplimiento de sus competencias de regulación y vigilancia para conseguir fines públicos. Asimismo, indicará en qué casos procede esa revisión.

No producirán efectos legales, la correspondencia que fuere sustraída ni la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación”.

Es posible concluir que el secreto bancario se mantiene en Costa Rica, pero con ciertas limitaciones constitucionalmente tutelables. La limitación de nuestro interés consiste en que se le otorga a la Administración Tributaria el acceso a dicha información bajo un procedimiento que busca no realizar meras incursiones sin propósito alguno, sino que estas deben ser específicas y bajo el compromiso de que la información debe ser utilizada adecuadamente, ya que se encuentra protegida por el deber de confidencialidad de los funcionarios que la utilicen.

En cuanto al acceso a información bancaria que tendrían las Administraciones Tributarias de otros Estados, la garantía del secreto bancario también debe ceder, en este caso, sobre la base de que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nacionales³⁰.

VI. Conclusiones

A pocos días de vencer el último plazo otorgado por la OCDE a Costa Rica para cumplir con las recomendaciones formuladas por esta Organización, estas se han cumplido parcialmente, pero de forma aceptable por esta organización. Para julio del 2011, se lograron firmar doce convenios que incluyen el estándar de transparencia fiscal internacional y se ha reconocido la validez de otros convenios suscritos por Costa Rica como convenios que cumplen con dicho estándar. En total, tenemos dieciocho convenios firmados, la mayoría de estos tienen pendiente el trámite de ratificación ante la Asamblea Legislativa. No obstante, no se ha logrado aún aprobar el Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal.

Es posible que no obstante lo anterior, las acciones concretas llevadas a cabo por el Gobierno de Costa Rica durante los últimos meses, tendientes a la negociación y suscripción de convenios de intercambio de información, fue lo que permitió que la OCDE recientemente haya calificado a Costa Rica como un país que ha implementado sustancialmente el estándar internacional de intercambio de información tributaria, pero con tareas pendientes. Se ha alcanzado un objetivo de suma importancia para el país. Esperamos que próximamente Costa Rica termine de cumplir con sus compromisos internacionales, mediante la aprobación del Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal y la continua tarea de suscribir convenios que incluyan el estándar de transparencia fiscal internacional principalmente con los países con los que Costa Rica mantiene relaciones comerciales o de los que recibe capital para inversión. Sin embargo, el efecto inmediato del cumplimiento por parte de Costa Rica debería ser que los países de la OCDE que hayan impuesto medidas unilaterales contra el país para desincentivar la inversión en el mismo, procedan a dejarlas sin efecto. Recordemos que estas medidas incluían las siguientes: la exigencia de deberes de información más rigurosos para los residentes de estos países que inviertan en Costa Rica, o el no otorgamiento de créditos fiscales en los países de residencia de estos inversionistas, por los impuestos soportados en Costa Rica, con lo que se promovía el éxodo de inversión extranjera directa localizada en Costa Rica. Específicamente países como México e Italia actualmente aplican sanciones unilaterales contra Costa Rica, a través de un tratamiento tributario más severo de las inversiones realizadas en Costa Rica por parte de sus residentes.

Nuestro país es esencialmente un país importador de capital, donde los flujos de inversión extranjera directa son de suma importancia para la estabilidad económica y social del país. En el período 1991-2008, los flujos de inversión extranjera directa (IED) hacia el país, se estiman en torno al 3,5% del PIB (Monge y Torres, 2010). Por ello, es necesario cumplir adecuada y oportunamente con los compromisos acordados en el ámbito

³⁰ "Artículo 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.

No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales".

internacional. Se ha evidenciado que Costa Rica cumple con estos, al último momento, pero cumple. Tal vez sería oportuno ser más activo y dar un paso hacia adelante para mejorar la imagen internacional de nuestro país y así, buscar mejorar nuestra competitividad, si realmente deseamos que Costa Rica se posicione como un país destino para la localización de inversión extranjera directa, donde grandes multinacionales puedan ubicar parte de sus operaciones en el país generando trabajo, riqueza y promoviendo encadenamientos productivos que mejoren la situación socio-económica de nuestros habitantes.

Se hace evidente que los países no miembros de la OCDE están cumpliendo con el Estándar de Transparencia Fiscal Internacional simplemente por cumplir con esta obligación, o al menos, eso parece, al revisar los países con los que Costa Rica está suscribiendo este tipo de convenios, y que muchos de ellos claramente no son los principales socios comerciales del país.

Dejando de lado las circunstancias específicas de otros países, en relación con Costa Rica, entendemos que en estos momentos en que la necesidad de suscribir convenios de intercambio de información era imperativa, puedan suscribirse con quienes se encuentren en la misma situación, por lo que las negociaciones pueden ser más ágiles. Pero sería deseable que en un futuro, se continué suscribiendo este tipo de convenios con nuestros principales socios comerciales, para que puedan surtir los efectos deseados, los que también podrán beneficiar a Costa Rica en un futuro, si logramos avanzar con el desarrollo de nuestra legislación tributaria, actualmente rezagada en muchos aspectos, sino que arcaica.

El Proyecto de Ley para el Cumplimiento del Estándar de Transparencia Fiscal satisface los mínimos requeridos por las recomendaciones de la OCDE, pero no pareciera ir más allá. La eliminación del secreto bancario está bien delimitada, por lo que este mantendrá su vigencia a excepción de que se permitirá el acceso a información bancaria para las Autoridades Tributarias adscritas al Ministerio de Hacienda. Esto supone una restricción justificada al derecho a la intimidad, que encuentra respaldada en la tutela efectiva de deberes constitucionales de los ciudadanos y extranjeros en el país, consistentes en el deber contribuir con las cargas públicas. Tratándose de la situación de los extranjeros, específicamente en cuanto al acceso a información bancaria que tendrían las Administraciones Tributarias de otros Estados, la garantía del secreto bancario también debe ceder, en este caso sobre la base de que los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nacionales.

El problema que subyace a la situación del país ante la OCDE evidencia un problema latente en muchas otras áreas, que es la imposibilidad del país de tomar decisiones oportunas y direccionadas a fines específicos. Las consecuencias podrían ser graves. Entre estas últimas destaca el posible deterioro de la competitividad del país para la atracción de IED.

Resulta saludable en ocasiones tomar perspectiva para poder analizar un escenario más amplio. Lo cierto es que Costa Rica es un pequeño país que ha logrado desarrollar sus ventajas competitivas en una región conflictiva. Pero los problemas de la región han cambiado y el resto de países también están luchando por atraer IED. Las ventajas competitivas que podría tener el país hoy, podrían no existir en un futuro si no se logran tomar medidas oportunas, concretas y bien dirigidas a objetivos claros.

Es necesario cumplir oportunamente con los compromisos adquiridos en el plano internacional, porque nos interesa que las empresas de países exportadores de capital continúen localizándose en Costa Rica. Pero esto no sucederá si sus Estados desincentivan estas inversiones.

VII. Referencias

- Banco Central de Costa Rica. (2007). *Inversión Extranjera Directa en Costa Rica, Definitiva 2006, Estimación 2007*. Grupo Interinstitucional de Inversión extranjera directa. Departamento de Estadísticas Macroeconómicas. Agosto, 2007, Banco Central de Costa Rica, Costa Rica. Recuperado de: http://www.bccr.fi.cr/flat/bccr_flat.htm
- Calderón C., JM. (2001). Tendencias actuales en materia de intercambio de información entre Administraciones Tributarias. *Revista Crónica Tributaria*, (99), Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, pp. 25-40.
- Dirección de Inteligencia Comercial de Promotora de Comercio Exterior (2009). *Estadísticas del Comercio Exterior de Costa Rica 2009*, Procomer, Costa Rica. Recuperado de: <http://www.procomer.com/contenido/descargables/anuarios-estadisticos/anuario-estadistico-2009.pdf>
- Maldonado GV, A. (2002). *Nueva posición de la OCDE en materia de paraísos fiscales*. Documento No. 1/02, Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales.
- Monge B., C. y Torres G., C. (marzo, 2010). *Costa Rica: Estimación del déficit en Cuenta Corriente coherente con flujos de capital de largo plazo sostenibles. Periodo 1999-2009. Informe Técnico de la División Económica del Banco Central de Costa Rica No. DEC-DIE-DT-05-2010*, Banco Central de Costa Rica, Costa Rica.
- Organization for Economic Co-operation and Development. (1998). *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*. OECD, Paris, France.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2000). *Hacia una cooperación mundial en materia tributaria. Informe para la reunión del Consejo de Ministros del 2000 y recomendaciones del Comité de Asuntos Fiscales. Avances en la identificación y eliminación de prácticas fiscales perniciosas*, OCDE, Paris Francia, para la edición española: Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/03_HaciaCooperacion.pdf
- Organization for Economic Co-operation and Development (1998). *Harmful Tax Competition. An Emerging Global Issue*, OECD, Paris, France.
- Organization for Economic Co-operation and Development (2000 a). *Improving access to Bank Information for Tax Purposes*, OECD, Paris, France.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2001). *Proyecto de la OCDE sobre prácticas fiscales perniciosas. Informe de Progreso 2001*. OCDE, Paris, Francia, para la versión española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/04_ProyectoOCDE.pdf
- Organization for Economic Co-operation and Development (2004). *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report*, OECD, Paris, France.

- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2004). *Proyecto de la OCDE sobre las prácticas fiscales perniciosas. Informe de Progreso 2004*, OCDE, Paris, Francia, para la versión española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/05_ProyectoOCDE.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2006). *Proyecto de la OCDE sobre las Prácticas Fiscales Perniciosas: Actualización 2006. Progreso en los Estados Miembros*, OCDE, Paris, Francia, para la edición española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/12_Informe%202006.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2000). *Mejora del acceso a la información bancaria con fines tributarios*, OCDE, Paris, Francia, para la edición española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/01_FinesTributarios.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2003). *Mejora del acceso a la Información bancaria con fines tributarios. Informe de Progreso 2003*, OCDE, Paris, Francia, para la edición española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es?documentos/recursos/publicaciones/librosOCDE/02_InformeProgreso.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2007). *Mejora del acceso a la Información bancaria con fines tributarios. Informe de Progreso 2007*, OCDE, Paris, Francia, para la edición española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/18_AccesoInfBan2007ES.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (2002). *Acuerdo sobre Intercambio de Información en Materia Tributaria, Abril 2002*, OCDE, Paris, Francia, para la edición española Madrid, España: Instituto de Estudios Fiscales, 2010. Recuperado de: http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/libros/OCDE/06_AcuerdofinalintercambioInformación.pdf
- Organization for Economic Co-operation and Development (2011). *The Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, OECD, Paris, France.
- Zielke, R. (January, 2011). The Changing Role of Tax Havens – an Empirical Analysis of the Tax Havens Worldwide. *Bulletin for International Taxation, IBFD*, 42-56.

¿Nullum crimen sine poena?*

Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”

Jesús-María Silva Sánchez¹

“...la exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica, orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los Estados a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas...”
Sentencia del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia de 30 de mayo de 2001

Resumen

En los últimos años, han surgido dos doctrinas que podrían guardar cierta proximidad con algunos de los criterios subyacentes al *nullum crimen sine poena*: la lucha contra la impunidad o “impunidad cero” y el derecho de la víctima al castigo del autor. Una y otra tienen orígenes distintos y responden a motivaciones diversas. También hay puntos de encuentro entre ellas, como el que se advierte cuando el Derecho de lucha contra la impunidad se pretende justificar apelando a la satisfacción de un supuesto derecho de las víctimas a la justicia (que se identifica con el castigo del autor). Este artículo analiza ambas líneas doctrinales, para determinar en qué medida se dan en ellas rasgos de la vieja ideología del *nullum crimen sine poena*, hasta qué punto se entrecruzan y cuáles pueden ser sus consecuencias como criterios rectores de la evolución de la política criminal, en el marco una teoría del Derecho penal orientada a la víctima, y a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. **Palabras clave:** Non bis in idem, Víctima, Impunidad, Derechos Humanos, Derecho Penal, Cosa Juzgada, Justicia de Transición, Retribución y Reparación, Amnistía e Indulto, Prescripción.

Abstract

Two doctrines have appeared through the last years that could keep certain proximity with some of the *nullum crime sine poena* underlying criteria: the fight against impunity or “zero impunity”; and the right of the victim to the punishment of the author. Both have different origins and respond to different motivations. There are also points of contact among them, like when the fight against impunity Law is tried to be justified appealing to the satisfaction of a supposed victims’ right to Justice (that is identified with the punishment of the author). This article studies both doctrinal lines, in order to determine to what extent the old *nullum crime sine poena* ideology characteristics occur in them, to what extent they intercross and which can be their consequences as governing criteria of the criminal policy evolution, within the framework of an oriented to the victim Criminal Law, and from the Human Rights International Law. **Keywords:** Non Bis in Idem, Victim, Impunity, Human Rights, Criminal Law, Double Jeopardy, Transitional Justice, Retribution and Reparation, Amnesty and Pardon, Prescription.

* Abreviaturas utilizadas: ARSP: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*; Buff. Crim. L. Rev.: *Buffalo Criminal Law Review*; Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.: *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*; JW: *Juristische Wochenschrift*; JZ: *Juristenzeitung*; Law & Ineq.: *Law and Inequality*; Lewis & Clark L.R.: *Lewis and Clark Law Review*; QLR: *Quinnipiac Law Review*; REDC: *Revista Española de Derecho Constitucional*; RIDP: *Rivista italiana di Diritto penale*; Yale L.J.: *Yale Law Journal*.

¹ Catedrático de Derecho Penal en la Universitat Pompeu Fabra, España. E-mail: jesus.silva@upf.edu

1. Introducción

1. La expresión *nullum crimen sine poena*, de algún modo contrapuesta a la clásica de *nullum crimen sine lege*, se vincula al Derecho penal autoritario. La idea que la inspira es la de que ningún delito debe quedar impune. Según ello, habría que prescindir de las garantías formales vinculadas al principio de legalidad cuando estas se opusieran a la sanción de una conducta que se considerara materialmente merecedora de pena.

2. Tras la caída de los totalitarismos, tanto la idea inspiradora de la máxima *nullum crimen sine poena* como las consecuencias que se asocian a ella permanecieron en un relativo segundo plano. Sólo excepcionalmente —como por ejemplo, a propósito de la introducción en el Derecho alemán, durante los años sesenta, de una regla de imprescriptibilidad para ciertos delitos con efecto retroactivo³— pudo advertirse, de algún modo, su incidencia⁴.

3. En cambio, a lo largo de la última década, y en particular en los últimos años, han aparecido dos doctrinas que, a primera vista, podrían guardar cierta proximidad con algunos de los criterios subyacentes a la máxima *nullum crimen sine poena*. Estas son, por una parte, la doctrina de *lucha contra la impunidad*⁵ o de “*impunidad cero*”⁶; y por otra, la doctrina del *derecho de la víctima al castigo del autor*⁷. Una y otra tienen orígenes distintos y responden a motivaciones asimismo diversas⁸. Sin embargo, también cabe descubrir puntos de encuentro entre ellas, como el que se advierte cuando el derecho de lucha contra la impunidad se pretende justificar apelando a la satisfacción de un supuesto derecho de las víctimas a la justicia (que se identifica con el castigo del autor).

4. En este texto se pretende analizar ambas líneas doctrinales, tratando de determinar en qué medida se dan en ellas rasgos de la vieja ideología del *nullum crimen sine poena*, hasta qué punto se entrecruzan y cuáles pueden ser sus consecuencias como criterios rectores de la evolución de la política criminal.

2. La doctrina (o doctrinas) de la lucha contra la impunidad

2.1. Introducción

1. Lo primero que debe resaltarse a propósito de las *doctrinas de lucha contra la impunidad* es que estas gozan de prestigio en círculos tanto académicos como forenses y, por supuesto, en la opinión pública⁹. Su buena fama se

² Cfr. a título de ejemplo C. Schmitt, *Nationalsozialismus und Rechtsstaat*, JW 1934, pp. 713 y ss., 713-714: “A este enunciado liberal (*rechtsstaatlich*) ‘nulla poena sine lege’ le contrapongo el enunciado de justicia ‘nullum crimen sine poena’”; Maggiore, *Diritto penale totalitario nello Stato totalitario*, RIDP 1939, pp. 140 y ss., 159 y ss.

³ Cfr. sobre este punto y la historia anterior Vormbaum, *Mord sollte wieder verjähren*, en *Festschrift f. Bemmann*, Baden-Baden 1997, pp. 482 y ss., poniendo de relieve cómo la prolongación o incluso eliminación de los plazos de prescripción se debió al cambio de una concepción material a otra procesal de aquella, muy influida por la ideología y los conceptos político-criminales de la época nacionalsocialista.

⁴ Sobre el debate, por todos, Campagna, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart 2007, pp. 130-131.

⁵ Cfr. D. R. Pastor, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona 2006, p. 75 y ss., habla, a propósito del contenido del Estatuto de la Corte Penal Internacional, de una “ideología de la punición infinita”.

⁶ D. R. Pastor, *El poder penal internacional*, p. 80.

⁷ Reemtsma, *Das Recht des Opfers auf die Bestrafung des Täters –als Problem*, München 1999.

⁸ En particular, sobre el hecho de que nos hallamos en una sociedad de “sujetos pasivos”, en la que la mayoría de la sociedad se identifica con la víctima, cfr. Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal*, 2ª edic., Madrid 2001, pp. 42 y ss.; reimpr. Montevideo/ Buenos Aires 2006, pp. 33 y ss.. Asimismo, Chollet, *Reconnaissance ou sacralisation? Arrière-pensées des discours sur la “victimisation”*, *Le Monde diplomatique*, Septembre 2007, pp. 24-25, con un buen inventario de la numerosa bibliografía sociológica sobre las víctimas del delito surgido en los últimos años en Francia.

⁹ Es significativo, por ejemplo, que las organizaciones de defensa de los derechos humanos (como, en particular, *Amnistía Internacional*) hayan hecho suya buena parte de los postulados de esta ideología. Crítico con ello, D. Pastor, *El poder penal*, pp. 182-183.

debe, en muy amplia medida, al ámbito concreto en que se han forjado: el de los delitos contra la humanidad; a los órganos que las han ido elaborando: tribunales internacionales y, siguiéndolos, tribunales constitucionales nacionales; y, finalmente, a la fuente de la que se han extraído: los tratados internacionales de protección de los derechos humanos.

2. Así, la evitación de la impunidad se ha convertido en el más “moderno” de los fines del Derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación —durante la última década— del alcance de principios político-criminales clásicos¹⁰. El deber de los Estados y de la comunidad internacional de castigar simplemente para poner fin a la impunidad aparece en el Preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional¹¹, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹², en sentencias de tribunales constitucionales¹³, así como en un número significativo de obras doctrinales¹⁴.

3. Sin embargo, el contenido y alcance de las doctrinas contra la impunidad no se comprenden bien si se prescinde del dato de que se han desarrollado en el marco de la llamada justicia de transición (*transitional justice*) o, en otra terminología, de la superación del pasado (*Vergangenheitsbewältigung*) a través de instrumentos jurídicos¹⁵. Efectivamente, en este contexto se ha debido decidir, por un lado, cómo abordar el problema de una criminalidad de Estado —o favorecida desde el Estado— que, obviamente, no fue perseguida por la jurisdicción penal durante el régimen político que la promovió (que, a su vez, gozaba del apoyo de un sector, mayor o menor según los casos, de la población). Por otro lado, ha debido examinarse cómo abordar el problema de la criminalidad de grupos guerrilleros/terroristas (quienes, por su parte, también tenían el apoyo de un cierto sector de la población). Valga esto, de entrada, para poner de relieve la complejidad de las situaciones socio-políticas en las que se han generado las doctrinas contra la impunidad, que determina que cualquier solución simplista genere problemas¹⁶.

4. La casuística de los instrumentos jurídico-políticos y sociales a los que se recurre en estas situaciones resulta tan variada como el número de países en los que han tenido lugar tales procesos. Con todo, simplificando al

¹⁰ Naucke, Die strafjuristische Privilegierung staatsverstärkter Kriminalität, Frankfurt 1996, *passim*, pp. 55, 76, 80-81, propone que, para los casos de criminalidad de Estado, o apoyada por este, no rijan los principios de irretroactividad y de prohibición de analogía; categóricamente, Naucke, Normales Strafrecht und die Bestrafung staatsverstärkter Kriminalität, Festschrift f. Bemann, Baden-Baden 1997, pp. 75 y ss., 82 y ss., críticamente, Staff, Zur Problematik staatsverstärkter Kriminalität, en Brunkhorst/ Niesen (Hrsg.), Das Recht der Republik, Frankfurt 1999, pp. 232 y ss., 259, indicando que con ello se sacrifican las garantías constitucionales formales en aras de principios de justicia material. Por su parte, Fletcher observa —aprobándolo, por cierto— cómo en los nuevos instrumentos internacionales la idea de justicia (*justice*), como derecho de las víctimas al castigo que merecen los autores, ha adquirido prioridad sobre la idea de debido proceso (*fair trial*), como derecho de los imputados a ser tratados de modo igualmente respetuoso sea cual sea la intensidad de las sospechas que recaigan sobre ellos: Fletcher, Justice and Fairness in The Protection of Crime Victims, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), pp. 547 y ss., 554.

¹¹ En cuyo Preámbulo se indica:

“Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo (*unpunished*) y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia.

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y contribuir así a la prevención de nuevos crímenes”. Como dice Fletcher, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), p. 555, el argumento preventivo es secundario. La paradoja del Estatuto de Roma en el mundo moderno es que ratifica una forma de castigo retributivo: la idea de que, por razones de justicia, el delito debe ser siempre castigado.

¹² Así, en las sentencias del caso *Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú* -de 14 de marzo de 2001 (“*caso Barrios Altos*”) - o, más recientemente, del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* —de 26 de septiembre de 2006—. Ambas declararon la responsabilidad internacional de los países respectivamente demandados. Puede verse asimismo, en esta línea, la sentencia del TEDH del 17 de enero de 2006 (*Kolk y Kislyiv vs. Estonia*).

¹³ En la Argentina o en Colombia: vid. *infra*.

¹⁴ Así, *Ambos*, La Parte General del Derecho Penal Internacional (trad. Malarino), Montevideo 2005, p. 33, con múltiples referencias a otras obras suyas; también, por ejemplo, Fletcher, The Place of Victims in the Theory of Retribution, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), pp. 51 y ss., 60.

¹⁵ Arnold/Silverman, Regime Change, State Crime and Transitional Justice: A Criminal Law Retrospective Concentrating on Former Eastern bloc Countries, Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. J., Vol. 6/ 2, 1998, pp. 140 y ss., 141.

¹⁶ Sobre esto, especialmente, *Malamud Goti*, What’s Good and Bad About Blame and Victims, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), pp. 629 y ss.

máximo, puede indicarse que responde a la combinación o no —y, por consiguiente, a la conformación de modelos puros o mixtos— de reparación (rehabilitación y compensación de las víctimas), comisiones de verdad y procedimientos penales¹⁷. Las soluciones alternativas a la punitiva (basadas, por tanto, en la reparación o en una combinación de verdad y reparación) han venido precedidas o se han visto acompañadas, en general, de un bloqueo de la vía jurídico-penal, en virtud de leyes de amnistía o de limitación de responsabilidad. Asimismo, se han presentado bajo el lema de la obtención de la *reconciliación social* y la *paz* (lo que da cuenta de la existencia de un conflicto socio-político previo)¹⁸.

5. Las doctrinas de lucha contra la impunidad surgen precisamente como reacción frente a estos métodos. Propugnan, pues, un recurso irrestricto al Derecho penal. En esta línea, no sólo rechazan los modelos de renuncia incondicionada al Derecho penal, sino también las propuestas en las que se admite una renuncia condicional a la atribución de responsabilidad penal (por ejemplo, si tiene lugar una confesión ante las comisiones de verdad)¹⁹ o en las que se acepta una significativa atenuación condicionada de dicha responsabilidad (en el mismo caso de confesión de los hechos).

2.2. El concepto de “impunidad” y los elementos constitutivos de la doctrina de lucha contra la impunidad

1. Etimológicamente, “impunidad” no significa otra cosa que “ausencia de castigo” y, por tanto, carece de connotación peyorativa alguna. Sin embargo, en las formulaciones de los tribunales internacionales, por impunidad se entiende la “*falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos protegidos*” por el Derecho internacional de los derechos humanos²⁰. Esta definición sí atribuye al término “impunidad” una clara connotación peyorativa²¹. Por lo demás, en la concepción jurisprudencial aludida, el concepto de impunidad²² alcanza tres situaciones: a) la de ausencia de toda intervención jurídico-estatal sobre los hechos²³ (impunidad fáctica); b) la de limitación explícita de su enjuiciamiento y castigo, en virtud de leyes de exoneración emanadas de parlamentos democráticos (impunidad normativa -o legal- por acción)²⁴; y c) la de no anulación de dichas leyes (impunidad normativa -o legal- por omisión)²⁵.

2. Así, en la elaboración de la doctrina de lucha contra la impunidad, se ha declarado que las violaciones de derechos humanos son inamnistiables, imprescriptibles e inindultables, no rigiendo en ellos tampoco la prohibición de *double jeopardy* (*non bis in ídem* procesal, cosa juzgada) ni el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables²⁶. Especial interés tiene, a mi juicio, la doctrina sentada en materia de *non bis in ídem*.

¹⁷ Arnold/Silverman, Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just., Vol. 6/ 2, 1998, pp. 149 y ss.

