



Revista de Ciencias Jurídicas  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho  
Colegio de Abogados  
No. 103 - Cuatrimestral  
enero - abril - 2004 - 228 págs.

I Derecho - Revistas

**Revista fundada en 1963**

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica

Dirección: Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.  
San José (Costa Rica) América Central.

(c) Colegio de Abogados.  
Universidad de Costa Rica (Facultad de Derecho - Editorial  
Universitaria).

ISSN

0034-7787

CONSEJO ASESOR:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Pendiente de designación

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Lic. Jorge Sáenz Carbonell

Lic. Federico Sosto López

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA**  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS**

**103**

SAN JOSE, COSTA RICA  
2004  
ENERO - ABRIL

JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS

2004

Presidente:

Lic. Gilberto Corella Quesada

Vicepresidente:

Lic. Alejandro López McAdam

Secretaria:

MSc. Grettel Ortiz Alvarez

Prosecretaria:

Licda. Iliana Arce Umaña

Tesorera:

Licda. Rocío Cerdas Quesada

Vocal 1:

MSc. José Iván Salas Leitón

Vocal 2:

M.A. Pablo Duncan Linch

Vocal 3:

Licda. Amira Suñol Ocampo

Vocal 4:

Lic. Fabio León Zárate

Vocal 5:

Licda. Patricia Madrigal Cordero

Fiscal:

Lic. Carlos Sánchez Fernández

AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Gabriel Macaya Trejos

Director Consejo Universitario:

Dr. Víctor Manuel Sánchez Corrales

Vice-Rector de Docencia:

Dr. Ramiro Barrantes Mesén

Vice-Rectora de Investigación:

Dra. Yamileth González García

Vice-Rectora de Acción Social:

Dra. Leda Muñoz García

Vice-Rectora de Vida Estudiantil:

*Máster Alejandrina Mata Segreda*

Vice-Rector de Administración:

*Máster Jorge Badilla Pérez*

Decano Facultad de Derecho:

Dr. Rafael González Ballar

Vice-Decana Facultad de Derecho:

Licda. Olga Marta Mena Pacheco

Director Instituto de Investigaciones Jurídicas

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez

Decana Sistema de Estudios de Posgrado:

Dra. María Pérez Yglesias

Coordinador de la Comisión Editorial:

Dr. Fernando Durán Ayanegui





## PRESENTACION

En este número se editan investigaciones en los campos del Derecho laboral, criminológico, constitucional, deportivo, comercial, informático, notarial.

Asimismo, se publican las reseñas de libros jurídicos recién colocados en nuestro mercado.

*El director - editor*



**LA DIMENSIÓN SOCIAL DE LA GLOBALIZACIÓN:  
CLÁUSULAS SOCIALES, CÓDIGOS DE CONDUCTA  
Y NORMAS DE RESPONSABILIDAD SOCIAL  
DEL EMPRESARIADO<sup>(\*)</sup>**

*Dr. Bernardo van der Laat Echeverría<sup>(\*)</sup>*

Catedrático de Derecho del Trabajo  
de la Universidad de Costa Rica  
Magistrado de la Corte Suprema  
de Justicia de Costa Rica

---

(\*) Conferencia dictada el 29 de noviembre del 2000 en la Universidad de Salamanca, en las III Jornadas de Estudio del Mercado “Globalización económica y relaciones laborales”.

## **SUMARIO:**

1. Introducción
2. Globalización “dumping social”
3. Antecedentes históricos
4. La cláusula social: concepto
5. Posiciones contrarias a la cláusula social
  - A. Los países en vías de desarrollo
  - B. Los empleadores
6. Posiciones favorables a la cláusula social
  - A. La doctrina
  - B. El movimiento sindical
7. Evolución de la cuestión en el seno de la Organización Mundial del Comercio
8. La acción de la Organización Internacional del Trabajo
9. Iniciativas estatales unilaterales: Estados Unidos de América
10. Iniciativas privadas
  - A. El etiquetado social
  - B. Los códigos corporativos de conducta en el campo laboral
    - a. Factores que han contribuido a su adopción
    - b. Implementación
    - c. Control de aplicación
    - d. La norma de responsabilidad social 8000 (RS 8000)
  - C. Sanciones
11. Un ejemplo: el caso de Costa Rica
12. Otro ejemplo: el caso del banano
13. Consideraciones finales

Bibliografía

## 1. INTRODUCCIÓN

Para países de un gran desarrollo del Derecho del Trabajo, no sólo por acción de la normativa estatal sino especialmente de la contratación colectiva, el tema de las cláusulas sociales, los códigos corporativos de conducta y las normas de responsabilidad social del empresariado puede sonar extraño. Y con razón. Recientemente el profesor Pera recordaba algo que con frecuencia olvidamos: probablemente un 90% de la población mundial no conoce el Derecho del Trabajo. Al ciudadano de un país rico con un Derecho Laboral dinámico le debe parecer de la época más preterida estudiar instituciones que generalmente se refieren a mínimos. Por ello, creo que es necesario transportarse a las condiciones y circunstancias de la mayoría de los países de este mundo, para poder entender en su exacta medida la trascendencia que puede tener la relación entre el comercio internacional y el Derecho del Trabajo.

Quizá algunos me corregirán, indicando que no es exacto que no existan leyes, y quizá muy avanzadas, en países del tercer mundo. Y sin duda tendrán razón. Sin embargo, el distinguido profesor uruguayo –y además queridísimo amigo– Américo Plá Rodríguez ha destacado la *“falta de autenticidad”* del Derecho de muchos países, básicamente de América Latina. Aunque seguramente su apreciación tiene una validez universal, al hacer referencia a la perfección, en la letra, de las instituciones jurídicas laborales, y a su imperfección, en la práctica, o ,mejor dicho, a su no aplicación.

En materia de ratificación de los convenios de la OIT suele suceder algo similar a lo que ocurre con la legislación: hay países que hacen un asunto de orgullo nacional ratificar el mayor número de convenios internacionales (cuál si fuera la tabla de goles de algún campeonato), aunque en la realidad, no se hacen con carácter previo a la ratificación estudios relativos al impacto que dicha legislación internacional tendrá en el Derecho interior, de forma que después ésta no se aplica.

¿Y no es un fenómeno extraño que en tiempos en los que se pregona por todo el mundo la flexibilización de las normas laborales o su casi desaparición (desregulación) debido a las rigideces que generan en el mercado de trabajo, surja todo este menú de opciones que examinaremos, a través del cual se pretende lo contrario: mínimos, controles, sanciones?

¿Será que, más que principios éticos universales pesan en su adopción sobre todo razones más programáticas de conservación de

puestos de trabajo en los países desarrollados, bloqueando posibles ventajas comparativas que pueden tener los países en vías de desarrollo? Así como es imposible conocer el fuero interno de las conductas humanas, puede resultar difícil establecer el de las naciones.

## 2. GLOBALIZACIÓN “DUMPING SOCIAL”

La globalización de la economía ha creado un “*mercado laboral global*”, que ha sido definido por Etwell como el resultado de la producción tecnológica standard, de capital altamente móvil, así como de comparaciones de logros en productividad, flexibilidad para el empleador y condiciones laborales y salariales.

La existencia de este mercado laboral globalizado tiene como consecuencia inexorable la búsqueda de regulaciones laborales que eviten el “*dumping social*”, pues se plantea el problema de que la economía se ha globalizado pero las instituciones y los mercados laborales siguen basados en niveles nacionales y subregionales.

Por “*dumping social*”, en la doctrina, generalmente se identifica la obtención de ventajas comerciales a costa de la ausencia de Seguridad Social y de derechos laborales para los trabajadores.

Se teme que las ventajas que para un país pueda tener un bajo nivel de protección laboral y de Seguridad Social pueda generar un “*círculo vicioso de retroceso social*” a nivel mundial. Este temor ha llevado al planteamiento del tema de la llamada “*cláusula social*” en los acuerdos de libre comercio.

En abril de 1994, algunos países –especialmente Estados Unidos y Francia– insistieron en que la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se estaba creando, debería incluir una cláusula social en el sistema de comercio mundial, a través de la cual se exija el respeto de un mínimo de normas sociales y se impongan sanciones a los países que no respetan esas normas mínimas, las cuales tendrían que ser previamente determinadas. La preocupación de esos Estados y de ciertos sectores sindicales era, precisamente, el “*dumping social*”.

Por otro lado, hay corrientes de pensamiento diferentes, que pueden sintetizarse en el contenido de un artículo publicado en el periódico *La República* de Costa Rica bajo el título: “*ni leyes laborales o*

*ecológicas, sólo comercio*”. El último párrafo de ese artículo indica que *“sobre todo, el comercio no es un mecanismo para solucionar todos los problemas sociales del mundo, ni mucho menos un instrumento para obligar a que otros países adopten normas de conducta, leyes ecológicas, legislaciones laborales o de conciencia moral. La premisa fundamental representa una de las leyes más sencillas de la actividad económica: cuando el intercambio es libre y voluntario todos se benefician”*.

Se ha venido planteando, por tanto, un debate en torno a si debe existir una vinculación entre el comercio internacional y los derechos laborales.

Pretendemos analizar esta cuestión aquí, haciendo referencia a lo ocurrido en el plano multilateral (Organización Mundial del Comercio, Organización Internacional del Trabajo y procesos de integración regional) en el plano estatal y también en el de las iniciativas privadas: reglas etiquetado social, códigos corporativos de conducta y la Norma sobre Responsabilidad Social 8000.

### **3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS**

El tema de la vinculación entre el comercio internacional y las normas de trabajo, a pesar de su actualidad, no es nuevo, pues se ha señalado por Servais que es tan antiguo como las mismas normas internacionales. Ya en 1788, Jacques Necker, banquero y Ministro de Finanzas del Rey Luis XVI de Francia, indicó que si un país abolía el descanso semanal, obtendría indiscutiblemente una ventaja, pero a condición de ser el único en hacerlo, pues si otros países lo imitaban se volvería a la situación anterior.

### **4. LA CLÁUSULA SOCIAL: CONCEPTO**

Por cláusula social, en sentido estricto, se entiende la inclusión en los convenios internacionales de comercio de una cláusula que fije normas mínimas o equitativas de trabajo como condición para beneficiarse de las ventajas que surgen de esos tratados.

Se acepta como términos sinónimos al de cláusula social, los de *“derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores”* y *“normas laborales internacionales mínimas”*.

La cláusula social puede ser “*negativa*”, cuando prevé la posibilidad de aplicar sanciones al país infractor, como la prohibición de la importación de bienes; o puede ser “*positiva*”, cuando se beneficia al país que cumple, dándole un acceso más flexible al mercado internacional. En la realidad los sistemas prevén simultáneamente ambas.

La introducción en los tratados de libre comercio de las cláusulas sociales es un tema sumamente polémico y, por lo general, recibe críticas de los empleadores, de muchos gobiernos, mientras que se reclama como una necesidad por parte de las organizaciones de trabajadores, recibiendo el apoyo unánime de éstas.

Desde la perspectiva de los trabajadores, se concibe las cláusulas sociales de la siguiente manera, según la exposición de un delegado trabajador ante la Conferencia Internacional del Trabajo de 1994: *“no se trata de la protección del comercio, se trata de la protección de las personas. No se trata de establecer salarios mínimos en el mundo entero. No se trata de trasladar salarios y condiciones de trabajo del primer mundo al tercer mundo. Se trata de asegurar que los derechos humanos fundamentales se respeten en todos los países que comercian ...La cláusula social propuesta contempla que la negociación libre es la manera de establecer los salarios y las condiciones de empleo que puede permitirse un país a la luz de sus circunstancias nacionales”*.

## **5. POSICIONES CONTRARIAS A LA CLÁUSULA SOCIAL**

### **A. Los países en vías de desarrollo**

Han sido los países en vías de desarrollo el principal grupo opositor a ligar el comercio internacional a una cláusula social. Entre los argumentos que han dado, según la enunciación de Van Liemt, están los siguientes:

<sup>1º</sup> **Proteccionismo.** El movimiento a favor de establecer una cláusula social se funda en el éxito que han tenido los países exportadores en el incremento de las exportaciones, lo que provoca presiones cada vez mayores de proteccionismo dado el fuerte desempleo que hay en los países importadores. La consideran el fruto de un proteccionismo encubierto, que podría afectar el desarrollo industrial de los países exportadores y privarles de una de sus principales ventajas comparativas, como la posibilidad de aprovechar productivamente una mano de obra barata.



- 2º **Intervencionismo.** Estos países consideran que se trata de una injerencia en sus asuntos internos y una ofensa que se les pida asumir obligaciones en materia social a cambio de concesiones comerciales.
- 3º **Hipocresía.** Se señala la contradicción que existe entre pedir la inclusión de cláusulas sociales en los tratados de comercio, mientras se mantienen relaciones de tipo económico y financiero con otro países, como por ejemplo, en el pasado, Sudáfrica, cuando éstos no garantizan las garantías fundamentales para gran parte de la población.
- 4º **Creación de desequilibrios internos.** También se alega que este mecanismo centra la atención en las normas de trabajo aplicables especialmente al sector manufacturero, que es el que produce para la exportación, sin que ello signifique necesariamente que tales disposiciones sean las que necesiten ser mejoradas en el país exportador, toda vez que es respecto de los trabajadores de los otros sectores de esas naciones donde existen las situaciones más delicadas y que, por el contrario, al mejorarse a través de la presión que ejerce una cláusula social la posición del sector manufacturero, se ahondarán dentro del exportador las diferencias con los otros sectores, especialmente los de las plantaciones, las minas, la industria de la construcción y las pequeñas empresas de servicios que trabajan para el mercado interno.
- 5º **Falta de mecanismos objetivos para la solución de problemas.** También se apunta como argumento contrario a establecer un vínculo entre comercio internacional y derechos laborales la inexistencia de un procedimiento mediante el cual un órgano independiente, sensible a las preocupaciones de los países en desarrollo, resuelva las disputas sobre la materia.
- 6º **Diferencias de enfoque respecto de los Derechos Humanos.** Refiere Etwell que varios gobiernos asiáticos cuestionan el enfoque de la relación entre comercio y derechos laborales que se hace desde la perspectiva de los derechos humanos, por entender que el concepto de éstos está ligado necesariamente a aspectos culturales. En este sentido, estiman que el concepto americano pone mucho énfasis en los derechos políticos y las libertades individuales y no lo suficiente en los derechos de la colectividad, especialmente el derecho a ser protegido de la depravación económica (*“economic depravation”*).

El Consejo del Sistema Económico Latinoamericano (SELA) recomendó en junio de 1994 a los Estados que lo componen continuar oponiéndose a la cláusula social, al mismo tiempo que apoyó *“la adopción de una política más indicativa de la observancia de los derechos laborales en la OIT, incluida la ratificación de un mayor número de convenios por parte de un mayor número de países, y la ejecución de acciones bilaterales y multilaterales encaminadas a mejorar las políticas sociales y el desarrollo institucional de la región para la instrumentación de programas sociales”*.

Los Ministros de Trabajo de Centroamérica, Panamá y República Dominicana, en una reunión celebrada en San José de Costa Rica los días 17, 18 y 19 de octubre de 1994, emitieron la Declaración de San José, en la que manifestaron lo siguiente:

*“Que el comercio internacional constituye un mecanismo de la integración y desarrollo de los pueblos, siempre que se sustente en reglas y principios de equidad y se respete la soberanía de las naciones y la competencia de la organización nacional e institucional responsable de la temática social-laboral.*

*Que los derechos laborales mínimos reconocidos internacionalmente son parte integrante de los derechos humanos universales, los cuales deben ser cumplidos por todos los países a través de sus instituciones y mecanismos nacionales”*.

## **B. Los empleadores**

En un Seminario Regional para las Organizaciones de Empleadores de América Latina, celebrado en Lima, Perú, sobre la “Función de las organizaciones de empleadores en la mundialización de la economía”, se puntualizaron los siguientes aspectos:

- 1º Que no había ninguna garantía de que la cláusula social tratara verdaderamente de mínimos.
- 2º La dificultad técnica e institucional que existe para que organizaciones como la OIT y OMC apliquen una cláusula social. Al respecto, se destacó el carácter voluntario de la ratificación y la

naturaleza no sancionatoria de los procedimientos de control de la OIT; así como la dificultad de mezclar los procedimientos de OIT y de la OMC, ya que, si esta última realizara una parte del trabajo de la primera, ello supondría renunciar al tripartismo, fundamental dentro de la concepción de la OIT.

- 3º Las cláusulas sociales significarían un paso atrás en la apertura de los mercados e irían en contra de las estrategias empresariales que han apostado por el proceso de mundialización.
- 4º El desarrollo económico de muchos países en vías de desarrollo está todavía en su fase preliminar, siendo previsible que los niveles sociales de esos países aumenten en proporción a su prosperidad económica. Al respecto, se señaló que la mejora en las condiciones de vida y de trabajo de los países desarrollados se había producido en la medida en que habían desarrollado su economía, y que estas mejoras habían tardado mucho en producirse.
- 5º Existe el peligro de que se produzca una vuelta atrás hacia los regionalismos aislados, provocando una confrontación Norte-Sur.
- 6º La inclusión de una cláusula social en los acuerdos de comercio plantearía un problema jurídico de fondo, pues sería difícil de apreciar en qué circunstancias, con qué intensidad y con qué frecuencia una violación de la normativa laboral podrá merecer una sanción, ya que no es lo mismo una violación aislada u ocasional que una violación reiterada y global, señalándose que pueden existir una infinidad de posibilidades y motivos que dificultarían la tipificación de la violación.
- 7º La adopción de cláusulas sociales generaría rigidez en el comercio internacional y en la legislación de los países.
- 8º También se señaló que, en el caso de que llegaran a existir sanciones, éstas deberían afectar a las empresas y no a países.

## **6. POSICIONES FAVORABLES A LA CLÁUSULA SOCIAL**

### **A. La doctrina**

Van Lient destaca, a nivel doctrinal, varios argumentos:

- 1º La cláusula social fomenta la competencia leal entre los exportadores de los países en desarrollo, pues garantizaría que quienes

observan las normas laborales mínimas no se verían perjudicados por su despliegue de esfuerzos en pro del desarrollo social.

- 2º Esta serviría también para que el incremento del comercio redunde en beneficio de los trabajadores.
- 3º La falta de una cláusula social haría mucho más difícil la lucha contra las presiones a favor de un mayor proteccionismo.

Por su parte, Etwell señala también los siguientes:

- 1º La creencia de que el progreso social debe ir parejo con el desarrollo económico de un país.
- 2º La necesidad de evitar la discriminación en contra de la mujer, pues hay estudios que demuestran que los países exportadores de bajo costo en la mano de obra tienen un importante componente de trabajo femenino.
- 3º La existencia de una cláusula social universalmente aplicada permitirá a los nuevos exportadores mantener sus ventajas comparativas en los mercados de países industrializados.
- 4º Evitará el “*dumping social*”.
- 5º Sustituirá las iniciativas unilaterales de grupos de derechos humanos y consumidores, que en ocasiones tienen como efecto agravar la situación de los trabajadores explotados en el tercer mundo por efecto del boicot a los bienes que éstos producen.
- 6º Fortalecerá la democracia, pues se ha determinado la existencia de una relación entre ingreso poco equitativo e inestabilidad democrática.

## **B. El movimiento sindical**

La posición del movimiento sindical, a todo nivel, es favorable a la inclusión de una cláusula social en los acuerdos comerciales, toda vez que se considera que, si no hay una sanción en el plano comercial, persistirá la violación de los derechos laborales.

La Organización Regional Interamericana de Trabajadores (ORIT), afiliada a la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CISL), plantea que el contenido de la cláusula social debe ser el

de los derechos laborales que la OIT ha considerado como derechos humanos fundamentales; es decir, la libertad sindical, la negociación colectiva, la no discriminación en el empleo, la prohibición del trabajo infantil y del trabajo forzoso. Proponen asimismo que las cláusulas sociales deben tener vigencia respecto de todos los trabajadores de un país y no sólo del sector exportador.

Esta misma central sindical pide, a nivel latinoamericano, un paso más ambicioso, como es la adopción de cartas sociales específicas subregionales, así como una Carta Social Americana que tendría como base el Protocolo de San Salvador, firmado durante una reunión de Ministros de Trabajo, organizada por la Organización de Estados Americanos (OEA) y adoptada por la Asamblea de dicha organización en noviembre de 1988.

El contenido de las cartas sociales, según la propuesta de la ORIT, sería estaría referido a los derechos laborales y sindicales en su sentido más amplio, incluyendo además de los referidos, todo lo relativo a la Seguridad Social, consulta, participación e igualdad de trato, personas mayores y minusválidos.

Las confederaciones mundiales y europeas CIOSL, CMT y CES consideran también que, para lograr una legislación internacional que pueda asegurar una mejoría generalizada de las condiciones sociales para combatir el “*dumping social*”, es necesaria la cláusula social en los acuerdos comerciales.

Nos referiremos a continuación a las iniciativas multilaterales a nivel mundial, sea el caso de la Organización Mundial del Comercio (OMC), y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

## **7. EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO**

La Carta de la Habana de 1948, que dio nacimiento al GATT y que no nunca entró en vigencia, estipulaba, en su artículo siete:

*“Los miembros reconocen que las condiciones inequitativas de trabajo, especialmente en la producción destinada a la exportación, crean dificultades en el comercio internacional y, por consiguiente,*

*cada miembro adoptará cualesquiera medidas que sean apropiadas y factibles para hacer desaparecer tales condiciones dentro de su territorio.”*

En 1987, los Estados Unidos propusieron al Consejo del GATT que se estableciera un grupo de trabajo para considerar la relación entre el comercio internacional y los derechos laborales reconocidos internacionalmente. Dado que no reunió consenso, esta propuesta no fue aprobada.

En 1990, el gobierno norteamericano volvió a plantear la cuestión, limitándola esta vez a tres temas: los derechos a organizarse y a negociar colectivamente y la prohibición del trabajo forzoso. Esta propuesta también fue rechazada.

Posteriormente, en la última etapa de la Ronda Uruguay, a finales de 1993, y hasta la reunión de Marrakech, varios gobiernos –Estados Unidos, Francia, Japón y Gran Bretaña– hicieron un nuevo intento para que se hiciera mención, en la declaración final, la relación entre comercio internacional y derechos laborales, pero sólo lograron una solución de transición, consistente en que la declaración de los ministros no aludiera al tema, pero el Comité Preparatorio de la OMC incluyera un párrafo sobre la necesidad de debatir sugerencias para la incorporación de puntos adicionales al temario del programa de trabajo. Las conclusiones del Comité de Negociaciones Comerciales señalaron la importancia que atribuyen ciertas delegaciones a la relación entre el sistema comercial y las normas de trabajo internacionalmente reconocidas.

El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio no contiene referencia explícita alguna a los derechos de los trabajadores.

La inclusión de la cláusula social dentro del GATT/OMC, estará condicionada a futuras modificaciones de los acuerdos, lo que necesariamente generaría un amplio debate en el seno de esta organización, pues la inclusión de una dimensión social conlleva, para los miembros de la OMC, nuevos derechos y obligaciones, y para ello se requiere del consenso.

En la conferencia ministerial de la OMC, celebrada en diciembre 1996 en Singapur, la Cláusula Social fue un tema central, aunque, finalmente se decidió no incluirla. Sin embargo el tema puede volver a plantearse.

## **8. LA ACCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO**

En todo este proceso, dentro de la OMC siempre se hizo referencia al papel que desempeñaría la OIT, por lo que estimo oportuno referir lo más reciente que ha ocurrido en esta organización en la materia.

Lo más relevante por el momento ha sido el planteamiento hecho por el Director General a la Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra en 1997, propugnando una “*etiqueta social*” de carácter general, que se otorgaría a aquellos países que respeten la globalidad de los derechos y principios fundamentales del trabajo y que estén dispuestos a someterse a inspecciones internacionales fiables y jurídicamente autónomas. Sin embargo, esta propuesta del Director General no tuvo acogida.

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998 se adoptó la “*Declaración de la OIT, relativa a los principios y derechos fundamentales al trabajo y su seguimiento*”, que pretende ser una respuesta a los desafíos de la mundialización de la economía, según expreso el Director General Hansenne.

Esta declaración contempla la obligación de todos los Estados miembros de la OIT, por el sólo hecho de serlo, de “*respetar, promover y hacer realidad, de buena fe, los principios relativos a los derechos fundamentales (...) a saber: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso y obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*”.

La declaración también subraya que las normas laborales no deberán servir a fines comerciales proteccionistas y que las ventajas comparativas de algún país no deberán, de manera alguna, ser cuestionadas por la declaración.

Comentaré a continuación las iniciativas unilaterales, analizando el caso de los Estados Unidos de América.

## **9. INICIATIVAS ESTATALES UNILATERALES: ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

Desde 1880, los Estados Unidos tienen una larga tradición legislativa de exigencia del cumplimiento, en su comercio internacional,

de condiciones laborales mínimas, mediante su consideración como requisito para el acceso su mercado interno o para obtener determinadas ventajas arancelarias. En 1983, la *Caribbean Basin Economic Recovery Act* estableció que el Presidente de los Estados Unidos podrá disponer que se conceda franquicia arancelaria para todos los artículos procedentes de un país beneficiario, siempre que concurren determinadas condiciones. Entre estas condiciones está “el grado en que se los trabajadores del país tengan condiciones de trabajo razonables y disfruten del derecho a la sindicalización y a la negociación colectiva”.

La ley de Comercio Exterior de 1974, en su título quinto, referido al Sistema Generalizado de Preferencias, señala, entre los propósitos del mismo “*proporcionar a los obreros los derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores*”. Se indica que dicho término incluye lo siguiente: a) el derecho de asociación; b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente; c) la prohibición del uso de toda forma de trabajo forzado u obligatorio; d) el respeto de la edad mínima para el empleo de menores de edad; e) condiciones de trabajo aceptables respecto a salario mínimo, horas de trabajo y salud y seguridad ocupacionales. De este modo, el Presidente de los Estados Unidos no podrá designar como beneficiario del Sistema Generalizado de Preferencias a un país que no haya tomado, o esté tomando medidas, para otorgar a sus obreros los derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores.