¹⁸ Así, en el modelo surafricano de la “*Truth and Reconciliation Commission*”, seguido luego en otros países: sobre él, cfr. la visión crítica de Crocker, Punishment, Reconciliation, and Democratic Deliberation, Buff. Crim. L. Rev. 5 (2002), pp. 509 y ss.. Sobre este tipo de modelos cfr. también Aponte, Estatuto de Roma y procesos de paz: reflexiones alrededor del “proyecto de alternativa penal” en el caso colombiano, en Ambos/ Malarino/ Woischnik (eds.), Temas actuales del Derecho penal internacional, Montevideo 2005, pp. 117 y ss.

¹⁹ Cfr. Crocker, Buff. Crim. L. Rev. 5 (2002), pp. 514, 531.

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*caso Almonacid*”, nº marg. 111.

²¹ Pero ello es debido, en parte, al “pre-juicio” que late en ella: los no investigados ni perseguidos son “los responsables”, es decir, aquellos sobre los que ya ha tenido lugar un juicio extrajudicial de responsabilidad.

²² Cfr. también Viñuales, Impunity: Elements for an Empirical Concept, en Law & Ineq. 25 (2007), pp. 115 y ss., 117.

²³ Lo que suele acontecer cuando los delitos se cometen en el marco de un régimen político que los propicia o, al menos, cierra los ojos ante su comisión.

²⁴ Este era el caso, por ejemplo, de las leyes argentinas de Extinción de la Acción Penal (Punto Final), de (nº 23.492, de 24 de diciembre de 1986) y de Obediencia Debida (nº 23.521, de 8 de junio de 1987), declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de aquel país en su sentencia del 14 de junio de 2005. Asimismo, el del Decreto Ley de Amnistía nº 2.191, de 18 de abril de 1978 de Chile. O el de las Leyes de amnistía nº 26.479 y nº 26.492 del Perú.

²⁵ Situación en la que se han encontrado diversos países tras el dictado de aquellas disposiciones y hasta que han optado por anularlas.

²⁶ Cfr., por ejemplo, recogiendo doctrina consolidada, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*caso Almonacid*”, nº 151: “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in ídem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”. Entre tales excluyentes se hallan las disposiciones de amnistía y de indulto.

Por una parte, se ha rechazado que se trate de un derecho absoluto, negándose efecto vinculante a la cosa juzgada cuando esta es “fraudulenta” o “aparente”, es decir: a) cuando obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; b) cuando el procedimiento no se instruyó de forma independiente o imparcial; o c) cuando no hubo intención de someter a la persona a la acción de la justicia²⁷. Sin embargo, la nueva doctrina sobre el alcance del principio *non bis in idem* no se queda ahí. Adicionalmente, se ha declarado que una sentencia absolutoria correcta pierde el efecto de cosa juzgada cuando, con posterioridad, aparecen nuevos hechos o nuevas pruebas²⁸. El argumento esgrimido es que “*las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y el espíritu de la Convención Americana desplazan la protección del ne bis in idem*”²⁹.

3. La cuestión es si tal restricción (o incluso eliminación) de principios básicos del Derecho penal es asumible. A mi juicio, en este punto resulta inevitable realizar distinciones. No es, desde luego, lo mismo afirmar la inamnistabilidad, inindultabilidad e imprescriptibilidad de tales delitos, que concluir que en ese ámbito no rige el principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables ni el principio *non bis in idem* (cosa juzgada, *double jeopardy*). En cuanto a lo primero, debe empezarse por señalar que, en realidad, no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos³⁰. El argumento de mayor fuerza contra la imprescriptibilidad³¹ o el establecimiento de largos plazos de prescripción es la consideración de que resulta ilegítimo³² castigar a alguien por hechos realizados en un lejano pasado, cuando el sujeto y la sociedad han cambiado significativamente tras el tiempo transcurrido³³. Frente a él puede argüirse, sin embargo, que la propia doctrina que justifica la prescripción de los delitos con base en la idea de que “el tiempo todo lo cura” ha de admitir que algunas heridas no cierran

²⁷ Sentencia del “*caso Almonacid*”, nº marg. 154. Así también el art. 20 del Estatuto de Roma, de la Corte Penal Internacional.

²⁸ Esto va, naturalmente, mucho más allá de la posibilidad de revisión de sentencias firmes establecida en el § 362 StPO, que la admite ciertamente en perjuicio del sujeto absuelto, cuando se acredita que tal absolución se basó en documentos falsos o en falso testimonio, o bien el sujeto absuelto confiesa con posterioridad la comisión del hecho.

²⁹ Cfr., en la propia sentencia del “*caso Almonacid*”, nº marg. 154. Sorprendentemente, este último aspecto queda fuera de la reseña de *Nogueira Alcalá*, *Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano, lus et Paxis*, año 12, nº 2, pp. 363 y ss., 378.

En relación con la cuestión, también, por ejemplo, la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia del 30 de mayo de 2001. En esta se alude a la doctrina de la propia Corte en que, partiendo de la diferencia entre juzgar e investigar, se había avalado la constitucionalidad de normas que permiten la existencia de pluralidad de procesos en varios Estados, como instrumento idóneo para lograr la efectiva persecución de delitos ejecutados en varias partes del mundo. Lo prohibido en la Constitución sería la doble condena (ser juzgado dos veces por el mismo hecho) y no el doble proceso. Sin embargo, se añade que esa misma doctrina había admitido la posibilidad de que el principio *non bis in idem* (en su dimensión de efecto de cosa juzgada) no se entendiera de manera absoluta, partiendo de que “hay casos excepcionales en los que la realización de otros valores y principios constitucionales hacen necesario atenuar su aplicación sin límites”. Por ejemplo, absoluciones o imposiciones de penas leves en sentencias extranjeras a propósito de conductas que podrían ser juzgadas por los tribunales colombianos. Sentado lo anterior, se destaca que, en materia internacional, “el principio de la cosa juzgada no posee carácter absoluto, pues cede frente a las exigencias de la justicia. Así ocurre en los casos que se llevan ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción el Estado colombiano ha reconocido para ocuparse de un asunto cuando se hayan agotado los recursos internos. En esos casos, la Corte puede ordenar que se revise el proceso, sin importar que ya haya hecho tránsito a cosa juzgada”. La conclusión es que “si bien diferentes pactos y tratados internacionales reconocen la garantía mínima fundamental a no ser juzgado ni sancionado por un hecho punible respecto del cual se ha sido condenado o absuelto de conformidad con la ley (...), lo cierto es que la exigencia cada vez más grande de una justicia ecuménica, orientada a reprimir comportamientos que afecten bienes de gran interés y valía para toda la humanidad, ha llevado a los Estados a replantear la inmutabilidad de ciertos axiomas, entre ellos el de la cosa juzgada y, por ende, el del *non bis in idem*”.

³⁰ Como señala en España la STC 157/ 1990, del 18 de octubre, se trata de una institución que encuentra fundamento también en principios y valores constitucionales, pero la Constitución ni siquiera impone su propia existencia, aunque “sería cuestionable constitucionalmente un sistema jurídico penal que consagrara la imprescriptibilidad absoluta de los delitos y las faltas”.

³¹ Que puede defenderse desde perspectivas de justicia absoluta: así, *Robinson/ Cahill*, *Law Without Justice*, Oxford, 2006, pp. 58 y ss.

³² Por lesionar la dignidad humana.

³³ *Nino*, *Radical Evil*, pp. 182-183.

nunca³⁴. Con todo, un análisis tanto de la persona del autor como del devenir social conduce necesariamente a advertir que existe un punto en el que se deja atrás el presente y se entra en la historia³⁵, que no debería ser objeto de la intervención del juez penal. La cuestión es cómo determinar el momento en el que tiene lugar el “paso a la historia”³⁶. Dado que en este punto es imposible prescindir de una dimensión de gradualidad, las soluciones intermedias podrían estar justificadas en no pocos casos.

Quienes propugnan la imprescriptibilidad de delitos contra los derechos humanos, que conduce en la práctica al enjuiciamiento de ancianos por hechos cometidos por estos treinta o cuarenta años antes, no parecen pretender tanto el castigo efectivo, cuanto la necesidad de reafirmación jurídica de la dignidad de la víctima como ser humano³⁷. Sin embargo, ello podría no impedir la aceptación de la prescripción, siempre y cuando esta no apareciera como un obstáculo procesal que impidiera un pronunciamiento sobre el injusto culpable del autor³⁸. La declaración del injusto culpable no seguida de pena (por prescripción) podría ser suficiente, en casos de transcurso de un largo período de tiempo, para los efectos del restablecimiento de la situación de la víctima.

4. Lo señalado con anterioridad puede valer también para distinguir entre amnistiabilidad e indultabilidad. Como es sabido, entre el indulto y la amnistía existe una radical diferencia. El indulto tiene lugar sobre un sujeto ya condenado y, por tanto, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal. La amnistía, por su parte, incide antes del proceso penal, de modo que bloquea la propia declaración de dicha responsabilidad³⁹. Esta distinción constituye un argumento para rechazar la amnistía⁴⁰ y, en cambio, admitir la posibilidad de indultos. En estos, no obstante prescindirse de la ejecución de la pena impuesta, el injusto culpable del autor y, con él, la constitución del afectado como “víctima” pueden quedar perfectamente establecidos en la condena⁴¹.

5. Como ya se anticipó, bastante más relevante es la cuestión de la propugnada irrelevancia del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables. Con todo, también aquí debe distinguirse, aunque sea sólo con fines analíticos, entre el efecto que despliega dicho principio al proyectarse, indirectamente, sobre disposiciones exoneratorias como una ley de amnistía, y el que tiene lugar cuando incide, directamente, sobre una ley gravosa como la que extiende *a posteriori* los plazos de prescripción de determinados delitos, hasta la imprescriptibilidad.

³⁴ Jankélévitch, *L'imprescriptible. Pardonner? Dans l'honneur et la dignité*, París 1986, p. 25, a propósito del Holocausto judío indica que “cuando una acción niega la esencia del ser humano como ser humano, una prescripción que tendiera a perdonarla en nombre de la moral contradiría la misma moral”. La cita es de *Campagna, Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 133. Por lo demás, sobre posibles justificaciones de la imprescriptibilidad de ciertos delitos, esto es, de la prolongación de su persecución hasta la muerte del presunto autor, cfr. *Ragués i Vallès, La prescripción penal: Fundamento y aplicación*, Barcelona 2004, pp. 91 y ss.

³⁵ *Vormbaum, FS f. Bemann, p. 498.*

³⁶ Contra lo que parece sugerir *Blümmel, Der Opferaspekt bei der strafrechtlichen Vergangenheitsbewältigung*, Berlin 2002, p. 263, al hablar de que debe conseguirse la paz con la víctima, no creo que ello deba dejarse en manos de esta última. *Blümmel* cita a *Jäger, KritJustiz 1968-69*, p. 153 y *Bollinger, DRiZ 1992*, p. 73.

³⁷ *Campagna, Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 133.

³⁸ Pese a que en España es dominante la concepción de la prescripción como institución de Derecho material, lo cierto es que ello sólo se compadece con su regulación en el Código penal. Si, por el contrario, se tiene presente su regulación en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como artículo de previo pronunciamiento, cuestión de orden público que debe resolverse en cualquier momento del procedimiento, se advertirá que en la realidad la prescripción opera como un obstáculo procesal que impide un pronunciamiento sobre el fondo. Esto debe analizarse con calma.

³⁹ Cfr. *Pérez del Valle, Amnistía, constitución y justicia material*, REDC, año 21, n° 61, enero-abril 2001, pp. 187 y ss., 197; *Campagna, Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, pp. 135-137. Sobre la posibilidad de fundamentar en justicia la procedencia de una amnistía para los delitos cometidos en la antigua República Democrática Alemana, es muy interesante la argumentación de *Hillenkamp, Offene oder verdeckte Amnestie – über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung*, Humboldt Forum Recht 1997, Beitrag 6, pp. 6 y ss.

⁴⁰ A la que, además, ha solido acompañar siempre la tacha de representar una “autoexoneración” (autoamnistía). De todos modos, resulta asimismo cuestionable que la aceptación o rechazo de la amnistía se haga depender de cómo es esta “sentida subjetivamente” por las víctimas, de cuáles son las “necesidades de pena” de estas. Así, sin embargo, *Blümmel, Der Opferaspekt*, pp. 272-273.

⁴¹ *Campagna, Das Begnadigungsrecht: Vom Recht zu begnadigen zum Recht auf Begnadigung*, ARSP 89, 2003, pp. 172 y ss., 180 y ss.

6. En primer lugar, puede considerarse la incidencia del principio en relación con las leyes de amnistía⁴². Si resulta que tales disposiciones favorables —a las que precedía y siguió luego una desfavorable (respectivamente, la que no las reconocía y la que las derogó)— son declaradas nulas, entonces no podrá hablarse de vulneración del principio de irretroactividad si se procede a castigar. Pero para declarar nula la disposición intermedia favorable, es preciso negar su legitimidad material, lo que debería derivarse de una disposición de Derecho supralegal y, seguramente, supraconstitucional⁴³. Desde esa perspectiva, el caso de las disposiciones de exoneración dotadas de legitimidad democrática resulta absolutamente distinto⁴⁴. Con respecto a tales disposiciones, se hace inadmisibles esgrimir el argumento de la nulidad⁴⁵. Luego también es imposible eludir las consecuencias del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables, salvo que la ley democrática exoneradora vulnerara lo dispuesto en un Tratado internacional ratificado de modo previo por el Estado (y, de nuevo, fuera, por esa razón, nula). Al margen de esta última eventualidad, la elusión de las consecuencias del principio de irretroactividad de disposiciones desfavorables sólo podría sostenerse desde la postura de quien pensara que los principios generalmente reconocidos en Derecho internacional satisfacen las exigencias del principio de legalidad jurídico-penal⁴⁶; y que uno de estos principios es el de la nulidad de las disposiciones exoneradoras, aun democráticas y no vulneratorias de disposiciones internacionales, en casos de violación de derechos humanos.

7. En cuanto a la prescripción, se ha sostenido la opinión de que la prolongación de sus plazos o incluso la declaración de imprescriptibilidad tras la comisión del hecho no plantea problemas de legalidad. La razón esgrimida es la de que las garantías del principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables sólo alcanzan a los elementos definatorios del delito y no a las condiciones de su persecución⁴⁷. Además, se aduce que esa extensión retroactiva de los plazos compensaría el hecho de que durante un tiempo fue imposible perseguir los delitos, lo que es un fundamento suficiente para la suspensión del transcurso de los plazos de prescripción⁴⁸. Ciertamente, como se ha indicado, no existe un derecho en sentido estricto a la prescripción de los delitos. Sin embargo, una vez establecida esta, difícilmente puede negarse que la regulación de los plazos de prescripción sea una garantía para el autor⁴⁹. En la STC (1ª) 63/ 2005, del 14 de marzo, el Tribunal Constitucional español ha reforzado esa idea. Por tanto, la extensión retroactiva de los plazos de prescripción no resulta admisible.

8. Finalmente, se halla la privación de efecto de bloqueo a las resoluciones judiciales firmes. De nuevo resulta necesario efectuar distinciones. En los casos de cosa juzgada “fraudulenta” o “aparente”, puede sostenerse que

⁴² Cfr., por ejemplo, la línea argumental de *Nino, Radical Evil On Trial*, New Haven/ London 1996, pp. 158 y ss.

⁴³ Como de hecho hace *Nino, Radical Evil*, p. 163, si se trata de disposiciones dictadas sin legitimidad democrática. Lo cual supone, no obstante, adoptar un punto de vista material externo, indefendible desde perspectivas positivistas de seguridad jurídica. Más débil es el argumento de *Naucke, Die strafjuristische Privilegierung*, p. 55, cuando indica que el autor que tiene el poder de quedar impune mediante la promulgación de reglas, su no promulgación o mediante una praxis de impunidad pese a las reglas vigentes en el momento del hecho, “se mofa de la prohibición de retroactividad y pierde su protección”. De hecho, la mayor parte de los “autores” cuya punibilidad pretende fundamentar no entrarían en ninguna de esas categorías.

⁴⁴ *D. Pastor*, *El poder penal*, p. 188: “Limitadamente, y si son decididos de modo democrático, no puede existir una objeción jurídica fundamental a los mecanismos de no punibilidad”.

⁴⁵ El propio *Nino, Radical Evil*, p. 164, admite en tales casos la necesidad de prescindir de la sanción, desde una fundamentación del castigo no retributiva, sino prudencial. Sin embargo, parece que la cuestión trasciende lo prudencial. Se trata de una cuestión de seguridad jurídica y de legitimidad del *ius puniendi*.

⁴⁶ Como puede entenderse que ocurre en el Estatuto de Roma, arts. 21. 1. b) y art. 22.3.

⁴⁷ Cfr. las referencias a la doctrina alemana, muy influida por la cuestión de la persecución de los crímenes del nazismo, en *Ragués i Vallès*, *La prescripción*, pp. 77 y ss. Con la finalidad de legitimar la ampliación retroactiva de los plazos de prescripción se orientó, ya en la época nazi, por cierto, la calificación de la prescripción como institución procesal y no sustantiva, dominante en aquel país. Por lo demás, el argumento más usual es que el delincuente no tiene una pretensión legítima sobre los plazos de prescripción que determine que estos hayan de resultar amparados por el principio de legalidad. Cfr. en este sentido *Blümmel, Der Opferspekt*, p. 260.

⁴⁸ *Nino, Radical Evil*, pp. 182-183.

⁴⁹ En este sentido *Ragués i Vallès*, *La prescripción*, pp. 83-84, esgrimiendo el argumento contractualista del compromiso del Estado sobre el tiempo durante el que un delito va a ser perseguido y apelando, así mismo, al elemento de la confianza de los ciudadanos.

se trata, en puridad, de resoluciones prevaricadoras o, en todo caso, con vicios procesales determinantes de su nulidad. Por consiguiente, un nuevo enjuiciamiento no vulneraría el principio de *non bis in idem*. Ese argumento, en cambio, carece de valor alguno tratándose de resoluciones correctas, cuando resulta que han aparecido hechos nuevos o pruebas nuevas. En este caso, no cabe sino afirmar la vulneración del principio *non bis in idem*, vinculado a la estabilidad de las sentencias y, con ello, a la tutela judicial efectiva⁵⁰.

2.3. Las razones de la doctrina contra la impunidad

1. Las razones para la lucha contra la impunidad de los delitos contra la humanidad muestran, de entrada, un cierto formalismo⁵¹. Así, los tribunales constitucionales nacionales afirman que los Estados han de combatir la impunidad para cumplir con sus deberes internacionales⁵². Sin embargo, ello debe remitir necesariamente a una fundamentación ulterior: la de por qué las situaciones de impunidad (no persecución de hechos punibles; promulgación de leyes de exoneración; o, en particular⁵³, no anulación de estas últimas) vulneran los convenios internacionales de derechos humanos⁵⁴. Es en este punto en el que aparecen las razones materiales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alude a un “derecho de las víctimas a la justicia”, que se asocia a su derecho “a que se investigue, se identifique y se juzgue a los individuos responsables”; a un “derecho a la verdad”, que se encuentra subsumido en el “derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”⁵⁵. Es por este motivo por el que se considera que las disposiciones exoneratorias darían lugar a una “indefensión de la víctima”.

2. Lo primero que llama la atención en la línea argumental anterior es la ausencia de cualquier consideración de prevención general negativa o positiva. Ni la disuasión de autores potenciales ni la confianza de víctimas potenciales son objeto de consideración. El deber de castigar —el rechazo de la impunidad— se afirma a partir de los derechos de las víctimas “actuales” o “efectivas”. La cuestión es si, entonces, en estos casos debe hablarse de una fundamentación retributiva del castigo. Dado que el problema conduce a determinar, de modo general, si las doctrinas que fundamentan el castigo con base en un derecho de las víctimas son retributivas o no, nos ocuparemos de ello en la segunda parte de este texto. Baste, por el momento, dejar constancia de que, en general, las doctrinas retributivas no se han construido en torno a la víctima del delito, sino, más bien, a partir de la relación entre el hecho realizado por el autor y la norma⁵⁶. Lo que sí conviene subrayar ahora es que en el párrafo anterior han aparecido entrecruzados derechos distintos, sobre cuya existencia y alcance conviene pronunciarse, provisionalmente, de modo diferenciado: así, al menos, un derecho a la verdad, un derecho al proceso, un derecho a la justicia y un derecho al castigo.

⁵⁰ Aunque el Tribunal Constitucional español haya tendido a contemplarlo desde la perspectiva del derecho fundamental a la legalidad.

⁵¹ Así también, por ejemplo, Otero, Hacia la internacionalización de la política criminal ¿castigo o impunidad?, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, 16 (2003), pp. 113 y ss., 132: “Debido a que el Estado argentino tiene la obligación de garantizar el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en los pactos internacionales, debe castigar penalmente determinadas conductas”.

⁵² En el caso de las resoluciones de la Corte Interamericana, se afirma que dicha impunidad vulnera el art. 18 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, así como los arts. 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵³ Pues esta es la situación que se ha planteado en los últimos años.

⁵⁴ Pues, en principio, tanto el castigar como el no hacerlo conforman “el mundo posible” del poder penal: D. Pastor, El poder penal, p. 187.

⁵⁵ Así, reiterando una doctrina asentada, la sentencia del “caso Almonacid” afirma la existencia de una obligación del Estado de lograr la verdad a través de los procesos judiciales (nº marg. 150).

⁵⁶ Fletcher, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), p. 54, aludiendo al restablecimiento de la norma vulnerada, la privación de la ventaja ilícita alcanzada por el autor, etc.

3. Difícilmente puede negarse la existencia de un derecho de las víctimas y de sus familiares al conocimiento de la verdad⁵⁷. Lo problemático es sostener que dicho derecho puede (y debe) satisfacerse a través del proceso penal⁵⁸. En realidad, la reconstrucción procesal del hecho histórico no pretende declarar la verdad de lo acontecido, sino sencillamente sentar las bases para una atribución de responsabilidad⁵⁹. Por eso, tienen razón quienes afirman que la verdad que resulta de la atribución de reproche es más bien limitada⁶⁰. Incluso la obtenida en las “comisiones de verdad” adolece de limitaciones notables, que sólo pueden superarse mediante el diálogo abierto entre interlocutores honrados e informados⁶¹.

4. Algo distinto sucede con el derecho a la justicia. Parece, en efecto, que el lugar natural de las pretensiones de justicia es el proceso: luego el derecho a la justicia pasa por un derecho al proceso. Ocurre, sin embargo, que no resulta claro qué significa “derecho a la justicia” y cómo se puede pretender su satisfacción. Una primera posibilidad es que con dicha expresión se quiera aludir, sencillamente, a la pretensión que puede tener quien se considera víctima de que ello se declare objetiva y públicamente. Para el cumplimiento de tal finalidad, aparece, en primer plano, la institución del reproche. Ya se ha sugerido que la propia idea de un reproche selectivo puede cuestionarse, dado que produce una simplificación de realidades complejas. Culpar a alguien por algo implica liberar a otros de todo reproche por ese algo, lo que puede ser inexacto⁶². No obstante, pese a ello, probablemente pesen más las ventajas morales que proporcionan los procesos, en tanto que expresión de reproche, que el inconveniente reseñado. Mediante el reproche dirigido al autor, se constituye al afectado por su acción en “víctima”, restableciéndose su dignidad e igualdad⁶³.

5. El tema es qué añade a lo anterior la afirmación de un derecho al castigo, en el sentido de inflicción de daño. Por lo que parece, se trata del especial valor expresivo que el padecimiento de dolor por parte del autor puede tener para el restablecimiento de la posición originaria de la víctima, en casos de violaciones de derechos humanos⁶⁴. Sin embargo, resulta difícil no advertir en ello la pretensión de racionalizar (o encubrir) el puro deseo de venganza. Dado que esto deber examinarse en términos generales, valga aquí una remisión a la segunda parte de este texto.

2.4. Balance

1. Pese a lo indicado, la doctrina de lucha contra la impunidad apenas cuenta con detractores. Es cierto que, en ocasiones, se afirma que la formación de una conciencia social acerca de la gravedad de las violaciones de los derechos humanos depende más de la exposición de estas y de su condena, que del número de personas

⁵⁷ *Campagna*, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 154.

⁵⁸ Es fundamental *D. Pastor*, *¿Verdad, historia y memoria a través de la justicia penal?*, 2007, manuscrito de 35 págs. Por lo demás, sobre el papel de los juicios como instrumentos de revelación de la verdad, de promoción de la discusión pública y de procesos de autoexamen, de un lado, pero también como generadores de nuevas hostilidades, cfr. matizadamente, *Gargarella*, *Cultivar la virtud. La teoría republicana de la pena y la justicia penal internacional*, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, 16 (2003), pp. 99 y ss., 108.

⁵⁹ Me pregunto si tiene sentido distinguir entre una verdad histórica y una verdad jurídica (constitucional), siendo esta última la única válida para el Estado, cuando es obvio que las restricciones probatorias propias del proceso penal obligan a considerar no probado aquello que se conoce a ciencia cierta que sucedió.

⁶⁰ *Malamud Goti*, *Lewis & Clark L. Rev.* 9 (2005), p. 641 y ss.

⁶¹ *Malamud Goti*, *Lewis & Clark L. Rev.* 9 (2005), p. 646.

⁶² *Malamud Goti*, *Lewis & Clark L. Rev.* 9 (2005), 634 y ss., 641 y ss. En cambio *Crocker*, *Buff. Crim. L. Rev.* 5 (2002), p. 521, sostiene que es precisamente la exclusión de la responsabilidad colectiva mediante la retribución lo único que puede poner fin al ciclo de la venganza.

⁶³ *Malamud Goti*, *Lewis & Clark L. Rev.* 9 (2005), pp. 636 y ss., 639-640.

⁶⁴ Sólo la “inexorabilidad de la ejecución de la pena” (*Antonio Bascuñán*) lograría “negar institucionalmente la validez del mensaje cuasi-normativo de estos delitos, afirmando con ello la vigencia categórica, definitiva y universal de las normas fundamentales”.

efectivamente castigadas por aquellas⁶⁵. Pero, en general, ello tiene lugar desde perspectivas estratégicas. Sólo por eso se señala que la imposición a los Estados de un deber (internacional) de perseguir y condenar las violaciones de derechos humanos producidas durante un régimen político anterior constituye un instrumento demasiado tosco para los gobiernos que han de tratar con las complejidades del restablecimiento de la democracia. De ahí que esta misma perspectiva no se oponga a que una jurisdicción internacional (o extranjera) asuma la lucha contra la impunidad, rechazando amnistías o prescripciones⁶⁶. La propuesta es, entonces, que la comunidad internacional asuma así la protección activa de los derechos humanos mediante el castigo (¿irrestringido?) de sus violaciones.

2. La excepción más sobresaliente a este orden de cosas viene representada por el estudio de *Daniel R. Pastor* sobre el poder penal internacional. En él se pone de manifiesto cómo la ideología de la lucha contra la impunidad (que él denomina de la “punición infinita”) halla acogida en tribunales que, como la Corte Penal Internacional, actúan como *prima ratio* del orden jurídico internacional y se hallan predeterminados a la condena⁶⁷; cómo ello produce una profunda erosión de los presupuestos político-criminales del Derecho penal; y cómo, en fin, existe el riesgo de que los elementos del modelo de lucha contra la impunidad se extiendan a todo el conjunto del Derecho penal. De esto último nos ocupamos a continuación.

3. Elementos permanentes

1. Sería erróneo afirmar que las *doctrinas contra la impunidad* patrocinan sólo un Derecho penal de excepción, para afrontar una criminalidad excepcional⁶⁸. Su alcance acaba siendo muy superior, al comprender también delitos distintos de los propios de la criminalidad estatal o paraestatal, en particular, el terrorismo⁶⁹ y, en general, los delitos contra la vida: de hecho, no hay ninguna razón especial para pensar que el concepto —y sus implicaciones— no acaben siendo aplicables a otros delitos graves en los ordenamientos internos⁷⁰. Cuando se rechazan las leyes de amnistía con los argumentos de que constituyen una legislación “*ad hoc*”, así como que implican una “perpetuación de la impunidad”, se están realizando, por un lado, afirmaciones válidas para toda amnistía y, por otro lado, incurriendo en una tautología⁷¹. Cuando se afirma que las leyes de amnistía o análogas conducen a la “indefensión de las víctimas y sus familiares”, que se verían privadas de su derecho a obtener justicia mediante recursos efectivos, se vuelve a utilizar un argumento que resulta perfectamente generalizable y que, por lo tanto, valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave⁷². Expresado de otro modo, con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, la

⁶⁵ *Nino*, *The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context: The Case of Argentina*, Yale L.J. 100 (1990-1991), pp. 2619 y ss., 2630.

⁶⁶ *Nino*, Yale L.J. 100 (1990-1991), pp. 2638 y ss. Reitera esta línea argumental en *Nino*, *Radical Evil*, pp. 149 y ss., 186 y ss., extendiéndola a los casos de terrorismo y narcotráfico.

⁶⁷ *D. Pastor*, *El poder penal*, pp. 75 y ss., pp. 129 y ss. y pp. 175 y ss., donde concluye que el llamado Derecho penal del enemigo constituye el modelo del poder penal internacional.

⁶⁸ Aunque es cierto que, en ocasiones, se argumenta que las necesidades de hacer una “justicia histórica” tras el cambio de régimen político puede conllevar el establecimiento de excepciones a los principios generales del Derecho penal en unos términos que no podrían extenderse al común de los delitos.

⁶⁹ Es significativo, por ejemplo, que en Colombia se discuta ahora acerca del indulto concedido —en virtud de la Ley 77 de 1989 y, luego, de la Ley 7ª 1992— al grupo guerrillero M-19 (responsable, entre otros actos, de la toma del Palacio de Justicia en Bogotá). Entre otros argumentos, se señala que no se trató en realidad de un indulto, sino de una amnistía; y que no se garantizó el derecho de las víctimas a la verdad y a la reparación.

⁷⁰ Sobre el “efecto metástasis” cfr. *D. Pastor*, *El poder penal*, pp. 176 y ss.

⁷¹ Salvo que se quiera aludir, como lo hace la sentencia de la Corte Suprema argentina del 13 de julio de 2007, al declarar la inconstitucionalidad del Decreto 1002/ 89, de Indulto, al argumento de prevención general, según el cual la impunidad propicia la repetición crónica de los hechos. Pero ya antes se ha indicado que el argumento de prevención general negativa en realidad no tiene, en estos casos, especial fuerza.

⁷² Sobre la creciente extensión de la noción de impunidad a ámbitos distintos de la criminalidad de Estado y las violaciones de derechos humanos internacionales, esto es, a la delincuencia común (de género, por ejemplo), *Viñuales*, *Law & Ineq.* 25 (2007), p. 126, 134 nota 60.

inindultabilidad y la inamnistabilidad al menos de los delitos violentos graves. Las dificultades que aparecen cuando se trata de defender la prescripción para el asesinato y la imprescriptibilidad del genocidio son reflejo de ello⁷³. Sin embargo, ni la prescripción, ni el indulto, ni siquiera la amnistía⁷⁴ conllevan necesariamente una segunda victimización que los haga inaceptables desde la perspectiva de la dignidad de las víctimas⁷⁵.

2. Sea como fuere, basta con observar la dialéctica política, el discurso de las asociaciones de víctimas o los medios de comunicación para advertir la omnipresencia de los conceptos propios de la doctrina de lucha contra la impunidad. Ello permite afirmar que sus términos marcan una *tendencia evolutiva del Derecho penal* de finales del s. XX e inicios del s. XXI⁷⁶. Esta tendencia (como, por lo demás, también lo hace su manifestación ceñida a la represión de los delitos contra la humanidad) se vincula, al menos en parte, a la ya asentada orientación del Derecho penal a las víctimas del delito. Dentro de esta, el criterio rector es la existencia de un (supuesto) *derecho de la víctima —en particular, de la víctima de un delito violento— al castigo del autor*.

3. En efecto, como se ha visto, las doctrinas contra la impunidad sitúan en el centro de las misiones del Derecho penal la de *hacer justicia a las víctimas* mediante el enjuiciamiento y castigo de los autores. En consecuencia, se oponen a todas aquellas instituciones que, por ser expresión de una cierta orientación del Derecho penal al autor o a las necesidades de la sociedad en su conjunto, redundan en la extinción de la responsabilidad penal de aquel o en una renuncia a la ejecución de la pena. Constatado un hecho materialmente antijurídico y culpable, algunos de los argumentos que podrían dar lugar a su caracterización como atípico y, desde luego, la mayoría de los que podrían conducir a calificarlo como no punible son rechazados en tanto que obstáculos a la realización de la justicia que reclaman y merecen las víctimas. Del mismo modo, se rechazan los argumentos que, en el ámbito de la ejecución, permitirían cualquier distanciamiento del *cumplimiento efectivo* de la condena impuesta.

4. La pregunta abierta es, sin embargo, si la realización de la justicia para la víctima requiere, en todo caso, el castigo efectivo del autor. Al respecto, no parece fácil sostener que la víctima o la sociedad tengan una pretensión legítima de castigo que revista caracteres absolutos. Como se ha indicado, a lo que sí tienen derecho víctimas y sociedad es, respectivamente, al restablecimiento de su dignidad y al restablecimiento de los vínculos sociales puestos en cuestión por el delito⁷⁷. Pero cabe plantearse si ello no resulta inherente a la declaración de culpabilidad del autor (y la correspondiente declaración del carácter de víctima del sujeto afectado por aquél)⁷⁸. En la medida en que fuera posible restablecer la dignidad de la víctima —mostrar el reconocimiento que esta merece—, causando el menor daño posible al autor, parece que el sistema del Derecho penal debería orientarse a ello⁷⁹.

5. A mi juicio, no cambian sustancialmente las cosas si el problema se aborda eludiendo la perspectiva de la víctima e introduciendo la lógica de la prevención general positiva. Como es sabido, y prescindiendo de los matices propios de las múltiples variantes de tal doctrina, esta identifica la pena como el mensaje comunicativo que expresa, imponiendo un mal al infractor, que la sociedad sigue confiando en la norma vulnerada⁸⁰. En

⁷³ Cfr. *Vormbaum*, FS f. Bemann, p. 500 y nota 96.

⁷⁴ Al respecto, sostiene *Pérez del Valle*, REDC n° 61, 2001, 203 y ss., la posibilidad de una amnistía, siempre que esta sea “justa”, con base una concepción distributiva, no vulnere deberes internacionales asumidos por el Estado ni afecte la confianza en que los requerimientos de la ley en la consecución del bien común siguen vigentes.

⁷⁵ *Campagna*, Strafrecht und unbestrafte Straftaten, p. 159.

⁷⁶ Cfr. *Turow*, ¿Culpable hasta la eternidad?, Diario El Mundo, 16 de abril de 2007, pp. 6-7: “Puestos a escoger, los legisladores contemporáneos votan inevitablemente en su mayor parte a favor del endurecimiento de las normas penales, por lo que cabe esperar que en los años venideros se deroguen o se endurezcan las normas sobre prescripción de delitos”.

⁷⁷ *Campagna*, Strafrecht und unbestrafte Straftaten, pp. 66-67.

⁷⁸ Lo que acepta *Crocker*, Buff. Crim. L. Rev. 5 (2002), p. 519: “the trial affirms the dignity of the victim”.

⁷⁹ *Braithwaite/Pettit*, Not just deserts. A Republican Theory of Criminal Justice, Oxford 1990, *passim*, pp. 124 y ss.

⁸⁰ Perspectiva desde la que argumenta *Sancinetti*, Las leyes argentinas de impunidad y el artículo 29 de la Constitución de la Nación argentina, en Dogmática y ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, tomo I, Madrid/ Barcelona 2004, pp. 811 y ss., 814.

realidad, esta línea argumental lo único que fundamenta convincentemente es la necesidad de que al delito —a cualquier delito— le siga una reacción penal; esto es, una comunicación penal que tenga lugar “a costa del autor”⁸¹. Pero no precisamente que esta haya de consistir en infligir al autor el daño derivado de la ejecución de la pena. Por eso, en mi opinión, de la explicación de la pena como confirmación de la norma no se puede deducir sin más que “*la falta de punición de una infracción a los derechos humanos es de por sí un ataque a los derechos humanos*”⁸², pues lo mismo valdría para cualquier otro delito grave y, sin embargo, no parece que pueda declararse de modo general la ilicitud de cualquier disposición exoneratoria de responsabilidad del autor de un injusto culpable. Por los mismos motivos, tampoco puede pretenderse concluir, sin introducir premisas adicionales, que “*ante cierta clase de hechos, el orden social no se puede permitir el perdón*”⁸³. Pues, efectivamente, habría que concluir lo mismo para otros delitos graves. La necesidad del “dolor penal” no se vincula, pues, a las exigencias de una confirmación ideal de la vigencia de la norma, sino a las de proporcionar seguridad cognitiva a víctimas reales y potenciales. Sería en este punto —y no en lo anterior— en lo que habría que profundizar.

6. Desde un punto de vista idealista del que, en amplia medida, participan las teorías de la prevención general positiva, puede sostenerse perfectamente que el perdón, en tanto que manifiesta el hecho injusto y la responsabilidad por este⁸⁴, al tiempo que los elimina, constituye un equivalente funcional de la pena. No en vano se ha indicado que constituye “la más alta expresión del reconocimiento recíproco”⁸⁵. Pero no es necesario participar de esa perspectiva filosófica para poner de relieve que, como el castigo, también el perdón puede poner fin a la irreversibilidad de la conducta reproble⁸⁶.

7. Ciertamente, puede haber quien piense que “el perdón absoluto, sin que la desaprobación del acto malo haya tenido alguna expresión real -aunque sólo sea la privación de la confianza previamente existente- aplicado como máxima general eliminaría la moral: pues no indicaría otra cosa que el que la conducta contraria a la moral no afecta al valor de su causante”⁸⁷. De todos modos, aun así, puede concluirse que, “...incluso en el perdón más completo, en el sentido de que el autor no sufra como consecuencia de su hecho el menor mal especialmente pretendido, permanecería siempre sobre su carácter como consecuencia del acto malo una sombra que, cuando pretendiera la plena comunidad con nosotros, contendría una desventaja que, aunque quisiéramos, no estaríamos en condiciones de anular sin más”⁸⁸.

4. La doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”

4.1. Introducción: derechos de las víctimas y deberes de los Estados

1. Ni en las constituciones, ni en los códigos penales se alude explícitamente a la existencia de un supuesto *derecho de la víctima al castigo* del autor del injusto culpable cometido contra ella. En el plano teórico, solo desde

⁸¹ Obviamente, no quiero decir con esto que en el sistema penal argentino se dieran, bajo la vigencia de las leyes de obediencia debida y de punto final, los elementos de esa comunicación penal en todo caso necesaria.

⁸² *Sancinetti*, LH-Bacigalupo, p. 815.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Formulándolo en términos de posibilidad, *von Bar*, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, Berlin 1882 (reimpr. Aalen 1992), p. 312.

⁸⁵ Cfr. *Hegel*, *Phänomenologie des Geistes*, 493, para quien la „*Verzeihung*“ constituye la “*höchste Stufe der wechselseitigen Anerkennung*”. La cita está tomada de *Seelmann*, *Ebenen der Zurechnung*, en Kaufmann/ Renzikowski (Hrsg.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Frankfurt 2004, pp. 85 y ss., 91.

⁸⁶ *Malamud Goti*, Emma Zunz, *Punishment and Sentiments*, QLR 22 (2003-2004), pp. 45 y ss., 51, 58 y nota 28.

⁸⁷ *von Bar*, *Geschichte*, p. 316.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 317.

el retribucionismo obligatorio (*mandatory retributivism*) se podría sostener sin problemas la existencia de un derecho así, que no se deriva desde luego del reconocimiento debido a la víctima o a sus familiares⁸⁹.

2. Del conjunto de normas secundarias (“...será castigado...”) y de la regulación específica del delito de prevaricación sí cabe inferir, en cambio, la existencia de un *deber de castigar* (en el sentido de condenar: imponer una pena) que recae precisamente sobre el juez. Pero ese deber queda excluido en muchos casos por razones ajenas a la inexistencia de un injusto culpable y que tampoco dependen de la víctima: por ejemplo, la concurrencia de excusas absolutorias, la prescripción, etc.

3. Por lo que respecta a la existencia de *deberes de castigar* cuyo destinatario sería el *legislador nacional*, es cierto que la tesis de la existencia de mandatos constitucionales tácitos⁹⁰ de criminalización cuenta con un número creciente de adhesiones⁹¹. Incluso del Convenio Europeo de Derechos Humanos (y en particular de su art. 3⁹²) ha extraído el TEDH la existencia de un deber del legislador nacional de promulgar leyes penales que protejan de modo suficiente a las víctimas⁹³. Sin embargo, el cumplimiento de tales mandatos se agota en la tipificación de determinadas conductas o en su tipificación de determinada manera⁹⁴. Por lo que hace a los —asimismo existentes— mandatos supranacionales explícitos de protección represiva (y, eventualmente, de criminalización⁹⁵), estos suelen añadir al deber de tipificación el requisito de que las sanciones sean adecuadas, proporcionadas y disuasorias. Incluso llegan al establecimiento de marcos punitivos de referencia. Pero nada suele indicarse en ellos en cuanto a la condena y, mucho menos, en relación con la necesidad de su ejecución efectiva. En el caso español, cuando el art. 62, i) de la Constitución atribuye al Rey el ejercicio del derecho de gracia con arreglo a la ley, se limita a establecer que dicha ley no podrá autorizar indultos generales.

4. La cuestión sólo puede remontarse, entonces, a la supuesta existencia de un *deber internacional del Estado* de castigar efectivamente determinados delitos. Un deber cuya infracción podría redundar en la responsabilidad internacional del Estado. Como se ha indicado, la “doctrina de lucha contra la impunidad” se apoya en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, al declarar la inamnistabilidad y la imprescriptibilidad de ciertas vulneraciones extremadamente graves de estos, apoyan significativamente la existencia de tal deber. Ahora bien, ya antes se ha intentado subrayar que la fundamentación del deber internacional de castigar efectivamente determinados delitos⁹⁶ en un supuesto derecho de las víctimas a la justicia no resultaba suficientemente fuerte. En lo que sigue se trata de profundizar en esta línea, afrontando los términos de la doctrina del “derecho de la víctima al castigo del autor”.

4.2. ¿Derechos de las víctimas al castigo de los autores?

1. La afirmación de que la víctima tiene derecho a castigar al autor parece, de entrada, propia del Derecho penal taliónico, en el que la venganza privada tiene una clara connotación satisfactoria. El Derecho penal público, en

⁸⁹ Nino, Yale L.J. 100 (1990-1991), pp. 2619 y ss., 2621.

⁹⁰ La existencia de mandatos constitucionales *expresos* de criminalización es, obviamente, indiscutible allí donde estos aparecen.

⁹¹ Cfr. Doménech Pascual, Los derechos fundamentales a la protección penal, REDC nº 78, sept-dic 2006, pp. 333 y ss.

⁹² Relativo a la prohibición de la tortura así como a los tratos y castigos inhumanos y degradantes.

⁹³ En particular, a las víctimas de maltrato o de violación. Así, en los casos *A. c. Reino Unido y X. & Y. vs. Países Bajos, M.C. vs. Bulgaria y Siliadin vs. Francia*: Cfr. Doménech Pascual, REDC nº 78, sept-dic. 2006, pp. 343 y ss.

⁹⁴ Y su infracción da lugar únicamente a la declaración del Tribunal y, en su caso, a ordenar una reparación económica. Lo que Fletcher, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), p. 553, interpreta como el surgimiento de un nuevo tipo de derecho internacional de daños (*torts*), basado en el incumplimiento de los Estados de su deber de proteger a los ciudadanos.

⁹⁵ Que aparecen en el Derecho de la Unión Europea, pero también en tratados internacionales de protección sectorial.

⁹⁶ Que obviamente solo es posible en el marco de un replanteamiento de la noción de soberanía.

cambio, ha tenido como vocación histórica la de la neutralización de la víctima⁹⁷. Es sabido, con todo, que en las últimas décadas, a raíz del auge de la victimología, se inició un resurgimiento del papel de la víctima en el Derecho penal monopolizado por el Estado⁹⁸. Sin embargo, nada hacía presagiar que, en ese marco, apareciera de nuevo con cierta fuerza la idea del derecho de la víctima al castigo del autor. En realidad, todo parece indicar que el responsable de dicha reaparición fue *Jan Philipp Reemtsma*, un adinerado intelectual alemán, tras su secuestro en 1996. Tras haber dado cuenta de su experiencia de secuestrado en la obra *Im Keller* (1997), *Reemtsma* publicó en poco tiempo dos textos más en los que explicitaba su punto de vista⁹⁹. Partiendo del deseo de venganza (y del odio) que tiene la víctima frente al autor, constata que el Derecho penal público no debe ser instrumentalizado con tales fines¹⁰⁰. Sin embargo, advierte que todavía hay algo que este sí puede y debe hacer: en concreto, evitar la prosecución del daño inmaterial sufrido por la víctima. Si no se declara que lo que pasó no debería haber pasado, dicho daño prosigue. Desde luego, ello no significa que tal intervención procesal baste para eliminar el trauma subjetivo de la víctima por el hecho sufrido; pero al menos impide la prosecución objetiva del daño inmaterial¹⁰¹. Mediante el proceso de imputación se pone de manifiesto a la víctima que esta no ha tenido culpa alguna en el hecho, y que tampoco ha sufrido por un acontecer natural o por azar, sino por el injusto culpable de un autor¹⁰². Al ser este castigado, la víctima obtiene, pues, su resocialización¹⁰³.

2. No muy distantes de este son los planteamientos de Fletcher, para quien el delito, una vez consumado, prolonga sus efectos generando una situación de dominación (*dominance*) del autor sobre la víctima¹⁰⁴; o de K. Günther, para quien lo decisivo es la humillación y el dolor permanentes que el delito produce en la víctima¹⁰⁵. Para todos ellos, la función del castigo es restablecer la igualdad entre autor y víctima, rota por el delito¹⁰⁶. Según *Reemtsma*, ello sería perfectamente encuadrable en la teoría del restablecimiento de la vigencia de la norma como variante de la prevención general positiva: el interés de la víctima constituiría su lado subjetivo¹⁰⁷. De hecho, el propio Fletcher¹⁰⁸ afirma que su argumentación es próxima a la hegeliana; sólo que donde ésta sitúa la norma, aquélla coloca a la víctima. Para Günther, en cambio, ello va más allá de la retribución y de la prevención, tal y como estas han sido concebidas tradicionalmente¹⁰⁹.

⁹⁷ Cfr. *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band I, Normen und Strafgesetze, 4ª edic., Leipzig 1922, pp. 416-417. Según señala *Binding*, una vez establecida la pena pública, el delincuente ya no tiene que "pagar" el precio de su reingreso en la comunidad jurídica. Con ello desaparece el fundamento de la antigua "Strafanspruch" del afectado. Las dos prestaciones de la pena (la satisfacción de la víctima y el pago de la paz pública) las asume el Estado. Sin embargo, a su juicio, ello no significa que la pena haya perdido su función de satisfacción (*Genugtuung*). Dado que el Derecho dejó en la estacada al agredido en el momento de ser atacado, este debe poder exigir al Estado la satisfacción consistente en que la agresión que sufrió no quede impune. Solo que, para *Binding*, a ello se subviene suficientemente con la posibilidad de la denuncia.

⁹⁸ A título de ejemplo, baste citar los trabajos contenidos en el volumen La Victimología, Cuadernos de Derecho Judicial XV, CGPJ, Madrid 1993.

⁹⁹ *Reemtsma*, Das Rechts des Opfers, passim; *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer. Gesetz und Gerechtigkeit, München 2002, pp. 112 y ss.

¹⁰⁰ *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, pp. 122 y ss.

¹⁰¹ *Reemtsma*, Das Recht des Opfers, p. 27: "Para la víctima de un delito el castigo del autor no es reparación, sino evitación de la prosecución de un daño"; *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, pp. 131, 134; también *Jeroscheck*, Straftat und Traumatisierung. Überlegungen zu Unrecht, Schuld und Rehabilitierung der Strafe aus viktimologischer Perspektive, JZ 2000, pp. 185 y ss., 193 y ss.

¹⁰² *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, p. 161.

¹⁰³ *Reemtsma*, Das Recht des Opfers, p. 24, 26-27.

¹⁰⁴ *Fletcher*, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), p. 57.

¹⁰⁵ *K. Günther*, Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe, en Festschrift f. Lüderssen, Baden-Baden 2002, pp. 205 y ss., 207 y ss.; resalta esta dimensión emocional, *Malamud Goti*, QLR 22 (2003-2004) pp. 54 y ss., para quien la pena cumple la función de poner fin al sentimiento de inferioridad, humillación o vergüenza de la víctima.

¹⁰⁶ Y si el Estado no lo hace, incumpliendo el deber de castigar que recae sobre él, permite la prosecución de la situación de dominio (impunidad) y se hace cómplice de ella: *Fletcher*, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), pp. 60 y ss.

¹⁰⁷ *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechenopfer, p. 137.

¹⁰⁸ *Fletcher*, Buff. Crim. L. Rev. 3 (1999-2000), p. 58.

¹⁰⁹ Por su parte, al interpretar la propuesta de *Reemtsma*, *Prittitz*, la formula como una teoría de la prevención especial positiva y orientada a la víctima: *Prittitz*, The Resurrection of the Victim in Penal Theory, Buff. Crim L. Rev. 3 (1999-2000), pp. 109 y ss., 125.

3. Una cuestión abierta es la de si la resocialización, la anulación de la dominación o la compensación de la humillación sufrida por la víctima¹¹⁰ requieren precisamente la exclusión e inflicción de daño al autor (la ejecución del castigo), y no meramente la declaración pública del reproche¹¹¹. Al respecto, no existe consenso: mientras que en el planteamiento de unos se resalta la suficiencia compensatoria de la declaración de culpabilidad¹¹², otros requieren el “dolor penal” (castigo efectivo), por entender que en nuestro marco social solo este expresa materialmente la idea que se quiere transmitir¹¹³. En este punto se encuentran justo en el extremo opuesto a la postura de quienes sostienen que la única pretensión que las víctimas pueden esgrimir debe canalizarse por una vía jurídico-civil más abierta a las necesidades de aquellas, así como por la vía del Derecho social¹¹⁴.

4. Quienes exigen el castigo efectivo del autor como elemento necesario de un Derecho penal orientado a la víctima sí pueden hablar abiertamente de un “derecho de la víctima al castigo del autor”. En efecto, están afirmando que el castigo efectivo se legitima aunque no existan razones preventivas para imponerlo, lo que, obviamente, haría decaer un propio “derecho del Estado” a imponerlo (un *ius puniendi* legítimo). El derecho de la víctima al castigo del autor sería, entonces, un derecho de la víctima frente al Estado, que redundaría en un deber de este. Las otras perspectivas, en cambio, deberían hablar sencillamente de un interés de la víctima en la emisión de un juicio de reproche sobre el autor. Sin embargo, esto tampoco es irrelevante: a partir de ahí, puede afirmarse que la víctima entra en competencia con el autor a la hora de determinar el alcance de los principios político-criminales, que ya no podrían verse unilateralmente como garantías de este, sino también de aquella¹¹⁵.