La verificación del cumplimiento de las condiciones necesarias para el otorgamiento de los beneficios teóricamente debe hacerse cada año, aunque, en la práctica, únicamente se realice respecto de aquellos países que han sido denunciados por no estar cumpliendo dicho requisito. La revisión está a cargo de la Oficina del Representante de Comercio de los Estados Unidos (USTR) y se realiza a través de un subcomité llamado Comité de Política Comercial (TPS). Esta consta de dos etapas: en la primera se analiza la denuncia para determinar si ofrece razones de peso para justificar el inicio del proceso de revisión contra el Estado beneficiario; mientras que, en la segunda, se analiza a fondo la conducta laboral del país cuestionado.

Recientemente, una nueva norma ha entrado en vigencia en relación con esta materia. En septiembre de 1997, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la llamada Enmienda Sanders, que prohíbe la entrada de productos fabricados en otros países con mano de obra infantil.



## 10. INICIATIVAS PRIVADAS

### A. El etiquetado social

Destaca Van Lient que es un hecho actual la existencia de una corriente entre los consumidores del mundo que desean conocer las condiciones bajo las cuales los bienes que ellos compran han sido fabricados. Es, lo que según Etwell se conoce como “*Radical consumerism*”.

Señala varios ejemplos:

- La *South Asian Coalition Child Servitude* de India (“*Satyacthi*”) etiqueta las alfombras fabricadas en la región, garantizando que no se han producido con trabajo infantil. Una organización privada con participación de productores, organizaciones no gubernamentales dedicadas a combatir el trabajo infantil, la UNICEF, sindicatos y otros interesados verifican el buen uso de la etiqueta.
- En los Estados Unidos se fundó hace 25 años el Council on Economic Priorities, con el fin de promover la responsabilidad social en las empresas. Una de sus publicaciones titulada “*Shopping for a better world, quick and easy guide to supermarket shopping*”, contiene una lista de más de mil marcas de productos de supermercado y califica a sus fabricantes según diez criterios que incluyen situaciones relativas al lugar de trabajo.

Dada la concientización que a nivel mundial se está dando entre los consumidores, en especial de los países más desarrollados y ricos, en relación con las cuestiones laboral y ambiental, es previsible que este tipo de iniciativas privadas se multipliquen y quizá en el futuro lleguen a constituir una presión mayor para el respeto de determinados estándares laborales que la de una eventual cláusula social en ámbitos como el de la OMC, cuya posibilidad real de implementación parece tan difícil y lejana.

Freeman considera que el mecanismo de “*etiquetar*”, tiene ventajas frente a las regulaciones gubernamentales y que debería darse, por parte de quienes establecen la política, un mayor énfasis a la estrategia del etiquetado para establecer determinadas normas, informando al consumidor sobre las condiciones laborales y penalizar aquellas producidas bajo condiciones laborales insuficientes.

## **B. Los códigos corporativos de conducta en el campo laboral**

La prensa informó el 20 de abril de 1997 sobre el acuerdo alcanzado en los Estados Unidos por los representantes de las empresas manufactureras de vestido y calzado y diversos grupos de consumidores y organizaciones laborales, en presencia del Presidente Clinton, por el cual dichas empresas adoptaron un “*código corporativo de conducta*”.

Por código de conducta se entiende generalmente un instrumento en el que se fijan un conjunto de opciones de política empresarial y normas referidas al trabajo infantil y otras condiciones de trabajo.

El contenido de los códigos de conducta es muy variado, cambiando generalmente de una compañía a otra. Sin embargo, el propuesto en la referida ocasión comprende:

- La prohibición de emplear a menores de 15 años, a menos que la legislación del país permita que la edad mínima sea de 14 años.
- La prohibición de todo abuso u hostigamiento y discriminación al trabajador.
- El reconocimiento y respeto de los derechos de libertad de asociación y contratación colectiva.
- El requisito de que los empleadores paguen, por lo menos, el salario mínimo.
- La obligación de proporcionar al trabajador un ambiente de trabajo seguro y sano.
- Un límite de 12 horas por semana para el trabajo obligatorio en horas extraordinarias y el respeto de la semana laboral ordinaria del país (48 horas, o la que sea menor).
- Un día libre en cada período de siete días de trabajo.

Los antecedentes de los códigos corporativos de conducta se remontan a los años setenta, cuando se generó una amplia crítica en relación con la actuación de las empresas multinacionales en los países en desarrollo. Como respuesta a la presión de estos países y de los

grupos de derechos humanos, varias organizaciones internacionales desarrollaron guías de comportamiento ético respecto de las compañías transnacionales, que contenían entre otras materias, normas laborales. Se señala como ejemplo el borrador del Código de conducta de las Naciones Unidas para Corporaciones multinacionales, la Guía de la OECD para Empresas Transnacionales y la Declaración Tripartita de Principios respecto de las Empresas Transnacionales y Política Social de la Organización Internacional del Trabajo.

Este tipo de códigos servían de modelos a las empresas para desarrollar sus propios códigos de conducta en materia laboral.

#### **a. Factores que han contribuido a su adopción**

Son varios los factores que han contribuido a la adopción de códigos de conducta. Uno muy importante es la presión que los consumidores ejercen sobre las empresas, exigiendo que los productos que ellos consumen sean elaborados bajo normas laborales mínimas, de forma que su aplicación proteja las “marcas” de la empresa. También se destaca el sentido de responsabilidad de las mismas empresas y las presiones de los grupos sindicales, la prensa y, en el caso de los Estados Unidos, el hecho de que el Gobierno estimule a las empresas americanas a adoptar este tipo de códigos.

#### **b. Implementación**

La aplicación efectiva de los códigos de conducta presenta varios retos. Será más probable que estos se apliquen cuanto más directa o cercana sea la relación entre el importador y el productor. Entre más compleja sea la cadena de producción y, consecuentemente, existan mayor número de contratistas, subcontratistas y agentes de compras, mayor dificultad existirá para su implementación, dado que cada uno de ellos puede tener, a su vez, su propio código de conducta, o también puede haber adoptado el de una asociación de empleadores de una determinada actividad en un determinado país. Si tenemos presente el caso de los Estados Unidos, donde pueden haber, por ejemplo en la Industria textil, miles de contratistas y subcontratistas que a su vez tienen otros suplidores, podremos tener idea de la complejidad del reto. Esto ha traído como consecuencia que muchas de las empresas más importantes de los Estados Unidos no acepten subcontratistas o ejerzan estrictos controles sobre la producción de éstos.

Se considera un elemento fundamental en relación con los códigos corporativos de conducta su divulgación, de tal manera que los contratistas, subcontratistas, trabajadores, el público, las entidades no gubernamentales y los gobiernos sean conscientes de su existencia y significado.

### **c. Control de aplicación**

La clave de la vigencia efectiva de un código corporativo de conducta, de su verdadera autenticidad, está en el control de su aplicación. El estudio del sistema previsto nos permite determinar si la empresa que lo adopta realmente quiere cumplir con determinados estándares laborales, o si se trata es de una actividad meramente cosmética y de relaciones públicas.

De un estudio hecho por el Ministerio de Trabajo de los Estados Unidos, una primera observación que surge es que son pocas las empresas que tienen un sistema de control específico del código, ya que la mayor parte de ellas lo incluyen dentro de un ámbito mayor, como puede ser el de calidad.

Se suele distinguir entre modelos o sistemas de control internos y externos.

El sistema de control interno es el preferido por las empresas que son renuentes a permitir el control de sus actividades por parte de instancias externas y, por lo tanto, usan su propio personal o empleados de la casa matriz con este fin. Este es un sistema de verificación típico de las empresas que tienen una integración vertical; es decir de aquellas en las que la casa matriz es la propietaria de todas las fases del proceso de producción.

El sistema de control externo se puede realizar a través de una auditoría y de una supervisión por organizaciones no gubernamentales.

La auditoría es un mecanismo usado por las empresas que quieren dar una mayor imagen de credibilidad. Son las llamadas auditorías laborales y consisten en la realización por parte de una firma externa, que podría ser una firma de contadores y auditores, de controles que comprendan también la normativa laboral. Puede ser realizado también por empresas especialmente constituidas con el único propósito de

ofrecer ese servicio. El punto clave de esta materia es la independencia de estas firmas.

El control realizado por organizaciones no gubernamentales es considerado un sistema muy ventajoso, porque se supone que estas son entidades son independientes que además conocen el medio y, por lo tanto, también el idioma del lugar donde se realiza el control, lo que facilita una mayor relación de confianza con los trabajadores de las empresas controladas.

Hay empresas que realizan un análisis previo a la firma de contratos; es decir, evalúan a sus posibles contrapartes, de tal manera que rechazan la relación con cualquier contratista que no se ajuste a los requerimientos del respectivo código de conducta. En estos casos, la evaluación típica comprende la inspección de la planta física y la revisión de archivos de la empresa relativos al personal y política laboral. Ejemplo de éste tipo de control, es la firma Levi Straus, que tiene un equipo de cincuenta auditores especialmente cualificados, que realizan una evaluación de dos días completos con base en un formulario de veinte páginas, para evaluar las políticas prácticas y condiciones de los contratistas, revisan planillas y carpetas y hacen una verificación de las condiciones de salud ocupacional. Además, visitan organizaciones y líderes comunales y entrevistan a los trabajadores.

#### **d. La norma de responsabilidad social 8000 (RS 8000)**

Determinado, a través de un control efectivo, la violación de un código de conducta, es fundamental sancionar al incumplidor.

En un estudio hecho por el Ministerio de Trabajo de los Estados Unidos se determinó que la mayoría de las empresas hacen primero una investigación, y determinada la comisión de una falta, usan sanciones graduales que incluyen: multas, períodos de prueba, la solicitud de acción correctiva y el establecimiento de programas educacionales, la cancelación del contrato específico, la terminación de la relación contractual, la suspensión de los contratos en curso o no dar contratos adicionales.

### **C. Sanciones**

En Inglaterra, un grupo de compañías, con la participación de algunos sindicatos y de Amnistía Internacional, bajo el auspicio del

*Council on Economic Priorities* (CEP) –es decir, conformando una iniciativa netamente privada– han desarrollado lo que han llamado el *Estandar Internacional Responsabilidad Social 8000* (RS 8000).

La RS 8000 es una norma que asegura el contenido ético en la producción de bienes y servicios. Establece para ello un conjunto de normas básicas y procedimientos relativos a la salud y seguridad, el trabajo infantil, el trabajo forzoso, los derechos sindicales, la remuneración y las horas de trabajo, junto con el sistema gerencial para asegurar aquellos.

Puede aplicarse a organizaciones de cualquier tipo de industria en el mundo. Una compañía que aplique la norma RS 8000 se compromete a cumplir las normas nacionales en la materia y, además, los principios de los siguientes instrumentos internacionales, todos de la Organización Internacional de Trabajo: Convenios 29 y 105 (trabajo forzoso), Convenio 87 (libertad sindical), Convenio 98 (derecho de negociación colectiva), Convenios 100 y 111 (remuneración igual para trabajadores masculinos y femeninos por trabajo de igual valor y no discriminación) Convenio 135 (representantes de los trabajadores), Convenio 138 y Recomendación 146 (edad mínima), Convenio 155 y Recomendación 164 (seguridad y salud ocupacional), Convenio 159 (rehabilitación vocacional y empleo a personas discapacitadas), Convenio 177 (trabajo a domicilio). También, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre el derechos de los niños.

La norma define, así, los requisitos necesarios para la llamada responsabilidad social, respecto del trabajo infantil, el trabajo forzoso, la salud y la seguridad, la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva, la igualdad y no discriminación, las prácticas disciplinarias, las horas laborales, la compensación y los sistema gerenciales. Respecto de cada uno de esos rubros, establece los criterios o políticas que seguirá la compañía. Debe entenderse siempre que, cuando haya discrepancia entre la ley nacional y las normas de responsabilidad social, se aplicará aquella previsión que sea mas favorable para los trabajadores. Aplicar la norma RS 8000 implica someterse al control de auditorias externas.

## **11. UN EJEMPLO: EL CASO DE COSTA RICA**

Podemos preguntarnos por la vigencia efectiva de las cláusulas sociales que hemos venido refiriendo. Un caso ocurrido en relación con Costa Rica nos puede servir al respecto.

En 1993, la Central Sindical AFL-CIO, de los Estados Unidos, a petición de sindicatos costarricenses, solicitó a la oficina del representante comercial de ese país, la suspensión de los beneficios que, de acuerdo con el Sistema Generalizado de Preferencias y la Iniciativa de la Cuenca del Caribe, había venido disfrutando Costa Rica. El fundamento de la petición fue que Costa Rica no había tomado, ni estaba tomando, los pasos necesarios para asegurar el respeto a los derechos de los trabajadores internacionalmente reconocidos.

En 1989 la Confederación Internacional de Sindicalismo Libre (CIOSL) había presentado una queja contra Costa Rica ante la OIT. En 1991, el Comité de Libertad Sindical consideró que sí existía base para la denuncia. Cuando en 1993 se produce la denuncia de la AFL-CIO, era inminente otra condena de parte del Comité Libertad Sindical contra Costa Rica, lo que hubiera dado un gran fundamento a la gestión de los sindicatos americanos, por ser dicho comité el organismo técnico a nivel mundial en la materia. De producirse la suspensión solicitada, Costa Rica se habría visto afectada negativamente en sus exportaciones a los Estados Unidos, que en ese momento eran de alrededor de trescientos cincuenta millones de dólares anuales. Igualmente, se vería perjudicada por la pérdida de posibles inversionistas potenciales, debido a la imagen negativa que generaría para el país el hecho de ser considerado violador de los derechos básicos de los trabajadores.

Dada la inminencia de la acción que tomaría el Gobierno de los Estados Unidos contra Costa Rica, en cuestión de quince días y de forma concertada, Gobierno, sindicatos y empleadores propiciaron la aprobación de una ley que introdujo en el ordenamiento jurídico de Costa Rica la noción de práctica laboral desleal, que determina la nulidad de actos antisindicales y la restitución de derechos violados, incluyendo, si fuera el caso, la reinstalación del trabajador y el pago de los salarios caídos. A la vez que actualizó el sistema de multas por infracción a las leyes laborales, que no había sido modificado desde 1943; prohibió expresamente la participación en la negociación colectiva al movimiento solidarista y reforzó la intervención conciliadora del Ministerio de Trabajo. Estas reformas, para quienes estábamos acostumbrados a analizar la realidad político laboral del país, parecían absolutamente impensables e improbables. Pero, ante la presión internacional y la posible aplicación de cláusulas sociales negativas, se logró ese importantísimo y trascendental cambio en la legislación laboral costarricense. Posteriormente, la AFL-CIO notificó al presidente del Sub-comité del Sistema General de Preferencias su decisión de retirar su demanda contra

Costa Rica, por considerar que el país estaba comprometido a seguir una política y un programa para asegurar a sus trabajadores los derechos laborales internacionalmente reconocidos. Ante esta petición, el Subcomité dio por terminada la intervención.

## **12. OTRO EJEMPLO: EL CASO DEL BANANO**

En 1997, los sindicatos de los trabajadores bananeros, con el apoyo de sindicatos ingleses y alemanes iniciaron una ofensiva contra la importación de banano de Costa Rica en Europa, alegando que el país violaba las disposiciones laborales y ambientales en la producción de dicha fruta. Como consecuencia de ello, se comenzó a obstaculizar el ingreso del banano costarricense en Inglaterra. La presión tuvo como resultado que la Corporación de Desarrollo Bananero de Costa Rica (Bandeco), una subsidiaria de Del Monte Product Inc., llegara a un acuerdo macro con el sindicato de trabajadores de plantaciones agrícolas, por el que se estableció el marco dentro del cual se desarrollarían las relaciones de índole laboral entre esa empresa y los trabajadores.

Como valores fundamentales de dicho acuerdo se establecieron el respeto de la libertad sindical y el derecho del trabajador a decidir si participa o no dentro de la organización sindical o de otra asociación libre. También se introdujo el compromiso recíproco de respetar las garantías y derechos sociales contenidos en la Constitución Política, los convenios internacionales ratificados por Costa Rica y el resto de la legislación. Se garantizó al sindicato el principio de libre movilización en las propiedades de la empresa y su derecho a realizar actividades de carácter organizativo; a la vez que un trato igual al del movimiento solidarista. Se establecieron también mecanismos paritarios a dos niveles para el tratamiento solución de los conflictos que puedan surgir entre la empresa y el sindicato y se dispuso que toda disputa entre las partes se conocerá dentro del marco legal y la jurisdicción de Costa Rica. En dicho acuerdo igualmente se manifiesta que, en pro de la buena fe y disposición de cumplimiento, el sindicato ejercería la acción pertinente y necesaria para que se detuviese la campaña que se realizaba en Europa contra el banano comercializado por la marca Del Monte, como en efecto se hizo.

## **13. CONSIDERACIONES FINALES**

La cláusula social tiene alcances limitados o nulos contra las grandes potencias. Es fácil advertir que potencias como China o Estados



Unidos de Norte América son prácticamente inmunes a las sanciones económicas. La importancia de sus mercados hace que la nación sancionadora –que se vería privada de venderles o comprarles– sufriría consecuencias más graves que la nación sancionada.

La cláusula social sólo funciona, además, cuando la desprotección de los trabajadores se produce en el sector exportador. Sin embargo, las formas de explotación extrema de los trabajadores se dan también en los sectores productivos dedicados al consumo interno, o en fases desconocidas o difícilmente detectables del proceso de producción para la exportación.

En determinadas condiciones, la aplicación de las sanciones previstas en la cláusula social puede incluso provocar un agravamiento de la explotación de los trabajadores.

Los alcances de la sanción son diferentes según la política económica el país sancionado. En efecto, la prohibición de importaciones puede resultar un aliciente para un Estado embarcado en una política de sustitución de importaciones.

Desde una perspectiva europea, sin duda mucho de lo que ocurre en la época de la globalización significa un retroceso. Sin embargo, para esa gran parte del planeta en que el Derecho del Trabajo apenas comienza a despuntar en el horizonte, la situación puede ser diversa:

- Frente a la falta de legislación local, las cláusulas sociales ocupan el lugar de esa normativa inexistente, con la virtud de que, al garantizar la libertad sindical y la negociación colectiva, abren evidentemente una gran perspectiva.
- Ante legislaciones nacionales “*poco auténticas*” (Plá Rodríguez), los sistemas que hemos venido analizando asumen en la práctica el papel de una inspección de trabajo, quizá inexistente en el país del que se trate o poco eficaz.
- Estos pueden ser el desencadenante de importantes cambios legislativos (como en Costa Rica en 1993) dentro de los países afectados.
- Pueden significar una rigidización frente al fenómeno general de la flexibilización.

- Los sistemas de control de los mecanismos del tipo de los códigos corporativos de conducta y la Norma de Responsabilidad Social RS 8000, en tanto funcionen adecuadamente, están dando a los sindicatos un importante ámbito de participación controlada en un momento en el que en otros aspectos su presencia e intervención se disminuido.
- En esos mismos mecanismos de control han venido participando diferentes organizaciones civiles (ONG), implicando a muchos sectores sociales en la verificación del cumplimiento, en estrecha relación con los sindicatos, lo que constituye expresión de un fenómeno, quizá no novedoso, pero si renovado –al menos en varios países– de trabajo conjunto, del mayor interés social.

Sin embargo, no podemos olvidar sus posibles debilidades:

- En los códigos corporativos de conducta y las normas de responsabilidad social, el elemento clave es la autenticidad, profesionalidad, objetividad y acceso a todos los sectores interesados por parte del Auditor. En este sentido, sin que puedan hacerse generalizaciones, parece más cercano a este ideal el sistema europeo de la RS 8000 que el americano de los códigos corporativos de conducta.
- En los sistemas de creación unilateral estatal queda, sin duda, un amplio margen de discrecionalidad en manos del país que abre su mercado, de forma que pueden operar todo tipo de presiones políticas y discriminaciones. En esta línea, la vigencia en sí del sistema en un determinado país puede depender de la concepción política de quienes gobiernen, como podría ocurrir en los Estados Unidos con un Gobierno Republicano, que no está de acuerdo con este tipo de medidas.
- La acción sindical en el plano internacional, pidiendo la apertura de mecanismos de sanción contra su propio país, puede desencadenar campañas contra el sindicalismo, basadas en sentimientos nacionalistas. Incluso podría surgir el argumento de traición a la patria.
- Igualmente, ello podría dar lugar a conflictos del sindicato denunciante de la violación con los trabajadores que puedan verse perjudicados debido a la adopción de sanciones por incumplimiento de las cláusulas sociales y el eventual cierre de mercados nacionales o para una determinada actividad.

## BIBLIOGRAFÍA

- BABACE, H. (2000). Cláusulas Sociales. *Derecho Laboral*. Núm. 198.
- BARBAGELATA, H. H. ( 1999). Hablemos de Flexibilidad y Globalización. *Derecho Laboral*. Núm. 194.
- BRAND, D. y HOFFMANN, R. (1994). Le debat sur l'introduction de une clause sociale dans le systeme commercial internacional: quel's enjeux. *Problemes Economiques*. Núm. 2400.
- BROWN, D., K., DEARDORFF, A. V. y STERN R. (1986). International Labour Standards and Trade: A Theoretical Analysis. BHAGWATI, J. y HUDEE, R. *Fair trade and harmonization: prerequisites for free trade*. Boston: Massachussets Institute of Technology.
- CAIRE, G. (1994). Labour Standards and Internacional Trade. En SENGENBERGER, W. y CAMPBELL, D. *International Labour Standards and Economic Interdependence*. Ginebra: International Institute for Labour Studies.
- CASTELLO, A. (2000). La cláusula social y la declaración social laboral del MERCOSUR. *Derecho Laboral*. Núm. 198.
- CIOSL. (1994). *Los Derechos internacionales de los Trabajadores/as y el comercio: la necesidad de diálogo*. Bruselas.
- CIOSL, CMT y CES. (1994). *Dimension sociale du commerce internacional: Declaration commune des confederations syndicale mondiale el europeene*.
- COMISIÓN EUROPEA. (1994). *La política Europea: un paso adelante para la unión. Libro Blanco*. Bruselas.
- DE BUEN, N. (1996). *Los derechos internacionalmente reconocidos a los trabajadores en la perspectiva del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)*. Inédito.
- . (1995). Los acuerdos paralelos al TLC: ¿Una modalidad de cláusula social?. En AA.VV. *La cláusula social: ¿Una estrategia sindical ante la liberalización comercial?*
- DURAN, F. (1999). Globalización y relaciones de trabajo. *Derecho Laboral*. Núm. 193.
- EMMERIJ, L. (1994). Contemporary Challanges for Labour Standars Resulting from Globalization. En SENGENBERGER, W. y CAMPBELL, D. *International Labour Standard and Economic Interdependence*. International Institute for Labour Studies.

- ERMIDA URIATE, O. (1995). Los efectos de la integración económica sobre el derecho del trabajo (con especial referencia al MERCOSUR). En AA.VV. *XII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*.
- . (1996). *MERCOSUR y Derecho Laboral*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- . y otros. (1994). Características, contenido y eficacia de una eventual carta social del MERCOSUR. En AA.VV. *¿Una carta social del MERCOSUR?* Montevideo: RELASUR.
- ESPINOZA, I. (1995). Posición de los países andinos en la mundialización de la economía y la cláusula social. En *Seminario Regional para las organizaciones de empleadores de América Latina*. Lima.
- ETWELL, C. (1995). *Human Rights Labour Standard and the New World Trade Organization: Opportunities for a Lienkage. A Cannadien perspective*. International Center for Human Rights and Democratic Development.
- FACIO, G. (1993). *Victoria de Costa Rica ante el USTR*. San José de Costa Rica: edición mimeografiada.
- FREEMAN (1994). A Hard-headed look at labour standards. En SENGENBERGER, W. y CAMPBELL, D. *International Labour and Economic Interdependence*. International Institute for Labour Studies.
- GAUTHIER, G. y HENDERSON, H. (2000). Cláusulas sociales: un contenido inobjetable y una oportunidad para los países emergentes. *Derecho Laboral*. Núm. 198
- GONZÁLEZ, G. ( 1995). *Cláusula social: el enfoque de las organizaciones sindicales y de los gobiernos*. Lima.
- GUTIERREZ, X. (1998). *La Globalización de la Economía y su influencia en las relaciones individuales de trabajo*. Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- LAPERRIERE, R. ( 1999). Globalización Económica y Derecho Individual del Trabajo. *Derecho Laboral*. Núm. 193.
- LEARY, V. A. (1996). Worker's rights and international trade: The social clause (GATT, ILO, Nafta, U.S. Laws). En BHAGWATT, J. y HUDEC, R. *Fair trade and Harmonization: prerequisites for free trade*. Boston: Massachussets Institute of Technology.
- LEVAGGI, V. (1995) *Aspectos socio-laborales de la globalización de la economía y de la liberalización del comercio mundial. Chile y MERCOSUR*. Santiago de Chile: Oficina Internacional del Trabajo. Equipo Técnico Multidisciplinario de Santiago.

- MANTERO, O. (1998). *El Derecho del Trabajo ante la Globalización de la economía*. Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.
- MINISTROS DE TRABAJO DE CENTROAMÉRICA, BELICE, PANAMÁ Y REPÚBLICA DOMINICANA. (1994). *Declaración de San José*. San José de Costa Rica.
- . (1994). *Declaración de San Salvador*. San Salvador.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. (1994). *Normas laborales y comercio internacional. El papel de la OIT*. Ginebra.
- . (1994). Perspectives NAFTA comes into force with glimmer of a social clause. *International Labour Review*. Vol. 133. Núm. 1.
- . (1995 a). *Oficina de actividades para los empleadores. Informe final*. Ginebra.
- . (1995 b). *Medidas consecutivas a la Cumbre Mundial sobre desarrollo social*. Ginebra.
- . (1995 c). *Posición de los países Andinos en la mundialización de la economía y la cláusula social*. Lima.
- . (1995 d). *Función de las Organizaciones de Empleadores en la Mundialización de la Economía. Seminario Regional para las Organizaciones de Empleadores de América Latina*. Lima.
- . (1996). *Las dimensiones sociales de la liberalización del comercio internacional*. Ginebra.
- . (1998). *Medidas consecutivas a la Cumbre Mundial sobre desarrollo social*. Ginebra.
- PEREZ DEL CASTILLO, S. (1993). Situación de la integración regional en las cuestiones laborales, *Derecho Laboral*. Núm. 170.
- PLA RODRÍGUEZ, A. (1997). El Derecho Laboral ante una encrucijada. *Derecho Laboral*. Núm. 186.
- PURSEY, S. (1994). *Address to a Parliamentary Public Hearing in the social clause in the international multilateral trade system*. Bruselas: Parlamento Europeo.
- QUIRÓS, R. (1994). *La Cláusula Social en los convenios internacionales de comercio*. San José de Costa Rica.