4.3. Consideraciones de Derecho español

1. En los Códigos penales sí suele aludirse al *derecho de la víctima a perdonar* excepcionalmente determinados delitos de modo vinculante para el Estado. Luego es cierto que la víctima ostenta cierto poder sobre el ejercicio del *ius puniendi*: por un lado, mediante la renuncia a la persecución de ciertos presuntos delitos, que requieren una iniciativa de parte (querrela o denuncia); por otro lado, mediante el recurso al perdón de presuntos delitos sobre los que ya pende un proceso penal. En el Código Penal español, este aparece como una causa de extinción de la responsabilidad criminal (art. 130, 5º CP), aunque en realidad no lo es. En efecto, el perdón, para ser eficaz, debe haberse otorgado antes de que se dicte la sentencia. Por tanto, no puede extinguir una responsabilidad criminal todavía no declarada. Se trata, en realidad, de una causa de exclusión de la responsabilidad criminal.

2. En cambio, como ya se ha indicado, en los códigos penales no existe mención de un derecho de la víctima a que el autor sea castigado. En España, sí es cierto que a la víctima se considera titular del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 CE)¹¹⁶, de modo que ejerce directamente el

¹¹⁰ O, más genéricamente, el efecto positivo del castigo sobre la víctima: Prittowitz, Buff. Crim L. Rev. 3 (1999-2000), p. 128.

¹¹¹ Cfr. el análisis de Lüderssen, Der öffentliche Strafanspruch im demokratischen Zeitalter – Von der Staatsräson über das Gemeinwohl zum Opfer?, en Prittowitz/ Manoledakis (Hrsg.), Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, Baden-Baden 2000, pp. 63 y ss.

¹¹² Especialmente claro Günther, FS f. Lüderssen, p. 219.

¹¹³ Hörnle, Die Rolle des Opfers in der Straftheorie und im materiellen Strafrecht, JZ 2006, pp. 950 y ss., 956.

¹¹⁴ Paradigmático, Lüderssen, Opfer im Zwielficht, en Festschrift f. Hirsch, Berlin 1999, pp. 879 y ss., 889 y ss.

¹¹⁵ Cfr. Amelung, Auf der Rückseite der Strafnorm. Opfer und Normvertrauen in der strafrechtlichen Argumentation, en Menschengerichtes Strafrecht. Festschrift f. Eser, München 2005, pp. 3 y ss., 6 y ss., subrayando que lo que es norma de prohibición para el autor es norma de protección para la víctima. Otras referencias sobre el Derecho penal como Magna Charta de la víctima en Silva Sánchez, La expansión, 2ª edic. reimpr. 2006, pp. 48 y ss. La consecuencia práctica es una reducción del alcance de las garantías político-criminales del Derecho penal que, ciertamente, constituyen limitaciones a la “justicia material”.

¹¹⁶ Lo que desconoce Fletcher al hacer un balance de las constituciones occidentales: Fletcher, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), p. 551. A ello se une, por lo demás, la regulación española del derecho a la acción en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con acción popular incluida. . .

derecho a la acción (*ius ut procedatur*)¹¹⁷. Sin embargo, como ha señalado, entre otras muchas, la STC 178/2001, de 17 de septiembre, “la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, como persona agraviada, no obliga al Estado, como único titular del *ius puniendi*, a castigar en todo caso, pues la Constitución no otorga a los ciudadanos un pretendido derecho a obtener condenas penales”¹¹⁸. La idea central es que “en modo alguno puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del *ius puniendi*, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el derecho material por penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado”¹¹⁹.

4.4. Precisiones finales sobre el concepto de “víctima” y sus “derechos”

1. Cuando se asiste al discurso del derecho de las víctimas a la verdad, al proceso o al castigo, lo primero que llama la atención es el recurso a la propia expresión de “víctima”. En el lenguaje ordinario, se está hablando de víctimas antes de que se haya probado en el proceso —y, luego, declarado— la existencia de, al menos, un hecho antijurídico (y seguramente, también culpable). Esto es, en términos jurídicos, un sinsentido. Antes de que se constate un hecho antijurídico (y, seguramente, también culpable), no puede haber una víctima, sino, como máximo, una “presunta” víctima¹²⁰. En efecto, no se es víctima (en sentido jurídico-penal) por el hecho de haber sufrido un daño¹²¹, sino solo por haber sufrido una lesión antijurídica, lo que únicamente puede determinarse en el proceso¹²². Incluso podría plantearse que las lesiones producidas por inculpables no producen víctimas en sentido estricto (como sujetos afectados en su dignidad por el delito). En todo caso, esta precisión es importante, pues pone de relieve, por un lado, que lo que en ocasiones se presenta como derecho de las víctimas sería sólo un derecho de presuntas víctimas. Por otro lado, que solo puede hablarse de derechos de las víctimas en cuanto a los pronunciamientos posteriores a la determinación de la antijuridicidad (culpable) del hecho. En fin, y sobre todo, que hablar de víctimas antes del (o durante el) proceso en realidad es “prejuizar”.

2. La “presunta víctima”, a quien se concede un derecho a la acción, tiene obviamente un interés en que se dirija un juicio de reproche al autor e incluso en que, si se constata un injusto culpable, así como los demás presupuestos de la imposición de pena, tenga lugar el castigo. El objeto de su derecho es, pues, que se apliquen las normas legales que regulan el ejercicio del *ius puniendi* por el Estado. Por eso tiene también un derecho al recurso e incluso a ejercitar una acción por la posible comisión de un delito de prevaricación. Pero ese derecho “a que se apliquen las leyes” no es equiparable a un derecho material al castigo que se situaría por encima de dichas leyes.

¹¹⁷ Algo que, en sí, puede cuestionarse, sobre todo dada la existencia de culturas jurídicas importantes que carecen de la institución de la acusación particular.

¹¹⁸ Y antes, la STC (1ª) 83/1989, de 10 de mayo, en referencia al art. 24.1 CE, indicaba que este precepto constitucional “reconoce ciertamente el derecho a la acción, y en concreto a la acción penal, pero no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del *ius puniendi* a imponer sanciones penales con independencia de que concurra o no en cada caso alguna causa de extinción de la responsabilidad”.

¹¹⁹ SSTC 157/1990; 41/1997.

¹²⁰ A diferencia de lo que parece entender Fletcher, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), p. 549. Cuestión aparte es si cabe hablar de presunto inocente, con respecto al imputado, y de presunta víctima, con respecto a quien ejercita la acción. Aunque es cierto que ambas presunciones parecen operar en sentido contrario, no es seguro que resulten incompatibles. En todo caso, es obvio que quien no fuera una “presunta víctima” no podría tener derecho a la acción.

¹²¹ Lo que reconoce Fletcher, Lewis & Clark L. Rev. 9 (2005), p. 549.

¹²² Desde la perspectiva de la presunción de inocencia, Krauß, Täter und Opfer im Rechtsstaat, Festschrift f. Lüderssen, Baden-Baden 2002, pp. 269 y ss., 271.

3. La teoría del Derecho penal orientada a la víctima no es retributiva¹²³ ni preventiva, al menos no al modo clásico. Por ello puede llamarse restaurativa, equilibrante o igualadora. No centra su atención en el pasado ni en el futuro, sino en el presente. El juicio y la condena pretenden poner fin a la situación de dominio, humillación o subordinación de la víctima, restableciendo su posición originaria. Ahora bien, ello significa que la teoría del Derecho penal orientada a la víctima se centra en la neutralización del daño inmaterial, permanente, que sigue padeciendo la víctima como consecuencia del delito, algo que implica, a su vez, que el núcleo de dicha teoría debería venir constituido por las respuestas expresivas-simbólicas (inmateriales): declaración de culpabilidad y condena¹²⁴. La inflicción adicional de un “dolor penal” al autor sólo se justificaría cuando, además, existieran razones preventivas para hacerlo (en particular, de aseguramiento cognitivo). En efecto, la imposición y ejecución de una pena desconectada de tales razones y justificada por necesidades de la víctima no sería sino venganza institucionalizada bajo un manto de supuesta racionalidad.

¹²³ Cfr. *Moore*, *Victims and Retribution: A Reply to Profesor Fletcher*, *Buff. Crim. L. Rev.* 3 (1999-2000), pp. 65 y ss. Moore entiende que un sistema en el que le corresponda a la víctima decidir si y cuánto debe ser castigado el autor (*victim's turn*), no es sino una institucionalización de la venganza. Añade que las víctimas deben ser ignoradas en una teoría retributiva, pues ya fueron tenidas en cuenta a la hora de configurar la norma.

¹²⁴ Por muchos, últimamente, *Campagna*, *Strafrecht und unbestrafte Straftaten*, p. 13.

Redefinición del sistema de registro para los diseños industriales en Costa Rica

Leonardo Villavicencio Cedeño¹

Resumen

La propuesta de reforma al Reglamento a la Ley de Patentes plantea un concepto de novedad mundial absoluta para los diseños industriales; sin embargo, se considera que este no es el más apto para este tipo de bienes, y se propone variarlo por un concepto de novedad basado en la divulgación por el creador en territorio nacional, así como replantear lo relacionado a la forma de dar publicidad a terceros, para cambiar del actual sistema de publicación y oposición preconcesión a uno que sea posotorgamiento del derecho. **Palabras clave:** Diseño Industrial, Innovación, Sistema de Registro, Novedad, Publicidad a Terceros.

Abstract

The proposed reform to the Patent Law's regulations raises a concept of absolute global novelty for industrial designs, however it is considered that this is not the most suitable for this type of goods, and it is proposed to vary it by a concept of novelty based on disclosure by the creator in national territory as well as rethink about the way to publicize to third parties, to change the current system of publication and opposition pre concession to one that is post granting of the right. **Keywords:** Industrial Design, Innovation, Filing System, Novelty, Third Parties Publicity.

Introducción

El presente artículo es una ampliación del documento presentado ante el despacho del señor Ministro de Justicia el pasado 14 de abril de 2011, con motivo del proceso de consulta pública al que se encuentra sometido el proyecto de Decreto Ejecutivo intitulado “*Reforma al Reglamento de la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad Decreto Ejecutivo N.º 15222-J del 12 de Diciembre de 1983*”, publicado en *La Gaceta* N.º 63, del 30 de marzo de 2011. Consideramos este proceso de consulta como una oportunidad de oro para que nuestro país dé un golpe de timón en cuanto al registro de los diseños industriales que se reconocen a través de nuestra Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, N.º 6867 del 25 de abril de 1983, dejando de lado conceptos anquilosados erróneamente sobre la naturaleza propia de las patentes, para así poder construir para ellos un procedimiento acorde a su propia naturaleza y características, que además vaya en beneficio del sector diseñador del país. Nos concentramos en dos temas específicos, el del concepto de novedad que ha de aplicárseles a los diseños industriales, y al de la forma de darles publicidad para su control por parte de terceros, ya que consideramos que estos pueden ser desarrollados e introducidos al marco legal en el nivel reglamentario, dejando fuera de este estudio a otras figuras jurídicas recogidas en el derecho comparado, como lo puede ser el del reconocimiento jurídico de los diseños sin registrar, que si bien se dan en aras de ofrecer un sistema de protección ágil a los diseñadores, necesitan ser introducidos por vía de ley y no reglamentariamente.

¹ Master en Propiedad Intelectual, por la Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica. Asistente de Juez en el Tribunal Registral Administrativo y Profesor de Propiedad Intelectual en la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT, Costa Rica).
E-mail: leo.villavicencio@gmail.com

Concepto de diseño industrial

El diseño industrial es una categoría de la propiedad intelectual, perteneciente propiamente a la propiedad industrial. El concepto legal de diseño industrial en Costa Rica es desdoblado de acuerdo con la dimensión del diseño de que se trate, dividiéndose así en bidimensionales (dibujos) y tridimensionales (modelos). La Ley de Patentes, en su artículo 25, define:

Para los efectos de la presente ley, se considerará dibujo industrial toda reunión de líneas o de colores, modelo industrial toda forma plástica, asociada o no a líneas o colores, siempre que esa reunión o esa forma dé una apariencia especial a un producto industrial o de artesanía y pueda servir de tipo para su fabricación.

El pasado 26 de abril de 2011, se celebró el Día Mundial de la Propiedad Intelectual, bajo el lema “Diseñar el Futuro”. El señor Francis Gurry, director general de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), destacó en su mensaje de ese día que:

Los diseños industriales, considerados inicialmente como “la aplicación del arte a la industria”, sirven para diferenciar los objetos fabricados en cantidades masivas, haciendo que nos interese más por un producto que por otro y que una marca tenga más éxito que otra. Detrás de cada nuevo diseño se esconde el deseo de abrir nuevos caminos y de que los consumidores vivan unas experiencias más satisfactorias. Un diseño adecuado hace que los productos sean más cómodos, seguros y fáciles de utilizar (Gurry, 2011).

El diseño crea una diferenciación a nivel estético entre los diversos productos que cumplen una misma función técnica, y adquiere un valor fundamental respecto de objetos que tienen poca o nula capacidad de recibir una mejora técnica que les brinde un posicionamiento preferente en el mercado; estos productos reciben buena parte de su valor gracias a su diseño, que los hace más atractivos al consumidor. A modo de ejemplo, podemos citar el de la silla, objeto de uso cotidiano que hace años llegó a su punto más alto respecto de su desarrollo técnico en aras de mejor cumplir la función para la que fue creada; sin embargo, diariamente estamos en contacto con muchos y muy diferentes tipos de sillas, todas diferenciadas no por la mayor o menor capacidad de cumplir su función técnica, sino por su diseño, y nos sentimos atraídos o repelidos de acuerdo con nuestros gustos y no por la funcionalidad en sí misma.

Propuesta de reforma

La propuesta que se encuentra sometida a consulta se refiere a un paquete de reformas para ser introducidas en el actual Reglamento a la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, Decreto Ejecutivo N° 15222-MIEM-J, referidas en su gran mayoría al procedimiento propio del registro de las patentes de invención. Respecto de los diseños industriales, se propone la introducción de un nuevo artículo en dicho Reglamento, cuyo texto reza:

Artículo 40 bis. – Examen de fondo de la solicitud

1- De conformidad con lo establecido en el artículo 26 de la Ley, un dibujo o modelo industrial es nuevo cuando no haya sido divulgado públicamente en ningún lugar del mundo por ningún medio antes de la fecha de presentación de la solicitud en el Registro de la Propiedad Industrial o en su caso, antes de la fecha de presentación de la solicitud cuya prioridad se invoca.

2- Se considerará que un dibujo o modelo industrial es original en tanto su aspecto exterior se derive de un esfuerzo creativo individual del creador y no implique un nuevo cambio de colorido o forma de modelos o dibujos ya conocidos.

3- Se considerará que un dibujo o modelo industrial es independiente siempre que no se trate de una copia o se origine del diseño realizado por otra persona.

Si bien es loable el intento de definir lo que la Ley apenas refiere, sea los conceptos de novedad, originalidad e independencia, consideramos que la reforma puede tomar otro rumbo respecto del concepto propuesto para la novedad, en aras de conformar un sistema de registro más accesible y que responda a la realidad del mercado y la muchas veces efímera vida comercial que tienen los diseños industriales.

Sistema de registro contenido en nuestra Ley de Patentes para los diseños industriales

El artículo 29 de nuestra Ley de Patentes de Invención, de forma parca, da las pautas del sistema de registro para los diseños industriales:

Artículo 29.- Examen de registro.

1. El Registro de la Propiedad Industrial examinará si la solicitud cumple con los requisitos legales y reglamentarios.

2. Cuando el Registro de la Propiedad Industrial compruebe que se han cumplido los requisitos, publicará en el Diario Oficial, una reseña de la solicitud con la reproducción del dibujo y modelo, y tratándose de un dibujo o modelo industrial, lo registrará y entregará al solicitante un certificado de registro.

3. En el caso de los modelos de utilidad, el Registro procederá al examen de fondo, aplicando en lo conducente lo dispuesto en el artículo 13.

Entonces, tenemos que, luego de una revisión que se practica a la solicitud por parte de la Administración, la Ley exige una publicación, indicándose luego que, al tratarse de un diseño industrial (llámese dibujo o modelo), lo registrará y entregará el certificado correspondiente. En contraposición a lo anterior, se indica de seguido que en el caso de los modelos de utilidad, se procederá a un examen de fondo, de acuerdo con el artículo 13 sobre patentes de invención. Así, vemos como el sistema de registro contenido en la Ley de Patentes es el denominado de concesión sin revisión, publicación ni oposición previa, y con posibilidad de oposición una vez concedido el registro. Dicho sistema es el utilizado en España, según dispone la Ley 20/2003, del 7 de julio, de Protección Jurídica del Diseño Industrial, que dispone en su artículo 29 que el examen de oficio que realiza la Oficina Española de Patentes y Marcas versará únicamente sobre si el objeto de la solicitud se ajusta al concepto de diseño dado por la propia Ley, y si este no es contrario al orden público o a las buenas costumbres. Comenta la doctrina:

En cuanto al procedimiento, y en sintonía con las tendencias legislativas actuales se implanta un sistema de oposición post-concesión: el control de legalidad es posterior a la concesión y se lleva a cabo mediante oposiciones de terceros...

Superado el examen formal y comprobado en el examen de oficio que se trata de un diseño en sentido legal y que no es contrario al orden público o a las buenas costumbres, en el que no se verifica ni la novedad ni el carácter singular del diseño solicitado, ni hay búsqueda de anticipaciones basadas en derechos anteriores, el diseño es registrado y publicado en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial, permitiéndose la consulta pública del expediente produciendo desde entonces plenos efectos (García-Chamón Cervera, Soler Pascual y Fuentes Devesa, 2011).

...ha optado por un registro puramente declarativo, cuyo objeto es hacer constar el hecho de la solicitud de registro de un diseño, el cual se concede sin perjuicio de tercero y sin garantía del Estado sobre su validez (...) la concesión del registro ni siquiera origina una presunción de legitimación a favor del titular inscrito (Otero Lastres, 2003).

Este sistema demuestra ser ágil y sencillo de utilizar por parte de los titulares interesados en que sus diseños se encuentren registrados como dibujos o modelos industriales, y es acorde a la naturaleza de este tipo de innovaciones y su comportamiento en el mercado.

Se impone como requisito constitutivo el registro en la Oficina Española de Patentes y Marcas, de manera que los diseños industriales españoles se limitan a los diseños registrados, con un sistema de registro sencillo y rápido al implantarse el sistema de oposición post-concesión que conjuga la rápida protección y la seguridad que requiere la industria del diseño, con un examen de oficio sumario, de tal manera que el diseño se registra y se publica, produciendo desde entonces plenos efectos, con la posibilidad expost de un control mediante oposiciones de terceros, con base en derechos anteriores o en motivos de denegación que la Administración no está facultada ni capacitada para examinar de oficio, ya que para el registro no se verifica ni la novedad, ni el carácter singular del diseño solicitado (García-Chamón Cervera, Soler Pascual, & Fuentes Devesa, 2011).

Aunque es cierto que el procedimiento de registro no incide de manera muy relevante sobre el funcionamiento del mercado interior, no es menos cierto que la regulación de esta materia tiene una gran importancia, ya que del acierto sobre este punto depende el éxito mismo de la figura. Porque un procedimiento de registro complicado y de larga duración conduce, sin duda, al fracaso de esta modalidad de la Propiedad Industrial. En cambio, un procedimiento de registro ágil y rápido favorecerá que se presenten a registro los diseños y, en consecuencia, contribuirá a que sea un éxito. Y ello porque una buena parte de los diseños son creaciones de vida efímera que responden al gusto de cada época. De aquí que cuanto más sencillo sea el procedimiento tanto mayores serán las posibilidades de que los interesados hagan uso del registro (Otero Lastres, 2003).

Siguen esta línea las legislaciones mexicana y argentina. El Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial indica en su “Guía del Usuario Diseños Industriales” que “*A diferencia de otras figuras de la propiedad industrial como las patentes, las solicitudes de registro de Diseño Industrial no son publicadas.*”, o sea que solo se publican los registros efectuados para el control de legalidad posconcesión, y no las solicitudes (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, 2009); y el Instituto Nacional de la Propiedad Industrial argentino —el cual bajo la premisa establecida por su Ley de Modelos y Diseños Industriales, que habla de un depósito del diseño solo rechazable por incumplimiento de requisitos formales, que se hace público luego de efectuado el registro para que cualquier interesado pueda instar su cancelación, aunado a un servicio de precalificación informal de las solicitudes— ofrece emitir los títulos relacionados a la concesión del derecho sobre el diseño industrial en cuatro días hábiles (Instituto Nacional de la Propiedad Industrial, 2005). También utilizan la modalidad de protección posotorgamiento Brasil, República Dominicana, España y el Sistema de Dibujos y Modelos Comunitarios Europeo, entre otros.

Elección de un sistema para Costa Rica

Como explicamos antes, nuestra Ley de Patentes describe un sistema de registro que se basa en un control posotorgamiento del derecho. A pesar de esto, el actual Reglamento a dicha Ley introduce una publicación preotorgamiento (art. 41) con posibilidad de oposición a lo solicitado (art. 42). Sin embargo, no encontramos en la Ley ninguna disposición que obligue a optar por dicho sistema, así como tampoco que obligue a tomar partido por un sistema de novedad absoluta mundial. Este tratamiento, si bien posible y el cual no resulta extraño al realizar un análisis de derecho comparado latinoamericano, consideramos no es el más apto para la naturaleza de

este tipo de bienes, los cuales en una buena mayoría tienen un período de vida muy corta en el mercado, gracias a que están sujetos a los vaivenes de la moda del momento, y rápidamente pierden su ventana de oportunidad comercial, por lo que requieren procedimientos sencillos y ágiles para su reconocimiento jurídico a través de la concesión de su registro. A este respecto, el proceso de reforma del Reglamento a la Ley de Patentes ofrece una oportunidad única de dar una nueva visión al sistema de registro de los diseños industriales en Costa Rica.

Novedad mundial para los diseños industriales

La Ley de Patentes, en su artículo 26, establece dos requerimientos para que los diseños industriales puedan ser registrados:

- Que sean nuevos, requisito conocido en doctrina como ‘novedad’.
- Que sean originales obtenidos independientemente, reconocido por la doctrina como de ‘carácter singular’.

El proyecto del artículo 40 bis plantea un concepto de novedad absoluta de carácter mundial para los diseños, la cual se traduce en no encontrar su divulgación en cualquier parte del mundo; sin embargo, esta idea es ampliamente rechazada en la doctrina:

III. Requisitos sustantivos para la protección del diseño industrial

1. La novedad

La nueva Ley introduce, como todos los ordenamientos de la Unión Europea por imperativo de la Directiva, el requisito de la novedad también presente en el Reglamento sobre los dibujos y modelos comunitarios. En la actualidad resulta pacífico el sostener que la novedad que debe exigirse a los diseños no tiene la misma naturaleza que la novedad que las legislaciones imponen a las patentes, en la medida en que las innovaciones estéticas presentan una naturaleza esencialmente distinta de las innovaciones técnicas y, consecuentemente, el requisito de la novedad pierde sus presupuestos y su función cuando se aplica al diseño.

(...)

Volviendo a la novedad en el diseño, se ha destacado por Otero Lastres que el concepto de novedad descansa en dos pilares: en el hecho de la divulgación y en la identidad entre el diseño que se pretende registrar en relación con los diseños registrados anteriormente. En este sentido, dos diseños se consideran iguales si se diferencian tan sólo en detalles irrelevantes, lo que interpretado a contrario sensu las diferencias del diseño que se solicita comparado con los diseños ya registrados deben tener una cierta entidad, es decir, ser relevantes para poder acceder a la protección.

(...)

A juicio de la doctrina la novedad concebida como lo «no conocido» no resulta adecuada cuando se aplica a los diseños industriales. Para apoyar esta afirmación, se ha destacado que este concepto se justifica en el derecho de patente porque el Estado con el fin de potenciar el progreso tecnológico otorga un monopolio al inventor a cambio de la publicación de su invención cuando solicita la patente y, teniendo en cuenta que este último también puede optar por mantenerlo en secreto, asumiendo en esta caso el riesgo de que si este fuera revelado u otro llegara al mismo resultado por medio independientes perdería su derecho pues pasaría a dominio público. Sin embargo, cuando se crea una forma estética nueva, su creador no puede optar entre

explotar el diseño en régimen de secreto u optar por obtener la protección en régimen de monopolio y, por tanto, el régimen de exclusiva no se concede a cambio de que revele su creación.

(...)

Para determinar si un diseño es nuevo hay que examinar la divulgación.

(...)

Como consecuencia de las excepciones a la regla general, y a las que acabamos de referirnos, la novedad que se exige a los diseños no debe ser una novedad mundial; parece que el legislador ha exigido la novedad relativa, es decir, que los diseños no sean conocidos en la Unión Europea, porque no se hayan divulgado en ella... (Llobregat Hurtado, 2007).

Y sobre el concepto de divulgación proveniente del derecho de patentes:

Pues bien, este principio, si bien tiene sentido en materia de patentes, es totalmente inadecuado para el diseño industrial. A esta conclusión se llega si nos detenemos brevemente en el fundamento de la protección de estas dos figuras.

Como es sabido, una vez que logra su regla técnica, el inventor tiene una doble posibilidad: explotar en secreto su invención o solicitar la patente. Si opta por explotarla en secreto, lo cual es intrínsecamente posible por la propia esencia de la invención como regla técnica, es claro que el inventor no la va a dar a conocer, con lo cual no se produce progreso tecnológico alguno. Y ello porque en la medida en que esa regla técnica se mantiene en secreto no pasa a ser un nuevo escalón en el avance del progreso tecnológico. Pues bien, como quiera que el objetivo esencial del Derecho de Patentes es, como todos es sabido, fomentar el progreso técnico-industrial y esto sólo tiene lugar si el inventor da a conocer su regla técnica, el ordenamiento jurídico le concede un derecho de exclusiva temporalmente limitado, a cambio de que solicite la patente y con ello describa su invención. Pero si el inventor revela su invención antes de solicitar la patente, entonces pierde el derecho a obtener la patente porque la regla técnica, al haberse dado a conocer, ya forma parte del patrimonio tecnológico y puede contribuir a que este siga progresando.