- RASO DELGUE, J. (1994). El espíritu de la OIT en el Acuerdo Laboral del TLC (NAFTA). *Derecho Laboral*. Núm. 173-174.
- . (2000). La dimensión social de la Globalización: Entre cláusulas sociales y declaraciones. *Derecho Laboral*. Núm. 198.
- RELASUR. (1993). *Integración Económica y Relaciones Laborales*”. Documento de base para el Primer Seminario Internacional Tripartito. Buenos Aires.
- SALA FRANCO, T. (1993). La Política Social en la Comunidad Europea, *RELASUR*, Núm. 1.
- SÁNCHEZ, H. (1995). Mecanismos de negociación de cláusula social. La propuesta sindical. En AA.VV. *La Cláusula social: ¿Una estrategia sindical ante la liberalización comercial?* Fundación Friedrich Ebert.
- SENGENBERGER, W. (1994). International Labour Standards in a Globalized Economy: The Issues. En SENGENBERGER, W. y CAMPBELL, D. *International Labour Standard and Economic Interdependence*. International Institute for Labour Studies.
- SERVAIS, J.M. (1989). La cláusula social en los tratados de comercio ¿Pretensión ilusoria o instrumento de progreso social? *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 108. Núm. 3.
- TSOGAS, G. (1997). *Labour Standards corporate codes of conduct and labour regulations in international trade cardiff*.
- U.S. DEPARTAMENT OF LABOUR ( 1996). *The apparel industry and codes of conduct a solution to the international child labour problem*.
- UITA-COLSIBA ( 2000). *Declaración de Miami*. Miami.
- VAN LIENT, G. (1989). Normas Laborales mínimas y Comercio Internacional: ¿Resultaría viable una cláusula social? *Revista Internacional del Trabajo*. Vol. 108. Núm. 3.
- . (1994). The multilateral social clause in 1994. En *Draft discussion paper; International Coalition for Development Action*. Bruselas.
- VIDA SORIA, J. (1993). Las Cartas sociales europeas en la construcción de la Europa social. *RELASUR*. Núm. 1.
- VON POTOBSKY, G. (1994). Naturaleza, contenido y eficacia de una eventual carta social del MERCOSUR. En AA.VV. *¿Una carta social del MERCOSUR?* Montevideo: OIT-RELASUR.
- . (1995). La normativa laboral frente a la reestructuración, el desarrollo y la globalización de la economía. *RELASUR*. Núm. 6.
- VON SHOPPEN THAU, P. (1995). La cláusula social: Un arma inadecuada en la lucha por los derechos humanos y las normas sociales. En AA.VV. *La cláusula social: ¿Una estrategia sindical ante la liberalización comercial?* Fundación Friedrich Ebert.

**LA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA  
Y LA PRÁCTICA PENITENCIARIA COSTARRICENSE**

*Licda. Mayra Acevedo Matamoros*  
Abogada costarricense

## **SUMARIO:**

1. Introducción
2. Política criminal y estado de derecho
3. Sistema penitenciario
4. Derechos humanos
5. Conclusión



## 1. INTRODUCCIÓN

La política criminal constituye la facultad delegada por el conglomerado social al Estado para que defina, mediante procesos de criminalización y descriminalización, la cuestión criminal dentro de la estructura social y por lo tanto, dirija y organice el conjunto de métodos utilizables como respuesta al fenómeno criminal en un marco democrático de legalidad. Es así como, se establece la prioridad de derechos que se han de proteger y las formas que deben implementarse para lograr esa protección. Su función principal se concentra entonces, en el establecimiento de los modelos de prevención y de lucha contra el crimen.<sup>(1)</sup>

No obstante, la política criminal no solo se circunscribe a las conductas que se evaluaron como delitos y a las cuales se le asignaron una sanción; implica además, una serie de respuestas extrapenales que se realizan muchas veces con participación de organismos no gubernamentales o grupos sociales, tendientes a la prevención temprana de la criminalidad y en la mayor o menor frecuencia de ciertas formas delictivas; como por ejemplo, programas de educación, de empleo, de socialización, de integración comunitaria, de resolución de conflictos previos a los penalizados, etc.<sup>(2)</sup> Así, el objeto de estudio de la Política Criminal se encuentra integrado no sólo por el Derecho Penal sino también por aquellas instituciones que tengan como fin, desde la perspectiva política, la prevención y el control del delito y la criminalidad.<sup>(3)</sup>

En este sentido, la formulación de la política criminal requiere que la totalidad del sistema de control social sea interceptado por otras áreas de la política estatal particularmente, del sector social (vivienda, educación, trabajo, salud, etc.) y que exista una comprensión interdisciplinaria de los distintos aspectos que implica el proceso de criminalización para cada una de las unidades integrantes de éste sistema: leyes, instancias (policía, sistema penitenciario, proceso penal y organismos sociales) y los operadores sociales que actúan en ellas, con

---

(1) BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Ensayos de Derecho Penal y Política Criminal*. Editorial Jurídica Continental. San José, 2001, p.218.

(2) TOCORA, Fernando. *Política Criminal Contemporánea*. Colombia, Editorial Temis, 1997, p. 12.

(3) BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Op. cit*, p. 209.

el fin de que mantengan una dirección política unívoca y coordinada acorde con la realidad social.<sup>(4)</sup>

De esta forma, la Política Criminal como metodología, se convierte en el punto necesario de unión entre el saber empírico (investigaciones criminológicas) y su concreción normativa (legislación penal, etc.). Condición necesaria para que los principios de un derecho penal justo y equitativo puedan libremente manifestarse; esto por cuanto, es a partir de ella donde determina la misión, los contenidos y los alcances de las regulaciones penales.<sup>(5)</sup>

## 2. POLÍTICA CRIMINAL Y ESTADO DE DERECHO

El clima de inseguridad ciudadana que se ha gestado en estos últimos años, estimulado por la creencia de un aumento desmedido de las tasas de criminalidad y por la dramatización que sobre los hechos delictivos hace la prensa, ha propiciado que la política criminal tienda hacia la búsqueda de métodos que proporcionen respuestas cada vez más “eficaces” con las que se puedan enfrentar el fenómeno de la criminalidad y las consecuencias que ocasiona para el nuevo orden económico y político instaurado.

Lo anterior por cuanto esa sensación de temor al delito que parte de todos los sectores sociales ha generado una serie de cuestionamientos sobre el rol que deben ocupar las instituciones estatales (principalmente aquellas destinadas al control social) en materia de seguridad de los habitantes. Por ello, la desconfianza en la gestión de las agencias punitivas ha hecho que se demanden con mayor frecuencia y en forma generalizada, medidas estatales cada vez más drásticas con las que se puedan controlar y frenar los efectos que la delincuencia y la criminalidad ocasionan en la ciudadanía.

Es así como, la mayoría de las soluciones exigidas para resolver el problema de inseguridad sean particularmente centradas en la represión

---

(4) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Política Criminal y Estado*, en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm); consultado el 24 de abril de 2003, p. 1.

(5) ROSCONI, Maximiliano. *Sistema del hecho punible y política criminal*. Argentina, Editorial Ad Hoc, 1ª de edición, 1995, pp.27-65.

penal, convirtiendo el Derecho Penal en el ente garantizador de la seguridad ciudadana. Es entonces como en este contexto, el Estado redefine sus funciones al afirmar la necesidad de reducir su papel social y ampliar su intervención penal<sup>(6)</sup> por medio de una política criminal represiva en su contenido y con una planificación repulsa del conocimiento serio y científico de la realidad social.

La política criminal se convierte en esta coyuntura en una cuestión de moral más que de seguridad ciudadana, donde los sujetos son vistos como “objetos” del sistema penal al ser la finalidad de los programas de acción, la seguridad de sus potenciales víctimas y no la seguridad de sus derechos.<sup>(7)</sup>

De este modo, se elabora una política criminal caracterizada por la creación de nuevos delitos o por agravar los ya existentes; ese decir, se concentra en los tipos penales y en las conminaciones sin interesarle las consecuencias que ello pueda generar. Al mismo tiempo, extiende su ámbito de actuación a aquellos sectores que en la opinión pública se consideran más amenazantes contribuyendo con ello, a estigmatizar ciertos grupos sociales.

Es así como, se establece una “política” de apaciguamiento o política de “reflejos condicionados”<sup>(8)</sup> destinada a calmar los ánimos

---

(6) WACQUANT, Loïc. *Las cárceles de la miseria*. Alianza Editorial S.A, Madrid, 2000, p.12.

(7) BARATTA, Alessandro. *Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social*; en [www.ilanud.or.cr](http://www.ilanud.or.cr), consultado el 20 de abril de 2001, p. 7.

Esta situación se confirma en Costa Rica, cuando el Poder Ejecutivo concentró todas sus energías en una serie de proyectos de ley donde se tipificaban nuevos tipos penales y se creaban unidades policiales especializadas para atacar drásticamente la ola de secuestros extorsivos que azotó al país durante algún tiempo.

(8) Dicha denominación hace referencia al tipo de política que obedece solamente al principio de acción-reacción en una coyuntura determinada; es decir, frente a impulsos emotivos provocados por tragedias aisladas. Esto crea una política dependiente del hecho, en la que no se discute ni se estudia los planes a realizar y se actúa sin la mayor ponderación sobre los efectos que pueda generar en el orden social. En Tocora Fernando. *Op. cit.*, pp. 17-20.

perturbados por el delito reciente para pretender dar la impresión de que éstos se combaten por normas expeditas de gran rigor; las cuales se aplican sin ningún respaldo en su viabilidad y utilidad.

Se da entonces, solo un interés de enfrentar o contener la oleada de protestas y de inconformidad social real o infundada, provocada por el crecimiento delictivo y la frustración acumulada por la inoperancia estatal demandada en el campo de la seguridad y la justicia. Esto convierte a la Política Criminal [...] *en una herramienta electoral y no en un estudio serio de las medidas, criterios y argumentos para prevenir y reaccionar frente al delito* [...] <sup>(9)</sup>

Es decir, se crea una la politización de la justicia penal, en la medida que es utilizada por los gobernantes políticos para responder a las demandas sociales, antes que aplicarse a la solución de los problemas sociales que subyacen en el fondo de la criminalidad.

El Estado entonces, plantea soluciones que en nada favorecen la prevención y tratamiento de la criminalidad por cuanto proponen la represión penal como el único medio para responder a los efectos de ésta sin conocimiento de las causas que inciden en dicho fenómeno, como lo son los factores sociales y económicos que se generan en la actual coyuntura.

La anterior afirmación encuentra fundamento en las soluciones propuestas: la ampliación de las acciones de control punitivo; el endurecimiento de las penas; la creación de nuevos tipos penales principalmente en materia de terrorismo<sup>(10)</sup> y narcotráfico, la militarización de la policía; la disminución de los beneficios de encarcelamiento y de penas alternativas y la conversión de las contravenciones en delitos.

---

(9) Chirino Sánchez Alfredo. “Sobre los treinta años perdidos de la ciencia penal costarricense”; discurso dado en el Auditorio del Poder Judicial el 23 de enero de 2002, p. 6.

(10) Esto se observa con mayor claridad en la aprobación del segundo de ocho debates por parte de la Cámara de Representantes de Colombia de un proyecto de estatuto antiterrorista que faculta a las autoridades de ese país a restringir algunas garantías de los ciudadanos. Dicho plan permite la intercepción de todo tipo de comunicaciones y realizar detenciones y registros domiciliarios sin previa orden judicial. Para mayor detalle ver [www.nacion.com/In\\_ee/2003/mayo/21/mundo5.html](http://www.nacion.com/In_ee/2003/mayo/21/mundo5.html), consultado el 21 de mayo de 2003.

Medidas éstas que podrían eventualmente, provocar un rompimiento de los esquemas democráticos establecidos en el marco de un Estado de Derecho, al ir en contrasentido de los lineamientos jurídicos que proclaman la vigencia de un derecho penal mínimo o de última ratio, que solo legitime la intervención estatal en los casos en que no exista otra alternativa y la pena sea solo una necesidad.<sup>(11)</sup> De esta manera, el problema que ocasiona el aumento de la criminalidad –que en muchos casos es relativo– se incrementa con los instrumentos estatales utilizados para enfrentarla.

Así, desde ésta perspectiva, los instrumentos coactivos del Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal se transforman en los únicos y últimos medios para la solución de los conflictos sociales abarcando áreas, en donde la justicia penal se encuentra imposibilitada por su propia naturaleza para actuar.

En el caso particular de Costa Rica, las autoridades políticas ha intentando insistentemente en buscar los mecanismos e instrumentos idóneos para responder y satisfacer los requerimientos de una opinión pública viciada por las malas interpretaciones que rodean a la realidad criminal.

De este modo, la “política criminal” del país son conducidas por las encuestas de opinión,<sup>(12)</sup> con el objetivo de mejorar la credibilidad ya deteriorada que tiene la población con respecto a la justicia, ante la creciente desconfianza que ha generado el funcionamiento policial y el sistema jurídico en general para la solución de los conflictos sociales.

Ello ha justificado y estimulado una serie de políticas estatales tendientes al fortalecimiento de los sistemas represivos, sin la debida consideración por los derechos y garantías consagrados constitucionalmente para todos los integrantes del orden social al que pertenecemos. “Políticas” que se encuentran identificadas y apoyadas en las representaciones sociales que se manejan y actúan sobre la clientela

---

(11) TOCORA, Fernando. *Op. cit*, p. 8.

(12) ISSA, El Khoury Henry. Política Criminal y penas alternativas (Las Políticas Criminales del Estado); en *Cuarto Temas de Política Criminal*, San José, Costa Rica, CONAMAJ, 1998, p. 77.

clásica del sistema penal.<sup>(13)</sup> Es así como, se propugna por la creación de nuevos tipos penales, el reforzamiento de las fuerzas policiales, la conversión de las penas en delitos y el aumento de la pena de prisión.

A ello se le suma la burocratización, el desequilibrio de recursos (ya que la mayoría de éstas son destinados particularmente al fortalecimiento de la policía), la sobresaturación y la carencia de instrumentos materiales, logísticos, técnicos y humanos en las agencias de control penal para actuar en el amplio campo de competencias asignadas por el proyecto político.

Asimismo, la ausencia de políticas criminológicas integradas para los componentes del sistema de justicia penal constituidos históricamente en distintos poderes del Estado (policía, judicial, penitenciario, de menores y legislación penal) hacen que éstos actúen en forma independiente y en ocasiones con base en criterios muy distintos entre sí; con lo que, se contribuye a acentuar la deficiencia tan marcada que define al sistema de justicia penal en el país.

Con ello se tiende a confundir los rangos de prioridades que debe asumir el Estado de Derecho conforme a los principios que lo sustentan, recurriéndose a medidas desproporcionadas y carentes de cientificidad para atender los problemas sociales que aquejan a nuestra sociedad; dándose como resultado graves consecuencias para el ejercicio y el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos.<sup>(14)</sup>

### **3. SISTEMA PENITENCIARIO**

En el caso del campo penitenciario, la prisión preventiva y las medidas tutelares definidas en sentencia para centros cerrados constituyen los principales instrumentos de control criminal utilizados para impedir tanto la libre circulación de los infractores penales como

---

(13) TISCONIA, Sofía. Cuestiones técnicas y metodológicas en el estudio de la violencia: Violencia policial, seguridad ciudadana y derechos humanos; en [www.cfb.ufsc.br/~raiva/sofia.html](http://www.cfb.ufsc.br/~raiva/sofia.html); consultada el 22 de junio de 2001; p. 2.

(14) CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *La Política Criminal "Populista" y las "Políticas" de Persecución de Ministerio Público en Costa Rica*; documento inédito, 2000, pp.3-4.

para, “limpiar las calles” de los delincuentes.<sup>(15)</sup> Esto hace que la ejecución penitenciaria asuma una función estrictamente retributiva (castigar al delincuente por el daño causado) y de prevención general (tranquilizar a la población e intimidando a futuros infractores).<sup>(16)</sup>

Los problemas que tal situación genera para nuestro sistema de justicia penal y en particular para el subsistema penitenciario son más que evidentes, no solo por el costo material y humano que genera para el todo el aparato estatal sino también por las condiciones en que se desarrolla actualmente esta medida penal. Esto no hace más que demostrar el “simbolismo”<sup>(17)</sup> que caracteriza a las “políticas de seguridad” en el país.

En este sentido hay que tomar en cuenta que cuando se obstaculiza el normal desempeño de los sistemas carcelarios en relación con la higiene, la alimentación, el descanso, la salud, la seguridad, la recreación, el trabajo, la educación y la visita íntima, la pena de prisión se convierte en una pena degradante y cruel, violatoria de los derechos humanos.

Por otra parte, la afectación económica que implica el mantenimiento de esta respuesta penal tanto para el Estado como para el recluso y su familia son bastantes grandes; principalmente para los últimos, cuando el ingreso a la prisión conlleva la pérdida de trabajo y de vivienda;<sup>(18)</sup> así como también, de la supresión total o parcial de las prestaciones sociales,<sup>(19)</sup> situación que se mantiene incluso cuando se encuentran fuera de prisión al no tener posibilidades (o están

---

(15) GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. *Delincuencia Juvenil y Seguridad Ciudadana*. En **Revista de Ciencias Penales**, San José, UCR, año 9, número 13, agosto, 1997, p. 114.

(16) BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Op. cit*, p. 266.

(17) Al respecto ver Cirino dos Santos Juárez. *Política Criminal: Realidades e ilusões do discurso penal*, en [www.cirino.com.br/artigos\\_politicacriminal.htm](http://www.cirino.com.br/artigos_politicacriminal.htm); consultado el 4 de marzo de 2003, p. 7.

(18) CESANO, José Daniel. *De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas*, en [www.criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-05.html](http://www.criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html); consultado el 15 de mayo de 2003, p. 2.

(19) WACQUANT, Loïc. *Op. cit*, 149.

gravemente limitadas) para insertarse efectivamente al mercado laboral ante los estereotipos sociales establecidos en su contra<sup>(20)</sup>

Estos inconvenientes que presenta el sistema penitenciario son imposibles de resolver con la simple construcción de más cárceles, porque no depende solamente de la carencia de los recursos económicos sino también de la naturaleza misma del encierro; la cual, se ha demostrado reiteradamente que brinda pocas posibilidades para la rehabilitación y resocialización de los delincuentes. Mientras tanto, las garantías procesales y los derechos de los reclusos resultan lesionados por el sólo hecho de permanecer en ella.<sup>(21)</sup>

Lo anterior pone a descubierto la ineficacia y las dificultades que representa para el sistema de justicia penal la aceptación de esta medida como solución para el fenómeno criminal; comprobándose solamente, que con la cárcel no se disminuye la violencia delictiva sino todo lo contrario. Para ello es suficiente considerar la cantidad de hechos violentos que la acompañan: torturas, homicidios, motines, suicidios, motines, tráfico de armas, drogas, etc.<sup>(22)</sup>

#### **4. DERECHOS HUMANOS**

Esto permite, demostrar que la orientación que se pretende dotar a la política criminales es omisa en la protección de los derechos fundamentales de los individuos sujetos al sistema de control penal, ya que se sustentan en el sostenimiento de un derecho penal del enemigo, en el que se resalta la llamada criminalidad tradicional que el sentido

---

(20) BERGALLI, Roberto. *Cárcel y derechos humanos*; en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/bergalo7.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2007/bergalo7.htm), consultado el 15 de noviembre de 2001, p. 6.

(21) *Ídem*, p. 4.

(22) Noticias recientes sobre matanzas en algunas cárceles latinoamericanas, como por ejemplo en Honduras y Venezuela, demuestran la gravedad de esta problemática y la necesidad urgente de plantear medidas efectivas que permitan introducir mejoras en el sistema penitenciario. Ver [www.nacion.com/In\\_ee/2003/abril/19/mundo8.html](http://www.nacion.com/In_ee/2003/abril/19/mundo8.html), [www.nacion.com/In\\_ee/2003/abril/19/mundo8.html](http://www.nacion.com/In_ee/2003/abril/19/mundo8.html), consultados ambos del 3 de mayo de 2003 y [www.nacion.com/In\\_ee/2003/abril/07mundo6.html](http://www.nacion.com/In_ee/2003/abril/07mundo6.html), consultado el 8 de abril de 2003.



común estereotipa y dramatiza; delitos que se caracterizan por una frecuente repartición de papeles entre la víctima (grupos sociales garantizados y “respetables”) y el agresor (marginales y “peligrosos”).

Debemos partir de esta realidad y reconocer que esta solución no puede proporcionar las respuestas adecuadas a la problemática que aqueja en estos momentos a nuestro sistema de justicia penal. Para ello, es necesario recordar que la pena de prisión constituye la medida más extrema de que se sirve el Derecho Penal para hacer cumplir sus prohibiciones, por lo que su empleo debe estar limitado aquellas conductas que realmente lo ameriten.

En este sentido, se requiere que se dé una nueva dimensión a los derechos humanos, donde estos dejen de ser una simple limitación de la violencia estatal, a fin de que se perciba un sistema penal y de justicia enfocado en la supremacía de los intereses del propio ser humano, reconociendo a éste como único legitimante de la existencia estatal. En este sentido se debe reforzar y recalcar la condición de subsidiaridad que tienen las instituciones públicas, en la protección y el bienestar de las personas a las que sirven.

Para ello hay que recordar que la legitimidad del sistema penal solo se obtiene cuando su discurso (que no debe ser contradictorio con la operatividad del sistema) sea coherente a lo interno, mantenga una fundamentación antropológica básica, en donde el hombre sea considerado como persona y, quienes integran y practican el sistema penal estén sujetos a la experiencia social.<sup>(23)</sup>

Lo anterior no quiere decir, que se deje de establecer obligaciones a aquellos que con sus conductas violenten la esfera de los derechos de otros. Sin embargo, los límites y las sanciones que se impongan a estos comportamientos extremos deben ser realizados de modo tal que, se garantice y se respete el cumplimiento de los fines sociales que conlleva, para que el Estado no transforme su potestad punitiva en un fin para sí mismo;<sup>(24)</sup> ya que cuanto más incisivos son los mecanismos de control,

---

(23) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Editorial Temis, 2ª edición, 1990; p. 7.

(24) ESER, Albin. Una Justicia Penal “a la medida del ser humano”.en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2015/esero15.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2015/esero15.htm), consultado el 18 de octubre de 2001; pp.4-8.

mayores deben de ser las garantías de los sujetos sometidos a un proceso penal, ante posibles abusos de poder de las agencias penales.

Esto implica que el Estado Democrático de Derecho debe guardar el equilibrio entre la protección de las libertades de los ciudadanos consagradas constitucionalmente y la propia limitación de su poder punitivo, hasta el límite estrictamente necesario para la protección de la coexistencia humana; lo cual significa, que el Estado no puede catalogar ni sancionar cualquier conducta que, conforme a criterios meramente subjetivos y sin fundamento alguno se invoque como una agresión a bienes jurídicos fundamentales.<sup>(25)</sup>

Debe entonces pensarse en un Derecho Penal que busque su justificación de existencia en cuanto se considere como un instrumento eficaz que sirva para la protección de la persona y de la sociedad frente a la violencia o la criminalidad, porque con el aumento de los instrumentos jurídicos y la restricción de los derechos de los ciudadanos no se garantiza un mayor equilibrio del sistema de justicia penal ni se elimina el problema de la criminalidad;<sup>(26)</sup> estos, solo se convierten simplemente en obstáculos para alcanzar los fines propuestos.

## 5. CONCLUSIÓN

Es importante, que la administración de justicia se democratice hasta el punto de que la sociedad civil recupere el poder que progresivamente se le ha sustraído. Para ello debe tratarse de dar una respuesta judicial más sencilla, libre de tecnicismos y formalismos irrelevantes, donde el juez y demás servidores públicos puedan conducir un proceso en un “estilo diagonal”<sup>(27)</sup> con el pueblo; así, los principios de inmediación, de publicidad y de concentración, establecidos para un

---

(25) BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Op. cit.*, p. 242.

(26) BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. *Derecho Penal y paz social. Ensayo sobre una aparente contradicción*; en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2009/borja09.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2009/borja09.htm), consultado el 18 de enero de 2003, p. 8.

(27) RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marco. *Proceso, Democracia y Humanización*; en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/rivero13.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2013/rivero13.htm), consultado el 18 de octubre de 2001; p. 9.

sistema de justicia penal transparente y democrática podrán concretizarse. Esto quiere decir que para que la democracia constituya un medio efectivo en la construcción de una sociedad más justa, sus instrumentos deben ser utilizados en su totalidad.<sup>(28)</sup>

En esta dirección es necesario para instaurar la pretendida eficacia, redefinir las funciones del Estado y las políticas criminales con el fin de que exista una verdadera descentralización de poder y una mayor participación ciudadana. Igualmente, no hay que olvidar que el Derecho Penal debe ser más flexible para que pueda adaptarse a los cambios que se gestan en el nuevo orden mundial,<sup>(29)</sup> con la protección de las condiciones básicas de la vida social y apoyado en el respeto por las garantías y derechos emanadas de la dignidad de la persona.

Para ello debe además minimizar su actividad punitiva, recurriendo únicamente a la vía penal cuando el conflicto no pueda resolverse de otra manera; es decir, que su tarea sea limitada exclusivamente a la protección de bienes esenciales para el desarrollo y la convivencia del conglomerado social.

---

(28) BINDER, Alberto. *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*; en [www.iigov.org/iigov/bibliote/tema4/paper0036.htm](http://www.iigov.org/iigov/bibliote/tema4/paper0036.htm); consultado el 9 de noviembre de 2001, p. 9.

(29) HERRERA CASTRO, Luis Guillermo. *Eficacia del sistema penal y la protección frente al nuevo orden mundial*; en [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2009/herre09.htm](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/revista/REVISTA%2009/herre09.htm), consultado el 18 de enero del 2003, p. 6.



**REQUISITOS Y SOLUCIÓN AL CONFLICTO  
ENTRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN  
Y EL HONOR EN ESPAÑA Y COSTA RICA**

*Lic. Alfredo Villalobos Jiménez*<sup>(\*)</sup>  
Abogado costarricense

---

(\*) Alfredo Villalobos Jiménez, cursa el Doctorado en *Derecho a la Información* en la Universidad de Salamanca, España.

## **SUMARIO:**

1. Introducción
2. El conflicto y solución en el ámbito constitucional costarricense y español
3. Requisitos y ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información en la legislación española y costarricense
  - 3.1. Veracidad de la información en la Constitución española y costarricense
    - Veracidad de la información y no la verdad absoluta
    - Verdad objetiva y subjetiva en la libertad de expresión
    - Información contrastada y la veracidad ex ante
    - Veracidad e informaciones erróneas
    - Veracidad, límite interno de la libertad de información
    - La veracidad, libertad de información, honor e intimidad
    - Diligencia y el reportaje neutral
    - Prevalece el derecho de información sobre el honor
    - Reconocimiento de la verdad subjetiva - veracidad
    - Teoría Actual Malice en Estados Unidos
    - Teoría Alemana de la Diligencia y Comprobación
    - Veracidad y prueba de la verdad

## 1. INTRODUCCIÓN

El conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información y el honor cobra vigencia con los sonados casos por todos conocidos con sentencias largamente comentadas en la opinión pública de nuestro país, por ejemplo: *La Nación* versus Juan Diego Castro, el caso Chemise y Figueres, Przedborski y Mauricio Herrera (NACIÓN) y recientemente la condena al periodista Roy Solano de Repretel.

La situación merece un análisis serio del tema que incursiona destacando los requisitos que sustentan la legitimidad del derecho a la información y expresión: veracidad, interés público y proporcionalidad o adecuación de la información, partiendo el estudio comparativo desde una perspectiva de España y Costa Rica

Es difícil el equilibrio y el ejercicio del Derecho a la libertad de expresión cuando es idóneo para lesionar al honor, y el sentimiento de que los ciudadanos y no pueden quedar inermes ante la difamación, la calumnia o las intromisiones en su intimidad, son los puntales en los que se sustenta el interés de la polémica.

Los asuntos en la vida pública presentan las interrogantes del proceder, y hasta dónde y que tipos de acciones deben proteger el honor de las personas e incluso penalmente. El ordenamiento jurídico costarricense encomienda la tutela del honor dentro de los Derechos y Garantías Individuales de la Constitución Costarricense artículos 24, 29 y los artículos 145 al 152 del Código Penal Costarricense Versión y Actualizada con las modificaciones del 2 de octubre de 1995 y de 2 de mayo de 1996 Leyes 7538 y 7600 y los artículos 19, 331 y 386 del Código Procesal Penal.

La exigente de ejercicio legítimo del derecho a la información es instrumento idóneo para resolver el conflicto entre esta libertad y derecho al honor, siempre cuando están sustentados los requisitos legales del ejercicio del derecho a la información.<sup>(1)</sup>

---

(1) Vid, MUÑOZ LORENTE, José. *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*. Tirant lo Blanch. Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 78.

Las razones de elección de los tipos de procesos penales son siempre fáciles de explicar: Son personajes públicos, políticos o no o quienes se ocupan de los medios de comunicación porque en torno a ellos se producen o se fabrican noticias. El conjunto de resortes jurídicos puesto a contribución de la defensa de la libertad de expresión se afina al límite con intensidad cuando se trata de medir los límites de la crítica política y la conexión con la dignidad de las personas que ocupan puestos públicos. Dado el valor esencial que la prensa libre tiene para promover la información y el debate en las sociedades democráticas, los litigios entre prensa y los personajes públicamente relevantes muestran una máxima tensión admisible entre la libre información y el honor de las personas.

La monografía es una aproximación de la problemática y del contenido Constitucional del Derecho a la libre información y su trascendencia colectiva y sus límites internos de la libertad de la información: Lo objetivo, la verdad y lo subjetivo la actitud del informador hacia la verdad en un Estado Democrático de Derecho, como el costarricense.

La importancia que reviste la libertad de expresión en una sociedad democrática es indiscutible, y la repercusión en la formación de los ciudadanos a través de la formación de opinión pública y se transfigura cuando se transmiten hechos falsos porque se desvirtúa su función al deformando la opinión pública. Esta posición preferente que venía gozando dicha este derecho, o sea la libertad de expresión sobre el honor, se torna cuestionable, y más aún tratándose de las múltiples ocasiones donde nos encontramos con una situación de abuso de derecho, tal es el caso cuando se vulnera o lesiona un bien jurídico-honor. En tal circunstancia, la libertad de expresión pierde su elemental función social y se convierte en un instrumento de manipulación y exceso de poder que pone en peligro la convivencia y respeto humano. Nos encontramos en una situación anómala, y es cuando entra en función la tarea del derecho penal, como instrumento de ultima ratio, para dar soluciones a estos conflictos, que involucran, más que interés, derechos a ponderar.

La monografía comprende el análisis de los requisitos que legitiman el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información del artículo 20 de la Constitución Española y del artículo 29 de la Constitución Costarricense.<sup>(2)</sup> Además se busca interpretar los límites

---

(2) En la Constitución Costarricense, artículos.24, 28, 29, 30, 39, 41 y 46 los cuales garantizan la libertad de prensa y de expresión, a la vez que protegen el honor y la intimidad.



internos y externos de los derechos fundamentales contemplados en los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, y artículos 24, 28, 29, 30 y 31 de la Constitución Costarricense. Además se enfoca la doctrina y jurisprudencia española y Costarricense, sin perder de vista la posición preferente de las libertades sobre el honor, cuando esta en juego la formación de la opinión pública libre del Estado Social y Democrático.

Antes debemos aclarar que tanto la libertad de información, prensa, expresión son derechos que presentan límites, sean estos externos o internos. Porque no se puede recurrir a la mentira para privar al prójimo del derecho a su fama y honor.<sup>(3)</sup> Ni tampoco en aras de la libertad de prensa destruya ante la opinión pública a una persona.

## **2. EL CONFLICTO Y SOLUCIÓN EN EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE Y ESPAÑOL**

La legislación costarricense es congruente con la española en la interpretación de la causa justificante contemplada en el artículo 25 del Código Penal en los siguientes términos: *“No delinque quien obrare en cumplimiento de un deber legal o en el ejercicio legítimo de un derecho”*.

Igualmente el artículo 151 del Código Penal referente a la exclusión de delito del honor es explícito respecto a la excluyente: *“No son punibles como ofensa al honor los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva cuando debió haberla, no demuestran un propósito ofensivo”*.

En la Constitución Costarricense en el artículo 29 expone el precepto normativo, en los siguientes términos: *“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito y publicarlos sin previa censura, pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca.”*

---

(3) Y en Código Penal, arts. 145 a 155, 25, 30, 45, 48, 71, 81, 76, 103, 149 y 155. Y del Código Procesal Penal los arts. 387, 360, 361, 363, 364, 365, 367, 368, 265, 267, 269 y 270. Y del Código Civil arts.1045. Y los arts.1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 12, 14, 16 de la Ley de Imprenta Costarricense, etc.

La importancia de la información en un Estado Democrático como el costarricense constituye uno de sus pilares, al punto de ser reconocido constitucionalmente en los artículos. 24, 28, 29, 30 y 41, los cuales garantizan la libertad de prensa y de expresión, a la vez que protegen el honor y la intimidad.<sup>(4)</sup> Es innegable la influencia que la prensa y el informador tienen sobre la sociedad civil, al llegar sus manifestaciones e informaciones a los ciudadanos costarricenses, y notable el papel que cumplen los medios informativos en el manejo de la ciudadanía a través de un órgano informador y noticioso, al pretender influenciar una línea de pensamiento querida y deseada por el ente informador. Por ello, el medio informador y el periodista deben ser responsables, objetivos y cuidadosos en sus manifestaciones y en sus publicaciones al ofrecer un balance en la información, no tratando de imponer un criterio o una opinión.

Si el informador miente, deshonra, difama e injuria a la hora de transmitir el mensaje tiene que responder penal y civil acorde a lo dispuesto en el Código Penal y en diferentes leyes especiales. Porque informar y ser informado constituye hoy un derecho fundamental de toda persona. Todos los individuos son titulares de un derecho a buscar, recolectar, indagar e investigar información, con el propósito de difundirla. También son titulares de un derecho a recibir información veraz, objetiva y apegada a los hechos y acontecimientos. La labor de informar, en caso de que se intentara una definición, podría describirse como la actividad de transmitir a otros hechos, acontecimientos, datos y opiniones.

El ejercicio profesional del derecho a la información, entendido como periodismo, conlleva deberes y obligaciones especiales para quien lo ejercita en forma activa y derechos muy particulares para quien lo hace en forma pasiva. Al ejercer profesionalmente en forma activa el derecho tiene como único deber informar y está obligado a realizarlo de manera veraz, precisa, apegado a los hechos y acontecimientos que describe. Por ser un derecho humano, la información es exigible por parte del público receptor y en razón de ello, puede utilizar todos los recursos jurídicos que un Estado haya establecido para la defensa de las garantías humanitarias.

La Sala Constitucional Costarricense en resoluciones de 1992 hace referencia a la teoría de que la información como derecho, encontrando claros límites en la intimidad, la vida privada, el honor, la imagen y el principio de presunción de inocencia.

---

(4) Constitución Política de Costarricense.

En materia periodística hay hechos sobre los cuales el informador tiene una obligación de transmitir e investigar sobre ellos por existir un interés público, lo cual debe hacer con mayor celo y cautela por ser “algo” que interesa a la colectividad. Se ha dicho que el concepto “interés público” es tenido en el derecho como un “concepto difuso”, pues carece de una definición única y la ley poco se ha preocupado en precisarlo. Ese concepto, que para algunos es sinónimo de “afectación en el grupo social”, no debe confundirse con “curiosidad”.<sup>(5)</sup>

El contenido del interés público es variado y diferente, como es propio de cualquier interés. Depender de las condiciones políticas, sociales, económicas y en un lugar determinados, en un tiempo dado, deben ser tan específico y evidente que cada individuo pueda reconocer e identificar en él su porción concreta de interés individual. Por tanto todo interés público que exige la destrucción y el sacrificio irreparable de un sólo interés individual, no es más que un falso interés público, pues contraviene la base jurídica sobre la que la comunidad entera reposa, en el contenido concreto de todo interés público, los individuos que componen la comunidad y cuyos intereses coincidentes y mayoritarios hacen surgir aquel contenido y deben reconocer, o poder reconocer, un interés que sea personal y directo.

*Contrario sensu* que el interés público carece de una definición legal, conviene recordar la definición que de él hace el art. 113 de la Ley General de la Administración Pública Costarricense: “art.113.1. (...) el interés público, el cual será; considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. En la apreciación del interés público se tiene en cuenta los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no pueden en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

El periodista en aras del interés público debe ofrecer una información seria y responsable, acudiendo a sus propias fuentes de información, siempre respetando la garantía de la privacidad. Es más,

---

(5) A menudo los periodistas invocan a su favor, durante la cobertura informativa, el interés del público en la recepción de una información. Se dice que siendo el “interés público”, un concepto “no difuso” ni carente de una definición única, librado al libre arbitrio y discrecionalidad de los periodistas, como se ha creado, sino un concepto jurídico indeterminado, que tiene una única solución en cada caso y por ende sujeto de fiscalización judicial.

debe haber una actitud vigilante del informador sobre el funcionario público por dos razones:

1. Porque en algunos casos manejan fondos públicos.
2. Por ser una persona que en su cargo, nos garantiza la buena marcha del ente al cual representa, partiendo de la máxima de que en una Democracia las instituciones públicas son eso: públicas y pertenecen a todos nosotros.<sup>(6)</sup>

No se trata de un capricho de manejar al antojo los valores informativos, los hechos noticiosos y el inmenso poder que detentan quienes tienen acceso a los medios de comunicación masivos en el mundo de hoy. El problema de las regulaciones si estas favorecen a quienes necesitan de la penumbra para actuar, sobre todo cuando se trata de manejo de recursos públicos. En esencia la prensa vigila al gobierno y sus instituciones para ofrecer a los ciudadanos información que les permita participar inteligentemente en las decisiones de la democracia. Y a pesar de las limitaciones hemos de reconocer que cumple bastante con su papel. La tarea, sin embargo no resulta fácil, porque a muchos funcionarios públicos no les gusta la idea de que los periodistas sean sus observadores críticos y con mucha frecuencia algunos deciden realizar sus tareas a puerta cerrada.<sup>(7)</sup>

---

(6) Recordemos que la solidez de la Democracia descansa, no en la firmeza de sus instituciones, sino en la vigilia de sus ciudadanos sobre ellas. De ahí la existencia de una labor de acercamiento entre el informador y el funcionario público, y éste no debe verlo como el enemigo, ni como perseguidor, siempre y cuando el periodista sea objetivo y veraz. Al respecto, los redactores casi por principio rechazan el establecimiento de regulaciones, sean simples reglamentos o graves disposiciones legales, a la libertad de acceso y búsqueda de información, de por sí; garantizada en nuestra Constitución Política.

(7) Para el trabajo periodístico efectivo se requiere la libertad de acceso y la búsqueda de garantías de información y expresión que en realidad no es que pertenezcan sólo al gremio de periodistas, sino que en función de la naturaleza, son ellos, los que con mayor frecuencia acceden al uso práctico para poder servir de vaso de comunicante al resto de los ciudadanos, con relación a hechos y decisiones que son de interés público. Obviamente necesitan los periodistas de un marco de responsabilidad en sus acciones, y la mayoría de la prensa se inclinan por

Es importante que el gobierno, sus instituciones y funcionarios sean parte del proceso informativo suministrando siempre información clara y precisa a los medios, en todo momento, especialmente cuando se trata de crisis o coberturas delicadas. En ocasiones los periodistas toman decisiones de publicación equivocadas después de recibir negativas para responder entrevistas o incluso de quedar esperando respuestas o cuestiones que algunos funcionarios, que no entienden su responsabilidad en el manejo de su relación con medios.

Una política transparente es aconsejable, incluso en circunstancias donde sea necesario guardar la información. El periodista debe conocer los límites y actúa con responsabilidad, pero necesita tener acceso a la información y sus implicaciones aun cuando no pueda divulgarla toda o de inmediato. En este sentido los funcionarios deben derribar los prejuicios con los que por mucho tiempo han visto a los periodistas. Una relación de cooperación, clara, basada en el respeto profesional mutuo entre funcionario y periodista siempre da buenos resultados. Y para complementarla lo único que hace falta es informar al lector, televidente o radioescucha porque cierta información se retiene.

La vigilancia se pone de manifiesto con vehemencia al hablar de un funcionario público cuya labor se realiza en el extranjero, concretamente los diplomáticos y de los representantes de país en el exterior, porque su responsabilidad trasciende nuestras fronteras y como “representante” estamos todos los ciudadanos marcados y “representados”.

La libertad de información pasiva se afirma como condición necesaria para el ejercicio de otros derechos y para la existencia del propio sistema democrático, porque los medios de comunicación, no sólo canalizan el derecho de información activa de periodistas y empresarios del sector, sino el pasivo de la colectividad a recibir contenidos informativos y opiniones. Por tanto, la libertad de información entraña una doble faceta: la activa, es decir el derecho a comunicar

---

la autorregulación, o el auto control o un código voluntario de abstención según la naturaleza de la información que estemos manejando. Por esa razón, una de las amenazas difíciles que enfrenta ahora la libertad de expresión e información es sin duda es otro tipo de censura que provienen de los propietarios de los medios. Cuando los dueños ejercen censura y ordenan líneas que deben ser seguida. Sin duda el aspecto medular para alcanzar una cobertura equilibrada descansa a mi juicio, en un acercamiento en la comunicación entre el funcionario y el periodista.

libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y la pasiva o derecho a recibir aquélla, a las que habría que añadir la libertad de creación y gestión de empresas informativas: La libertad de información debe entenderse en sentido amplio como libertad de prensa y como tal es propia esencialmente de la profesión periodística, aunque puedan ejercer todos los ciudadanos.<sup>(8)</sup>

### **3. REQUISITOS Y EJERCICIO LEGÍTIMO DE LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y COSTARRICENSE**

La legitimidad del derecho de información depende de la concurrencia de tres circunstancias: En primer término la veracidad de la información; en segundo lugar el interés de la opinión pública libre y por último la adecuación o moderación de las expresiones. Condiciones que son así mismo exigibles respecto al derecho a la libertad de expresión con excepción de la veracidad, ya que por su naturaleza de las cosas, opiniones o juicios de valor, no son veraces o infundadas- y no es aplicable a la libertad de expresión, pero si a la libertad de información.

Debemos resaltar que la libertad de información, tiene carácter de preferente sobre el honor, cuando la información divulgada cumple los requisitos de interés público o general, veracidad y adecuación en términos proporcionales donde las manifestaciones no se excedan. Y la libertad de información, en particular, pierde su carácter preferente, cuando lo que se informa no tenga interés general, y atenta abusivamente y sin límite alguno contra el honor y la intimidad de las personas con expresiones y valoraciones injustificadas por el carácter o valor para la formación de opinión pública sobre lo informado.<sup>(9)</sup>

---

(8) Cada información periodística constituye un acto individual de ejercicio del derecho a la información que debe ser objeto del tratamiento jurídico que le corresponda, de acuerdo con las expresiones, afirmaciones o valoraciones que en la misma se contengan y el grado de cumplimiento de las reglas de veracidad e interés general que lo rigen.

(9) La posición preferente de la libertad de información no significa dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales solo serán afectados en la medida en que contribuyan a la información libre de una sociedad democrática tal como lo establece el art. 20.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El valor preferente no puede configurarse como absoluto, y debe ser garantía de la opinión pública y guardar congruencia con la finalidad de formación de la misma y con la legitimidad que viene presidido por la condición de veracidad e interés general.

La supremacía del derecho a la información sobre el derecho al honor, cobra vigencia siempre que la información transmitida sea veraz, y referida a asuntos de relevancia pública que sean el interés general por la materia tratadas o personas que intervienen en ella.

### **3.1. Veracidad de la información en la Constitución Española y Costarricense**

El requisito constitucional de veracidad se configura como la exigencia de diligencia del informador en la comprobación de la certeza de la información. Se interpreta este deber de comprobar los hechos que se exponen, mediante oportunas averiguaciones y empleando las diligencias exigibles a un profesional, aunque pese a ello resulten informaciones erróneas.<sup>(10)</sup>

El nivel de diligencia exigible adquiere máxima intensidad cuando la noticia divulgada supone, dado su contenido un descrédito en la consideración de la persona referida.<sup>(11)</sup> Además la diligencia obtiene la compensación de garantía constitucional en las informaciones erróneas o, simplemente aquellas cuya veracidad no ha sido probada en juicio, o sea contravertible. Según el Tribunal Constitucional Español, las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre de forma que imponer la verdad como, tal, al única garantía para la seguridad jurídica sería el silencio.<sup>(12)</sup> Por ello no significa que queda exenta de toda protec-

---

(10) Véase, Sentencia del Tribunal Constitucional del 7 de mayo de 1998. Apelación N° 3382, Ponente Sr. Juan Piqueras Valls, en Revista Aranzadi-Civil, p. 914.

(11) Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> Cruz. *Las libertades de expresión e información...* op. cit., p. 298; Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión" en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial*. Director Vives Antón T. y Manzanero Samaniego, José Luis. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 193.

(12) CARRILLO, Marc: Derecho a la información y veracidad informativa. (Comentario a las SS.T.C 168/86 y 6/88) en *Introducción a los derechos fundamentales*, V. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2212-2213; Vid. SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José. "Aspectos constitucionales..." op. cit., p. 151.

ción la información errónea o no probada.<sup>(13)</sup> El concepto de veracidad informativa es entendido con flexibilidad, no absoluta que cuestionaría en todo caso, el pluralismo informativo. De esta manera se le exige a los profesionales de la información una mayor diligencia y máximo esfuerzo a la hora de obtener y divulgar la noticia. Persiguen mejores condiciones o medios de trabajo para que el informador cumpla adecuadamente su función y carga de responsabilidades solidarias compartidas entre medio e información con la respectiva responsabilidad civil.<sup>(14)</sup>

La información veraz se percibe en el artículo.20.1 d), comprobada acorde a cánones de profesionalidad informativa, excluyendo invenciones, rumores o meras insidias. El propio artículo 20 de la Constitución Española establece como requisito de la información que esta sea “veraz” y desde dicha perspectiva constitucional, para que se cumpla tal requisito, la información debe coincidir con los hechos y debe ser objetiva.<sup>(15)</sup>

El derecho de información es legítimo cuando la información es veraz, contrastada con rigor y seriedad. Por tanto la condición de “veraz” se establece del especial deber de diligencia sobre el informador, pero no entendida como verdad absoluta excesiva, que tendría como consecuencia, que la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio.<sup>(16)</sup>

---

(13) Vid. LLAMAZARES CALZADILLA, M<sup>a</sup> Cruz. *Las libertades de expresión e información... op. cit.*, p. 297; Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Delitos contra el honor. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edic. Bosch, Barcelona, 1999, p. 739.

(14) CARRILLO, Marc. Derecho a la información y veracidad informativa. (Comentario a las SS.T.C 168/ 86 y 6/88) en *Introducción a los derechos fundamentales*, V. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 2211. Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Delitos contra el honor. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edic. Bosch, Barcelona, 1999, p. 754.

(15) CARMONA SALGADO, C. “Delitos contra el Honor”. *Curso de Derecho...*, *op. cit.*, p. 468.

(16) Porque entender la idea de información veraz conforme a un criterio absoluto conduce de facto, a cerrar la posibilidad de opinar o informar, todo, ello admitiendo que esa verdad absoluta está en poder o al alcance de alguien.



- **Veracidad de la información y no la verdad absoluta**

La veracidad de la información no se ha ordenado en procurar de la concordancia entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, de manera tal que proscriba los errores o inexactitudes en que pueda incurrir el autor de aquélla, sino que, más propiamente, se encamina a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda, de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida, de tal manera que lo transmitido como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o con fuentes informativas de solvencia.<sup>(17)</sup>

La veracidad requerida no es sinónimo de verdad objetiva;<sup>(18)</sup> sino mínimo cuidado y diligencia, considerada como límite interno de la libertad de información.<sup>(19)</sup> La Sentencia de Tribunal Supremo Español del 31 de julio de 1995, responde a la tesis sostenida al afirmar que la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto que si se prefiere, de la especial diligencia a fin de

---

(17) Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F. *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios de comunicación. Límites y aspectos jurídicos civiles penales*. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 1998, p. 63. Vid. CARMONA SALGADO, C. “Delitos contra el Honor”. *Curso de Derecho...*, op. cit., p. 468. Vid. BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. *Medios de Comunicación...*, op. cit., pp. 15 y 117. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Los límites entre la libertad...”, op. cit., p. 347.

(18) Vid. JAKOBS, Günter: “La misión de la protección jurídico-penal del honor” en *Estudios de Derecho Penal*. Trad. Enrique Peñaranda, Carlos J. Suárez G. y Manuel Cancio Melia, UAM- Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, pp. 423-424.

(19) Vid. BASTIDA FREIJEDO F. J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ I. *Libertades de expresión e información...*, op. cit., p. 105. Vid. CARMONA SALGADO, C. “Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor”. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 1991) en *Cuaderno de Política Criminal*, N° 47, 1992, p. 575; Vid. MACIÁ GÓMEZ, R. *El Delito de Injurias...*, op. cit., p.107; Vid. CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Delitos contra el honor. Derecho Penal. Parte Especial. T. II, 1era. edi.* Bosch, Barcelona, 1999, p. 740.

contrastar debidamente la información.<sup>(20)</sup> La veracidad de la información art 20.1 d) no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, porque es una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo.<sup>(21)</sup>

No se puede interpretar el artículo 20.1.d) como una exigencia de total adecuación de los hechos sucedidos al contenido de la noticia, que supondría una gravosa limitación de la libertad de información. Porque las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio.<sup>(22)</sup>

El Tribunal Constitucional Español señala que la veracidad no va dirigida tanto a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, cuando a negar la protección constitucional a los que defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos, simples rumores. La garantía constitucional de la libertad de información no protege como ha recordado el Tribunal Constitucional Español a quienes defraudando el derecho a todos a

---

(20) Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidad e imagen...*, op. cit., p. 112. Vid, Sentencia Tribunal Supremo, Sala 1ª de 31 de julio de 1995. Ponente Albácar López. en *Actualidad Civil*, N° 46, 11-17 de diciembre de 1995, p. 2867. Vid. PLAZA PENADÉS, Javier. *El derecho al honor y la libertad de expresión...*, op. cit., p. 143.

(21) Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F. *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios de comunicación. Límites y aspectos jurídicos civiles penales*. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 1998, p. 54. (S.T.C Sala 1 (144/1998, del 30 de junio, Fundamento Jurídico 4.

(22) También en este sentido, la S.T.C 105/ 1990 que proclama que el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional; que puede pese a ello que la información resulte errónea, lo que obviamente no puede excluirse totalmente, pero las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que imponer la verdad como condición para el reconocimiento de derecho, sería la única garantía de seguridad jurídica, el silencio. (S.T.C 6/ 1988 F.J 5).

recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores antes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.<sup>(23)</sup>

La diligencia del esfuerzo informativo no está constitucionalmente protegido para servir de vehículo a simples rumores. El concreto deber de diligencia del informador es el cumplimiento de la veracidad de lo informado que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas.

El Tribunal Constitucional Español ha precisado que la veracidad de la información no es sinónima de la verdad objetiva e incontestable de los hechos, sino reflejo de la necesaria diligencia en la búsqueda de lo cierto o, si se prefiere, de la especial diligencia a fin de contrastar debidamente la información. Por esa razón, en S.T.C 320/ 1994 FJ 3 declaró que la veracidad de lo que se informa no va dirigida tanto a la exigencia rigurosa y total exactitud del contenido de la información, sino a negar a protección constitucional a los que defraudando el derecho a todos a recibir información veraz, transmiten como hechos verdaderos simples rumores carentes de constatación.<sup>(24)</sup>

Pero no explica la Constitución Española que debe entender por veraz, tarea que ha llevado acabo el Tribunal Constitucional, destacando en la Jurisprudencia constitucional que la exigencia de veracidad no equivale a una exigencia de objetividad, que es incompatible con el tenor del artículo 20 de la Constitución Española. Con el Proyecto de Constitución en el art.19 1.d) pone de manifiesto la constituyente que “objetiva”

---

(23) S.T.C Sala 1 (144/ 1988, del 30 de junio FJ 4. Acorde con la Jurisprudencia del T.C, la veracidad no equivale a realidad incontrovertible de los hechos, sino que es entendida como exigencia o deber de buscar la verdad del informador.