Nada de esto ocurre en el diseño industrial. Aquí el diseñador no puede optar entre explotar en secreto el diseño o solicitar la protección. Y, por lo tanto, el derecho de exclusiva no se le concede a cambio de que revele su creación. Por tratarse, como hemos visto, de una forma exterior, “la apariencia de un producto”, no es posible explotar el diseño en secreto, por eso carece de relieve el dato de que el diseñador haya revelado o no su creación antes de solicitar la protección (Otero Lastres, 2003).

Este sistema de novedad relativa, en donde dicho concepto se basa en que los diseños no hayan sido divulgados por su creador dentro del territorio en el que se otorga la protección jurídica —para nuestro caso, que no hayan sido divulgados en Costa Rica— va en favor de una agilización del registro y un crecimiento en el interés de los creadores por proteger sus derechos sobre los diseños que crean; mientras que basar la novedad en un sistema de divulgación mundial crea una barrera de entrada muy difícil de sortear, puesto que la cantidad de diseños que se pueden encontrar en línea es vastísima, tanto inscritos como en mero uso, y algo que tal vez esté (o estuvo) en un mercado al otro lado del mundo, va a impedir que un creador nacional pueda proteger su diseño para ser utilizado en Costa Rica. Si bien el proyecto de reforma en su artículo 40 bis indica que la novedad mundial viene impuesta por el artículo 26 de la Ley de Patentes, vemos como este nada dice sobre el tipo de novedad que ha de pedirse al diseño industrial (“*Los dibujos y modelos industriales nuevos y originales obtenidos independientemente, serán protegidos por esta ley.*”). Nos parece que el concepto de novedad mundial propuesto en el proyecto de reforma se hace derivar erróneamente del artículo 31 de la Ley, que indica: “*La parte primera de esta ley será*

aplicable, en lo conducente, a la protección de los dibujos y modelos industriales y de los modelos de utilidad”; no obstante, vemos cómo la aplicación de los principios que rigen las patentes de invención no es impuesta a ultranza, sino solamente cuando sea conducente, y en vista de la diversa naturaleza que tienen los diseños industriales respecto de las patentes de invención y los modelos de utilidad, consideramos que no es conducente solicitar una novedad mundial absoluta a los diseños industriales, sino que más bien es conveniente construir un concepto de novedad basado en la divulgación del propio creador y con un carácter territorial nacional.

Costa Rica, un país que quiere vivir de la innovación

El Gobierno de la República trabaja con la finalidad de establecer un modelo económico para el país, que se apoye fuertemente en la producción del sector innovador; en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 se propone “...*la construcción de una sociedad cuya prosperidad esté basada en el talento, el conocimiento y la capacidad innovadora de la población, mediante inversiones en el capital humano, atracción de mayores inversiones productivas y el incremento de la eficiencia*” (Ministerio de Ciencia y Tecnología Costa Rica, 2011). El 6 de mayo de 2011, se presentó el Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 2011-2014, el cual indica como su primera estrategia la búsqueda del robustecimiento de las capacidades nacionales en innovación, estableciendo para ello entre sus líneas de acción incentivar y apoyar financieramente el uso de registros y mecanismos de protección de la propiedad intelectual. Para acometer estas metas, entre otras cosas, se ha de promover la promulgación de un marco jurídico que apoye y facilite el reconocimiento de los activos intangibles de propiedad intelectual, para que estos puedan circular en el mercado de una forma más segura y confiable para todas las partes involucradas. Por ello es que consideramos que la oportunidad de reforma al Reglamento es excelente para dibujar un nuevo sistema de registro de diseños industriales ágil y sencillo para los titulares. Un diseño muy difícilmente puede superar un cotejo a nivel mundial: con las posibilidades de colección de información que ofrecen los medios digitales en la actualidad, y la vastedad de producción industrial que hay en el mundo, muy probablemente siempre va a aparecer algo que sea muy similar a lo solicitado. Pero, ¿qué sentido tiene oponer diseños que no se encuentran en el mercado costarricense, si el derecho que se solicita y otorgaría es de carácter territorial? Tan solo se impone una traba al sector diseñador nacional, el cual divulgará y pondrá en el mercado sus creaciones, ya que para ello fueron creadas, pero sin el reconocimiento jurídico necesario para dar una mayor certeza a todas las partes involucradas en las transacciones comerciales que involucren al diseño. Según un listado publicado en el sitio web Carreras.co.cr, en Costa Rica y relacionadas con el diseño encontramos múltiples posibilidades de estudio, por ejemplo diseño gráfico, diseño publicitario, diseño industrial, diseño del espacio interno, diseño gráfico publicitario, diseño de productos, decoración de establecimientos comerciales, serigrafía, flexografía, confección industrial de ropa, sastrería, diseño de interiores, etc., ofrecidos por instituciones de índole pública y privada, y con una gran variedad en cuanto al nivel de la titulación, que va desde el curso libre y el diplomado, hasta la licenciatura (Carreras.co.cr, 2011), por lo que observamos que un buen sector del engranaje productivo nacional tiene la necesidad de contar con un sistema ágil y sencillo para poder proteger los diseños industriales que se generen para ser aplicados en la industria nacional.

Conclusiones

Lograr la implementación normativa de un sistema de registro de los diseños industriales como el descrito para Costa Rica, es posible con solo tomar acciones de nivel reglamentario, sin necesidad de acudir a reformas legales, ya que, como se explicó, la Ley de Patentes actualmente contiene un sistema de concesión de derechos sin revisión y con control por parte de terceros posotorgamiento. Para ello, habría que llevar a cabo una reforma al Reglamento que instrumentalice las ideas de novedad ligada a la divulgación por el propio creador en territorio nacional y de revisión por parte de terceros posotorgamiento, que implicaría no solamente dejar de lado el artículo 40 bis tal y como ha sido propuesto en cuanto al concepto de novedad, sino la variación de otras normas ya contenidas en el Reglamento actual, y así poder dar coherencia a un sistema de registro de diseños que sea acorde con el Plan Nacional de Desarrollo, las necesidades del país y su sector diseñador. Quedan en el tintero

otros temas como el del reconocimiento jurídico a los diseños industriales no registrados, o el de la pertinencia de que Costa Rica se una al Arreglo de La Haya relativo al registro internacional de dibujos y modelos industriales, que si bien pueden venir a dar un gran valor agregado al trabajo de los diseñadores, no pueden ser tratados a nivel reglamentario, pero que igualmente han de estar presentes en el gran debate nacional que supone el poner la propiedad intelectual al servicio del desarrollo económico y social de Costa Rica.

Bibliografía

- Carreras.co.cr. (2011). *Carreras Diseño*. Recuperado de: <http://www.carreras.co.cr/carrerasview.php?categoria=38>
- Dirección Divisional de Patentes. (2009). *Guía del usuario Diseños Industriales*. Recuperado de: http://www.impi.gob.mx/work/sites/IMPI/resources/LocalContent/880/26/Disenos_industriales.pdf
- García-Chamón Cervera, E., Soler Pascual, L. A. y Fuentes Devesa, R. (2011). *Tratado Práctico de Propiedad Industrial*. Madrid: El Derecho Grupo Editorial.
- Gurry, F. (2011). *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*. Recuperado de: http://www.wipo.int/ip-outreach/es/ipday/2011/dg_message.html
- Instituto Nacional de la Propiedad Industrial. (2005). *Instructivos y Recomendaciones par la Presentación del Trámite*. Recuperado de: http://www.inpi.gob.ar/templates/modelos_instructivo.asp
- Llobregat Hurtado, M. L. (2007). *Temas de Propiedad Industrial* (2da ed.). Madrid: La Ley.
- Ministerio de Ciencia y Tecnología Costa Rica. (2011). *Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación 2011-2014*. San José: Ministerio de Ciencia y Tecnología.
- Otero Lastres, J. M. (2003). *El Diseño Industrial según la Ley de 7 de Julio de 2003*. Madrid: Editorial Marcial Pons Derecho.

La falta de acceso a la justicia para los indígenas. Un caso para ilustrar

Ligia Jiménez Zamora¹

Resumen

El propósito de este artículo es ejemplarizar con un caso concreto, la posición de la Sala Constitucional en cuanto al acceso a justicia de un privado de libertad de origen indígena por deuda alimentaria. En este caso, a través de la omisión y la indiferencia, puesto que no se resolvieron dos de los motivos planteados, se evidencia la discriminación estructural de una persona que forma parte de un grupo vulnerable, violentándose con ello con ello el debido proceso, el acceso eficaz a la justicia, y los principios de igualdad y no discriminación. **Palabras clave:** Indígena, Estado Pluricultural, Estado Multiétnico, Acción Afirmativa, Discriminación Estructural, Intérprete, Asistencia Letrada Gratuita y de calidad, Población Vulnerable, Principio de Igualdad y No discriminación, Acceso Efectivo al Sistema de Justicia, Ley de Pensiones, Convenio 169 OIT, Reglas de Brasilia.

Abstract

This article analyses the position of the Constitutional Court concerning the access to justice of an indigenous person, arrested because of alimony. In this case, by means of omission and indifference of this Judicial Institution, which didn't enclose two terms written in the Habeas Corpus. Structural discrimination towards a vulnerable group member becomes evident, constituting a violation of the fundamental rights established in the 169 Convention from the OIT, the Constitution and the Rules of Brasilia. **Keywords:** Indigenous Person, Multicultural State, Multiethnic State, Affirmative Action, Structural Discrimination, Interpreter, Quality and Gratuitous Lawyer, Vulnerable Group, Equality and Non-Discrimination Principles, Effective Access System of Justice, Alimony Law, 169 ILO Convention, Brasilia Rules.

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en nuestro país es un tema poco debatido, al que se le ha dado una importancia mínima, a pesar de ser una nación de raíces ancestrales indígenas. A nivel cuantitativo, el total de la población costarricense es de 4.563.538 habitantes, mientras que la totalidad de la población que vive en territorios indígenas es de 33.128 habitantes, lo cual representa un 0,7 por ciento de la población integral, lo que sin ninguna duda los convierte en un grupo cuantitativa y cualitativamente minoritario.

El texto constitucional vigente establece en un único artículo, el 76 —publicado en 1949 y reformado en 1999— que “el español es el idioma oficial de la Nación. No obstante, el Estado velará por el mantenimiento y cultivo de las lenguas indígenas nacionales”², lo que de una forma indirecta algunos podrían interpretar como la existencia de una sociedad multiétnica. Así mismo, reconoce el idioma español como el oficial y declara que deben mantenerse las lenguas indígenas nacionales. De esta forma, se les da un tratamiento innecesariamente

¹ Máster en Derechos Humanos, Universidad Estatal a Distancia, Costa Rica. E-mail: jjabril03@hotmail.com

² Artículo 76 de la Constitución Política. Publicado el 7 de noviembre de 1949. Reformado por la ley 7878 de la Asamblea Legislativa del 27 de mayo de 1999.

diferenciado, aunque semánticamente ‘idioma’ y ‘lengua’ tengan una acepción similar³; sin embargo, su lectura desde otras disciplinas sociales tiene significados e interpretaciones diferentes. Sumado a ello, se echa de menos en esta norma el reconocimiento del idioma hablado por los afrocaribeños, que representan un componente étnico significativo en nuestro país. Por estas razones, no puede señalarse que este artículo es suficiente para el reconocimiento de una sociedad multicultural, sino que tan solo es una leve pincelada que no reconoce el estado existente.

Además de lo señalado, es evidente la falta de una ley indígena que desarrolle el contenido de la normativa constitucional, pues la ley vigente es la 6172 del 29 de noviembre de 1977, con apenas 12 artículos, veintidós años anterior a la reforma constitucional, y quince años anterior al Convenio 169 de la OIT. Sumado a ello, el proyecto de ley denominado “Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas” expediente 14352 de 2001, y su texto sustitutivo del 2006, tienen una década y un quinquenio, respectivamente, de permanecer en la Asamblea Legislativa sin que se haya dictaminado.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es el instrumento jurídico internacional de mayor relevancia en cuanto a derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, el cual al ser ratificado por Costa Rica en diciembre de 1992⁴, pasó a formar parte del derecho interno del Estado, con un rango similar al de la Constitución Política⁵, por lo que resulta obligatorio respetarlo a todas las instituciones públicas y privadas.

A partir de lo anterior, el reconocimiento de la condición indígena es un punto esencial para el respeto de los derechos humanos, civiles, sociales y económicos, que busca evitar todo tipo de discriminación, entre ella la discriminación estructural.

De conformidad con lo indicado, se puede determinar que en nuestro Estado de Derecho, al no existir una norma constitucional que reconozca las sociedades pluriculturales o un Estado multiétnico, como lo somos en realidad, es de uso obligatorio el citado Convenio, acompañado de otras normas de carácter convencional que nos evidencian la legitimidad para el acceso a la justicia, entre ellas la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

La falta de acceso a la justicia es uno de los problemas más graves de las naciones latinoamericanas, ya que frustra el ejercicio efectivo de la ciudadanía y debilita un Estado democrático de derecho, en el caso específico de Costa Rica. La Sala Constitucional del Poder Judicial, en el voto 2705-2011, de las ocho horas y treinta y dos minutos del treinta y uno de marzo de dos mil once, omite valorar dos temas planteados en un recurso de hábeas corpus, excluyendo con ello la posibilidad de que un indígena privado de libertad por deuda de pensión alimentaria obtenga un debido proceso, y un acceso efectivo al sistema de justicia.

El caso que se expondrá lejos de ser una acción afirmativa por parte de un Estado de Derecho, se convierte en un acto de discriminación estructural, llevada a cabo de una forma sutil y delicada: a través de la indiferencia.

³ Según la Real Academia Española (2001), en su diccionario de lengua, ‘idioma’ es: 1.m. Lengua de un pueblo o nación, o común a varias. 2. m. Modo particular de hablar algunos o en algunas ocasiones.

⁴ Ley 7316 de la Asamblea Legislativa, publicada en La Gaceta 234, el 4 de diciembre de 1992.

⁵ Sobre la jerarquía normativa del Convenio 169, la Sala Constitucional ha establecido que “no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 constitucional tiene norma especial para lo que se refiere a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de los derechos humanos tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”. Sala Constitucional del Poder Judicial, votos 2313-1995 y 6856-2005.

Cuando hablamos de discriminación en términos estructurales, hacemos referencia a:

la situación que aqueja a determinados sectores de la población que, por complejas prácticas sociales, culturales e institucionales, no gozan de sus derechos en la misma medida que lo hace el resto de la sociedad. A esta afirmación subyace la constatación de que ciertos grupos han sido históricamente marginados del acceso a la justicia, a la educación, a la participación política, a la dirección de los asuntos públicos, entre otros, y que esta escalada de exclusiones no obedece -al menos actualmente- a una marginación de origen normativo. El derecho fundamental a la igualdad se ha mantenido incólume en las Constituciones y los tratados internacionales, y nadie cuestiona su vigencia para las personas que integran esos sectores marginados. Pero la sistemática subordinación de estos últimos, ha devenido en un complejo tejido social de prácticas, prejuicios y estereotipos que inhibe la eficacia de la igualdad de oportunidades, entendida como forma de asegurar los mismos “puntos de partida” (David y Trabucco, 2009).

Si se considera el concepto descrito valorando que el orden social está dispuesto de manera tal que ciertas personas o grupos de personas padecen la limitación o negación sistemática de sus derechos, y que tal discriminación es realizada por una institución pública que forma parte de un poder estatal, tenemos entonces que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 2705-2011, realizó un acto de discriminación estructural y negó el acceso a la justicia a un ciudadano indígena, pues aunque existe normativa al respecto, no se aplica.

Reseña sobre un hábeas corpus

Es de citar que el cuatro de febrero de dos mil once se planteó un recurso de hábeas corpus en contra del Estado costarricense, el Poder Judicial, el Juzgado de Pensiones de Turrialba y el Ministerio de Justicia, a favor del indígena cabécar Aristides Mora Moya, alegando vulneración de varios numerales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.

Los motivos por los que se realizó tal planteamiento son específicamente tres:

1. **Necesidad de un intérprete:** el día primero de febrero de dos mil once, se visitó en la Unidad de Pensiones Alimentarias del Centro de Atención Institucional de La Reforma, al joven Aristides Mora Moya, cédula de identidad 3-458-261, quien se encuentra privado de libertad por deuda alimentaria a la orden del Juzgado de Pensiones Alimentarias de Turrialba. Mora Moya tiene 24 años, convive en unión libre con Pamela Mora Aguilar, con quien tiene una hija menor de dos años, Maritza Aguilar Valle. Mora Moya, sin escolaridad, no sabe leer ni escribir, es indígena cabécar de la Reserva Indígena de Cabécar de Chirripó, y tiene como idioma materno el cabécar, no el español, por lo que no comprende los términos legales, ni el procedimiento, ni el porqué está detenido, ni las posibilidades que tiene de salir en libertad, lo que evidencia que requiere un intérprete del idioma cabécar, con el cual no ha contado hasta el momento ni en el Proceso de Pensiones, ni en el Sistema Penitenciario. Dicho sistema carece de intérpretes, situación que no le permite conocer la información básica sobre el procedimiento de pensiones alimentarias, ni la causa de su privación de libertad en la Unidad de Pensiones Alimentarias, razón por la que se encuentra en una condición de vulnerabilidad.

2. **No acceso efectivo al sistema de justicia por inexistencia de asistencia letrada gratuita y de calidad para los demandados de pensiones alimentarias.** De conformidad con la Sesión 23-01 de la Corte Plena del Poder Judicial, del 4 de julio de 2001, la Defensa Pública únicamente brinda asistencia letrada a los acreedores de pensiones alimentarias, no así a los demandados por esta, como lo hizo en años anteriores a esta fecha, por lo que la Defensa Pública no tiene competencia ni para asesorar en materia de pensiones a los demandados,

ni para pedir un intérprete a la Autoridad a la que se encuentra a la orden el privado de libertad, que pueda garantizar la comprensión de la información. De tal forma que no hay acceso efectivo a través de asistencia letrada gratuita y de calidad para los demandados de pensiones alimentarias, como lo es el indígena cabécar Mora Moya, pues además de que el Poder Judicial eliminó este recurso, el Estado no tiene dispuesto a través de ninguna institución pública la obligación de brindar asistencia letrada para integrantes de este grupo, mucho menos cuando se encuentran privados de libertad, por lo que no pueden realizar una adecuada defensa técnica y material, situación que evidencia que se encuentran en una condición de vulnerabilidad.

3. Violación al derecho de acceso efectivo a la justicia a través de un procedimiento de pensiones que respete las condiciones de una población vulnerable como la cabécar, y de esta forma respetar los principios de igualdad y no discriminación. Al aplicarse el procedimiento de pensiones de forma similar a como se hace con los grupos mayoritarios, imponiendo una cuota de pensión alimentaria sin valorar las características específicas de un grupo particular, lo que se crea es una discriminación estructural, que no respeta las diferencias, y la necesidad de que ese procedimiento tenga otras características que respeten la ley y concuerden con la realidad cultural de un grupo minoritario, entre ellas las condiciones sociales, culturales y económicas en las que vive. De igual manera, la forma de pago debe ser acorde con las costumbres que tienen tanto para obtener su subsistencia, como para su distribución. Tómese en cuenta que ambas partes son indígenas, al igual que sus hijos en común; hablan la misma lengua; viven en reservas indígenas; tienen una economía de subsistencia; y el terreno que trabajan queda alejado.

A partir de estos tres motivos, la Sala Constitucional dio traslado al Juzgado de Pensiones de Turrialba y al Centro de Atención Institucional La Reforma únicamente del primer planteamiento, omitiendo el pronunciamiento de los otros dos, o el por qué no era atendible la violación de derechos que se estaban exponiendo, razón por la que la Defensa presentó de forma inmediata una solicitud de adición y aclaración para que se indicara por qué no se dio traslado a los motivos contra el Poder Judicial y el Estado o, en su defecto, si era un error material se le diera traslado a estos. Sin embargo, no se recibió resolución alguna que aclarara la petición de la defensa, sino que se notificó la resolución integral de la Sala Constitucional 2705-2011, de las ocho horas treinta y dos minutos del cuatro de marzo de dos mil once, en la cual se declara sin lugar el recurso, citando otras resoluciones de esa misma Sala que hacen un análisis sobre el tema del apremio corporal y la mora en la prestación alimentaria, tema que no fue discutido en el hábeas corpus. La razón por la cual no se consideró es porque se tenía claro que existía una deuda alimentaria legítima, de tal manera que la Sala Constitucional únicamente indicó que si el demandado se hubiera presentado personalmente al proceso, se le hubiera puesto un intérprete, pero se omitieron de forma definitiva los temas centrales del recurso presentado acerca de la falta de acceso a la justicia por no contar con un abogado que le brindara el asesoramiento debido, y un procedimiento específico de pensiones alimentarias para los grupos minoritarios atendiendo a sus costumbres culturales y creencias. De igual forma, en esta resolución no se resolvió la solicitud de adición y aclaración que constaba en el expediente.

Se omitió por parte de la Sala Constitucional realizar una valoración ajustada al derecho internacional vigente en nuestro Estado, y a los derechos de una persona que forma parte de un grupo minoritario en estado de vulneración, con lo cual se eliminó la posibilidad de reconocer la responsabilidad estatal y judicial, por no tener políticas públicas que hayan reconocido garantías que de sobra se encuentran vigentes, y exigir las para eliminar la discriminación estructural⁶ y cumplir con un deber positivo del Estado.

A continuación se cita normativa sobre el tema del acceso a la justicia y la necesidad de asistencia letrada. Debe considerarse la claridad del artículo 12 del Convenio 169 de la OIT que establece:

⁶ El acceso a la Justicia y la responsabilidad estatal son reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos en sus artículos 1, 2, 8 y 25.

Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. **Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces” (la negrita no es del original).**

Este reconocimiento implica no solo su derecho, en el Procedimiento de Pensiones y en el Sistema Penitenciario, a un intérprete para comprender, sino también otros medios necesarios y eficaces como lo son la posibilidad de contar con asistencia letrada gratuita que explique y facilite el acceso al sistema judicial, específicamente al procedimiento de pensiones; y las posibilidades de incidentes, recursos y formas de pago, que le garanticen llevar a cabo el deber alimentario y su libertad personal.

Las Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la sesión extraordinaria de Corte Plena del Poder Judicial de Costa Rica 17-2008, celebrada a las ocho horas treinta minutos del 16 de mayo de 2008, tienen un carácter vinculante que se lo da su propio origen, así como el hecho de ser aprobadas por Corte Plena y, en lo que interesan en este tema, establecen:

(9) Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud sus derechos ante el sistema de justicia, sin discriminación alguna que pueda fundarse en su origen o identidad indígenas.

(24) Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias para que la tutela judicial de los derechos reconocidos por el ordenamiento sea efectiva, adoptando aquellas medidas que mejor se adapten a cada situación de vulnerabilidad.

(25) Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

(26) Se constata la relevancia del asesoramiento técnico-jurídico para la efectividad de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad:

En el ámbito de la asistencia legal: consulta jurídica sobre toda cuestión susceptible de afectar a los derechos o intereses legítimos de la persona vulnerable, incluso cuando aún no se ha iniciado un proceso judicial;

En el ámbito de la defensa: para defender derechos en el proceso ante todas las jurisdicciones y en todas las instancias judiciales; Y en materia de asistencia letrada al detenido⁷.

(27) Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las Universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de Abogados

⁷ Introducido a solicitud de la UIBA (Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados).

Todo ello sin perjuicio de la revisión de los procedimientos y los requisitos procesales como forma de facilitar el acceso a la justicia, a la que se refiere la Sección 3ª del presente Capítulo.

(28) Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia.

(29) Se promoverán acciones destinadas a garantizar la gratuidad de la asistencia técnico-jurídica de calidad a aquellas personas que se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos con sus propios recursos y condiciones (el subrayado no es del original).

Para el señor Mora Moya no existe un acceso efectivo al sistema de justicia, específicamente en el proceso de pensiones alimentarias, puesto que forma parte de una comunidad indígena minoritaria, la cual es la cabécar; vive en grado de pobreza; es analfabeta; su idioma es el cabécar y no el oficial; y se encontraba privado de libertad por pensión alimentaria para el momento de la presentación del recurso de habeas corpus, por lo que tiene dificultades especiales para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico tanto nacional como internacional. Véase cómo la normativa citada reconoce como un derecho y una necesidad real, el hecho de que el Estado, a través de sus instituciones, genere políticas públicas para garantizar el acceso a la justicia y una de ellas es que una persona como el señor Mora Moya, cuente durante todo el proceso de pensiones con la asesoría de un abogado gratuito de calidad. Por otra parte, siendo que fue el propio Poder Judicial el que mediante Corte Plena eliminó la asesoría de la defensa pública para los demandados en pensiones alimentarias, sin definir cuál institución o grupo de profesionales brindaría la asesoría debida, le corresponde de igual forma a la Sala Constitucional definir la eventual responsabilidad y violación de derechos y garantías que tuvo y tiene el Poder Judicial, o en su defecto el Estado costarricense, al no brindar un derecho fundamental garantizado en el Convenio 169 y posteriormente en las Reglas de Brasilia, los cuales sin lugar a dudas son conocidos por la Sala Constitucional del Poder Judicial, siendo omitidos de cualquier valoración, por tratarse de un tema de políticas institucionales, y olvidando un principio ya establecido en cuanto a la democratización del sistema de justicia, de forma tal que el monopolio de la justicia legítima por parte del Estado no es incompatible con formas de autocomposición social⁸.