(24) La exigencia de veracidad no puede significar que los hechos imputados en una información sean necesariamente exactos y así pueda probarlo el informador en el juicio. No es requisito de la prueba de la veracidad –en todo caso, como señala el Ministerio Fiscal, corresponde a quien se manifiesta en público– la demostración plena y exacta de los hechos imputados. Basta con un inicio significativo de probanza, no supone una demostración irrefutable de la falta de veracidad de la información exigible.

y “veraz”, no son términos sinónimos; y que además, la objetividad absoluta, aunque deseable, no es exigible de las informaciones.

La Constitución Española requiere que la información sea veraz no está tanto privando de protección, a las informaciones que puedan resultar erróneas, cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de veracidad o falsedad de lo comunicado.<sup>(25)</sup> La interpretación de información es veraz, a efectos de la protección constitucional cuando ha estado suficientemente contrastada, aunque una vez divulgada este provista de errores o inexactitudes.<sup>(26)</sup> Por tanto basta la diligencia mínima del informador para que sea lícita la divulgación de una noticia que destruya la reputación y fama de una persona, aunque la noticia resulte falsa, sin que quepa la menor reacción en ningún orden judicial frente al “diligente” periodista. Porque se admite “que puede encerrar trascendencia pública a efecto que sea realmente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva”.<sup>(27)</sup>

Cuando la Constitución Española requiere que la información sea veraz no está privando la protección a las informaciones que puedan resultar erróneas- o sencillamente no probadas en juicio. Y establece el específico deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como hechos han sido objeto de previo contraste con datos objetivos.<sup>(28)</sup>

---

(25) El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a quien comunique, como hechos simples rumores, o peor aún meras y invenciones o insinuaciones insidiosas. Véase S.T.C 6/ 1988 F.J.5).

(26) *Vid.* GERPE LANDIN, Manuel; AA.VV. “El conflicto entre la Llibertat d’informació i el dret a l’honor...”, *op. cit.*, p. 753.

(27) GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La degradación del honor...*, *op. cit.*, pp. 54-55. *Vid.* CABELLO MOHEDANO, F: “El artículo 20.1 de la Constitución”..., *op. cit.*, p. 41. De igual forma Tasende Calvo, resalta que la exigencia de veracidad en la libertad de información no impone una verdad objetiva y absoluta, pero sí subjetiva, al obligar al informante emplear una razonable diligencia en la búsqueda, contrastando diversas fuentes y comprobando previamente la fidelidad de su información.

(28) CARRILLO, Marc. Derecho a la información y veracidad informativa. (Comentario a las SS.T.C 168/ 86 y 6/88) en *Introducción a los derechos fundamentales*, V. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2209-2210.

Condicionar el derecho a la información a la verdad objetiva, es una vía altamente peligrosa en un Estado Democrático, porque presupone que existe una verdad y que esa verdad es la que define el Estado a través de sus órganos.<sup>(29)</sup> Por lo tanto no se exige una verdad objetiva y absoluta de los hechos, que es difícilmente alcanzable y menos susceptible de ser probada de forma exacta; se liquidaría la libertad de información si se le impusiera un corsé tan angosto. De esta manera es posible que una información objetivamente falsa esté amparada por el derecho constitucional a la libertad de información, siempre que haya habido un mínimo de diligencia en la comprobación de los hechos y no se actúe con manifiesto desprecio a la verdad.<sup>(30)</sup>

Para conseguir la verdad el observador debe tener una actitud de objetiva entendida como actitud, no como resultado. Habría entonces que hablar no de noticias objetivas, sino de informadores objetivos.<sup>(31)</sup> La veracidad es una condición requerida para la protección constitucional,

---

*Vid.*, VEGA RUIZ, José Augusto de. “Derechos y libertades en los medios de comunicación Social. Los límites de la libertad de expresión”. Poder Judicial, Número Especial XIII, 1990, p. 23. Este último autor reconoce la dificultad existente a la hora de determinar la verdad, que no es algo sencillo, sino que es arduo y difícil, y por eso reconoce la importancia de sostener la veracidad de los informadores, partiendo eso si el criterio judicial desde una posición *ex ante*. *Vid.* TASENDE CALVO, J.J: “La tipificación de las injurias... op. cit., p. 291. *Vid.*, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *Delitos contra el honor. Derecho Penal*. Parte Especial. T. II, 1era. ed. Bosch, Barcelona, 1999, p. 739. Véase, SS.T.C. 6 junio de 1990, 21 diciembre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 15 febrero de 1994 y 4 de marzo de 1997). El deber de cuidado que será mayor o menor según el carácter privado o público de la materia que se trate. La veracidad no va exigida según la Jurisprudencia a la total exactitud del contenido de la información, admitiendo la posibilidad de error.

- (29) *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad...*, op. cit., p. 85.
- (30) *Vid.* PLAZA PENADÉS, Javier. *El derecho al honor y la libertad de expresión...*, op. cit., p. 144. *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.: “Los límites entre la libertad...”, op. cit., p. 346.
- (31) *Vid.* PÉREZ-UGENA y COROMINA, María. “Libertad de expresión y Jurisprudencia”. *R.F.D.U.C.M.*, N° 79, 1992, p. 284. *Vid.* JAÉN VALLEJO, M. “La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la Jurisprudencia constitucional” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* en Homenaje a Sáinz Cantero, N° 12, 1987, p. 181.

dejando de ser tan sólo una garantía del pluralismo informativo. La razón de la exigencia de la veracidad es clara y los autores coinciden en que el hecho es la base fáctica sobre la que recae la opinión pública.<sup>(32)</sup> Para crear una opinión es necesario partir de un determinado hecho, que sea veraz, es decir, conseguido con la diligencia razonable, aunque pueda resultar erróneo. Lo que se exige, no es que la información sea veraz, sino que ésta, aún cuando sea inexacta, se haya obtenido de acuerdo con un canon razonable de cuidado profesional.<sup>(33)</sup> La veracidad tampoco es equiparable a “verdad” o realidad incontrovertible. En numerosas ocasiones el T.C. señala que la regla de veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino lo que se impone es un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad, en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten en esencia lo informado, y negándose la garantía constitucional a quienes defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado comportándose de manera negligente o irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores o meras insinuaciones insidiosas.<sup>(34)</sup>

La diligencia de las informaciones en la indagación de la veracidad de las noticias publicadas, tiene íntima relación con la materia sobre la que se informa.<sup>(35)</sup> Así mismo destaca que el Tribunal Constitucional en la

---

(32) Vid. PÉREZ-UGENA y COROMINA, María. “Libertad de expresión...”, op. cit., p. 284. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. “Los límites entre la libertad...”, op. cit., pp. 346-374.

(33) Vid. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, José Luis. *Honor, intimidación e imagen...*, op. cit., p. 210. Vid. PÉREZ-UGENA y COROMINA, María: “Libertad de expresión...”, op. cit., p. 284; Vid. BATISTA GONZALEZ, María Paz. *Medios de Comunicación...*, op. cit., p. 117. Vid. MUÑOZ CONDE F. “Libertad de expresión y derecho al honor...”, op. cit., p. 856.

(34) Vid. LLAMAZARES CALZADILLA M<sup>a</sup> Cruz. *Las libertades de expresión e información...*, op. cit., p. 296. Vid. S.T.C 171/ 1990 FJ 8; S.T.C 6/ 1988; S.T.C 41/ 1994 del 15 de febrero en B.O.E. 17 de marzo de 1994. FJ 3.

(35) Vid. BELLOCH JULBE, Juan Alberto: “Los jueces y la libertad de información” en Poder Judicial. Número Especial XI, C.G.P.J, Madrid, 1989, pp. 230-231; Vid. MORALES PRATS, Fermín: “Adecuación Social y Tutela del honor: Perspectiva despenalizadora” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* en Homenaje a Sáinz Cantero, N°12, 1987, p. 282.

S.T.C. 6/1988, estableció que la Constitución Española también protege las informaciones que puedan resultar erróneas o sencillamente no probadas en juicio, lo que supone un explícito reconocimiento de la doctrina de la verdad subjetiva.<sup>(36)</sup>

La conclusión lógica es de predicar sin reserva que las informaciones objetivamente falsas, si contrastadas con la debida diligencia, disfrutan de protección constitucional frente al derecho al honor.<sup>(37)</sup>

- **Verdad objetiva y subjetiva en la libertad de expresión**

La libertad de expresión entendida como juicios de valor no son susceptibles de verificación, y queda sometida a la necesidad de su emisión para la formación de la opinión pública en una sociedad democrática. Por lo tanto, el *maximun* de la libertad de expresión lo constituye la libertad ideológica, que sólo tiene como límite el orden público.<sup>(38)</sup>

Conceptualmente es imposible en un Estado Democrático aplicar el término verdad a otras exteriorizaciones de la libertad de expresión: juicios de valor, libertad artística o científica. Esto supone, tanto como negar la posibilidad de divergencias, la pluralidad de opiniones, y constituye un ataque frontal al propio núcleo de la libertad de expresión. Pero tampoco se puede sostener que se ejercita la libertad de expresión cuando se es consciente de la falsedad de lo afirmado, no la verdad subjetiva (expresar lo que se desea), sino la exigencia del mínimo deber de comprobación o sea verdad objetiva.<sup>(39)</sup>

---

(36) Vid. BELLOCH JULBE, Juan Alberto. "Los jueces y la libertad...", op. cit., pp. 230-231; Vid. CARMONA SALGADO, C. "Delitos contra el Honor". *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 468-46. Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. "Los límites entre la libertad...", op. cit., p. 347.

(37) PANTALEON PRIETO, Fernando. "La Constitución, el honor y unos abrigos". *La Ley*. N°2, 1996, p. 1689. Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Delitos contra el honor. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edic. Bosch, Barcelona, 1999, p. 739.

(38) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. "Delitos contra el honor, injurias y calumnias". *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 3ª ed. Bosch, Barcelona. 1996, p. 238.

(39) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad...*, op. cit., pp. 83-84.

Los hechos son susceptibles de prueba, mientras que los pensamientos, las ideas, opiniones o juicios de valor, propios de la libertad de expresión no se prestan a la demostración de su exactitud.<sup>(40)</sup> Por lo tanto al ejercitar la libertad de expresión no es exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona en todo caso la legitimidad constitucional del derecho a informar y por ello la libertad de expresión que es más amplia que la de información por no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad.<sup>(41)</sup>

El deber de comprobación o verdad objetiva, cuyo contenido variará en función de las características del caso concreto, y que llevaría a excluir del ejercicio de la libertad de expresión los supuestos de consciente falsedad y de manifiesto desprecio de la verdad.<sup>(42)</sup> Esta posición sintetiza las exigencias que debe tener la formación de la opinión pública en un Estado Democrático; y de pluralidad, ausencia de una verdad objetiva, pero discusión, como medio para su búsqueda, y exclusión de la falsedad.<sup>(43)</sup>

- **Información contrastada y la veracidad ex ante**

La comprobación de la veracidad de la información no se debe realizar mediante un juicio *ex post*, porque el derecho de informar, depende, en su ejercicio, de la veracidad que se pueda establecer ex ante, en el momento de obrar, para lo cual se exige una comprobación seria y a conciencia realizada por el autor, de las circunstancias que permiten formar un juicio adecuado sobre la veracidad de la información

---

(40) Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. "Tutela penal de la libertad de expresión" en *Estudios sobre el Código Penal de 1995. Parte Especial*. Director Vives Antón T. y Manzanero Samaniego José Luis. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996, p. 187.

(41) Vid. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés. "Tutela penal de la libertad...", op. cit., p. 186.

(42) Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. *Honor y libertad...*, op. cit., pp. 84-85.

(43) Según este criterio queda incluida dentro del ejercicio de la libertad de expresión la afirmación, que aunque objetivamente falsa, se ha emitido tras cumplimentar el referido deber de comprobación.



en el momento de la realización de la acción.<sup>(44)</sup> La libertad de información esta sometida al principio de veracidad, que no se debe confundir con exactitud *ex post*, sino *ex ante*.<sup>(45)</sup>

Al informador se le puede y debe exigir que divulgue noticias de interés previamente contrastadas con datos objetivos, de manera que si tal comprobación *ex ante* es razonablemente suficiente para dar por acreditada la *veritas notitiae*, el periodista o informador estará amparado por el legítimo ejercicio de aquel derecho fundamental, aunque *ex post*, al comparar la noticia con la realidad, se acredite la inexactitud o falsedad de aquélla, o aunque incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.<sup>(46)</sup>

Se piensa que si la justificación depende de la comprobación adecuada al deber, en los casos en los que el autor haya omitido, pero de todos modos hayan propagado una información cierta, habría que negar

---

(44) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Libertad de expresión...”, op. cit., p. 902. Vid. BATISTA GONZÁLEZ, María Paz. *Medios de Comunicación...*, op. cit., pp. 117-126.

(45) Vid. QUERALT JIMÉNEZ, Joan Josep. “Delitos contra el honor, injurias y calumnias”. *Derecho Penal Español. Parte Especial*. 3ª ed. Bosch, Barcelona, 1996, p. 238. Vid. CÚCHI DENIA, Javier Manuel. “La libertad de información versus...”, op. cit., pp. 3499-3501. Vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*. Civitas, Madrid, 2000, p. 36.

(46) Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F. *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios...*, op. cit., p. 41. Véase, Sentencia del Tribunal Constitucional del 7 de mayo de 1998. Apelación N° 3382, Ponente Sr. Juan Piqueras Valls, en *Revista Aranzadi-Civil*, pp. 915 y 919. La autorización de acción puede depender de una comprobación adecuada al deber de los presupuestos de autorización. Del caso del derecho a informar y a expresar opiniones en relación con hechos concretos que puedan afectar el honor a terceros, el ejercicio legítimo de los mismos no depende, en consecuencia, de una veracidad total y objetiva de lo que se informa y expresa, verificada *ex post*. Quién haya efectuado tales comprobaciones antes de actuar obrará en el ejercicio legítimo de los derechos contenidos en el artículo 20 Constitución Española y artículo 29 de la Constitución Costarricense, aunque posteriormente no se pueda demostrar la veracidad de la información o, inclusive, se pueda establecer que es inveraz.

la justificación. El periodista que ha tomado todas las precauciones que la experiencia profesional aconseja para cerciorar la veracidad de la información y desea publicar, por tanto llega mediante esta ponderación ex ante a la conclusión de que dicha información debe tenerse por veraz, la acción de publicarla se debe considerar justificada,<sup>(47)</sup> aunque con posterioridad se compruebe que la veracidad no era tal, sin entrar a trata la cuestión del error sobre los presupuestos de la justificación.

- **Veracidad e informaciones erróneas**

En la vida democrática de una sociedad puede admitir y debe opiniones y críticas erróneas o inoportunas, porque se funda precisamente en la discusión de posibles errores. Lo que no puede admitir es el defecto de información o la información inveraz.<sup>(48)</sup> La veracidad no excluye la protección constitucional a la información errónea, exige a quien informa un comportamiento diligente en la comprobación de los hechos que sea narrar, expulsando del ámbito garantizado del art. 20.1.d) a los rumores, insidias y las fuentes genéricas e imprecisas.<sup>(49)</sup> Se reconoce determinado nivel de protección al derecho a la información, incluso cuando la misma contiene errores o inexactitudes, siempre que la información haya sido rectamente obtenida y difundida, contrastándola previamente y verificándola.<sup>(50)</sup> El derecho constitucional no ampara no

---

(47) Vid. JAÉN VALLEJO, M. "La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la Jurisprudencia constitucional" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* en Homenaje a Sáinz Cantero, N°12, 1987, p. 181.

(48) DE VEGA RUIZ, José Augusto. "El acceso de los medios de comunicación a la vista de los juicios" en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Edersa, Publicaciones del Instituto de Criminología de la U.C.M, Madrid, 1985, p. 24 y ss.

(49) Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis: "La libertad de información y el derecho al honor". *P.J. N° Especial VI*. Madrid, 1989, p. 292. Vid. BASTIDA FREIJEDO F. J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ I. *Libertades de expresión e información...*, op. cit., p. 33.

(50) Vid. CUCHI DENIA, Javier Manuel. "La libertad de información versus...", op. cit., p. 3499; Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F. *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios...*, op. cit., p. 41.

sólo la información que se sabe inexacta por quien la transmite, sino la que difundida sin control alguno o de datos objetivos y carentes de toda apoyatura fáctica, se revela después como no acreditado.<sup>(51)</sup> Las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de modo que de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio. S.T.C. de 21 de enero de 1988.<sup>(52)</sup> De igual forma Rodríguez Mourullo manifiesta que si ha existido esa diligencia, el error es irrelevante.<sup>(53)</sup> El ordenamiento no presta tutela a tal conducta negligente, ni mucho menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o pero insinuaciones insidiosas o meras invenciones.<sup>(54)</sup>

La protección constitucional de la información falsa pero diligente que lesiona otros bienes jurídicos respondería al principio del riesgo permitido que en nuestros modelos sociales desarrolla la opinión pública.<sup>(55)</sup> El deber de veracidad genera para poder afirmar la existencia de libertad de expresión un deber de comprobación que posee particular trascendencia respecto a la actuación de los medios de comunicación.<sup>(56)</sup>

---

(51) Vid. CUCHI DENIA, Javier Manuel. “La libertad de información versus...”, op. cit., p. 3499.

(52) Vid. FRIGOLA VALLINA, J.; y ESCUDERO MORATALLA, J. F. *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios...*, op. cit., p. 44; Vid. PÉREZ-UGENA y COROMINA, María. “Libertad de expresión...”, op. cit., p. 284. Vid. ESCOBAR DE LA SERNA, Luis. *Manual de derecho de la información*. Dykinson. Madrid. 1997, pp. 381-382.

(53) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. “Libertad de expresión...”, op. cit., p. 902.

(54) Vid. LÓPEZ GUERRA, Luis: “La libertad de información y el derecho al honor”. *P.J, N° Especial VI*. Madrid, 1989, p. 292.

(55) Vid, CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. Delitos contra el honor. *Derecho Penal. Parte Especial*. T. II, 1era. edi. Bosch, Barcelona, 1999, p. 740.

(56) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I.. “Los límites entre la libertad...”, op. cit., pp. 348.

- **Veracidad, límite interno de la libertad de información**

No es reconocida una libertad de expresión en el seno constitucional que su contenido no sea veraz. Esto supone que la veracidad en relación con el ejercicio de la libertad de expresión, sea un requisito que sólo debe concurrir en el derecho a informar. La profundización en este límite interno de la libertad de expresión revela una gran complejidad tanto en la determinación de su contenido como en particular en su concreción práctica.

El requisito de veracidad constituye un límite interno de la libertad de información. De este modo, la información cuya libre difusión está constitucionalmente protegida o, mejor dicho, que puede llegar a obtener protección constitucional, si reúne los restantes requisitos que hacen de ella el ejercicio de una libertad preferente, debe ser veraz.

La veracidad, trata de un límite interno de los derechos del artículo 20 1.a) y d) de la Constitución Española que a diferencia de otros no es resultado de la elaboración jurisprudencia, sino que se establece en la propia constitución señala expresamente que las informaciones constitucionalmente protegidas son las informaciones veraces. En todo caso, la doctrina española interpreta que veracidad, opera como límite al derecho a la información pues sin este requisito, no estaremos realmente ante el ejercicio de tal derecho. Sin veracidad no hay información, y a la inversa. Por supuesto, sin olvidar, que el requisito de veracidad, tiene distinto tratamiento según estemos ante el derecho al honor o ante el derecho a la intimidad.

Autores, como Llamazares entra en contradicciones en su planteamiento al asegurar primero que la veracidad es exigible en ambas libertades y luego rechaza lo manifestado y asegura que la veracidad no es predicable de las opiniones o juicios de valor en una sociedad democrática (o sea de la libertad de expresión) libre.<sup>(57)</sup>

Se entiende que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información por no operar, en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta última. En segundo lugar como bien lo expresa la resolución del Caso Lingens, queda de

---

(57) Vid. LLAMAZARES CALZADILLA M<sup>a</sup> Cruz. *Las libertades de expresión e información...*, op. cit., p. 295.

manifiesto, que sólo los hechos son susceptibles de prueba sobre su veracidad o falsedad, pero no las opiniones o juicios de valor. Porque no se pueden demostrar, ni probar la veracidad de las ideas, opiniones y juicios de valor, que constituyen el objeto del derecho a la libertad de expresión del art. 20. 1a) C.E.<sup>(58)</sup>

La libertad de expresión es más amplia, que la libertad de información. Pero en esta última es aplicable el requisito de veracidad y en la libertad de expresión no. Aunque la información puede ser errónea, pero debe ir presidida del deber de veracidad y diligencia, por parte del autor o informador. De igual manera Concepción Rodríguez sostiene que la veracidad es exigible a la libertad de información, pero no a la libertad de expresión, porque mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no lo son.<sup>(59)</sup>

En la libertad de difusión de ideas y opiniones no juega la veracidad o inveracidad, y la protección del honor es mayor ante actos ciertamente de interés público, pero de personas privadas (en que no se justifican los excesos o afirmaciones vejatorias e innecesarias para la formación pública, y en cambio disminuye tal protección la honor si se trata del honor de cargos públicos, que se han de someter a la crítica y a un cierto riesgo para su honor. Más aun si se trata del prestigio o autoridad de las instituciones públicas, por lo que pueden justificarse

---

(58) En concordancia con lo antes sostenido, Belloch Julbe asegura que la veracidad, en efecto, es el límite interno de la libertad de información, por cuanto es evidente que la falsedad sólo puede contribuir a la formación de una opinión pública viciada, desapareciendo con esto el fundamento básico de tal libertad. Entendida así, la veracidad y el respeto al derecho de la información que operando en la libertad de información y no en la de expresión, porque en la primera es aplicable la veracidad como límite interno.

(59) El Tribunal Constitucional Español precisa los límites del derecho a la información, negando cobertura constitucional a quienes defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, porque el ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a los que comunican, como hechos simples rumores, o pero aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas. Pero sí ampara en su conjunto la información rectamente obtenida y difundida, aún cuando su total exactitud sea controvertible.

incluso censurables excesos de vocabulario, pero que refuerzan el juicio de valor, pues si no resulta sobre todo en ciertas ocasiones sumamente difícil de ejercer una libre opinión y crítica en temas públicos.

El derecho a la información presupone expresamente en el art. 20 C.E la veracidad de ésta. Claro esta, que la Constitución no podría proteger un derecho a “informar” que ampararía la información falsa. La exigencia de veracidad no se puede comprender adecuadamente sin tomar en consideración la naturaleza del derecho a la libertad de expresión y de información veraz.

La exigencia de la veracidad como límite interno de la libertad de información se justifica tanto desde la perspectiva individual, como desde la vinculación al principio democrático, como lo sostuvo el Tribunal Alemán en el caso Schmid. Spiegel, donde la veracidad esta estrechamente vinculado a la formación de la opinión pública.

- **La veracidad, libertad de información, honor e intimidad**

El requisito de veracidad al referirse a los derechos al honor e intimidad personal, juega como elemento distintivo en sus relaciones con la libertad de expresión e información, porque mientras la veracidad actúa en principio como causa legitimadora de las intromisiones fácticas en el honor, en el derecho a la intimidad del carácter real o veraz de los hechos divulgados no legitima la intromisión, siendo más bien presupuesto necesario para que esta se produzca.<sup>(60)</sup>

La veracidad es predicable tanto a la libertad de expresión como a la de información, y sea cual sea el derecho con el cual entra en conflicto, al honor, intimidad o la propia imagen. Su presencia es siempre exigida. El requisito es consecuencia lógica a la naturaleza de la libertad de expresión e información, en cuanto garantía institucional. Si se justifica la prevalencia de un derecho con una vertiente institucional sobre un derecho cuya naturaleza se agote en su aspecto subjetivo personal es la garantía del pluralismo político y del sistema democrático, tal sacrificio del derecho personal sólo es justificable en tanto en cuanto va encaminado a conseguir esa finalidad. Así pues la información que se difunda

---

(60) De modo que su justificación vendrá dada únicamente por el interés público del asunto objeto de la información (SS.T.C 17 octubre de 1991 y 14 de febrero de 1992) que sobrepasa así el ámbito de la simple privacidad.

o las opiniones que contribuyen a la formación de la opinión pública, y el juez debe valorar. De otro modo, sino se cumple esa función, el honor, intimidad y propia imagen injustamente lesionadas prevalecerán.

El ejercicio de la libertad de expresión art. 20.1 a) Constitución Española, tiene por objeto ideas, opiniones, juicios de valor y no cabe sobre ellos la demostración de veracidad o falsedad. Por lo tanto, la veracidad si tiene vigencia y es comprobable en la libertad de información art. 20.1 d) C.E. En iguales términos se pronuncia Pérez-Ugena al asegurar que la veracidad es exigible constitucionalmente a la libertad de información; y no a la de expresión.

La aplicación del requisito constitucional de veracidad merece distinto tratamiento, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, porque mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aún siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.

- **Diligencia y el reportaje neutral**

El específico deber de diligencia que incumbe al informador es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria, información de otro medio de comunicación o fuente informativa de la que simplemente se da trasladado, o bien se trate de una información asumida por el medio y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad, de los hechos comunicados no justifica atenuación o flexibilización alguna, sino que debe ser requerido en todo su rigor.

La interrogante es si se debe asegurar la veracidad del contenido o no de la información que se limita a comunicar declaraciones realizadas por terceros distintos del periodista que la difunde. El T.C responde la cuestión mediante la llamada doctrina del *“reportaje neutral”*. Y señala que cuando un medio se limita a difundir o transmitir declaraciones o publicaciones ajenas, identificando a su autor y sin realizar ninguna

aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido, limita su deber de diligencia a la constatación de la verdad del hecho de la declaración, sin estar obligado a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración.

Sin embargo, el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas; si el informador cita como fuente a personas inconcretas o genéricas, ha de contrastar la verosimilitud de la noticia antes de transmitirla a la opinión pública. Si cita como fuente a personas concretas y específicas, ha de comprobar que efectivamente dichas personas han realizado las manifestaciones de que se trate.

Se exige el deber de comprobar su veracidad de la información mediante oportunas averiguaciones propias de un diligente profesional, aunque su total exactitud pueda ser convertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten la esencia de lo informado. Es responsabilidad del autor cumplir con ese deber y asumir su veracidad o inveracidad de lo transmitido, y contrastar la verosimilitud de la noticia, como su propio deber y específico de cada informador. Por tanto el esfuerzo interpretativo, dadas las circunstancias se debe remitir al concepto deber de diligencia del informador, que el T.C. y la Jurisprudencia constitucional ha ido adoptando bajo dos criterios –por un lado el carácter de la información publicada, por el otro la concreta conducta del sujetos informador en relación con la fuente informativa.

Para Belloch Julbe la exigencia constitucional de veracidad (limitada a los hechos empíricamente demostrables) no impone, en todo caso, la verdad objetiva, sino, simplemente, la cumplimentación de un mínimo de deber de comprobación, cuyo contenido variará en función de las características del caso concreto. Lo difícil es la forma concreta de llevar al proceso la prueba de haberse observado aquella diligencia.<sup>(61)</sup>

---

(61) Según Martínez Peña el concreto deber de diligencia del informador, contemplado la Sentencia del Tribunal Constitucional 28/ 1996, cuyo cumplimiento permite afirmar la veracidad de lo informado, se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho y la transmisión de suposiciones, simples rumores, meras invenciones, insinuaciones insidiosas o noticias gratuitas o infundadas.



## **Prevalece el derecho de información sobre el honor**

De antemano se destaca la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor, siempre que la información transmitida sea veraz, y este referida a asuntos de relevancia pública que sean el interés general por las materias a que se refieran y por las personas que intervienen en ella. Este papel de la libertad de información que la hace condición indispensable de una sociedad abierta, debe llevar a considerar que ocupa una posición preferente dentro de nuestro sistema constitucional.

Del requisito de la información veraz, se debe diferenciar el simple rumor, las invenciones o insinuaciones de las noticias debidamente contrastadas porque cuando el deber de comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad e inveracidad.<sup>(62)</sup> Tal obligación, es obvio, debe ser proporcionada a la trascendencia de la información que se comunica pero en todo caso es exigible, una actuación razonable, para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz.

El requisito de la veracidad de lo que constituye el núcleo de la información, hay que interpretarlo a la luz de la doctrina jurisprudencial del T.C, cuando habla de que la información rectamente obtenida ha de ser protegida, aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado

---

(62) Así mismo Escobar de la Serna comentando la S.T.C. 105/1990 del 6 de junio en el Fundamento Jurídico 5, afirma que el requisito constitucional de veracidad viene a suponer que el informador tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone, mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional. E igualmente la S.T.C. 172/1990 del 12 de noviembre en el Fundamento jurídico 3 insiste en el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que en ningún caso liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto a la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que esta ejerciendo el derecho a información, e incumbe a no exceder sus límites y cumpliendo con la debida diligencia.

el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente.<sup>(63)</sup>

Se destaca en la información la previsión del criterio de veracidad, para que la información sobre sujetos públicos, conformadora de la opinión pública, quede comprendida en el ámbito del art. 20.1 d) de la C.E y que resulte de valor preferente. La C.E. protege la transmisión de información veraz, lo cual no significa de que queden exentas de protección informaciones que puedan resultar erróneas, o no probadas. Tampoco es solución aceptable para dirimir los conflictos con otros derechos, el probar simplemente la verdad o veracidad de las imputaciones, como hace el C.P. de 1995 en el tercer párrafo del art. 208. La veracidad de las imputaciones, según la moderna doctrina constitucional y del Tribunal Supremo no justifica sin más la acción típica de injuriar ni tampoco excluye su gravedad.

Es importante destacar, a efectos de esta investigación, que la exigencia de veracidad es, la manifestación del carácter de garantía institucional de la libertad de información, y de ahí que esta exigencia encuentre fundamento. Las informaciones falsas, los meros rumores, con ánimo de intoxicar o de menospreciar, no sirven a la formación de opinión pública, sino todo lo contrario. De ahí la imposición por el constituyente de esta condición.

Según el Tribunal Constitucional Alemán el deber de veracidad se fundamenta en la trascendencia que tiene la formación de la opinión pública en la consideración general de una democracia libre. La exigencia de veracidad en las informaciones tiene su fundamento, por tanto, en la finalidad última de la libertad de información que es la creación de un contexto plural y democrático que sirva de cauce y de realización efectiva de la libertad de conciencia y la dignidad personal.

---

(63) SS.T.C. 31 de mayo de 1993 y 15 de febrero de 1994). O sea la información se puede estimar como veraz, cuando concurran averiguaciones. Todo ello, cualquiera que fuese su resultado o cuando la información ha sido rectamente obtenida.

- **Reconocimiento de la verdad Subjetiva-veracidad**

El Tribunal Constitucional Español admite que determinadas informaciones objetiva y probadamente falsas deben estar comprendidas en el ámbito del derecho a la información veraz artículo 20.1 d) Constitución Española si cumplen los requisitos. Se refiere a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 6/ 1988, de 21 de enero que supone la recepción de dos formas distintas de interpretar la veracidad de la información: por un lado la doctrina sentada por el Tribunal Federal Americano (Caso New York Time v. Sullivan y la teoría de la actual malice)) y de otro, la recogida por el Tribunal Constitucional Alemán (Schmidt v. Spiegel) que se denomina como teoría de la diligencia de comprobación, ya que ha tenido aceptación mayoritaria en las decisiones del Tribunal Constitucional Español. De acuerdo a esta teoría Alemana, y siguiendo la sentencia citada, la constitución al referirse a que la información sea veraz, no esta privando de protección a la información errónea o que resulte así, o sencillamente no probadas en juicio se establece un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le debe y pueda exigir que lo que transmita como hechos ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos (teoría alemana), privándose, así, de garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado (Teoría de la actual malice). Porque el ordenamiento no presta tutela a una conducta negligente, ni menos a quien comunique como hechos, meros rumores o peor, con insinuaciones insidiosas. En definitiva, las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, y por eso es ilógico imponer la verdad-objetiva como condición del derecho. En Costa Rica la normativa nos es muy clara respecto a la exigencia de la veracidad de la información que esta estipulada en el artículo 29 de la Constitución Política. Sin embargo, el Código Penal Costarricense en el artículo 149 señala que la presencia de las afirmaciones verdaderas o verdad (Exceptio veritatis) hace que la conducta no sea punible, pero sin manifestar nada respecto a la veracidad de la información.

La adopción del criterio jurisprudencial sobre el contenido del art. 20.1 d) de la C.E supone una delimitación de la noción de información veraz a partir de un axioma flexible que asume, incluso, la protección constitucional de la información errónea cuando su proceso de elaboración y difusión no manifieste una actitud dolosa o gravemente negligente y sí, por el contrario la información goza de protección

constitucional aun cuando su total exactitud sea controvertible, pero rectamente obtenida y difundida en el medio con la diligencia verificable por el periodista que lo transmite.<sup>(64)</sup>

La Jurisprudencia alemana e inglesa, influye en el ordenamiento constitucional español entendiendo la exigencia de la veracidad, impone en todo caso la verdad subjetiva y no la objetiva. La veracidad de la noticia forma parte del derecho constitucionalmente reconocido. La Constitución Costarricense no protege el derecho a difundir cualquier información, si únicamente la que es veraz. No se requiere una certeza absoluta de la veracidad en el momento de comunicar la información, porque tan exacerbada exigencia entrañaría el riesgo de ahogar la libertad de información.

- **Veracidad y prueba de la verdad**

La cuestión del conflicto de derechos fundamentales y su incidencia en la justificación importa, por otra parte, una considerable modificación en el marco del *exceptio veritatis* art. 210 del Código Penal Español y equivalente al art. 149 del Código Penal Costarricense, y que es conforme a la CE. En efecto, en la medida en que la legitimidad del ejercicio del derecho de la libertad de información o del derecho a la libertad de opinión, está condicionada por la veracidad de lo expresado, el ámbito de aplicación del artículos 210 y 151 de los Códigos Penales de España y Costa Rica, respectivamente.<sup>(65)</sup>

Respecto a la veracidad de la información su ámbito es aún más complicado, porque como hemos estudiado, se deja esta a una cierta profesionalidad y a un criterio personal del informado de que la noticia que va a publicar, es a su entender, cierta (lo que constituye un criterio subjetivo, y todo ello en una valoración *ex ante*). Pero sin embargo,

---

(64) Esta línea procede de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el Caso New York v. Sullivan en 1964, que establece bases jurídicas sólidas para consolidar el ejercicio del derecho de información al servicio de la institución política fundamental como es la opinión pública.

(65) Cuando la acción consiste en la imputación de hechos (ya se trate de la imputación de un delito perseguible de oficio o afirmaciones que afecten a la dignidad personal), si demuestra la no veracidad o no es posible la

pervive la institución de la *“exceptio veritatis”* basada en un fundamento objetivo *ex post*, lo que es una clara contradicción, como señala Vives Antón.

## CONCLUSIÓN

Lejos de finalizar la discusión del tema en cuestión es importante destacar que apenas se ha analizado el límite interno y requisito de la veracidad con amplitud en todas su facetas. Además es necesario entender que este elemento es entendible como la aptitud que adopta el comunicador de corroborar y complementar debidamente la información que recibe. Entendido así es sin duda la diligencia del informador vital a la hora de verificar este requisito que legitima el derecho a la información. En otras palabras la veracidad no es sinónimo de verdad absoluta, porque es erróneo entenderlo de esta forma, porque verdades hay muchas y de muy diverso sentir subjetivo. La diligencia del periodista a la hora de recabar información y la debida corroboración de la fuente y los datos marcar la razón de ser del límite interno de la libertad de información.

La veracidad entendida por el Tribunal Supremo Español no es un elemento que debe ser valorado para determinar el ejercicio legítimo del derecho a la información, pero no es el único, ni el definitivo. Asegura que el límite de la protección penal del honor se encuentra en que la conducta se haya realizado ejercitando legítimamente otro derecho prevalente, es decir, que actuado dentro del ámbito operativo del artículo 20 de la C.E. Partiendo de la posición preferente de la libertad de información, se debe resolver el conflicto, verificando, antes que nada, si

---

prueba de la verdad por parte del autor, en el marco de una comprobación positiva en sede de antijuricidad, se estaría afectando el bien jurídico honor de otro. En este caso entrará en consideración la subsunción negativa consistente en verificar la exclusión de la causa de justificación del ejercicio de la libertad de información. Acreditada la veracidad objetiva, no habrá antijuricidad. Consecuentemente, la cuestión de la verdad de la imputación en los casos, en que sea preponderante el derecho de la libertad de expresión e información no sólo será relevante cuando las imputaciones “fueren dirigidas contra funcionarios públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos”, sino también cuando se refieran a personas que no ostentan la calidad de funcionarios, como por ejemplo políticos.

la libertad de información ha sobrepasado o no límites de su ejercicio lícito y preferente; si se ha mantenido dentro del vínculo en que puede lícitamente sobreponerse a otros derechos en conflicto y en este caso no habrá lugar para balance alguno. Más allá del ámbito preferente o en los casos en que la información (por tratarse por ejemplo de sujetos privados) no resulte especialmente protegida, el contrapeso y la apreciación de las circunstancias del caso que será el método resolutorio del conflicto. Sin olvidar la posición preferente que gozan las libertades de expresión e información cuando se refieren a personalidades públicas, que ostentan libremente esa posición.

El análisis teórico jurídico responsable de los elementos representan el núcleo duro de la próxima monografía sobre esta temática que cobra cada día mayor interés en la opinión pública costarricense y por ende mundial.

*En conclusión*, y como regla general es posible que una información que objetivamente sea falsa esté amparada por el derecho constitucional a la libertad de información artículo 20.1d) de la C.E, siempre y cuando haya habido un mínimo de diligencia en la comprobación de los hechos y que no actúe con manifiesto desprecio a la verdad.

Pero lejos de concluir aquí la polémica y conflicto entre los derechos fundamentales de la libertad de información y el honor, se debe resolver en el ámbito constitucional y penal, comprobando la existencia de dos requisitos adicionales, que son el interés público y la adecuación de la información.

Este análisis del ejercicio legítimo del derecho a la información es inconcluso cuando se toma en cuenta tan sólo la veracidad de la información que es uno de los tres límites internos y requisitos que legitiman este valioso derecho fundamental. Por lo tanto en la segunda parte de esta monografía se pretende analizar los factores del interés público, la adecuación de la información que sustentan el derecho a informar del comunicador y el derecho a recibir información veraz de la ciudadanía.

**LA RELACIÓN JURÍDICA DEL TRABAJADOR DEPORTIVO  
(CASO DE FUTBOLISTAS Y ENTRENADORES  
DE FÚTBOL)**

*Lic. Edgar Jiménez Risco*

Abogado costarricense

*“No recuerdo haber encontrado  
la definición de la verdad;  
mas si tu quieres, busquemos,  
a través de la diversidad de las cosas  
en las cuales decimos que la verdad está,  
qué cosa es la verdad”*

SAN ANSELMO (en “Proslogion”)

## **SUMARIO:**

1. Preámbulo
2. Introducción
3. Ubicación jurídica, partes y elementos esenciales
4. Modalidad contractual
5. Derechos y obligaciones del trabajador y empleador deportivo
6. El agente deportivo
7. Período de prueba
8. El precontrato
9. La renovación de contrato, la prórroga automática y la cláusula de opción
10. La jornada de trabajo
11. Cláusula de rescisión
12. Transferencia y cedencia de jugadores
13. La suspensión del contrato de trabajo
14. Causas que extinguen la relación laboral
15. Obligaciones contractuales deportivas
16. Faltas a las Reglas de Juego



## 1. PREÁMBULO

Este fenómeno que llamamos fútbol alcanza todos los estratos, desde las capas más humildes hasta el ciudadano más cosmopolita.

Su fuerza es fácilmente identificable por varios flancos. Es en la era moderna un instrumento social en el que se reivindican sentimientos de patriotismo y nacionalismo emblemáticos en la figura de los seleccionados nacionales, cada victoria es el triunfo de la nación sobre el Estado agresor, es la defensa de la soberanía, y los jugadores victoriosos cual nobles guerreros son ovacionados como tales, alcanzando prestigio y con ello agrandando la posibilidad aumentar su peculio en futuras contrataciones. Se convierte el seleccionado entonces en uno más de los símbolos patrios, digna de culto y pleitesía.

En un nivel local, sucede un fenómeno similar, sirviendo entonces para crear identidades, estas construcciones sociales operan a través de signos, esta socialización y este sentimiento de pertenencia es vital, y en este el fútbol juega un papel importante.

Tenemos también el caso de la elite gerencial de los equipos, otra actividad muy particular. Un grupo muy restringido, en el que participan grupos o personas con fuertes respaldos económicos, quienes administran los clubes como verdaderos feudos, y si no dos ejemplos: Alí en el Club Sport Herediano y Vergara en Saprissa. En todo caso, para quienes participan y no es precisamente por cuota económica, los réditos son también generosos, el poder y prestigio.

El fútbol es también, avanza a los ritmos de la economía mundial, y el mero trazado de metas de pundonor y honra deportiva, seden su espacio al dinero, a las leyes de mercado, y pasamos entonces, a ser exportadores de mano de obra deportiva, vendidos en dólares. Es el fútbol más que actividad espontánea, pasa a convertirse en una empresa, con intereses personal en juego y con la necesidad de generar ganancias. Es lo que se ha llamado ser la monetización del fútbol, una lógica mercantil, esta lógica que opera en la globalización del mercado de jugadores, en los valores de venta de éstos y por supuesto en el aumento de los salarios. Es todo un mercadeo tal y como cualquier otra empresa (se venden jugadores, entradas, productos, derechos televisivos, publicidad, etc.).

Resaltamos para finalizar otra manera de verlo, más que sea esto sin cerrar el abordaje, esta sería el fútbol como ideología. Este parece ser

uno de los ángulos más negativos de la actividad, porque estamos hablando de fútbol y masas, fútbol y ciega convicción, es cuando se utilizan todas esas energías que salen del candor de los miles y miles de aficionados hacia objetivos predispuestos o al servicio de quienes le utilizan como catapulta política o como escudo para aplicar políticas, esto es con efecto narcótico. Es decir instrumento de poder. No es de extrañar entonces la simpatía de los Gobiernos de turno por las gloriosas cruzadas de la Selección Nacional o bien lo oportuno que puede resultar en algunas ocasiones como válvula de escape a las presiones por los problemas socioeconómicos, el aparejarse a una victoria del equipo patrio, todavía mejor si es después de un gane en el Azteca o si había pasado muchos años en que no se le ganaba a un acérrimo rival.

## **II. INTRODUCCIÓN**

Cuando de materia de la relación deportiva para deportistas profesionales se habla, el desarrollo de la temática parte tanto en el medio como internacionalmente, de las relaciones de los futbolistas y sus cuerpos técnicos; y de acá, irriga los otros campos en materia deportiva. Tal es la evolución de las nuevas consideraciones que en materia de contratos se da internacionalmente en la última década del milenio que recién acaba, con el caso del comunitario Bosman,<sup>(1)</sup> mejor conocido en el medio futbolístico como “el caso Bosman”.

Hoy incluso, la apertura hacia el enriquecimiento legal de esta relación para nosotros atípica, cobija en la Comunidad Europea a muchos países fuera del bloque, todo en favor de la protección laboral del trabajador deportivo. Además de que, como ya comentamos, pasa a extenderse a partir de un caso de fútbol a un sin número de disciplinas en las que se presentan este tipo de relaciones laborales.

En nuestro país en cambio, no hemos pasado de algunos comentarios legales en torno a, pero no un tratamiento exhaustivo por parte de la doctrina, como debería ser, dada la importancia social y económica (tal y como lo comentamos en el preámbulo) del fenómeno del fútbol, con todo su desarrollo empresarial, alejado ya de la mera práctica deportiva, del llano placer, del amateurismo o ejecución

---

(1) Sentencia C-93/415 del Tribunal de Justicia de Luxemburgo; del 15 de Diciembre de 1995.

aficionada, siendo ya una relación relevante y en la que en teoría, debería por su importancia estar regulada por el Derecho. Por su parte, la jurisprudencia tampoco ha sido muy rigurosa en el tratamiento, más ha venido adoptando de manera acertada la vocación laboral a la hora de fallar y aclarando de alguna manera los nublados que la materia existen.

## **2. UBICACIÓN JURÍDICA, PARTES Y ELEMENTOS ESENCIALES**

Debemos dejar por sentada una tesis, la relación laboral deportiva es una especialidad de la relación laboral común. Esto debe quedar más que claro, porque es precisamente lo que ha llevado a la corriente jurídica internacional, a reconocer que la relación estudiada es ante todo, una relación laboral.

El Código de Trabajo en su numeral 18 nos define el contrato de trabajo como todo aquel en que una persona se obliga a prestar sus servicios a otra bajo su dependencia y dirección (inmediata o delegada) a cambio de una remuneración.<sup>(2)</sup>

Aquí se desprenden elementos importantes para nuestro análisis, que como veremos más adelante son compartidos ampliamente por el contrato deportivo, más los que le pertenecen propiamente por especialidad, por lo que debe borrarse del todo la idea de querer desvirtuar la naturaleza ante todo laboral de esta figura.

Tenemos entonces: las partes, compuestas por dos sujetos, uno que presta sus servicios y otro que obtiene el beneficio del trabajo de quien tiene a cuenta, esto es trabajador y empleador respectivamente; además, observamos los elementos esenciales de la figura, como son la prestación de servicios, la remuneración y la subordinación.

Conoce la doctrina además otros elementos que se han denominado como “no esenciales”, los cuales “corresponden a características genéricas del contrato: consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, intuitu personae y de tracto sucesivo”.<sup>(3)</sup>

---

(2) Ver texto completo: artículo 18 del Código de Trabajo.

(3) MEILIJ; *ob. cit.*, página 116.

Nos dice CABRERA BAZÁN con respecto al contrato deportivo: “el contrato celebrado entre el club de fútbol y el futbolista profesional, genera una relación bilateral que liga a ambos y les obliga recíprocamente”.<sup>(4)</sup>

Un asunto interesante es que si bien para determinar la naturaleza de la relación basta con que acontezcan sus elementos básicos, independientemente de que si el contrato se estableció de manera escrita u oral; hay concordancia en el hecho de exigir que el contrato deportivo se realice siempre de manera escrita, porque obviando que ello servirá como mero requisito de prueba, se da además, porque estos contratos son generalmente homologados ante los entes rectores de cada país.<sup>(5)</sup>

Veamos brevemente las partes y los elementos esenciales de la relación laboral común y de la relación laboral del trabajador deportivo, en este apéndice el lector podrá con facilidad identificar la figura como laboral.

#### a) Las partes

**Patrono:** Es quien requiere los servicios del trabajador, y que producto de ese contrato tácito o expreso por el que nace la relación, hace suyos los frutos del trabajo prestado. Añade además el Código de Trabajo en su artículo 13, que puede ser persona física o jurídica, particular o de Derecho Público.<sup>(6)</sup>

Tenemos entonces que para el caso de la relación contractual deportiva, será patrono la persona física o jurídica; asociación o sociedad deportiva; club, equipo o entidad deportiva; empresa o empresario deportivo que contractualmente aparezca como tal o que en último caso

---

(4) CABRERA BAZÁN, *ob. cit.*, página 23.

(5) Los artículos 13 y 14 del Reglamento Relativo al Estatuto y a las Transferencias de los Jugadores y Cuerpos Técnicos de Fútbol de Costa Rica, establecen que en el plazo máximo de 10 días hábiles posteriores a la firma del contrato, éste deberá registrarse ante la Oficina de Registro de Contratos de la Federación Costarricense de Fútbol, so pena de multa de 25.000 colones por parte de la Comisión Disciplinaria de ese mismo ente.

(6) Ver texto completo: artículo 3 del Código de Trabajo.

sea subsidiariamente responsable por hacer suyos los frutos del esfuerzo del deportista de una manera directa. Es decir, le ubicamos como tal, independientemente del régimen o forma jurídica, o de si tienen o no ánimo de lucro.

**Trabajador:** Es quien presta los servicios y se encuentra subordinado, es el sujeto central en el ordenamiento laboral, y que necesariamente debe ser una persona física. Nos dice el Código de Trabajo, que estos servicios podrán ser materiales, intelectuales o de ambos géneros.<sup>(7)</sup>

A la hora de ubicar el trabajador deportivo debemos considerar dos variantes. La primera, que ya no se incluye cualquier tipo de atleta, comprende solamente aquél que obtiene remuneración de su esfuerzo, que lo tiene como profesión o modo de vida habitual, independientemente de si comparte al igual que el aficionado o amateur, de estímulos meramente deportivos como la gloria o ella victoria deportiva. La segunda, razón por la que preferimos denominarlo como trabajador deportivo, es porque se incluyen además del deportista profesional, entrenadores, asistentes, entrenadores de porteros y preparadores físicos.

Aclaremos dos posibles interrogantes, al jugador aficionado no pierde su condición por compartir de los beneficios de uno profesional, como consejería técnica, masajista, asistencia técnica o seguro incluso;<sup>(8)</sup> esto da pie a la posibilidad de coexistan deportistas de ambas condiciones bajo un mismo club. La otra aclaración, es que otro de los criterios utilizados para definir si un jugador es no aficionado, es la habitualidad en la actividad, de manera tan exclusiva que sea ésta su actividad principal, aun sin recibir remuneración en dinero líquido o recibéndola en especie; este podría ser el caso del deportista becado, el cual definitivamente se aleja del amateurismo y se acerca al profesionalismo.

## **b) Elementos esenciales**

**La subordinación:** Se dice que la prestación de servicios se da bajo la facultad del empleador para disponer y coordinar sus actividades.

---

(7) Ver texto completo: artículo 4 del Código de Trabajo.

(8) CABRERA BAZÁN; *ob. cit.*, página 27.

Es según la jurisprudencia un elemento que debe verificarse, pues pueda que existan relaciones en los que la prestación de servicios o la remuneración también estén presentes.<sup>(9)</sup>

Ya propiamente refiriéndonos al tema, se nos dice que “una muestra clara de la dependencia y subordinación del deportista profesional se encuentra en el hecho de que se pueden aplicar sanciones por incumplimiento”.<sup>(10)</sup> Así, esta sujeción se da gracias a la disposición que de entre otros poderes como el de mando, dirección, fiscalización y disciplinario goza el empleador deportivo.

El club somete al deportista a instrucciones y órdenes, que van desde la administrativas hasta las deportivas, que se imparten por intermedio de los directivos del equipo, entrenadores, asistentes y preparadores físicos. Y es de resaltar que el condicionamiento, sobrepasa incluso el espectáculo deportivo o entrenamientos y demás actividades conexas, llegando este poder a la esfera privada del trabajador, por cuanto puede afectar en general al club y particularmente las especiales condiciones del deportista.

La prestación de servicios: es la razón por la cual recibe su remuneración el trabajador, condición personal por la cual es contratado. Es según la Sala Segunda, razón suficiente para que comprobando la prestación personal de servicios se presume la existencia del contrato de trabajo, y si fuese diferente es el empleador quien debe desvirtuarlo.<sup>(11)</sup>

Al tenor del artículo 71 de nuestro Código de Trabajo, que establece, la prestación del servicio para la cual el trabajador fue contratado; igualmente se sustenta la prestación de la actividad deportiva, es aquí donde encontramos una intrínseca relación con el espíritu de la disciplina deportiva, ya que de buena fe se supone que el deportista satisfecerá las necesidades de fidelidad y honestidad deportiva para con sus empleadores.<sup>(12)</sup> Esto es lo que en materia deportiva se denomina el buen rendimiento deportivo.

---

(9) Resolución N° 354 del 12 de Noviembre de 1999, de las 10 hrs., 10 m; Sala Segunda de la Corte.

(10) CANTÓN MOLLER; *ob. cit.*, página 98.

(11) Resolución N° 261 del 16 de Octubre de 1998, de las 9 hrs, 10 m; Sala Segunda de la Corte.

(12) CASTRO MÉNDEZ, *ob. cit.*, página 46.

**La remuneración:** Es naturalmente un elemento vital del contrato, es la motivación de quien trabaja, ya que significa su subsistencia, este corresponde la totalidad de percepciones económicas en dinero o en especie.

La labor realizada no deviene en dividendos directos para el jugador, sino que, éstos se producen en virtud de su prestación de servicios en beneficio de otro.

En este caso, el deportista, como cualquier trabajador, no participa en una repartición de beneficios, recibe una remuneración producto de la venta de su fuerza laboral. A efectos de computarlo, habrán de considerarse las primas de contratación, primas por partido, el sueldo mensual, pagos extraordinarios (por juego ganado o por puntos por ejemplo) y plus de antigüedad, se agrega además los derechos de imagen colectivos y personales si es que se pacta.