De igual forma se reconoce la responsabilidad que tiene el Estado de facilitarle al señor Mora Moya un adecuado acceso a la justicia, brindando para ello el mismo procedimiento de pensiones que consta en la legislación costarricense, pero adecuado según la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT, lo cual implica acercar la justicia estatal a la comunidad indígena cabécar y crear mecanismos adecuados a su implementación, respetando sus formas tradicionales de resolver conflictos; o si no las hay, respetando las condiciones culturales, sociales y económicas que presenta este grupo en particular.

En este sentido la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1, establece la obligación del Estado costarricense de respetar los derechos que corresponden, al señalar que:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁸ Confrontar con lo señalado por el Comité Jurídico Internacional, Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General, 2008, p. 199.

El artículo 2 establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

En este mismo sentido, el artículo 2 del Convenio 169 de la OIT establece que los gobiernos tienen la responsabilidad de proteger los derechos de los pueblos y garantizar el respeto a su integridad, por lo que:

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; (el subrayado no es del original)

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

De igual forma, el artículo 8 del Convenio 169 señala que:

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

En un sentido similar, la Regla de Brasilia (31) establece que “los poderes públicos competentes revisarán las reglas de procedimiento para facilitar el acceso a las personas en condición de vulnerabilidad, adoptando aquellas medidas de organización y gestión judicial que resulten conducentes a tal fin”.

Vista la normativa citada, debemos considerar que es abundante y suficiente para determinar la necesidad de que existan procedimientos que, no rozando con la ley, garanticen un acceso efectivo a la justicia a través de su aplicación, y que esa aplicación exija a los funcionarios acciones afirmativas para el reconocimiento de garantías y de diferencias, que sería una de las formas para respetar el principio de igualdad y no discriminación.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha reconocido que acceder a la justicia se relaciona con dimensiones más amplias que la administración de justicia por parte de las instituciones estatales. A partir

de ello, podemos mencionar, de acuerdo con Villarán (2007), que el derecho de acceso a la justicia supone que “debe existir disponibilidad institucional del Estado para todos, no importa cuál sea su condición social, económica, de género o étnica y cultural, y en qué lugar se encuentren dentro del territorio de un estado”; igualmente “comprende el uso de mecanismos tradicionales o alternativos para disfrutar efectivamente de la justicia”; y, además, tiene que ver con la fácil comprensión de las normas, al menos de aquellas que “afectan de manera más directa (derechos fundamentales y garantías procesales) a las personas”.

Sin duda alguna, la falta de acceso a la justicia es un obstáculo de primer orden en la administración de justicia, en la cual resulta necesaria la inclusión de alternativas culturales para la solución de conflictos, así como el reconocimiento de derechos y garantías de personas como el señor Mora Moya, cuyas manifestaciones culturales son diferentes a aquellas en las que se basa el sistema formal, por lo que se requiere la aplicación de la ley; las convenciones; y, en general, la normativa internacional respetando un estado multicultural.

La resolución 2705-2011 de la Sala Constitucional resulta un acto de omisión e indiferencia en un Estado pluricultural, lo cual provoca discriminación estructural e invisibilización de la realidad social, cultural y económica del señor Mora Moya, situación que evidencia el tratamiento desfavorable que tiene parte de la población vulnerable en este Estado de Derecho, a pesar de existir herramientas normativas que con solo aplicarlas reconocerían los derechos y garantías que de por sí les corresponden.

Referencias

- Comité Jurídico Internacional (2008). *Informe Anual del Comité Jurídico Interamericano a la Asamblea General*. Recuperado de <http://www.oas.org/cji/INFOANUAL.CJI.2008.ESP.pdf>.
- David, Valeska y Trabucco, Alia (2009). Dos concepciones de igualdad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Una superposición que amenaza a las acciones afirmativas. Memoria para optar al grado de Licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. [Nota: Ambas autoras facilitaron un extracto del texto original para su uso como material docente por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile].
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2007). *Campaña educativa sobre derechos humanos y derechos indígenas*. San José, Costa Rica.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Manual de derechos humanos de las mujeres indígenas*. San José, Costa Rica.
- Instituto de Defensa Legal del Perú y Fundación Debido Proceso Legal. *Obstáculo para el acceso a la justicia en las Américas*.
- Villarán, S. (2007). *Acceso a la justicia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en Lovatón, David. Informe Final de proyecto “Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas, Organización de Estados Americanos (OEA)*. [Publicación en archivo electrónico, disponible en disco compacto]. Lima: Instituto de Defensa Legal, Consorcio Justicia Viva.

SECCIÓN ESPECIAL: DERECHO BURSÁTIL / FUNDEVAL, BOLSA NACIONAL DE VALORES – ULACIT

Bolsa Nacional de Valores, su génesis, su naturaleza híbrida y sus potestades autorreguladoras en el Mercado de Valores en Costa Rica

Adrián Alvarenga Odio¹

Resumen

Desde su inicio la Bolsa Nacional de Valores se constituyó bajo un modelo de Estado empresario y como una entidad autorregulada, hasta la promulgación de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, momento en el que la Bolsa adquiere una naturaleza jurídica híbrida: como un sujeto de Derecho privado, con potestades de imperio propias del Derecho público. La Bolsa, establecida como una sociedad anónima, organiza los mercados secundarios de valores. Y es a partir del reciente Reglamento de Bolsas de Valores que la Bolsa Nacional de Valores se encuentra en proceso de implementar un reglamento administrativo, al que se une una vigente y significativa cantidad de “reglas de negocio” y normativa emitida por la SUGEVAL y el CONASSIF. **Palabras clave:** Bolsa Nacional de Valores, SUGEVAL (Superintendencia General de Valores), CONASSIF (Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero), Entidad Autorreguladora, Reglamento Administrativo.

Abstract

The National Stock Exchange appeared from its beginning and under an entrepreneur State model, as an auto-regulated company. The later Regulatory Stock Market Law brought to the Stock Exchange a hybrid legal nature: as a Private Law subject, with own legal authority characteristic of the Public Law. As an Incorporated Company, the Stock Exchange organizes the secondary markets for securities. And it is from the recent Regulation of Stock Markets that the National Stock Exchange is creating an administrative regulation, which will join together with a significant number of “business rules” and orders issued by the SUGEVAL and the CONASSIF. **Keywords:** National Stock Exchange, SUGEVAL (General Supreme Administration for Securities), CONASSIF (National Council for Financial System Supervision), Auto-Regulated Company, Administrative Regulation.

La Bolsa Nacional de Valores, Sociedad Anónima, fue constituida por un grupo de emprendedores en 1971, pero no fue sino hasta 1976 cuando inició operaciones. Esta entidad nació como una de las empresas subsidiarias de CODESA, inspirada en el modelo del Estado empresario en boga en ese momento, con el objetivo de desarrollar el mercado de valores en Costa Rica.

En sus primeros catorce años de vida, la Bolsa funcionó como una bolsa de comercio, amparada en las disposiciones del Código de Comercio, época en donde la regulación de nuestro incipiente mercado de valores vía legislativa era prácticamente nula. Por esta razón, la Bolsa desde sus inicios empieza a emitir su propia regulación, inspirada en los modelos anglosajones de entidades “autorreguladas”, entendida la **autorregulación** como:

¹ DEA en Derecho Público Comparado, por la Universidad de París I, La Sorbona. Director del Departamento Legal de la Bolsa Nacional de Valores, Costa Rica. E-mail: aalvarenga@bolsacr.com

La autorregulación, tomada de los mercados anglosajones, es el sistema por el cual los participantes del mercado se constituyen en entidades que *establecen sus propios reglamentos y fiscalizan a sus miembros con el fin de poner en práctica los principios generales que regulan el mercado de valores*. Sus ventajas son, por un lado, una fiscalización más efectiva de los participantes del mercado por disponer las entidades autorreguladas de información de primera mano y, por otro, *un mayor dinamismo regulatorio, siempre que se respete la legislación marco*” [cursivas añadidas] (Bolaños, 1990).

Durante los primeros catorce años de funcionamiento de la Bolsa Nacional de Valores, sus facultades de autorregulación no tuvieron sustento legal, por la ausencia de una ley sustantiva de fondo que regulará la materia bursátil en Costa Rica. No fue sino hasta 1990, con la promulgación de la primera Ley Reguladora del Mercado de Valores (ley 7201), que se estableció legalmente la naturaleza jurídica híbrida de la Bolsa Nacional de Valores, como un sujeto de Derecho privado, con potestades de imperio, propias del Derecho público. La importancia de esta ley radica en que fue la primera ley especializada en esta materia, y estuvo en vigor hasta que se promulgó la segunda Ley Reguladora del Mercado de Valores (ley 7732), actualmente en vigencia.

El artículo 27 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores (ley 7732), establece que las bolsas de valores se organizarán como sociedades anónimas (sujeto de Derecho privado), cuyas acciones son propiedad de los puestos de bolsa que participan en estas y cuyo único fin es “facilitar las transacciones con valores, así como ejercer las funciones de autorización, fiscalización y regulación, conferidas por la ley, sobre los puestos y agentes de bolsa”.

Nuestro legislador definió un objetivo único para las bolsas de valores, que consiste en organizar los mercados secundarios de valores, y para ello le confirió a estas la facultad legal de autorizar, fiscalizar y regular a quienes operan en su mercado, concretamente a los puestos de bolsa y agentes de bolsa.

Nuestro legislador, al promulgar la ley 7732, no solo estableció legalmente la potestad de imperio de las bolsas de valores para regular a los participantes en sus mercados (potestad autorreguladora), sino que también estableció la facultad de supervisión sobre los puestos y agentes de bolsa (ejercicio del *ius puniendi*) en materia de ilícitos bursátiles, potestad sancionatoria que estableció también compartir con el regulador estatal (Superintendencia General de Valores, SUGEVAL).

La primera Ley Reguladora del Mercado de Valores, ley N.º 7201 de 1990, fue el primer gran paso legislativo de ese rango en esta materia, con el que se procuró regular el funcionamiento del Mercado de Valores de una manera más formal y organizada. Sin embargo, no es sino hasta finales de 1997, con la actual Ley Reguladora del Mercado de Valores (N.º 7732) que se estableció de modo expreso un objetivo único de las bolsas de valores. Al respecto el artículo 22 de la ley referida, dispone que “*los mercados secundarios de valores serán organizados por las bolsas de valores* [cursivas añadidas], previa autorización de la Superintendencia”.

En efecto, el régimen jurídico que regula el mercado de valores define las bolsas de valores como sociedades anónimas autorizadas por la SUGEVAL que, entre otras cosas, cuentan con rasgos particulares respecto al desarrollo de un objeto social único y una propiedad accionaria exclusiva de los puestos de bolsa que participen en ella.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, las bolsas de valores tienen por único objeto facilitar las transacciones con valores, así como *ejercer las funciones de autorización, fiscalización y regulación sobre puestos de bolsa y agentes de bolsa*. De esta manera, la función de las bolsas de valores es organizar los mercados secundarios y, para ello, deben proveer la plataforma administrativa y tecnológica para que los puestos de bolsa debidamente autorizados puedan realizar las transacciones con valores admitidos para cotización, además de realizar sus funciones de supervisión para que las actividades de intermediación bursátil de los puestos de bolsa y agentes de bolsa sean llevadas a cabo al tenor de la normativa vigente sobre esta materia, y

de conformidad con las sanas prácticas de mercado, con el fin de garantizar la protección de los inversionistas, la correcta formación de los precios y el buen fin de las operaciones bursátiles, principios rectores de los mercados de valores.

Por otra parte, la Ley dispone que los puestos de bolsa sean las personas jurídicas, autorizadas por las bolsas de valores correspondientes para formar parte de ellas y para realizar las actividades autorizadas por la Ley, de las cuales destaca la compra y venta de valores en la Bolsa por cuenta de sus clientes. De ahí que la Bolsa Nacional de Valores es competente únicamente para autorizar, fiscalizar y regular los puestos de bolsa y a los agentes de bolsa que participan en los mercados que ella regula.

Dentro de esa misma línea, nuestro legislador estableció en el artículo 29 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, que compete a las bolsas de valores, lo siguiente:

- a) Autorizar el funcionamiento de los puestos de bolsa y de los agentes de bolsa, *regular y supervisar sus operaciones en bolsa* [cursivas añadidas] y velar porque cumplan con esta ley, los reglamentos de la Superintendencia y las normas dictadas por la bolsa de la que sean miembros, sin perjuicio de las atribuciones de la Superintendencia.
- b) Establecer los medios y procedimientos que faciliten las transacciones relacionadas con la oferta y la demanda de los valores inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios.
- c) Dictar los reglamentos sobre el funcionamiento de los mercados organizados por ellas, en los cuales deberá tutelarse la objetiva y transparente formación de los precios y la protección de los inversionistas.
- d) Velar por la corrección y transparencia en la formación de los precios en el mercado y la aplicación de las normas legales y reglamentarias en las negociaciones bursátiles, sin perjuicio de las potestades de la Superintendencia.
- e) Colaborar con las funciones supervisoras de la Superintendencia e informarle de inmediato cuando conozca de cualquier violación a las disposiciones de esta ley o los reglamentos dictados por la Superintendencia.
- f) Vigilar que los puestos de bolsa exijan a sus clientes las garantías mínimas, el cumplimiento de garantías y el régimen de coberturas de las operaciones a crédito y a plazo, de acuerdo con los reglamentos dictados por la bolsa respectiva.
- g) Suspender, por decisión propia u obligatoriamente por orden de la Superintendencia, la negociación de valores cuando existan condiciones desordenadas u operaciones no conformes con los sanos usos o prácticas del mercado. Cuando la suspenda por decisión propia, la bolsa deberá notificar de inmediato a la Superintendencia la suspensión decretada.
- h) Autorizar el ejercicio a los agentes de bolsa, cuando cumplan con los requisitos dispuestos por esta ley y los reglamentos de la respectiva bolsa.
- i) Poner a disposición del público información actualizada sobre los valores admitidos a negociación, los emisores y su calificación si existiese, el volumen, el precio, los puestos de bolsa participantes en las operaciones bursátiles, las listas de empresas clasificadoras autorizadas, así como la situación financiera de los puestos de bolsa y de las bolsas mismas, de acuerdo con las normas de la Superintendencia.

j) Mantener un sistema de arbitraje voluntario para resolver los conflictos patrimoniales que surjan por operaciones bursátiles entre los puestos de bolsa, entre los agentes de bolsa y sus puestos o entre estos últimos y sus clientes. Este sistema será vinculante para las partes que lo hayan aceptado mediante el correspondiente compromiso arbitral, y se regirá en un todo por las normas sobre el particular, contenidas en el Código Procesal Civil.

k) Asesorar, en lo pertinente, a la Superintendencia.

l) Ejercer la ejecución coactiva o la resolución contractual de las operaciones bursátiles, así como efectuar la liquidación financiera de estas operaciones y, en su caso, ejecutar las garantías que los puestos de bolsa deban otorgar, todo de conformidad con los plazos y procedimientos determinados reglamentariamente por la bolsa respectiva. Lo relativo a la liquidación financiera de las operaciones bursátiles será aplicable en tanto la respectiva bolsa realice funciones de compensación y liquidación en los términos de esta ley.

m) Las demás que autorice la Superintendencia, en uso de sus atribuciones.

Dadas las potestades legales de autorregulación concedidas a las bolsas de valores, les corresponde a estas establecer sus propios reglamentos y determinar los medios para realizar las funciones de supervisión y fiscalización de sus miembros, con el fin de poner en práctica los principios generales que regulan el Mercado de Valores. En esta línea, el Reglamento General de la Bolsa Nacional de Valores dispone para el cumplimiento de las potestades de supervisión y fiscalización de sus entes regulados, una serie de normas de conducta aplicables a los puestos de bolsa, sus funcionarios y agentes de bolsa, normas que son de acatamiento obligatorio y cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de la ley y la equidad en el mercado.

El Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero Nacional (CONASSIF) promulgó en noviembre del 2010, el Reglamento de Bolsas de Valores, el cual salió publicado en *La Gaceta* número 240, del 10 de diciembre de 2010, y cuya finalidad es reglamentar la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

El artículo 19 del mencionado reglamento establece la obligación de las bolsas de valores, de regular los siguientes aspectos o áreas operativas, con el fin de asegurar la protección del inversionista, promoviendo una correcta formación de precios y permitiendo la libre competencia entre bolsas de valores.

El contenido jurídico de este reglamento administrativo actualmente se encuentra en proceso de implementación por parte de la Bolsa de Valores, implementación y conformidad que se realizará de conformidad con los plazos establecidos por los transitorios de la mencionada normativa.

Además de esta, existe una gran cantidad de normativa reglamentaria promulgada por la Bolsa Nacional de Valores, de rango reglamentaria o de menor rango, denominada “reglas de negocio”, que se encuentra publicada en el sitio web de la Bolsa (www.bolsacr.com), bajo el ícono ‘Compendio’, además de la normativa reglamentaria y prudencial emitida por la Superintendencia General de Valores y el CONASSIF, como reguladores estatales de esta materia.

Referencias

Bolaños Zamora, R. (1990). Los Principios del Primer Proyecto de Ley Reguladora del Mercado de Valores. En Superintendencia General de Valores, *Un Mercado en Desarrollo. La nueva Ley de Valores*.

SECCIÓN ESPECIAL: PONENCIAS Y OTRAS REFLEXIONES

Las penas de los nobles, o el delito de los poderosos

Carlos Alberto Elbert¹

Vigencia de la obra *Dei delitti e delle pene*, de Cesare Beccaria (1764).
Humboldt Kolleg, Santiago de Chile, 28, 29 y 30 de julio de 2010
Un análisis del capítulo 21, “*Penas de los nobles*”

Resumen

Han transcurrido más de doscientos años desde que se desplazaron las monarquías absolutas y se consagraron los principios republicanos que igualaron a la ciudadanía. Sin embargo, el funcionamiento de la Justicia sigue siendo desigual. Los caprichos reales o eclesiásticos fueron sustituidos por otros mecanismos que fortalecen las desigualdades y el statu quo de los modelos económicos, expresados en políticas de concentración de la riqueza y procesos de exclusión social. **Palabras clave:** Delitos, Igualdad ante la Ley, Política Criminal, Delito de Cuello Blanco, Criminología, Proceso Penal, Medida de la Pena.

Abstract

More than two hundred years have passed since absolute monarchies disappeared and republican principles established; nevertheless, Justice Administration remains uneven. The real or ecclesiastical whims were replaced by other mechanisms that reinforce inequalities and the status quo of economic models which promote wealth concentration policies and social exclusion processes. **Keywords:** Crimes, Principle of Equality, Criminal Policy, White Collar Crime, Criminology, Due Process of Law, Sentence Measure.

Introducción

Beccaria (1764) plantea, en el capítulo 21 de *De los delitos y de las penas*, importantes cuestiones respecto a la filosofía del castigo, al que concibe como necesario, general e igualitario. En este fragmento se aprecia un aspecto capital del libro, con incidencia en toda la obra: el de la igualdad ante la ley, principio básico, si los hay, del programa de la Ilustración. El capítulo presenta, de manera muy sucinta, los siguientes asuntos, que orientarán nuestro análisis:

- a. La división en nobles y plebeyos, los privilegios de los nobles y la igualdad ante la ley.
- b. La desigualdad, entendida como inevitable o útil en la sociedad.
- c. Las penas con las que se debe castigar a las clases superiores.
- d. Ventajas de los nobles que les evitan los inconvenientes de los procesos, y cómo cerrar los caminos a la impunidad.
- e. Por qué la medida de la pena es el daño público y no la sensibilidad del reo.
- f. Cómo evitar la estigmatización de los parientes del reo.

Cualquiera de estos temas puede abrir largas discusiones, o ser elegido como tema central de un ensayo. Veremos si resulta posible dar aquí un tratamiento de conjunto a estas problemáticas, comparando el momento histórico de los planteos de Beccaria (1764), con la actual etapa global que atraviesa la humanidad.

¹ Profesor de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina). E-mail: carloselbert@yahoo.com.ar

Nos emociona proponer la hipótesis fantástica de que pudiésemos contar con Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, aquí, de cuerpo presente, para que reflexione con nosotros sobre nuestras modestas opiniones y sobre la trascendencia que la historia deparó a su opúsculo. Por cierto, sabemos que la propuesta es imposible, y no queda otro recurso que imaginárnosla, retrocediendo en el tiempo, y trayendo simbólicamente a Beccaria al presente, para que evalúe el recorrido de su bello trabajo. Ello también impone un breve repaso histórico de su vida.

1. ¿Quién fue Beccaria y cuál era su mundo cultural?

Sabemos que Cesare Bonesana fue un hombre talentoso, pero insociable, y la crónica dice que en su caso, “la obra superó al hombre”. Ante todo, fue una persona que abrigó resentimientos contra su educación religiosa, a la que consideró totalitaria. En buena medida, su obra es una reacción de apertura en lo institucional, aspecto monopolizado entonces por el clero. Su afán libertario lo tornó un apasionado lector de Rousseau, Montesquieu y Voltaire, y por consejo de su amigo Pietro Verri (1977), que intentaba sacarlo de un profundo estado depresivo, decidió escribir un opúsculo, sintetizando sus ideas sobre la justicia y el castigo, que resultó ser, finalmente, la obra que hoy comentamos. Cuando la escribe, Beccaria tenía veinticinco años, padecía de frecuentes abatimientos y ya era —como lo fue durante toda su vida— una persona hosca y abúlica, que escribía lentamente, pero con una notable capacidad de síntesis, que le permitió plasmar, sin saberlo, el programa político criminal de la revolución francesa.

El librito, escrito casi sin correcciones, fue publicado bajo un seudónimo, en Livorno, y alcanzó un éxito inesperado, al agotarse en un mes. Luego de tres ediciones, era ya un suceso intelectual en Occidente. Ciertas figuras religiosas cuestionaron al autor y la obra, que llegó a ser incluida en el Index, aunque la popularidad del libro y el carácter aristocrático y clerical de la familia Beccaria lo preservaron de los males mayores, que podían provenir de la aún activa Santa Inquisición (Elbert, 2007).

Personalmente, tuve la inmensa suerte de haber estado en Milán en el año 2003, cuando se realizó la exposición “*Delito y castigo. Pena de muerte, tortura y nueva justicia*”, en la Pinacoteca Ambrosiana, en la cual fueron expuestas, en vitrinas alineadas, las sucesivas ediciones del libro: la original, de 1764, la francesa, de 1766, la española, de 1774, y así sucesivamente. El estar ante aquellas ediciones originales me emocionó profundamente, pero más estupefacto quedé al comprobar la velocidad con la que la obra se divulgó en todos los idiomas occidentales: allí estaban, para probarlo, las ediciones en alemán, ruso, inglés, holandés, etcétera, testimoniando que, en menos de diez años, el libro ya era conocido y reconocido ampliamente en la cultura europea central y oriental.

Es llamativo que los iluministas franceses, que se ocuparon de tantas cuestiones filosóficas y políticas, hubieran prestado poca atención al problema político-criminal, o, al menos, no hayan sido capaces de sistematizarlo en un programa. Por ello, el descubrimiento de la obra los deslumbró, como una interpretación y un proyecto liberal acabado, sistemático y simple, sobre el funcionamiento del sistema penal del futuro.

Voltaire escribió un comentario e inició un intercambio epistolar con su autor, solicitándole asesoramiento y consejo en esta problemática. Invitado a Francia para festejarlo como una autoridad, el deslucido papel de Beccaria decepcionó a sus anfitriones que, no obstante, siguieron valorando la obra. Para explicarnos el porqué de la huida intempestiva de Beccaria, imaginemos su ánimo introvertido y abúlico, en aquel París de 1766, en medio del convulso ambiente intelectual donde pululaban las más destacadas figuras de la Ilustración, que tanto habían influido en su pensamiento y que ahora lo festejaban como un ídolo.

Podemos imaginarlo moviéndose en el ambiente social de una monarquía excelsa, que poco después Luis XVI llenaría de aristócratas frívolos una corte parásita, indiferente ante la realidad del pueblo, con lo cual cavaba su propia fosa.

Debió ser terrible para el espíritu de Beccaria encontrarse en ese entorno extraño, donde se hablaba el lenguaje cortesano más refinado de Europa, contemplando los grandes carruajes, palacios, pelucas y amaneramientos ridículos, acechados ya por el pensamiento y la crítica de pensadores excepcionales, que polemizaban en tabernas malolientes, rodeados por la miseria y la promiscuidad de los futuros ciudadanos de la república. Seguramente, aquel fue un impacto emocional tremendo para un hombre acostumbrado a la paz aldeana y noble de un Milán austríaco, cuya lejanía de Viena había permitido el florecimiento de una burocracia aristocrática local, eficiente y autónoma, muy distinta de la francesa.

Ese interminable viaje de Beccaria a París, por caminos polvorientos, recorridos en carrozas incómodas, con descansos alternados en posadas rústicas y poco higiénicas, debieron resultar un calvario para el atribulado noble milanés, que privilegiaba el silencio íntimo y la meditación hogareña.

Si ahora imaginásemos a ese hombre aquí, entre nosotros, en pleno siglo XXI... ¿cómo reaccionaría? Sin duda, tras su sorpresa por los avances tecnológicos y el cambio en los mapas del mundo, nos preguntaría: “¿Se realizó el programa de mi libro? —Supongo, —agregaría—, que con semejantes progresos materiales, todo mi programa se habrá cumplido hace años, y que vosotros estaréis en una etapa superior, de la que tengo mucho que aprender, si quiero escribir otro libro como el anterior”.

¡Qué vergüenza nos daría tener que confesar la cruda verdad al maestro, decepcionándolo y sumiéndolo, con seguridad, en un nuevo pozo depresivo!