La legislación brasileña advierte que “es lícito para el atleta profesional rehusar competir por la entidad deportiva cuando sus salarios, todo o en parte, estuvieren atrasados en dos o más meses”.<sup>(13)</sup>

#### **4. MODALIDAD CONTRACTUAL**

Pese a que se da una presunción materia laboral común, de que la relación se extiende indefinidamente en el tiempo salvo excepciones, cuando son por obra determinada o por tiempo definido cuando la naturaleza del trabajo así lo requiere. En materia deportiva sucede lo contrario, la relación se da por períodos definidos y más bien cortos, con el reconocimiento tanto de la normativa, jurisprudencia y doctrina en derecho comparado.

Desde la génesis de la relación misma, se sabe que la duración será determinada en el tiempo. Ahora que, si bien es cierto los criterios varían acerca del mínimo, nos inclinamos por la propuesta española, que admite las posibilidades de que sea por tiempo cierto y por número de actuaciones determinadas o determinables.

El fundamento de la modalidad lo podemos fundar en dos consideraciones, una en el orden del empleador y otra para el empleador

---

(13) Artículo 32; Ley Nº 9615, del 24 de marzo de 1998. Institui Normas Gerais sobre Desporto e dá outras Providencias. Brasil.

y/o el trabajador deportivo. Primero, es indudable que las condiciones físicas y técnico-tácticas por las que un jugador es contratado, son afectadas por el transcurso del tiempo como efecto natural, y en otros casos, por no ser compatible posteriormente con los intereses del club, expresando un criterio meramente técnico. Segundo, la temporalidad del vínculo le permite al deportista ajustar su valor de mercado continuamente.

## **5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL TRABAJADOR Y DEL EMPLEADOR DEPORTIVO**

Es necesario advertir que, estos nacen de la necesidad de contar con un deportista que física y mentalmente mantenga las condiciones por las cuales fue contratado en estrecho vínculo con los intereses del club.

Así, el jugador tiene derecho a una ocupación efectiva; a la regularidad tanto en esta como en la actividad física, técnica y táctica; uso de las instalaciones del club; seguridad social; respeto a sus particulares, condiciones técnicas y tácticas y a la remuneración efectiva pactada.

Sus obligaciones son el estricto apego a las disposiciones de entrenadores, preparadores físicos y directivos del club y guarda de una conducta física, moral y ética que respete los intereses del equipo.

En el caso del empleador, básicamente se refiere a la disposición laboral del deportista dentro de los límites jurídicos permisibles y la facultad sancionadora.

Y sus obligaciones son las de proveer las especiales condiciones deportivas, tácticas y psíquicas para la práctica deportiva del deportista; realización efectiva en tiempo y forma de las obligaciones contractuales; así como el respeto por las condiciones de cada uno de los deportistas del plantel, respeto de sus valores y principios.

## **6. EL AGENTE DEPORTIVO**

Advertimos que en algunos textos se hace referencia a términos como “empresario deportivo” y “agente de jugadores” que para los efectos son sinónimos del agente deportivo. Con el cuidado eso sí, de ubicar el contexto en cuanto al primer vocablo.



Éste es una persona física<sup>(14)</sup> debidamente acreditada, que mediante una remuneración desempeña con relativa regularidad la actividad de representar o intermediar en la celebración de contratos deportivos.

Esta figura es facultativa, al que se recurre para que tanto entrenadores como jugadores centren sus intereses en el plano deportivo sin preocuparse por lo contractual y económico.

## **7. PERÍODO DE PRUEBA**

El Ministerio de Trabajo ha venido aplicando un período de prueba igual a los tres meses que se requieren para configurar el preaviso y auxilio de cesantía,<sup>(15)</sup> pero el criterio es distinto a la materia deportiva.

En lo que sí parece haber concordancia es en que tanto argentinos como españoles establecen un plazo máximo de tres meses. Este se hace antes de entrar en función propiamente dicha, esto sería la competición oficial, e iniciada ésta se estipula por un lapso más corto. Además se considera extinto, si el jugador es utilizado en un juego oficial, todo en favor del trabajador deportivo.

Durante este lapso, el deportista adquiere las mismas garantías y obligaciones tal si como fuese un miembro más de la planilla del club.

## **8. EL PRECONTRATO**

El precontrato en la relación jurídica del trabajador deportivo, es un negocio preparatorio en el que se establecerán los lineamientos de una futura relación laboral. Es susceptible de modificarse posteriormente cuando se perfeccione el contrato laboral deportivo definitivo.

---

(14) Según el Reglamento sobre los Agentes de Jugadores, FIFA, del 10 de diciembre del 2000, en su artículo 2 inciso 3 establece que únicamente podrán ser agentes de jugadores personas físicas.

(15) DAJ-368, 25 de Noviembre de 1996; Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Trabajo.

Pese a que no obliga en definitiva a ninguna de las partes, ya que tanto por la prohibición legal de la Federación Internacional de Fútbol Asociado<sup>(16)</sup> en el caso de jugadores con contratos aun no expirados, como por el hecho de que no es posible restringir la libertad contractual y laboral, máxime que son derechos constitucionales plenamente reconocidos, como también en el hecho de que es un evento a futuro, del cual solo se han dado proyecciones; lo cierto es que es posible exigir el cumplimiento de montos resarcitorios o la indemnización pactada en caso de su incumplimiento.

## **9. LA RENOVACIÓN DE CONTRATO, LA PRÓRROGA AUTOMÁTICA Y LA CLÁUSULA DE OPCIÓN**

Con la renovación de contrato en materia deportiva no hay mayores complicaciones pese, a que, el análisis de derecho comparado no arroja una luz clara.

El problema se resuelve por un sencillo ejercicio lógico. Tenemos que el contrato deportivo nunca se presume por tiempo indefinido, desde su nacimiento hay una unidad determinada o determinable; si hay un silencio respecto a la voluntad de las partes pues se da por terminada la relación laboral. Ahora, si las partes tuviesen el deseo de prorrogarlo, y hubiese obscuridad en cuanto a su temporalidad, se utilizará como criterio esclarecedor la unidad de tiempo fijada inicialmente.

Empero, utilizando un criterio protector hacia el trabajador deportivo, tal y como es el espíritu de la normativa laboral, entendamos que cualquier violación a la temporalidad de la relación dada unilateralmente por la parte patronal, se atenderá en el tanto beneficie al deportista; siendo ésta deducible de los signos que evidencien la voluntad que tuvo éste, de seguir utilizando al jugador.

Lo anterior nos lleva a tratar con recelo entonces la disposición de los numerales 26 y 27 del Código de Trabajo, que pretenden que la renovación automática se considere siempre por tiempo indefinido, sin importar la modalidad de contrato que le antecede.

---

(16) Artículos 12 y siguientes del Reglamento Relativo al Estatuto y a las Transferencias de los Jugadores de Fútbol, del 1 de Octubre de 1997.

Incluimos el comentario en este apartado, del tema referente a la cláusula de opción de la que generalmente escuchamos hablar en los medios de comunicación cuando finaliza una temporada. Como es imperativo en la materia laboral deportiva, no puede existir disposición alguna que restrinja los derechos de un deportista a la hora de contratar.

Lo que expresa esta cláusula es, en pocas palabras, una opción para que en el momento de realizar las contrataciones, el club a quien le favorece ésta, sea quien tenga la primera opción a la hora de negociar. Aquí resaltamos la importancia de la publicidad de los contratos deportivos, ya que esto permitirá a los clubes conocer y respetar la disposición.

## **10. LA JORNADA DE TRABAJO**

Es un aspecto de poca determinación, debido a que ésta se ajusta según los requerimientos de la actividad deportiva del club.

El deportista está sujeto al club en actividades que comprenden la acción deportiva, entrenamientos (técnicos, tácticos y/o físicos), exámenes y tratamientos clínicos, concentraciones y viajes que sucedan a los encuentros u otras actividades a la orden de la entidad empleadora. Sin embargo a efectos de computar la jornada sólo se considerarán el tiempo empleado en encuentros y la preparación para éstos. Se considera además, que la suma de todas las actividades computables no sobrepasará la jornada máxima laboral ordinaria.

Cualquier actividad debe ser advertida con anticipación al deportista, pero éste debe concurrir siempre con la puntualidad debida.

Para el caso de los días libres y las vacaciones, si bien estos son reconocidos, debe existir la anuencia a tolerar que se den en fechas que no comprometan la actividad del club.

## **11. CLÁUSULA DE RESCISIÓN**

Esta es una prevista en el caso que una de las partes unilateralmente no desee continuar con la relación, o como lo ven los españoles, un derecho adquirido proveniente de la abrupta ruptura del contrato deja su definición a cargo de los tribunales.

Al respecto existe una posición ecléctica en el hecho de reconocer las cláusulas como efectivas pero en el tanto en sean objetivamente determinables, no representando una limitación a la libertad laboral del deportista, en el tanto que ello no sea así, se hará caso omiso y quedará a definir por el tribunal donde se ventile el asunto.

Queda sentado también, que ésta no se cobrará en su totalidad cuando el contrato haya sido parcialmente ejecutado.

## **12. TRANSFERENCIA Y CEDENCIA DE JUGADORES**

Es la transferencia una operación por la que básicamente un jugador obtiene un cambio de fichaje, este cambio en la relación tiene consecuencias que varían según se esté o no en competición, y según las particulares condiciones del jugador con relación al club, esto es si aparte del monto indemnizatorio se debe realizar el pago de otros derechos.

Existe también acuerdo respecto a que no es posible en ningún caso, que los montos por indemnización representen un impedimento a la capacidad contractual del deportista y a su derecho al trabajo.

Existe una ligera diferencia con relación al concepto de la indemnización contenida en la cláusula por rescisión contractual, porque esta se crea en la eventualidad de la que la voluntad de una o ambas partes quiera terminar abruptamente con la relación contractual, sin que medie como causal el traspaso a otro club. Claro está que es posible que se incluya la transferencia como una de las causales facultativas para hacer efectivo del monto correspondiente por la rescisión.

La cedencia, se refiere a una especie de transferencia sólo que temporal, en la que entre otros requisitos: el acuerdo entre partes, sea por escrito (como se requiere en cualquier movimiento de jugadores, debemos agregar), no puede darse para la práctica de una actividad diversa, en los términos anteriores, y en condiciones económicas iguales o mejores.<sup>(17)</sup>

El jugador en este caso mantiene su ligamen con su primitivo club, pero tiene el aval para competir con otro club en una misma federación

---

(17) Ley Nº 28/98, de 26 de junio, Portugal, artículos 19 y 20.

o en otra distinta, lo que en el medio se conoce como estar “habilitado”. En este caso se requiere no sólo la voluntad entre clubes, también la habilitación deportiva extendida por el órgano respectivo.

### **13. LA SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Para nuestra legislación implica una condición total o parcial de los contratos de trabajo, que no implica su terminación ni la extinción de los derechos y obligaciones que emanen de los mismos.<sup>(18)</sup>

Al respecto nuestra legislación es abierta a las causales que puedan causar esta condición en la que acaece una incapacidad transitoria para continuar desarrollando la actividad. Serían: sin responsabilidad patronal<sup>(19)</sup> la fuerza mayor, el caso fortuito y la prisión preventiva, agregamos la ausencia temporal en caso de que algún miembro del cuerpo técnico se encuentre en capacitación; y con responsabilidad patronal la enfermedad del trabajador deportivo.

### **14. CAUSAS QUE EXTINGUEN LA RELACIÓN LABORAL**

Empezamos por supuesto con el mutuo acuerdo, sin embargo se debe hacer notar que cuando existen derechos adquiridos del club sobre el jugador, no basta la mera voluntad para liberarse de la obligación; ya que si otro club quisiera contratarle, debe primero honrar los intereses del club que extingue la relación contractual con el jugador, por citar uno de los tantos ejemplos posibles. Extendemos las causales a la expiración del tiempo convenido, el total cumplimiento del contrato (que se agoten el número de actuaciones para las cuales fue contratado, por citar un caso), por muerte o lesión permanente (con el derecho a los respectivos beneficios), por disolución o liquidación del club, por crisis económica que amerite una reestructuración de la planilla, por causas estipuladas en el contrato siempre que no resulten abusivas, por despido del deportista (con o sin justa causa) y la voluntad unilateral de una de las partes (con el pago de la respectiva compensación por supuesto).

---

(18) Código de Trabajo, artículo 73.

(19) Ver al respecto artículos 73 y siguientes del Código de Trabajo.

## **15. OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEPORTIVAS**

En general corresponden a cualquier obrero aspectos relacionados con higiene y seguridad, deber moral y ético para con su patrono, y las propiamente relacionadas con su puesto de trabajo.

En este último punto, las obligaciones deportivas son las que hacen especial este contrato laboral, para cumplirlas, el trabajador deportivo debe entrenar, competir, obedecer las diligencias técnicas, tácticas o administrativas y mantener la condición física requerida. Podemos decir entonces, que atentar contra tales obligaciones es incumplir contractualmente, o lo que es lo mismo decir, es una falta de trabajo.

Al respecto, las sanciones se darán según la falta, y estarán de previo estipuladas en el respectivo reglamento interno de trabajo de la entidad deportiva; y comprenden igualmente desde llamadas de atención verbales y escritas, multas y sanciones económicas, suspensiones de trabajo y el despido. Con respecto a las sanciones monetarias hacemos notar dos comentarios; el primero, que tal potestad tiene límites y segundo, que además de encontrar fundamento en la necesidad de contener la rebeldía e indisciplina laboral o de los actos extra-deportivos que afecten de manera directa la actividad deportiva, es un punto en el que han concordado las normativas de ligas importantes en un nivel europeo, como la liga portuguesa o española.

Ahora que, un aspecto en el que hay concordancia absoluta, radica en que el concepto deportivo “bajo rendimiento” no puede utilizarse como fundamento para esgrimir una sanción que afecte el ingreso económico de un deportista, a razón de que es un concepto subjetivo, relativo y variable, distinto de persona a persona, el cual depende su valoración exclusivamente de quien evalúa.

## **16. FALTAS A LAS REGLAS DE JUEGO**

En este caso, nos remitimos a las reglas de juego de cada disciplina, que establecen una relación causa efecto entre las faltas de juego y sus respectivas sanciones. Así por ejemplo, si un jugador de campo detiene un balón con la mano, con la intención de que el balón no ingrese a gol, tendrá como sanción la expulsión del terreno de juego.

Ahora, nótese que recalamos la palabra intención, que no es otra cosa sino orientar la voluntad hacia un fin específico; hemos hecho esto,

debido a que una lectura a las Reglas de Juego del Fútbol, nos señala que éste se carga de intencionalidad, pero además, pese a prever la posibilidad de faltas y conducta antideportivas, lo que promueve es (obviamente) el “espíritu deportivo” y “el respeto a la integridad”.

Diremos entonces, que tanto el jugador, como de manera solidaria la entidad deportiva contratante, serán responsables por aquellos actos que comprobadamente demuestren que el deportista exteriorizó una conducta dolosa, con la única finalidad de afectar los intereses del club contratante o la integridad de sus compañeros o rivales.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

- ALONSO OLEA (Manuel); *Derecho del Trabajo*; Artes Gráficas Benzal S.A.; Madrid, 1980.
- CABANELLAS (Guillermo); *Tratado de Derecho Laboral*; Tomo II, *Derecho Individual del Trabajo*; Volumen 4, *Contratos Especiales de Trabajo*; 3ª Edición; Editorial Eliasta S.R.L.; Buenos Aires, 1988.
- CABRERA BAZÁN (José); *El Contrato de Trabajo Deportivo (Un estudio sobre la relación contractual de los futbolistas profesionales)*; Instituto de Estudios Políticos; Madrid, 1961.
- CANTÓN MOLLER (Miguel y Adolfo Vázquez Romero); *Derecho del Deporte*; Editorial Esfinge; México; 1968.
- CARDENAL CARRO (Miguel); *Deporte y Derecho: Las Relaciones Laborales en el Deporte Profesional*; Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia; 2ª Edición; Murcia, 1996.
- MEILIJ (Gustavo Raúl); *Contrato de Trabajo*; Tomo I y II; Reimpresión de la 1ª Edición; Ediciones Depalma; Buenos Aires; 1989.
- MIROLO (René Ricardo); *El Trabajo del futbolista profesional*; Editora Córdoba; Córdoba, 1980.
- OLIVEN (Ruben y Arley Damo); *Fútbol y cultura*; Grupo Editorial Norma; Bogotá; 2001.

- ROQUETA BUJ (Remedios); *El Trabajo de los Deportistas Profesionales*; Tirant LaBlanch; Valencia, 1996.
- SAGARDOY BENGOCHEA (Juan Antonio); *El Contrato de Trabajo del Deportista Profesional*; Editorial Civitas S.A.; Madrid, 1991.
- SALA FRANCO (Tomás); *El Trabajo de los Deportistas Profesionales*; Editorial Mezquita; Madrid, 1983.
- SALAZAR MONGE (Jorge Emilio); *El Fútbol en su Intimidad*; Servicios Litográficos Ltda.; San José; 1988.

## REVISTAS

- *Revista General de Derecho*; Valencia; Marzo del 2000; Año LVI, Número 666.
- *Revista de Ciencias Jurídicas*, número 17, junio de 1971.

## TESIS

- CASTRO MÉNDEZ (Mauricio); *El Tribunal de Conflictos Deportivos: Su Naturaleza Jurídica y la Renuncia de Derechos Laborales*; Tesis de Grado; Facultad de Derecho; UCR, 1991.
- ESQUIVEL VILLALOBOS (Rita María); *Naturaleza Jurídica del Derecho Deportivo. Especial Referencia al deporte del Fútbol*; Tesis de Grado; Facultad de Derecho; UCR, 1991.
- JIMÉNEZ RISCO (Edgar); *Bases Jurídicas para la Regulación del Contrato Deportivo en Costa Rica (Caso del Fútbol)*; Tesis de Grado; Facultad de Derecho; Universidad de Costa Rica, 2002.
- PÉREZ FONSECA (José Mario y Carlos Enrique Quesada Barrantes); *Un Análisis Crítico-Jurídico del Derecho Deportivo Costarricense*; Tesis de grado; Facultad de Derecho; Universidad de Costa Rica, 1991.
- VALERIO SANCHEZ (Fernando); *Algunas ideas en torno a la naturaleza jurídica del contrato deportivo (Futbolistas profesionales)*; Monografía presentada para optar por el título de Licenciado en Derecho 1991.
- ZUÑIGA BENAVIDES (Omar); *El Contrato Deportivo en la Legislación Costarricense*; Tesis de grado; Facultad de Derecho; UCR, 1985.



## LEGISLACIÓN, REGLAMENTOS Y OTROS

- Argentina; Ley 20.160 del 15 febrero de 1973, Estatuto del Jugador del Fútbol Profesional.
- Brasil; Ley número 9.615 del 24 de marzo de 1998, Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providencias.
- Código Civil.
- Código de Trabajo.
- Constitución Política.
- Chile; Ley 19712 del 30 de enero de 2001, Ley del Deporte de Chile.
- España; Ley 8/80 del 10 de marzo, Aprobando el Estatuto de los Trabajadores.
- España; Ley 13/80 del 31 de marzo, Ley General de Cultura Física y del Deporte.
- España; Estudio y Disposiciones de los Acuerdos Relativos a la Prórroga Forzosa de los Contratos y Otros Temas elaborados por la Comisión Mixta, Clubes y Asociación de Jugadores; Asociación de Futbolistas Españoles y Real Federación Española de Fútbol; Propuesta Aprobada de la Junta Directiva por el Pleno del Fútbol Español (13-VII-79); Asamblea General 1979.
- España; Real decreto 1006/1985 de junio, por el que se regula la Relación Laboral de los Deportistas Profesionales.
- España; Real Decreto 1591/1992, del 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Deportiva.
- España; Real Decreto 766/1992 del 26 de junio, Sobre la Entrada y Permanencia de Nacionales de Estados Miembros de las Comunidades Europeas.
- FEDEFUT; Reglamento relativo al Estatuto y a las Transferencias de los Jugadores y Cuerpos Técnicos de Fútbol de Costa Rica, de 1998.
- FIFA; Reglamento sobre los Agentes de Jugadores del 10 de diciembre del 2000.
- FIFA; Reglamento Relativo al Estatuto y a las Transferencias de los Jugadores del 1 de octubre de 1997.
- FIFA; Circular Número 616 a las Asociaciones Nacionales Afiliadas a la FIFA; Decisiones de la Comisión del Estatuto del Jugador; del 4 de junio de 1997.
- FIFA; Reglas de Juego, al 27 de marzo del 2000.
- FIFA; Lista de Medidas Disciplinarias de la FIFA; reglamento del 4 de diciembre de 1992.

- Ley N° 7800 publicada en el Alcance N° 20 de La Gaceta N° 103 del viernes 26 de mayo de 1998.
- Perú, Ley Número 27159 de julio de 1999.
- Portugal, Ley N° 28/98 del 26 de junio; Régimen Jurídico del Trabajo Deportivo y el Contrato de Formación Deportiva.
- UNIÓN DE CLUBES DE LA PRIMERA DIVISIÓN; Afiliada a la FEDEFUT; Reglamento de Competición del 10 de junio del 2000.
- Uruguay; Ley 14996 del 26 de marzo de 1980, Normas que regulan la Actividad deportiva y Tipifican Delitos contra el Deporte.

## **JURISPRUDENCIA**

- Sentencia del 26 de julio de 1962, 8h 45m; Alcaldía Segunda de Trabajo.
- Resolución N°158 del 23 de junio de 1994, 14 h., 10 m; Sala Segunda de la Corte.
- Resolución N°136 del 10 de mayo de 1996, 9 h., 00 m; Sala Segunda de la Corte.
- Resolución N°375 del 20 de noviembre de 1996, 16 hrs., 00 m; Sala Segunda de la Corte.
- Resolución N° 221 del 8 de octubre de 1993, 09 h., 00 m; Sala Segunda de la Corte.
- Resolución N°402 del 20 de diciembre de 1996, 10 h., 40 m; Sala Segunda de la Corte.
- Bélgica; Sentencia C-93/415 del 15 de diciembre de 1995, del Tribunal de Justicia de Luxemburgo.
- España; Sentencia 854/98 del 26 de noviembre, Juzgado de lo Social Número Uno de Oviedo.
- España; Sentencia N°341/98 del 23 de setiembre, Juzgado de lo Social N°1 de Pontevedra.
- España; Sentencia del 17 de junio de 1997, Audiencia Provincial de Madrid, Sección 12ª .

## INTERNET

BLANCO PEREIRA (Eduardo). *Las Cláusulas Astronómicas son Abusivas*, La Coruña 17 de marzo de 1999.

HYPERLINK <http://www.iusport.es/debate/rescision/eblanco99.htm>  
<http://www.iusport.es/debate/rescision/eblanco99.htm>

CARDENAL CARRO, IRURZUN UGALDE Y RUBIO SÁNCHEZ. *Una Sentencia más sobre las Cláusulas de Rescisión de los Deportistas Profesionales*. **La Ley**, Revista Jurídica Española de Jurisprudencia y Bibliografía. Año XIX, Número 4654; miércoles 21 de octubre de 1998.

HYPERLINK: <http://www.iusport.es/OPINION/resci98.htm>  
<http://www.iusport.es/OPINION/resci98.htm>.

Cardenal (Miguel) en <http://www.iusport.es/cronicas/pr305.htm>; a propósito del Decreto Ley portugués 305/1995, de 18 de noviembre, regulador de las relaciones laborales en el deporte profesional.

CRESPO PÉREZ (Juan de Dios). *El Caso Bosman: sus consecuencias*. RGID, Número 622-623, 1993.

HYPERHYPERLINK [www.iusport.es/OPINION/crespo96.htm](http://www.iusport.es/OPINION/crespo96.htm)  
<http://www.iusport.es/OPINION/crespo96.htm>

CRESPO PÉREZ (Juan de Dios). *Análisis de los últimos conflictos jurídicos en la era "post Bosman" del fútbol profesional*. RGID Número 642, Marzo 1998.

HYPERLINHYPERLINK [.iusport.es/OPINION/crespo97.htm](http://www.iusport.es/OPINION/crespo97.htm)  
<http://www.iusport.es/OPINION/crespo97.htm>

IRURZUN (Koldo y Francisco Rubio). *La Sentencia Tellez: Cláusulas de Rescisión y su Modulación desde los Principios del Derecho Laboral*. Publicado en la **Revista Aranzadi Social N° 15**; remitido a IUSPORT por sus autores en: <http://www.iusport.es/opinion/koldorubio99.htm>.

MORERAS MARTÍN (Berta). *Sentencia Bosman. Perspectivas de Aplicación y Alcance*. Publicado en la **Revista Técnico Laboral**; Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales; Año 1997; Volumen XIX; Número 72. <http://www.iusport.es/OPINION/bertabos.htm>

PARADINAS (Juan José). *Un Juez hace tambalear las cláusulas millonarias de rescisión de contratos*. Diario **El País**. El País Digital del 30 de octubre de 1998; [digital@elpais.es](mailto:digital@elpais.es)



# LA RELACIÓN NEGOCIAL DEL TIEMPO COMPARTIDO (*TIMESHARING*)

*Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez*<sup>(\*)</sup>

Catedrático de la Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica  
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas  
Profesor de Derecho Económico Internacional

---

(\*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.  
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844  
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

## **SUMARIO:**

### Introducción

1. Definición
  - a) Origen etimológico
  - b) Origen histórico
2. Naturaleza jurídica
3. Caracteres de este contrato
  - a) Plazos
  - b) Precios
4. Función económica
5. Elementos del contrato
  - a) Partes
  - b) Objeto
6. Derechos y obligaciones de las partes
  - a) De la parte que ofrece el servicio: otorgante  
Derechos  
Obligaciones
  - b) De la parte que adquiere el servicio: usuario, adquirente  
Derechos  
Obligaciones
7. Comparación con otros contratos
  - a) Tiempo compartido y alquiler o locación
  - b) Tiempo compartido y compraventa
8. Observaciones varias sobre este contrato
9. Normativa nacional
  - a) Nacional
  - b) Extranjera
10. Jurisprudencia
  - a) Nacional
  - b) Extranjera
11. Contrato de tiempo compartido

### Conclusión

### Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

La industria del turismo, la fiebre vacacional y la publicitada actividad del ocio (que ha dado lugar a lo que sociológicamente se denomina la cultura del ocio, como parte de la inducción al consumismo) han fomentado la comercialización de la relación contractual divulgada como de *tiempo compartido* (*Timesharing*).