Para responder la pregunta de Beccaria retomemos, entonces, los temas de su capítulo XXI, señalados al comienzo, haciendo que nuestra respuesta constituya un balance histórico.

2. La división en nobles y plebeyos, los privilegios de los nobles y la igualdad ante la ley

Desde muy joven, Beccaria se rebeló contra sus educadores religiosos y, como suele suceder, involucró en ello a la figura del padre, de quien se distanció, a raíz de su primer matrimonio. “De los delitos y de las penas” es un alegato contra las formas de absolutismo padecidas, y de todo aquello que, por reflejo, lo representase en las instituciones vigentes. Por cierto, de ellas, la justicia debía ser la primera en caer bajo su pica, y nadie mejor que Beccaria para conocer las diferencias sociales y los privilegios de los nobles ante la ley. No sólo porque su padre detentaba un título de marqués, sino porque el entramado familiar concedía a los Beccaria una posición privilegiada en la sociedad milanés, en la que tenían parientes directos en el clero, la nobleza y la administración pública. Bien pudo saber, entonces, que los nobles recibían un trato especial ante la justicia, y eran frecuentemente perdonados y preservados en su buen nombre, a diferencia de los súbditos sin poder social.

Antes de morir en 1792, Beccaria supo del triunfo de las revoluciones americana y francesa, y pudo apreciar la influencia que su obra había tenido, tanto en las nuevas constituciones, como en las persistentes monarquías europeas, que gradualmente abolieron la tortura y modernizaron los sistemas procesales. Tal vez pensó que se iniciaba un proceso que no se detendría, y que la mejora de la justicia sería el más grande logro de las ideas ilustradas y de la humanidad. Así parecía ser, en efecto, en tanto las constituciones de todos los países occidentales adoptaron, en mayor o menor medida los puntos de vista del libro beccariano. Sin embargo, hoy sabemos que aunque la Revolución Francesa había declarado iguales a los hombres, la propiedad no desapareció, sino que cambió de manos, y que las cargas siguieron pesando sobre las masas trabajadoras y campesinas. Como veremos, ello daría lugar a nuevas luchas por la igualdad, ahora económica.

Hoy, transcurridos más de doscientos años, y desplazadas del mapa las monarquías absolutas, sus cortes empolvadas y los obispos todopoderosos, y consagrados los principios republicanos que igualaron a la ciudadanía, tenemos que reconocer que el funcionamiento de la justicia sigue siendo desigual, y que en ella los caprichos

reales o eclesiásticos han sido sustituidos por otros mecanismos que fortalecen las desigualdades y el statu quo de los modelos económicos vigentes, que se expresan en políticas de concentración de la riqueza, en paralelo con procesos de exclusión social.

Por cierto, las desigualdades sociales que generó la revolución industrial —morigeradas, pero no suprimidas en el capitalismo moderno posterior— plantearon, desde hace más de un siglo, la paradoja de que el primer gran proyecto de igualdad ciudadana de la historia trajera también consigo privilegios jurídicos, ahora para los nuevos ricos, que incidieron en la formación de gobiernos y poderes judiciales incondicionales o flexibles a exigencias que preservaran su condición de privilegio. Hoy sabemos de la influencia que los sectores poderosos tienen en la conformación de las leyes penales, mediante el “lobbyismo” parlamentario y todo tipo de vinculaciones e influencias, lícitas e ilícitas, sobre los más altos factores de poder. A diferencia del ciudadano común, esos grupos tienen canales propios para oponerse a la sanción de leyes que puedan perjudicarlos, o bien, para impulsar aquellas que los beneficien. En el campo penal ha quedado claro que el delincuente común es, apenas, la parte visible del conjunto total de la criminalidad, justamente, aquella más vulnerable y estigmatizadora.

Un sociólogo norteamericano, Edwin Sutherland, desnudaría estos mecanismos en la década de 1950, demostrando que los delitos de cuello blanco eran conductas de gran magnitud económica, que afectaban a cantidades indeterminadas de personas, pese a lo cual no surgían en la superficie, ni parecían causar conmoción social (Sutherland, 2009). El tratamiento de esas cuestiones tenía lugar en fueros y con procedimientos especiales, que permitían resolver conflictos sin juicio, mediante acuerdos con los fiscales, sin dejar antecedentes registrados. Una serie de particularidades, en suma, que no se podían encontrar en los procesos ordinarios por delitos comunes, en los que los acusados deben enfrentarse a los jueces, sin posibilidades de arreglos entre sus defensores y los fiscales.

Sutherland sostuvo, en síntesis, que la responsabilidad de los grandes grupos, cuando era atribuida, tenía carácter administrativo o pecuniario, y carecía de publicidad estigmatizadora. Las condenas no daban lugar a consecuencias sociales desfavorables, porque los desvíos se podían resolver despidiendo o trasladando a los funcionarios ejecutores de la irregularidad. Esta obra demostró, entonces, la desigualdad sustancial que se producía en los procesos, según el poderío que tuvieran las personas involucradas.

El Beccaria que imaginamos hoy entre nosotros, quedaría muy sorprendido, al enterarse de que, luego de doscientos años, la igualdad ante la ley sigue siendo un mito o una meta que parece inalcanzable.

3. La desigualdad, entendida como inevitable o útil para la sociedad

Dice Beccaria en el capítulo 12, que

aun cuando sea verdad que la desigualdad es inevitable o útil en la sociedad, lo sea también que deba consistir más bien en las clases que en los individuos, afirmarse en una parte, más bien que circular por todo el cuerpo político, perpetuarse más bien que nacer y destruirse incesantemente.

Este fragmento del texto es bastante críptico, pero podemos conformarnos con la primera frase, para plantearnos si la desigualdad es *inevitable o útil* en la sociedad. Son dos interrogantes distintos, ya que el primero expresa una fatalidad, y el segundo una valoración. Beccaria parece adoptar una postura agnóstica, que se distancia de las dos hipótesis, y razona, apenas, desde la *posibilidad* de que fuesen verdaderas. Respecto a la primera cuestión, podríamos decirle a Beccaria que la historia de los últimos doscientos años prueba que los más grandes esfuerzos por la total igualdad de las personas fracasaron en todo tiempo y lugar, salvo en algunas comunidades pequeñas, que existen dentro de otras más poderosas. Ni las experiencias más radicales del comunismo, como las de Corea o China Popular, han logrado la igualdad de modo definitivo ni provechoso; Corea, por el sacrificio atroz de su población, sometida a privaciones extremas, y China, por su actual apertura económica, que instaló

notables diferencias de ingresos y bienestar, que no tardarán en constituir diferencias de clase. Dejemos aquí el complejo debate filosófico sobre la igualdad, por razones obvias de tema y espacio. En cambio, nos permitiremos cuestionar la hipótesis instrumental, según la cual la desigualdad puede ser útil a la sociedad. En este caso, el adjetivo “útil” es decisivo para dirimir el debate, e implica un juicio de valor.

En materia de política criminal, la desigualdad luce como altamente perjudicial, pues se trata de una condición multiplicadora de desesperación y violencia, actitudes capaces de expandir y potenciar los conflictos que normalmente se definen como delictivos. En criminología, el tema tiene que ver con los estereotipos criminales que se dirigen y aplican, como regla general, a los sectores más desprotegidos y vulnerables, entendiéndose que los pobres; indigentes; marginales; y, en general, los sujetos sin oportunidades sociales estarían más expuestos a delinquir que los “integrados”. Esta visión de los hechos, transformada en teoría, hizo que se pensara por mucho tiempo que los delincuentes estaban condicionados por su herencia, y conformaban tipos biológicos específicos.

Recién a partir de la obra de Sutherland (2009) quedó expuesta la falsedad de que los delitos sean comportamientos de los pobres, se hizo evidente que el delito anida en todas las capas sociales. Su obra *El delito de cuello blanco* mostró que la sociedad no funcionaba consensual ni igualitariamente, porque la ley no alcanzaba a todos los sectores de manera idéntica; que el problema básico de la conducta delincuente no radicaba en la enfermedad ni en la autodeterminación, sino en la forma de estructurar y actuar el derecho; que los bienes jurídicos tutelados no eran necesariamente los más importantes; que el Derecho Penal perdía su carácter de moral social igualitaria; y que el bien y el mal eran más ubicuos de lo imaginado, etc. También se advirtió que las reacciones penales no funcionaban de igual modo para todos, ni podían explicarse por propósitos resocializadores, etc.

En síntesis, en este punto deberíamos informar a Beccaria que ninguna sociedad pudo alcanzar la igualdad absoluta de sus ciudadanos; que la desigualdad no es factor determinante, pero sí coadyuvante en el aumento de los delitos; y que, en consecuencia, no podría serle útil a la sociedad.

4. Las penas con las que se debe castigar a las clases superiores

Beccaria dice que las penas deben ser iguales para todos los miembros de la sociedad, y que “toda distinción, sea en los honores, sea en las riquezas, para que se tenga por legítima, supone una anterior igualdad, fundada sobre las leyes que consideran todos los súbditos como dependientes de ellas”.

La desaparición de la nobleza y la igualación formal de los ciudadanos representaron una mejora histórica y, en teoría, hoy las penas son iguales para todos. Sin embargo, sabemos que la práctica muestra otra cosa. Dejando de lado los casos en que muchos jueces se identifican con los infractores de su misma clase y extracción cultural, y tienden a aplicarles las interpretaciones más favorables, entiendo que las mayores vías de escape de la ley para los sectores favorecidos surgen del aprovechamiento intensivo de las posibilidades procesales, explotadas por los abogados de mayor nivel técnico, que normalmente se ponen a su servicio (Elbert y Balcarce, 2009).

Las dificultades actuales para perseguir a los poderosos de la sociedad que cometen delitos (especialmente los de índole económica) han llevado a importantes debates en la criminología y en el Derecho Penal, donde normalmente se discute el asunto en el campo de los delitos económicos, ambientales, del delito organizado y de lesa humanidad.

En la criminología, el tema ha provocado interesantes contradicciones, ya que si bien los enfoques críticos se centraron en la persecución de los delitos de los poderosos, terminaron colisionando con los intentos reduccionistas del sistema, que se impulsaban al mismo tiempo desde la propia criminología o desde el Derecho Penal: minimalismo, abolicionismo, decriminalización, etc., y ello llevó a la paradoja de que quienes abominaban las penas y las cárceles para los delincuentes comunes, terminaban pidiéndolas a gritos para los poderosos (Elbert, 2007). Algo similar había ocurrido antes respecto a la pena de muerte.

Los altos niveles de impunidad de los poderosos llevaron a la búsqueda de distintas soluciones para la problemática de la desigualdad en el castigo, tales como los intentos de equiparar las personas jurídicas a las físicas, dando lugar a dos derechos penales paralelos.

En los años setenta, se formuló también la propuesta del Derecho Penal Alternativo, de Barcellona y Coturri (1976) quienes hicieron una crítica del estado de derecho vigente, entendiendo que el sistema jurídico burgués está estructurado de modo que se favorece siempre a las clases poderosas, y que el único modo de romper ese desequilibrio era invertir el sentido de las normas, mediante interpretaciones judiciales favorables a los débiles y postergados de las clases bajas. Estos autores interpretan la enseñanza del Derecho como reproducción de una casta de juristas, y analizan políticamente el papel de los intelectuales, magistrados y abogados en el aparato estatal. Entienden que se le debe dar al derecho una “*praxis emancipatoria*”, en contradicción con el modelo social de la clase dominante; y también *generar una cultura jurídica alternativa*, integrada con un análisis del sistema, y la elaboración de técnicas y categorías conceptuales divergentes de las que emplean los modelos culturales dominantes. Según ellos, la igualdad proclamada por las leyes es puramente formal, mientras que, en los hechos, los sujetos de la relación jurídica son desiguales y desigualmente tratados, lo que se aprecia con nitidez en algunos campos, como el laboral y el de menores.

Más recientemente, se han hecho propuestas tales como una culpabilidad diferenciada para poderosos y excluidos, o la del derecho penal *de dos marchas*, que pretende alcanzar más igualdad entre excluidos e incluidos, proponiendo una legislación con mayores garantías para los débiles y otra con menos garantías para los poderosos. Como variante, también se sostuvo que la impunidad de los poderosos debe ser compensada con mayor pena en los casos de condena; o que a menor gravedad del hecho menos garantías para los imputados, etc. Por cierto, son numerosas las objeciones que refutan este tipo de propuestas, pese a las buenas intenciones que puedan animarlas. En general, el problema se plantea porque estos sistemas tienden a legitimar la introducción de pruebas ilícitas en los procesos y a establecerse definitivamente, como si fuesen vías judiciales ordinarias, o bien abrir espacios de discrecionalidad de utilización impredecible por los jueces actuantes (Zaffaroni, 2005, p. 203).

Para colmo, los problemas no terminan allí, sino que, una vez establecido un castigo en perjuicio de un poderoso, se desemboca en las dualidades del cumplimiento de la pena en condiciones diferenciadas dentro de las cárceles, donde estos condenados serán reclusos en pabellones especiales, dotados de comodidades y ventajas exclusivas, que no pueden obtener los presos de segunda clase, considerados peligrosos.

Por cierto, respecto a los poderosos, tampoco tiene sentido la función “resocializadora” de la pena, puesto que ellos no tienen problemas de integración social, y suelen gozar de familia, fortuna y cultura. La pena para ellos se reduciría, entonces, a lo puramente retributivo, como sucede con los jefes militares acusados de delitos de lesa humanidad.

En suma, en torno a estas cuestiones, deberíamos responder al maestro Beccaria, que tampoco logramos resolver el intrínsculo del juzgamiento de los poderosos y la implementación de penas adecuadas para ellos, sin que impliquen la reproducción de sus privilegios dentro de los muros carcelarios.

5.- Ventajas de los nobles que les evitan los inconvenientes de los procesos, y cómo cerrar caminos a la impunidad

La burguesía enriquecida reemplazó a la nobleza en la cúspide del poder social, y rápidamente supo organizar el funcionamiento judicial para que tampoco les llegasen los inconvenientes de los procesos, asegurándose amplios espacios de impunidad.

Dijimos que para los sectores favorecidos, las mayores ventajas dentro de los procesos penales surgen del aprovechamiento intensivo de las posibilidades procesales, explotadas por los abogados de mayor nivel técnico, usualmente puestos a su servicio. La obra de Sutherland demostró, doscientos años después de Beccaria, que casi todas las grandes empresas (las 70 mayores corporaciones de los Estados Unidos) incurrieron en actividades delictivas, y que también eran reincidentes, aunque registraban un bajo índice de sentencias condenatorias criminales por evasión impositiva, transgresiones a las leyes de patentes, actividades monopólicas y hasta homicidios. La razón resultó simple: o tales conductas no tenían sanción penal o las penas eran exclusivamente pecuniarias o administrativas, y terminaban siendo resueltas mediante procesos que parecían estructurados para favorecer a estos infractores.

Los delitos de cuello blanco, pese a ser conductas de gran magnitud económica, que afectan a una cantidad indeterminada de personas, no surgen tampoco en la superficie, ni parecen causar conmoción social.

Sutherland, un sociólogo, identificó, en consecuencia, una serie de particularidades que no se podían encontrar en los procesos ordinarios por delitos comunes. Así, en los procesos de tipo administrativo, los acusados no debían enfrentarse con los jueces, y todo se resolvía a través de arreglos entre abogados y fiscales. La responsabilidad de los grandes grupos, cuando era atribuida, acarrea sanciones administrativas o pecuniarias, y carecía de publicidad estigmatizadora, que diera lugar a consecuencias sociales desfavorables. Este autor, además, comprobó la enorme influencia que los sectores poderosos tenían en la conformación de las leyes penales, mediante el “lobbysmo” parlamentario y todo tipo de vinculaciones lícitas e ilícitas, con y sobre los más altos factores de poder. A diferencia del ciudadano común, los grupos poderosos podían oponerse a la sanción de cualquier ley que pudiera perjudicarlos, o bien, impulsar aquellas normas que los beneficiaran. Por tales razones, quedaba claro que el delincuente común era, apenas, una parte visible del conjunto total de la criminalidad, insuficiente para configurar lo que se define como “la delincuencia”.

Puede apreciarse que las ventajas de los nobles del siglo XVIII, que les evitaban los inconvenientes de los procesos y que tanto affigieron a Beccaria, encontraron nuevas salidas legales que les permiten a los poderosos de hoy lograr su impunidad, o disponer de tratamientos de hecho bastante emparentados con ella.

6.- Por qué la medida de la pena es el daño público y no la sensibilidad del reo

Beccaria alude aquí a la conmiseración que provocaba a los juzgadores, que los nobles (sus pares) fuesen juzgados y condenados. Se estimaba, en el siglo XVIII, que la vergüenza y la exposición pública en un proceso eran excesivamente severas para los nobles, por la pérdida de consideración social o de la condición nobiliaria, lo que sería, para un miembro de la realeza, una tragedia equivalente a la expulsión del castillo en la Edad Media. Beccaria consideraba a esa falsa misericordia como un privilegio injustificado, y postulaba que el daño causado debía ser la medida del castigo, y no la sensibilidad herida del reo y su vergüenza social.

Debemos admitir que en la actualidad también se producen identificaciones subjetivas y sensibleras de ciertos jueces, mayormente de clase media, con procesados de igual o superior procedencia social, y que, a resultas de ello, un mismo hecho puede recibir distintos encuadres jurídicos según el rango social del autor (pensemos, por ejemplo, en la tipificación de una conducta como homicidio simple o exceso en la legítima defensa).

En cuanto al principio de afectación del bien jurídico para que un hecho pueda ser considerado delito, que subyace en las ideas de Beccaria y de la Ilustración, sabemos que hoy es cuestionado por una corriente de ideas para la cual son las motivaciones defectuosas las que deben determinar lo delictivo. El quebrantamiento de la norma debería ser buscado en la intención del autor, para definir la naturaleza delictiva de los acontecimientos.

Y este punto de vista invierte, por cierto, la interpretación aceptada en estos dos siglos de evolución jurídico-penal².

En conclusión, tampoco en este punto podríamos dar noticias alentadoras a nuestro amigo Beccaria, a quien no terminamos de sorprender en este coloquio.

7. Cómo evitar la estigmatización de los parientes del reo

Beccaria consideró que, para neutralizar la infamia que recaería sobre la familia del noble condenado, bastaría con dar demostraciones de benevolencia pública a su familia, postura que luce, aún para aquella época, como demasiado ingenua. Es evidente que el maestro aludía a los procesos de estigmatización, cuya naturaleza y mecanismos no habían sido todavía desentrañados. Hoy podemos describirlos con bastante precisión, gracias a los aportes de distintas disciplinas sociales, en especial, de la criminología.

La figura del chivo expiatorio (o chivo emisario o víctima propiciatoria) es un instituto que la psicología explica como un *mecanismo proyectivo*, una tendencia a colocar en otros los vicios, defectos y errores que no soportamos en nosotros mismos. Recordamos, por cierto, la práctica de las ofrendas, por las cuales se sacrificaba un bien importante, animal o humano, a fin de contar con la complacencia de los dioses.

Hoy, como resabio de las costumbres religiosas, sigue existiendo la víctima propiciatoria, sólo que con otros caracteres; ahora se trata de una persona a la cual colectivamente se le atribuyen vicios, defectos o culpas, de las que se ven librados los demás (Elbert, 2007).

En la sociedad actual hay sectores que tienen un alto grado de cobertura, mientras otros padecen de fuerte exposición, que aumenta cuanto más abajo estén en la escala social. Llamamos “cobertura” a la disponibilidad de recursos para superar situaciones críticas o difíciles (por vías legales o ilegales); y “exposición”, a lo contrario. Como sabemos, la exposición social tiene una importante influencia para definir la criminalidad y atribuir roles criminales o “desviados”.

El estigma que provoca la pena es una marca oficial, que antes fue un grabado con fuego en la espalda o en la cara de esclavos o sujetos que cometían ciertos hechos. Los estigmas actuales parecen menos severos, pero no son menos eficaces para discriminar y segregar. Justamente, decir que alguien estuvo en la cárcel, que ha sido procesado o que cumplió condena hará mucho más difícil su situación social, o sus futuros intentos de inserción.

Según la Real Academia Española (2001), “estigma” es un desdoro, afrenta, mala fama, y trasciende a los familiares, como el insulto de “hijo de mala madre”. Como acabamos de ver, esos mecanismos sociales ya existían cuando Beccaria escribió su libro.

Las condiciones consideradas negativas por la sociedad descalifican, crean dificultades, cierran puertas y clausuran relaciones, transmitiéndose, en muchos casos, a los familiares inocentes del estigmatizado; por ejemplo, la condición de prostituta, homosexual, drogadicto, alcohólico, delincuente, enfermo de SIDA, etc. Un excelente estudio, precursor sobre el tema, es el trabajo de Goffman (1980 y 2007), quien también definió el concepto de “instituciones totales”.

² Véase, al respecto, la postura del profesor argentino Marcelo Sancinetti, en diversas publicaciones de su autoría.

Las clases poderosas de hoy han generado buenos mecanismos de neutralización de los estigmas que pueden surgir de procesos judiciales, y para demostrarlo, nos valdremos de nuevo de *“El delito de cuello blanco”*. En su teoría de la “asociación diferencial”, Sutherland sostuvo que el comportamiento y los valores se aprenden en el curso de la vida social y que tal aprendizaje se pone luego de manifiesto en la actividad profesional. Descreía, en suma, de las razones biológicas de la delincuencia y también del lugar común de que la pobreza era el factor que la causaba³.

Ya hemos mencionado que los procesos por delitos de cuello blanco en los Estados Unidos, durante la década de 1940, carecían de publicidad estigmatizador. Las condenas no daban lugar a consecuencias sociales desfavorables, porque los desvíos empresarios se podían resolver despidiendo o trasladando a los funcionarios ejecutores de la irregularidad. Sin embargo, resultaba evidente que los responsables reales de muchas maniobras delictivas eran los directivos de las empresas, sin embargo, ellos no consideraban delictivas sus actividades, sino que las tomaban por una especie de “astucia profesional” o “habilidad empresaria”, imprescindible para lograr objetivos comerciales. En conclusión, el problema era presentado como si las triquiñuelas empresarias fueran a redundar, *de alguna forma*, en el beneficio común.

Por estas razones, la comisión de delitos de cuello blanco era considerada por sus autores *más bien como un mérito que una mácula* en el entorno cultural empresario, conformando una concepción subcultural de poderosos. Para concluir, puede afirmarse, entonces, que ciertos manejos culturales han puesto a salvo de la estigmatización a las clases poderosas y sus familiares, aunque seguramente esta circunstancia tampoco dejaría satisfecho a Beccaria.

8. Un informe a Beccaria

De acuerdo con lo aquí expuesto, es imaginable que las noticias del siglo XXI no harían feliz al maestro milanés. La crisis de la Modernidad y de las ideas de la Ilustración parece habernos tomado de lleno en este momento histórico. Atravesamos una etapa de crisis de valores, de decadencia de los grandes discursos e ideologías. La opinión pública parece reclamar la abolición de las garantías procesales, en especial del principio de inocencia, y pide por más cárceles y penas puramente expiatorias. Los espacios privilegiados de orden claman por políticas de hechos consumados. Navegamos por lo que se conoce como Posmodernidad, tratando de definir si es cierto que llegamos al fin de la historia y de la razón. Estas tremendas circunstancias hacen temer, en algunos momentos, que el libro de Beccaria pueda ser puesto nuevamente en algún Index, y que se lo relegue al olvido, como una obsolescencia del pasado que proyectó ideas impracticables.

El panorama es desfavorable, pero podría ser tomado como una circunstancia pasajera, lo que permitiría consolar al maestro con algunos argumentos que alimenten ciertas esperanzas sobre la posibilidad de una justicia más racional e igualitaria, pese a todo.

Empecemos por preguntarnos qué es la Modernidad. La caracterizamos como un proceso histórico-cultural, complejo, de tendencia globalizadora, algunos de cuyos objetivos se cumplieron parcialmente o fueron dejados de lado.

La Modernidad se basó en **dos grandes relatos**: El de la Revolución Francesa, con la humanidad como agente heroico de su propia liberación mediante el conocimiento; y el del idealismo alemán, que presentó al espíritu como un despliegue progresivo de la verdad. Lo que por oposición se llama **posmoderno**, es la pérdida de credibilidad en esas narrativas. “Todo lo sólido se desvanece en el aire, la experiencia de la Modernidad”.

³ Sobre la *asociación diferencial* pueden consultarse también Pavarini, M. (1983). *Control y dominación*, México: Siglo XXI, pp. 120 y s.s.; y Fucito, F. (1993). *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Según Berman (2008), las visiones sobre la Modernidad pueden clasificarse en cerradas y abiertas. Las primeras se caracterizan por condenar a la Modernidad como un todo, sin interesarse más por ella, ni pedirle cuentas por sus ambigüedades y contradicciones. Se la concibe, entonces, como un conjunto cerrado sobre sí mismo, sin capacidad evolutiva, cuyo fracaso sería evidente. Muchos autores ubican en esa línea de pensamiento a Weber, Marcuse y Foucault, cuyas críticas se centraron en las consecuencias que hicieron surgir, expandir y consolidar a los aparatos de intervención administrativa y de control modernos. Por ello condenaron a la Modernidad y dieron por concluidas sus alternativas de transformación o renovación. Por cierto, en esos autores campea el rechazo de una visión dialéctica de los acontecimientos, subestimando los recursos de oposición que poseen los individuos. En esta línea de pensamiento se observa —particularmente en la obra de Foucault— un vaciamiento de la voluntad, una negación del libre albedrío y un fatalismo de los sucesos, impuestos por situaciones de poder bastante abstractas y alejadas de la sustantividad política. Las visiones **abiertas**, por el contrario, son las que conciben a la Modernidad como algo ambiguo, en constante estadio evolutivo, sin perjuicio de la crítica a sus insuficiencias y contradicciones. Se reivindican, así, los logros modernos, y se rehúsa dejar de lado las posibilidades de cambio social, las luchas políticas y la capacidad de elección de los individuos (Marturet, 2002).

Por cierto, la defensa de la Modernidad es particularmente difícil en estos días de crisis, en los cuales la revolución tecnorrónica y las políticas neoliberales cambiaron drásticamente el panorama productivo y la conformación social del mundo, etapa que suele traducirse (horriblemente) del inglés como “Modernidad tardía” (Verri, 1977).

Afortunadamente, hay también destacados autores que intentaron el camino recuperador, con distintos enfoques y alcances. Los más difundidos son, por cierto, Habermas (1988) y Giddens. El primero, a fin de concebir una (nueva) teoría de la Modernidad, desarrolló su famosa, compleja y altamente abstracta *teoría de la acción comunicativa*, apoyada en el análisis de las formas de comunicación intersubjetivas, extrayendo de allí *lo razonable*, basado en los diálogos orientados a la coincidencia de los hombres en planos de igualdad.

La acción comunicativa es tenida por el mecanismo fundamental del comportamiento social, porque *presupone siempre un interés en entenderse*: los hombres hablan entre sí, y actúan como seres racionales, capaces del consenso. Habermas (1988) distingue, entonces, entre *razón lógica* y *dialógica*, considerando a la primera como unilateral y susceptible de contradicciones, y a la segunda, investida, en cambio, de comunicación intersubjetiva, que sería la única en condiciones de rescatar el racionalismo y la Modernidad. Sólo esta razón dialógica habilitaría una intersubjetividad de orden superior, apta para el desarrollo y formación no forzada de una voluntad colectiva.

Habermas dice que, si bien tras muchos de los más enormes éxitos materiales está presente la razón instrumental, ella es también culpable de haber invadido, con su lógica deificada y mercantil, los mundos de vida donde debiera imperar la razón comunicativa. La confianza en la razón y en la capacidad de progresar produjo bellas teorías de carácter emancipador, pero, al mismo tiempo, esas teorías tendieron a olvidar las diferencias culturales y se volvieron totalitarias. Esa sería la causa de la actual desilusión de las teorías de pretensiones generales, del progreso o teleológicas.

Giddens (1993 y 1996), por su parte, no coincide con la opinión de Habermas, de que sea posible *completar* el proyecto integrador de la Ilustración; según opina, el universo actual casi no deja entender los acontecimientos, que quedaron fuera del control de los individuos, habiéndose vuelto confusos e inciertos, hasta un punto, que parecen hacer inalcanzable la utopía de una sociedad verdaderamente libre. Giddens cree que la sociedad moderna no forma un todo unificado, un sistema integral, movido por una fuerza única. Existen, dice, lógicas y tendencias múltiples que interfieren entre sí. Para él, la Modernidad es, ahora, multidimensional. Afirma que los tres últimos siglos fueron totalmente distintos a cualquier otro período de la historia, por la influencia de un complejo de instituciones que transformaron por completo al mundo, a partir del siglo XVII. El sociólogo británico estima, entonces, que la visión posmoderna de nuestra época es muy parcial, porque cuando se intenta aprender de nuestras sociedades a largo plazo y de manera global, se percibe que vivimos una época de

“radicalización” de la Modernidad, por la extensión y globalización del capitalismo a escala planetaria. Ese cambio se acompaña de la emergencia de la economía y la información, y de las enormes transformaciones relacionadas con el progreso de la ciencia y la tecnología. Por último, se asiste, al menos formalmente, a la difusión de los ideales de la democracia en casi todo el planeta. Esas tendencias siguen siendo, para Giddens, los motores modernos, que guían el cambio de las sociedades; por ello, el término Posmodernidad no le resulta apropiado. Este autor cree que hoy se vive la transición hacia una sociedad cosmopolita global, impulsada por las fuerzas del mercado, los cambios tecnológicos y las mutaciones culturales. Esta sociedad mundial no es dirigida por la voluntad colectiva, sino que conforma, ahora, una especie de “máquina loca”, que sigue su camino más allá de la voluntad de la gente, la que, sin embargo, cambiará de mentalidad, retomando la voluntad colectiva de conducir conscientemente el cambio, para limitar, o por lo menos controlar, el libre mercado, aunque el mayor problema de nuestras sociedades consistiría en aprender a manejar los riesgos, más que en querer dominarlo todo.

Según lo que Giddens llama la “reflexividad” del saber social, no se pueden prever —de manera segura— las conductas de los agentes, como por ejemplo, las del plano económico (productores, consumidores). Estos agentes ajustan sus acciones según la información que poseen de la realidad económica; los mercados financieros funcionan a escala mundial y escapan, por mucho, a la capacidad de intervención y de regulación colectiva. Sin embargo, estos diagnósticos de la Modernidad no significan el fin de las posibilidades de cambio, sino que, frente a la radicalización de la dinámica de la Modernidad, se necesitan cambios políticos también radicales, basados en la filosofía de la conservación ecológica y la solidaridad, mediante una democracia no sólo formal, sino también sustancial. Giddens recurre al concepto “habermasiano” de *comunicación dialogante*, que debería abarcar tanto las pugnas entre estados como entre particulares, porque sólo la comunicación, en los planos macro y micro, son un resguardo ante la violencia.

Volviendo a nuestro relato, creemos que las dificultades más importantes para una defensa de la Modernidad se centran no tanto en las ya conocidas críticas que se le formularon durante los siglos XIX y XX, sino en el actual bombardeo propagandístico de ideas hedonistas, escépticas y relativistas (tributarias del arsenal posmoderno) y el vaciamiento cultural de alcance generalizado que instalaron y fomentan los medios audiovisuales monopólicos, destruyendo el Pacto Social y las formas de solidaridad y convivencia preexistentes.

Es posible que, por el momento, ninguna propuesta teórica esté en condiciones de hacer frente al cuadro de desarticulación de las visiones del mundo vigentes hasta hace apenas un cuarto de siglo. Pese a tales dificultades, queda fuera de discusión la importancia que representa, para el campo de las ciencias sociales, definir si la Modernidad es una época finiquitada y debemos valernos de nuevos paradigmas racionales y científicos, o todo lo contrario. No importa cuáles autores se tomen como base para el desarrollo de los fundamentos, lo relevante es que todos seamos capaces de elegir caminos aptos para dar coherencia y sustento a los discursos científicos que pretendemos desarrollar.

La Modernidad constituyó una autoconsciencia histórica, un modo específico de vida y experiencia de las personas educadas conforme a sus patrones culturales. Esta autoconsciencia se basó *en la racionalidad*, que dio, a sucesivas generaciones, un *espíritu de pertenencia a un mundo de valores universales*, homogéneos, progresistas y superiores, con un programa triunfal por realizar. Lamentablemente, una de las consecuencias negativas de tan loable programa, fue la deformación de la elite intelectual europea, la que, a poco andar, se consideró punto de referencia para la interpretación de la historia, y al mismo tiempo, medida de todas las formas de vida. Desde su centralidad, las élites MODERNAS consideraron inferiores, inmaduras, o subdesarrolladas a las culturas que las que no encajaban en su cosmovisión. Paradójicamente, los representantes de tales culturas “de menor importancia” se enajenaron a las ideas centrales, tomándolas *como modelo de progreso referencial*. He aquí el origen de lo que hoy, en un lenguaje más moderno, se define como **centro y periferia**, división que da origen a buena parte de la marginación del llamado “tercer mundo” en los aspectos económicos, políticos, militares, culturales, etc. Aquella visión eurocentrista no ha sido superada, ni en medio de la actual globalización, en

la que los países “avanzados” repelen a los inmigrantes ilegales del mundo “atrasado”, para que no contaminen a sus sociedades satisfechas con problemas que creen superados para ellas.

En América Latina, las gestas de independencia dieron lugar a un traspaso entusiasta de ideas para reemplazar las estructuras monárquicas por los modelos republicanos triunfantes en Europa, que ingresarían, poco después, en la revolución industrial. Resultó una fatalidad que las luchas por la independencia americana no coincidieran con el florecimiento de un pensamiento local, que produjese instituciones originales, ligadas a su propia problemática, en vez de las de los modelos centrales. El entusiasmo por las novedades de Europa ocupó, lisa y llanamente, el vacío de un proyecto de síntesis, de un pensamiento regional propio y sistemático, que se inspirara en la historia, geografía, clima, gentes, usos, idiomas y costumbres locales. Los pueblos indígenas continuaron sojuzgados, cuando al frente de las flamantes repúblicas se instalaron élites de patriotas mestizo-europeos, dispuestas a imitar a Francia, Inglaterra o Estados Unidos. Se creyó que dejar pasar ese “tren de la historia” significaba desperdiciar oportunidades que aprovecharían países más visionarios (Elbert, 1999). Hoy, en plena globalización, la periferia sigue sometida a los intereses centrales como proveedores de políticas hegemónicas, mientras nuestros países viven verdaderas situaciones de emergencia, que atañen a la seguridad existencial.

La Modernidad es una concepción del mundo que nunca alcanzó un desarrollo pleno, ni una materialización consecuente con su discurso, en ningún lugar del mundo. Como hemos visto, más allá de este dato genérico, en los países marginales la realización de ese ideario tuvo distorsiones e inconsecuencias mucho más profundas, porque las aristocracias locales lo asumieron como bandera propia, poniéndolo al servicio de intereses particulares o sectoriales, y postergando (o persiguiendo) a los sectores mayoritarios díscolos. Este fenómeno puede ser constatado con un somero análisis de la historia y la legislación de los países latinoamericanos. En materia de control social, esa característica es muy evidente: las políticas se aplicaron siempre selectivamente, contra los segmentos sociales débiles, utilizando un discurso que lo niega y que se reproduce constantemente.

En suma, casi toda la historia latinoamericana fue a la zaga de mandantes externos, que definieron los rumbos modernizadores —más por las malas que por las buenas— proveyendo ideologías y también de justificativos, para las alteraciones “coyunturales” de las reglas de juego. Nuestras repúblicas disfrutaron *soberanías vigiladas*, con esporádicos períodos de autonomía, a los que siempre sucedieron regresiones, para dar por tierra con ocasionales progresos igualadores⁴.

Mientras que las gestas independentistas y la estructuración de las repúblicas europeas fueron —en muchos aspectos— un “progreso” respecto a su propia historia previa, al ser adoptadas a libro cerrado en la periferia, dejaron de lado los debates sobre la identidad y la historia locales y, al mismo tiempo, conservaron las desigualdades precedentes. Así, la Modernidad sirvió para ignorar la historia, como muestran los palacios españoles de Cusco, apoyados sobre los del inca; o la catedral de México, lapidando el esplendor de la devastada Tenochtitlán. Tales arquitecturas fueron trasplantadas a América para eliminar de la superficie las referencias culturales originarias, o sea, nada menos que dos mil quinientos años de historia previa. Podría decirse, entonces, que nuestras regiones, más que haber sido incorporadas a la Modernidad, fueron aplastadas por ella.

La deforme Modernidad latinoamericana renueva sus discursos, pero prolongando siempre en el tiempo un estado de cosas injustificable, interpretado como producto de la mala suerte o de la fatalidad histórica. Así, cuando la onda neoliberal se apropió de nuestras economías, se recurrió al discurso único del “progreso” que significaba globalizarnos, para disfrutar, sin demora, los placeres del consumo ilimitado, fácil y sin complicaciones morales ni filosóficas.

⁴ De una larga lista de golpes de Estado, recordamos, solamente, de Guatemala (1954), Chile (1973) y Honduras (2009). Su cohorte demuestra que el fenómeno se reproduce idéntico, salvo en las formas.

Resulta lógico, entonces, que a lo largo del siglo XX hayan proliferado las críticas contra nuestra Modernidad deforme, y que se hayan realizado los más diversos intentos para generar políticas de inclusión e igualación social. Podría pensarse que después de tal desmitificación, debería haberse producido, en nuestros ámbitos, una toma de consciencia capaz de procesar con más interés los problemas locales. Lamentablemente, lo que se ha logrado no es suficiente, y resulta frágil, bajo la tremenda presión global de los grandes centros de interés financiero y sus cadenas de comunicación social.

Por cierto, las circunstancias psicológicas y culturales de la globalización aumentan la confusión reinante en sociedades donde se propaló el ensueño de haber accedido mágicamente a la “ciudadanía global”, igualándonos a los estándares de consumo del Primer Mundo, y según lo cual, era posible una resolución inmediata y “meramente técnica” de las dificultades humanas: las empresas, a través del mercado, se ocuparían de brindar, en tiempo récord, lo que había sido imposible para las burocracias estatales: telefonía, agua potable, transportes, carreteras y hasta modelos para “garantizar la seguridad” como los de la policía neoyorquina.

Después de tanta dependencia y tanta deformación cultural, resulta evidente que sigue siendo imprescindible revisar los sistemas institucionales latinoamericanos, para interpretarlos adecuadamente en sus propios contextos materiales y discursivos, y descubrir los modos de detectar sus deformaciones filosóficas, ancladas en programas obsoletos o abusivos, entre los que se encuentran también los sistemas penales. Sin conocer esa situación real, y sin una evaluación de conjunto, la criminología, la política criminal y el derecho penal seguirán siendo insulares, un archipiélago temático, donde las partes no se interrelacionen en lo que, por ahora, llamaremos —aunque más no sea por costumbre— una concepción general de la sociedad. En este sentido, la remisión acrítica y romántica a los ideales de la Modernidad parece hoy más bien una nostalgia cultural de juristas, que una certeza asentada en la materialidad socio-cultural en la que coexistimos.

Hoy debemos reconocer, con cierta nostalgia, que el proceso global desarticuló muchas de las buenas conquistas logradas mediante la filosofía Moderna, a un costo social calamitoso. Los países latinoamericanos resultaron un blanco fácil para la relativización de valores y leyes, mediante la fragmentación social y la inducción del hastío y la apatía en individuos que vegetan frente a los televisores, consumiendo realidades de montaje y entretenimientos banales (Sartori, 1998).

Seguramente, todo ello se vio facilitado también por la flaccidez e inestabilidad de las convicciones democráticas y republicanas (de derecha e izquierda) en estas sociedades, que, además, vienen emergiendo de treinta años de dictaduras feroces (1964-1984), alentadas y aplaudidas por quienes, después de instalarlas, mutaron en acreedores democráticos, pero leoninos, de las anémicas democracias sobrevivientes.

Por otra parte, no puede negarse que el discurso posmoderno ofrece algunos espacios para la resistencia, como la tolerancia y la curiosidad hacia lo diferente y extraño; mas la poca profundidad de esos espacios —incluso en la articulación de asociaciones culturales o colectivas— no hace sino confirmar el clima de escepticismo, trivialidad y apatía que se deriva de su relativismo moral fatalista. Sea como fuere, a la Posmodernidad se le abrió, en nuestra periferia, un crédito de simpatía, cuando algunos la consideraron como herramienta libertaria del pensamiento, superadora de las inconsecuencias de nuestra Modernidad esclerótica, o incluso, como su modelo sustitutivo. Pero el contraataque imperial, a partir de la caída de las Torres Gemelas, cambió definitivamente aquel panorama, cuando el ejército más poderoso de la tierra fue colocado al servicio del fundamentalismo imperial económico y político.

La “cruzada del bien” persigue hoy al “mal” allí donde se encuentre, según borrosas caracterizaciones, como las de “fundamentalistas”, “socialistas”, “populistas”, “narcotraficantes” o “terroristas”. Se persigue a esos malvados, *preventivamente*, en Irak, Irán, Afganistán, Palestina, México, Panamá, Venezuela, Colombia u otros países periféricos. No deja de ser curioso que el “mal” se haya difuminado justamente en las periferias lejanas y

no en los países centrales, como si nuestra barbarie amenazase inveteradamente al “modelo civilizatorio” de los *marines*, que ya no necesitan de las legitimaciones formales modernas —como las Naciones Unidas, por ejemplo— para poner manos a la obra.

Ante la ominosa iniciativa de “recuperarnos para el bien, a garrotazos” (Theodore Roosevelt básico), parece evidente que la resistencia al control imperial no podría darse, eficientemente, en términos de *lucha discursiva*, cuando los balbuceos semianalfabetos y confundidos de un Bush hijo (que no requieren mayor interpretación) alcanzan y sobran para justificar el control militar planetario.

Por otra parte, cabe reconocer que la población periférica, en especial sus clases medias, ha sido instrumentadas por un formidable lavado mediático de cerebros, que les inyectó las leyes del mercado con formato de “pensamiento débil”, hasta hacerles ignorar y despreciar el poder de la política o la racionalidad de cualquier iniciativa progresista de gobiernos locales.

No cabe duda de que el pensamiento ilustrado de la Modernidad ha sido el intento cultural más ambicioso de la historia por construir un orden exclusivamente racional, sustentado en una “certeza”, o sea, en ciertos valores considerados indispensables, aplicando la intervención racional humana sobre el mundo de la naturaleza y de la sociedad. Sin embargo, vimos las razones que desacreditaron ese proyecto, llevándolo al rol del acusado, con la intención de darlo por concluido, y las limitaciones que tuvo en y para las áreas periféricas del mundo, entre las que se cuenta América Latina. Esas peculiaridades hacen que en nuestro espacio sea mucho más complejo el balance del estado actual del ideario moderno. El renacimiento del debate sobre los derechos originarios, la desconfianza instalada contra la razón y el presunto agotamiento de los discursos que ella produjo hacen difícil salir al ruedo, en defensa de la Modernidad. Quien lo intente deberá afrontar etiquetamientos descalificatorios de “positivismo”, “nostalgias del pasado”, “determinismo”, “mecanicismo” y otros. Sin embargo, la tarea merece ser emprendida, aún a ese precio, porque están en juego el sentido de la coexistencia humana y su identidad marginal, hoy totalmente fragmentada.

Cabe preguntarnos, entonces, si las instituciones de la Modernidad están definitivamente agotadas y vamos hacia alguna clase de orden distinto. Larraín (1996) señala que, para los posmodernos, no hay duda de que la respuesta es afirmativa: que la reacción antimoderna sería el preludio de su desaparición definitiva. A partir de allí, estaríamos forzados a interpretar nuestra existencia no como una totalidad ni como algo coherente, porque el desarrollo histórico carecería de sentido universal, con lo cual tampoco tendría sentido el futuro de los individuos. Creemos, como este autor chileno, que sigue en el punto a Giddens, que lo que acontece es una *radicalización de la Modernidad*; que los cambios que se han dado en la vida social y en las ciencias serían fruto de la propia reflexividad moderna, que no disuelve al sujeto, y que no deja de pensar que el conocimiento sistemático y las tendencias de desarrollo social son posibles y deseables, para evitar el relativismo total.

Los acontecimientos de las últimas décadas en América Latina son una clara demostración de que el repliegue de la racionalidad desalentó la acción política, así como la intelección de los discursos sobre los grandes problemas sociales y el modo de abordarlos. Si el mundo es caótico y los sujetos no saben cómo actuar con sensatez en una realidad que no entienden, en la que son meros entes pasivos librados a su suerte, entonces, toda acción política de transformación pierde su base real. En este sentido, se ha visto cuáles fueron los resultados del Posmodernismo transformado en lógica neoliberal, para volverse luego “lógica” económica de la Modernidad postrera.

En suma, consideramos imprescindible la propuesta de rescatar una forma actualizada del discurso moderno, profundizándola mediante la autocrítica y una nueva síntesis; o sea, una radicalización crítica de lo Moderno. Por cierto, en la periferia la propuesta incluye la desmitificación cultural de los discursos centrales, partiendo de una antítesis: la de la lucha por un espacio propio, que condense y exprese nuestras realidades, secularmente negadas o acalladas mediante el sometimiento.

En suma, podemos informar al maestro Beccaria que ponderemos todos nuestros esfuerzos para evitar el naufragio de los principios centrales de la Ilustración, a los que consideramos un patrimonio irrenunciable de la civilización. Pero esta lucha tiene, en América Latina, características que no pueden ser dejadas de lado, en medio de un proceso tan complejo, difícil y de apariencia desfavorable. Deseamos, en este contexto, que ya haya nacido el sucesor de Beccaria, capaz de proveernos de un programa político criminal para el siglo XXI; y también que el sucesor alcance el éxito secular de aquel librito suyo, maestro, que fue capaz de dinamizar nuestras ideas a lo largo de más de doscientos años.

Referencias

- Barcellona, P. y Cotturri, G. (1976). *El estado y los juristas*. Barcelona: Fontanella.
- Berman, M. (2008). *Todo lo sólido se desvanece en el aire, la experiencia de la Modernidad*. (17.^a edición). México: Siglo XXI.
- Cesare Bonesana (Beccaria). (1764). *De los delitos y de las penas*.
- Elbert, C. (1999). *Criminología latinoamericana*. (2.^a parte). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Elbert, C. (2007). *Manual básico de criminología*. Buenos Aires: Eudeba.
- Elbert, C. y Balcarce, F. (2009). *Exclusión y castigo en la sociedad global*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B. de F.
- Giddens, A. (1993). *Consecuencias de la modernidad*. Madrid: Alianza Universidad.
- Giddens, A. (1996). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos.
- Goffman, E. (1980). *Estigma. La identidad deteriorada*. Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Goffman, E. (2007). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. (2.^a Edic.). Buenos Aires: Amorrortu editores.
- Habermas, J. (1988). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus.
- Larraín Ibáñez, J. (1996). *Modernidad, razón e identidad en América Latina*. Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello
- Marturet, H. J. (2002). *Visiones abiertas y cerradas de la Modernidad*. Buenos Aires: Universidad Libros.
- Real Academia Española. (2001). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Sartori, G. (1998). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus.
- Sutherland, E. (2009). *El delito de cuello blanco*. Montevideo, Buenos Aires: Editorial B. de F.
- Verri, P. (1977). *Observaciones sobre la tortura*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Zaffaroni, E. (2005). La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. En *En torno de la cuestión penal*. Buenos Aires: Editorial B. de F.

Reglamento de Publicación de la Revista *Derecho en Sociedad*

I.- Condiciones de Publicación.

- Los artículos remitidos para su publicación, deberán ser originales e inéditos que no hayan sido enviados a otros medios con el mismo fin.
- La persona autora cede los derechos de publicación o copia de sus artículos. Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otra revista o cualquier otro soporte documental, deberá hacerlo indicando en este último, de modo expreso, los datos de su publicación previa en la Revista *Derecho en Sociedad* de la Facultad de Derecho – ULACIT.
- Excepcionalmente y a criterio del Consejo Editorial y de la Dirección de la Revista, se admitirán para su publicación artículos o conferencias publicadas en otras revistas o soportes documentales, en consideración a su relevancia. En este último caso deberá indicarse, de modo expreso, los datos de la publicación previa.
- La selección de los artículos por publicar estará a cargo del Consejo Editorial de la Revista.
- Los contenidos y opiniones que se vierten en cada artículo son responsabilidad exclusiva de cada persona autora, no de la Revista, de su Dirección, de su Consejo Editorial ni de la Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología.
- Los artículos seleccionados por la Dirección y el Consejo Editorial de la Revista serán sometidos a una revisión filológica. Si de dicha revisión se aconseja algún cambio, el artículo sólo se publicará cuando la persona autora permita la modificación.
- La Facultad de Derecho de la Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología, en conjunto con la Dirección y el Consejo Editorial de la Revista, podrán modificar, parcial o totalmente, el presente reglamento cuando lo estimen oportuno.

II.- Solicitud de Publicación.

- La solicitud, junto con el artículo, debe enviarse a la dirección electrónica: revistaderecho@ulacit.ac.cr, a nombre del Director de la Revista, Prof. Norberto E. Garay Boza. No se recibirán artículos impresos.
- En dicha petición, la persona autora debe indicar los siguientes datos que serán incluidos en la publicación, al pie de página:
 - nombre y apellidos
 - actividad profesional
 - calidades profesionales y académicas
 - entidad y país en el que labora
 - dirección de correo electrónico
- Además, debe indicar los siguientes datos respecto de los cuales se guardará confidencialidad:
 - número de documento de identidad con indicación del país
 - teléfono con prefijo del país
 - resumen del curriculum vitae

III.- Plazos de la Solicitud.

- La Revista tiene una periodicidad semestral. Cada número aparece en los meses de enero y julio, salvo que la Dirección y el Consejo Editorial dispongan otras fechas.
- La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de enero debe presentarse antes del 1 de septiembre previo.
- La solicitud de publicación de un artículo para el volumen de julio debe presentarse antes del 1 de marzo previo.

IV.- Requisitos del Artículo para su Publicación.

- Los artículos deben redactarse en formato WORD.
- El título del artículo debe aparecer centrado.
- De seguido y al margen derecho, constará el nombre y apellidos de la persona autora.
- Luego, se incorporará un resumen en español (titulado “Resumen”) y otro en inglés (titulado “Abstract”). Cada uno tendrá una extensión máxima de doscientas palabras, a espacio sencillo. Además, se deberá incluir una lista de no más de diez palabras clave en español e inglés (“keywords”).
- A continuación y en caso de que exista, se incluirá la tabla de contenidos o índice del artículo, a espacio sencillo.
- Después deberá aparecer el artículo cuyo contenido debe tener una extensión máxima de **diez mil palabras**.
- Las citas o referencias a documentos impresos o electrónicos que se incluyan dentro del artículo se corresponderán con el sistema APA (American Psychological Association).
- Si el artículo contiene fotos, cuadros, gráficos, mapas e ilustraciones, éstas deberán adjuntarse, también, en un archivo independiente.
- Las notas deben constar al pie de página.