Es un contrato para las clases medias y altas, que pueden disponer de los recursos financieros para invertirlos en el campo de la industria turística, a nivel nacional e internacional, impulsada por las empresas transnacionales dedicadas a la actividad hotelera, de playa, del turismo en general.

Este contrato es novedoso, y es esencialmente de *adhesión*. Existe, por ello, poca jurisprudencia sobre este convenio. Lo cual no significa, que en el plano de la realidad no se den conflictos generados por la ejecución de este contrato, los cuales, de momento, no llegan a estrados judiciales.

Es muy probable, dada la fuerza de este sector del turismo, dentro del sistema económico, que este convenio adquiera una mayor presencia comercial.

### 1. DEFINICIÓN

*Es aquel contrato por el cual el titular del derecho, por medio del pago de un precio, puede usar y disfrutar, en forma periódica, exclusiva y alternada, durante un cierto período de tiempo (ubicado en un año calendario), un bien inmueble dedicado a vacacionar (hoteles, cabañas, clubes de playa, campestres o de montaña, etc).* (Gustavo Alegre, en **López Cabana**, p. 301, 1999).

Este contrato se refiere al uso de una cosa (por lo general, inmueble; aunque es posible también respecto de muebles) por diversas personas, a las cuales se les asigna un período de tiempo para disfrutar distinto, para compartir la utilización del bien (ejemplo: hotel). (**Farina**, op. cit., p. 811, 1997).

La expresión *tiempo compartido* ha venido adquiriendo una significación propia en los usos y prácticas de las últimas décadas.

En realidad, nos informa **Farina**, es una expresión abreviada, pues se refiere al uso de una cosa (generalmente, inmueble) por diversas personas, a cada una de las cuales se asigna un período distinto (el tiempo) a este fin (compartir el uso).

Entre las varias acepciones que tiene el verbo *compartir* está la de dividir; y de esto se trata en esta figura negocial. El año calendario (el tiempo) se divide (compartido) en períodos para el uso de la cosa.

En la actualidad, este sistema tiene preferente (y casi exclusiva) aplicación en casas y departamentos ubicados en zonas turísticas, con el fin de pasar una temporada de vacaciones. El sistema consiste en compartir, por períodos previamente reservados, el uso de unidades funcionales destinadas a dicho fin.

Este autor indica que el adjudicatario tiene su uso exclusivo durante el lapso que le es adjudicado; y, generalmente, tiene opción para elegir dentro de su tiempo varias unidades de características similares ubicadas en otros centros turísticos (aún fuera del país de origen del convenio) para lo cual se suele recurrir al sorteo o a otros sistemas que permitan ejercer la opción de escogencia (cit., **Farina**, p. 811).

Jurídicamente, en este contrato el adjudicatario (persona que adquiere el derecho al tiempo compartido de la cosa o del servicio determinado) adquiere este derecho por un contrato que celebra con la empresa respectiva, la cual puede ser la dueña o la administradora de las unidades objeto del contrato.

En nuestro país, el *Reglamento de las empresas de hospedaje turístico* (Decreto Ejecutivo No. 11217-MEIC, publicado en La Gaceta No. 48 del 7 de marzo de 1980) define el tiempo compartido de este modo:

*Artículo 4.I: tiempo compartido*

*Sistema o régimen por medio del cual una persona adquiere un derecho de uso, goce o cualquier otro derecho relativo a la utilización de una unidad habitacional vacacional, por períodos determinados o determinables de cada año durante la vigencia del contrato respectivo, mediante el pago de un determinado precio.* (adicionado por Decreto ejecutivo N° 26842-MEIC-TUR del 2 de marzo de 1998, publicado en *La Gaceta* del 29 de abril de 1998).



Por su parte, el *numeral 1 de ese Reglamento* ordena que:

*Se establecen las siguientes normas que regularán el funcionamiento de las empresas turísticas de hospedaje en el país, así como su clasificación por tipos y por categorías.*

Esta es la única norma que expresamente se refiere al *tiempo compartido* en nuestra nación.

La definición que da el *numeral 4, inciso I de ese Reglamento*, se refiere al tipo más conocido y divulgado, en el sector del turismo, de esa contratación bautizada como *tiempo compartido*.

Daremos otra definición de este convenio, para efectos meramente ilustrativos:

*Por este contrato una de las partes se obliga a dar, por espacios de tiempo previamente determinados y reservados, unidades inmuebles destinadas a fines de esparcimiento y recreación, con las cosas muebles de las que está provista, los espacios y cosas de uso común, obligándose además a la prestación de servicios, sean éstos dependientes o independientes del uso y goce de las cosas, así como también al establecimiento de un régimen apto para la administración y gestión del conjunto ; y, la otra se obliga a pagar un precio cierto en dinero, más el pago periódico de cuotas de mantenimiento y mejoras. (Ghersi, cit., T. 2, pp. 347-348, 1999; Farina, cit., pp. 811-812).*

#### **a) Origen etimológico**

En lo que respecta al origen etimológico, indicaremos que este se puede informar de la siguiente manera, desde la perspectiva del idioma inglés:

**Time:** *Tiempo*  
**Share:** *Compartir, participar*  
**Timeshare:** *Tiempo compartido.*

En el idioma español este contrato se ha generalizado con este nombre de *tiempo compartido*. En inglés, también se le llama *interval ownership*. (Oran, cit., p. 257).

## b) Origen histórico

*Algunos aspectos históricos que se pueden indicar son los siguientes:*

1967: Francia. Se crea la *Société de Grands Travaux de Marseille*, registrándose el concepto de *Multipropriété*.

En Escocia, Inglaterra y Estados Unidos se difunde con el nombre de *Timesharing*.

**Farina** nos informa que este convenio, tiene actualmente su mayor aplicación en el campo del turismo, pero nació con la utilización del tiempo compartido de computadoras (cit., p. 811).

Con el fenómeno de la *globalización* y la internacionalización de los capitales, esta clase de contrato se ha extendido en el mundo, estimulando la industria transnacional del turismo.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA

**Farina** nos dice que si la óptica es la del *contrato de cesión de uso*, éste presenta dos sub-especies:

*Hospedaje* mediante reservas anuales (flotantes y fijas), con posibilidad de intercambio nacional o internacional; y,

*Locación* de unidades vacacionales con plazos discontinuos (cit., pág. 818).

Se trata de un contrato atípico que genera derechos personales, por cuanto se dan las figuras de sujeto activo, pasivo y las prestaciones de servicios debidas. (**Farina**, cit., p. 816, 1997 y cit., pp. 95-96, 2000).

## 3. CARACTERES DE ESTE CONTRATO

La parte que contrata con la empresa adquiere el derecho al goce, por el tiempo pactado, de las instalaciones del hotel (por ejemplo). Existe una multiplicidad de personas que pueden adquirir ese derecho a lo largo del año.

Los aspectos relativos a caracteres de este convenio, que indicaré son los plazos y precios.

#### **a) Plazos**

Los plazos se establecen por semanas, siendo la unidad base una semana. A su vez esta semana puede ser *flotante* o *fija* en el año determinado, el cual se define como de *52 semanas*. Será *fija*, aquella semana que se ubica en un mes dado. Será *flotante*, si se permite contractualmente que esta semana se pueda localizar en varios meses, pero disfrutándola por una sola vez.

*Salvo* el caso en que el cliente compre el derecho a usar el tiempo compartido en más de una semana.

El *tiempo* también se divide en temporadas: *alta* y *baja*. La *alta* es la que tiene una afluencia de turismo mayor, por razones conocidas, y la *baja* será aquella en la cual la afluencia del turismo es menor.

En cuanto a la duración del contrato, se puede indicar que se habla del plazo total, para referirse a la vigencia del pacto negocial.

Por lo que atañe al periodo de tiempo en el cual la parte utiliza la semana que le corresponde al año, por ejemplo, se dice que es el plazo en el cual ejerce sus derechos de goce y disfrute del hotel, yate, club de playa o de campo, etc.

#### **b) Precios**

Por su parte, el *precio* indicado dependerá de la temporada en que se utilice el tiempo compartido. En la *alta* el *precio* es mayor, y en la *baja* será menor, obviamente. (Gustavo Alegre, en **López Cabana**, pp. 303 a 308, 1999).

Este factor del precio está vinculado al poder de innovación de la empresa y de acomodamiento a las exigencias y gustos de los clientes o usuarios. (**Lovece-Gherzi**, pp. 64-65, 2000).

#### 4. FUNCIÓN ECONÓMICA

La función económica de este contrato es la de desarrollar el turismo, ubicado en el sector terciario de la economía (servicios), tanto a nivel nacional como internacional.

Se trata de una funcionalidad económica importante, dado el potencial financiero del turismo para el sector de servicios de la economía.

#### 5. ELEMENTOS DEL CONTRATO

Partes y objeto. (*Nota:* utilizaremos el ejemplo de un *hotel vacacional*).

##### a) Partes

En este convenio participan varias *partes*, con la finalidad de realizar a satisfacción la relación contractual:

- Desarrollista o ejecutor del proyecto vacacional (este es el ejemplo)
- Propietario del bien
- Vendedor del servicio
- Usuario
- Comercializador
- Administrador del servicio
- Operador del servicio turístico
- Etc.

Aquí nos interesa destacar la *parte que vende el servicio* (que bien puede ser el operador del servicio turístico, el administrador del bien, el comercializador, el que hace la tarea de mercadeo e incluso el propio dueño de las instalaciones hoteleras, dado este ejemplo).

Por otro lado, está la parte que compra el servicio vacacional del hotel, denominada *usuario*. (Bruce, cit., p. 4, 2002).

## b) Objeto

Se puede dos objetos:

Uno *inmediato*, y otro *mediato*.

El *objeto inmediato* es la prestación jurídica del convenio:

*Transferencia del uso y goce en determinadas condiciones y por cierto plazo que una aparte hace a la otra, a cambio de recibir por ello un precio determinado.*

El objeto mediato es el bien sobre el cual recae la relación contractual:

*Hotel, yate, club de campo, un edificio de apartamentos, equipo para deportes acuáticos e incluso bienes de empresa como equipos y/o programas de cómputo, diseños industriales, etc., por lo tanto incluye bienes inmuebles y muebles.*

Es decir, el *objeto* de este contrato no se limita a inmuebles; sino también, a: cocheras, consultorios, locales comerciales, oficinas profesionales, casas rodantes.

Actualmente, se utiliza con gran intensidad en los cruceros de placer, de la actividad económica del turismo. (Farina, cit., p. 811).

En el ejemplo que usamos del *hotel*, se disfrutan las instalaciones de éste: piscinas, áreas deportivas, restaurantes, servicios accesorios como el *room service*, lavandería y otros. (Bruce, cit., p. 3, 2002).

Eso sí indicamos que la mayor parte de los contratos de este tipo se realizan sobre bienes inmuebles, notándose que la contratación de bienes muebles va en aumento.

## **6. DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES**

Conviene establecer cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes que intervienen en este convenio: otorgante y adquirente.

### **a) De la parte que ofrece el servicio: otorgante**

#### **Derechos**

- \* A que se le pague el precio conforme lo pactado en el respectivo convenio.
- \* A que se le cancelen las cuotas convenidas por los servicios de mantenimiento, reparación y mejoras.
- \* Al cumplimiento de la totalidad del respectivo clausulado.

#### **Obligaciones**

- \* En este convenio una de las partes se obliga a dar el uso y goce por uno o más períodos al año, de una unidad habitacional con fines vacacionales, con las cosas muebles de las que está provista, los espacios y cosas de uso común.
- \* Se obliga a dar los servicios, dependientes o no, del uso de las cosas.
- \* Establecimiento de un régimen apto para la administración y gestión del conjunto habitacional.
- \* Realizar las labores de reparación y mantenimiento de las instalaciones objeto del convenio.

### **b) De la parte que adquiere el servicio: usuario, adquirente**

#### **Derechos**

- \* Dentro del plazo respectivo, tiene el derecho al retracto respecto del contrato que firmó en condiciones psicológicas de presión.

- \* A que se le cumpla con lo estipulado en el convenio.
- \* Que el servicio que se le proporcione concuerde con lo pactado.
- \* Puede ceder el derecho de uso y disfrute a otra persona, siendo responsable de los daños o el deterioro a las instalaciones que este ocasiona.
- \* Puede variar las fechas y el lugar de goce y disfrute de las instalaciones, previo aviso y pago diferencial si estuviere pactado.

### **Obligaciones**

- \* Pagar los servicios adquiridos conforme se han pactado y demás cláusulas del respectivo contrato (cancelar las cuotas periódicas de mejoras, mantenimiento y reparación, etc.).
- \* Cumplir con la totalidad del clausulado del convenio.
- \* Usar las instalaciones de acuerdo con lo pactado. (**López Cabana**, pp. 301 a 306, 1999; **Gherzi**, pp. 346 a 355, T. 2, 1999).

En el plano práctico, las obligaciones de la empresa son difíciles de hacer cumplir por parte de los adquirentes, que son la parte débil en la contratación. Respecto de los incumplimientos al contrato por parte del *adquirente* del derecho vacacional, le resulta más fácil a la empresa dar por terminado el respectivo contrato.

## **7. COMPARACION CON OTROS CONTRATOS**

*Es adecuado comparar este contrato con otras figuras como el alquiler y la compra, para determinar sus diferencias.*

### **a) Tiempo compartido y alquiler o locación**

En el *contrato de alquiler o locación* pueden existir plazos mínimos y plazos máximos, la ocupación es continua. El uso del inmueble, por ejemplo, puede ser para vivienda, comercio, industria, oficina.

En el contrato de *tiempo compartido*, el plazo es único y de mayor duración que el del alquiler. Este plazo no es ininterrumpido, sino que dentro del año pueden ser usadas determinadas semanas o lapsos de tiempo de ahí que es interrumpido.

## **b) Tiempo compartido y compraventa**

En el *tiempo compartido*, el usuario, no adquiere la propiedad sobre el bien; en la *compraventa* sí.

En el *tiempo compartido* el plazo de uso y goce no es vitalicio, sino limitado en el tiempo. En la *compraventa*, el propietario, mientras lo sea, es el dueño de la cosa.

En el *tiempo compartido*, el usuario puede ceder, si el pacto lo autoriza, a que otra persona disfrute del bien; pero, a título de *compraventa*, no. (Ghersl, T. 2, pp. 351 a 353, 1999).

## **8. OBSERVACIONES VARIAS SOBRE ESTE CONTRATO**

- \* Lo que se vende es un derecho vacacional en un hotel, por ejemplo.
- \* El comprador paga una prima y luego hace pagos mensuales.
- \* La prima la puede reclamar dentro de los cinco días naturales. Se supone que corren a partir del día siguiente a la firma del contrato, ya que el convenio no lo dice claramente.
- \* Luego de transcurrido ese plazo no hay reclamo posible.

La *Ley de defensa del consumidor* manda, en su *artículo 31*, Obligaciones del comerciante:

*j) fijar plazos para formular reclamos.*

- \* El dinero no se le devuelve al comprador que hace el reclamo en, sino que se lo dan en especie: servicios que dan en el hotel.



- \* Los *pagos mensuales* que en algunos convenios llaman “*cuota de mantenimiento*” pueden ser incrementadas por la empresa vendedora unilateralmente, bajo el amparo de que se trata de un contrato de adhesión.
- \* En estos convenios el comprador debe firmar una letra de cambio.

En esta clase de contrato de prestación de servicios discontinuos, el elemento sorpresa juega un papel importante para provocar en el consumidor la aceptación del convenio. El uso de esta estrategia comercial de la sorpresa es una práctica agresiva y desleal, usada por los comerciantes para obligar a los consumidores a celebrar contratos que no siempre les son beneficiosos.

Las ofertas hechas por fuera del establecimiento comercial se fundan específicamente en el efecto sorpresa, colocando al consumidor en una situación de desventaja que impide un ejercicio comparativo, lo que limita su posibilidad de elección y restringen su facultad de reflexión, sometiéndolo a una presión oral metódicamente planificada por la empresa.

El período de reflexión o posibilidad de revocación (retracto) de la aceptación es un instituto que tiende a la protección del consumidor sorprendido en su buena fe y que se encuentra regulado en las leyes de defensa del consumidor de los países más avanzados en esta materia.

Por ello, se dice que al consentimiento dado por el *consumidor*, debe ser complementado por la posibilidad de reflexionar (derecho de retracto).

El *consumidor*, agredido en el mercado por el elemento sorpresa para que firme el convenio en comentario, tiene ausencia de reacción y de defensa de sus intereses como consumidor. Se da así una relación de minusválidos jurídicos frente al empresario que determina las condiciones contractuales; además, de modo estratégico, señala a cuál sector del mercado le orienta su mensaje comercial, cómo y de qué forma atraerá la atención del futuro cliente y cuándo es el momento oportuno para capturarlo y sorprenderlo con ventajas contractuales poco claras, ambiguas, difusas y oscuras.

Precisamente, por estas circunstancias en 1994, se dio una directiva europea en la que se prevé un período de reflexión para el

consumidor o cliente que va desde diez días a partir de la firma del contrato hasta tres meses en los supuestos en que existan deficiencias en la información suministrada al consumidor (Lovece y Gherzi, pp. 85 a 98, 2000).

Otro aspecto importante en este contrato es el relativo a las garantías. La empresa acostumbra utilizar la letra de cambio y el pagaré, como *garantías* del cumplimiento del contrato.

El problema que presentan estas *garantías* para el adquirente del derecho vacacional, es que *ellas* se trasladan a otras empresas con fines financieros. De tal modo que si hay algún reclamo del adquirente a la empresa, le resulta muy difícil localizar y rescatar la respectiva garantía. Este es uno, entre otros, de los temas que ameritan ser incorporados en una *ley marco* sobre estos convenios modernos. Cabalmente, se da un abuso en este capítulo de las *garantías* de estos contratos, en perjuicio del consumidor o de la parte débil en estas contrataciones, ya que la tendencia es *blindar* el convenio con la mayor cantidad de avales.

## 9.     **NORMATIVA**

### a)     **Reglamento nacional de las empresas de hospedaje turístico**

Ya indicamos que a nivel nacional el *Reglamento de las empresas de hospedaje turístico* (Decreto Ejecutivo N° 11217-MEIC, publicado en La Gaceta N° 48 del 7 de marzo de 1980) se refiere a la definición de este contrato de tiempo compartido, de acuerdo al numeral 4, inciso I.

#### *Artículo 4, I: tiempo compartido*

*Sistema o régimen por medio del cual una persona adquiere un derecho de uso, goce o cualquier otro derecho relativo a la utilización de una unidad habitacional vacacional, por períodos determinados o determinables de cada año durante la vigencia del contrato respectivo, mediante el pago de un determinado precio.* (adicionado por Decreto ejecutivo N° 26842- MEIC-TUR del 2 de marzo de 1998, publicado en **La Gaceta** del 29 de abril de 1998).

#### **Comentario:**

Se trata, por lo tanto, sólo de una definición reglamentaria, sin que exista una ley sobre este convenio. Es una definición adecuada a esta clase de negociación.

**Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, No. 7472. Artículo 41. Ventas a plazo**

*Las ventas a plazo de bienes tales como bienes inmuebles, apartamentos y casas, la prestación futura de servicios, tales como las ventas de clubes de viaje, acciones, títulos y derechos que den participación a los consumidores como dueños, socios o asociados y los proyectos futuros de desarrollo, como centros sociales y turísticos, urbanizaciones, explotación de actividades industriales, agropecuarias y comerciales, deben cumplir con lo establecido en este artículo siempre que concurran las siguientes condiciones:*

- a) Que se ofrezcan públicamente o de manera generalizada a los consumidores.*
- b) Que la entrega del bien, la prestación del servicio o la ejecución del proyecto constituya una obligación cuya prestación, en los términos ofrecidos o pactados, esté condicionada a un hecho futuro.*
- c) Que la realización de ese hecho futuro, en los términos ofrecidos y pactados, dependa de la persona física o de la entidad, de hecho o de derecho, según el caso, que debe entregar el bien, prestar el servicio o colocar a los consumidores en ejercicio del derecho en el proyecto futuro.*

*Antes de su ofrecimiento público o generalizado, los planes de las ventas a plazo, en los términos y condiciones indicados en el párrafo anterior, deben ser autorizados, de acuerdo con la materia de que se trate, por la oficina o la entidad competente que se señale en el Reglamento de esta Ley, según los usos, las costumbres mercantiles y, en particular, la necesidad de proteger al consumidor. Antes de autorizar la ejecución del plan de ventas a plazo, en los términos expresados en este artículo, aquel debe inscribirse ante las oficinas o las entidades competentes, cumpliendo con los siguientes requisitos:*

- a) Descripción detallada de las calidades ofrecidas, los plazos de cumplimiento, la naturaleza, la extensión y los beneficios, todo en los términos que se definan en el Reglamento de esta Ley, según los bienes y servicios de que se trate.*
- b) Comprobación fehaciente de los responsables del cumplimiento de lo ofrecido y lo pactado.*

- c) *Demostración de la solvencia económica de los responsables del plan. Si no se comprueba satisfactoriamente esta solvencia, debe rendirse garantía o caución suficiente para responder; si se incumplen los términos que se expresen en el Reglamento de esta Ley, a juicio de la oficina o ente que inscriba el plan.*

*Las oficinas o los entes mencionados en los párrafos anteriores deben enviar una copia de los planes autorizados a la Comisión nacional del consumidor.*

*Las personas o las entidades que se dedican habitualmente a las actividades indicadas en el primer párrafo de este artículo, quedan facultadas para inscribirse, por una sola vez, ante la oficina o la entidad competente. En este caso, deben describir su giro y los planes de venta generales que ejecutan; además, cumplir con lo estimado en el párrafo tercero de este artículo.*

*La Administración Pública puede acreditar a organismos privados para inscribir y autorizar diferentes planes futuros, de conformidad con el artículo 8 de esta Ley y las disposiciones que establezca su Reglamento.*

## **Reglamento a esta Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor, No. 7472**

### *Artículo 54. Ventas a futuro (\*)*

*Se entiende por ventas a futuro para la aplicación de la Ley No. 7472 y el presente Reglamento:*

- a) *Las ventas de prestación futura de bienes inmuebles en general, tales como apartamentos y casas.*
- b) *La prestación futura de servicios, tales como ventas de clubes de viaje, acciones y cualquier título que dé participación a los consumidores como dueños, socios o asociado en centros sociales y turísticos.*

---

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 26.962 de 1o. de abril de 1998. *La Gaceta* N° 98 de 22 de mayo de 1998.

- c) *Los proyectos futuros de desarrollo, urbanizaciones, explotación de actividades industriales, agropecuarias y comerciales.*

*En cualquiera de estos casos se debe cumplir con lo establecido en este artículo siempre que concurran las siguientes condiciones:*

- a) *Que se ofrezcan públicamente o de manera generalizada a los consumidores.*
- b) *Que la entrega del bien, la prestación del servicio o la ejecución del proyecto constituya una obligación cuya prestación, en los términos ofrecidos o pactados, esté condicionada a un hecho futuro.*
- c) *Que en la realización de ese hecho futuro, en los términos ofrecidos y pactados, dependa de la persona física o la entidad, de hecho o de derecho, según el caso, que debe entregar el bien, prestar el servicio o colocar a los consumidores en ejercicio del derecho sobre el proyecto futuro.*

Indicaremos varios numerales que son relevantes:

**ARTÍCULO 55 del Reglamento. Registro de comerciantes o proveedores en las ventas a futuro. (\*)**

**ARTÍCULO 55.1 del Reglamento. Autorización de ventas a futuro. (\*)**

**Artículo 47 del Reglamento. Domicilio del vendedor.**

**Artículo 8 de la Ley. Acreditamiento (\*) Derogado.**

**Artículo 56 del Reglamento. Inscripción ante organismos o entes privados.**

---

(\*) El presente artículo ha sido reformado mediante Decreto Ejecutivo No. 26.962 de 1o. de abril de 1998. *La Gaceta* N° 98 de 22 de mayo de 1998.

(\*) El presente artículo ha sido derogado mediante Ley N° 8279 del 2 de mayo del 2002. *La Gaceta* N° 96 de 21 de mayo del 2002.

*Artículo 57 del Reglamento. Plazo para la resolución de las solicitudes de registro.*

*Artículo 3 de la Ley. Eliminación de trámites y excepciones.*

*Artículo 7 del Reglamento. Silencio positivo.*

Existen diversos tipos de carteles de requisitos, de los cuales solamente haremos una breve indicación:

### **Carteles de requisitos para la autorización de contratos**

De conformidad con el artículo 41 de la *Ley de promoción de la competencia y defensa efectiva del consumidor*, N° 7472, citada, y numerales 54 a 57 de su reglamento, se establecen requisitos, en los llamados *carteles de requisitos*, para la autorización de empresas con planes específicos de tiempo compartido.

*Cartel de requisitos para la autorización de contratos de empresas con planes específicos de tiempo compartido.*

Con el fin de satisfacer los requerimientos estipulados en el *artículo 41* de la Ley 7472 y del respectivo reglamento se establecen los pertinentes requisitos para la autorización de contratos de empresas con planes específicos de tiempo compartido.

*Cartel de Requisitos a Cumplir por la empresa registrada con planes específicos de Tiempo Compartido para la fiscalización de la situación financiera contable y el cumplimiento de los parámetros financieros contables. Monto y tipo de garantía.*

Con el fin de satisfacer los requerimientos estipulados en el artículo 41 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor (Ley No. 7472) y del respectivo Reglamento se establecen los respectivos requisitos para la fiscalización de la situación financiera contable y el cumplimiento de los parámetros financieros contables. Monto y tipo de garantía.

*Cartel de requisitos a cumplir por el interesado para el registro de empresas con planes específicos de Tiempo Compartido*

Con el fin de satisfacer los requerimientos estipulados en el artículo 41 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva

del Consumidor (Ley No. 7472) y del respectivo Reglamento se establecen los correspondientes requisitos para el registro de empresas con planes específicos de tiempo compartido.

## **Comentario**

\* El Derecho del Consumidor, es parte del Derecho Público y como tal lo que aquí se denominan “carteles de requisitos”, son fruto de esa potestad de fiscalización y control del Estado en el terreno del consumidor.

\* Subrayo, del “*cartel de requisitos para la autorización de contratos de empresas con planes específicos de tiempo compartido*”, lo relativo a la rescisión del convenio, en el sentido de que el atraso de las cuotas de mantenimiento y del financiamiento del derecho no rescinde el contrato, por cuanto la venta del mismo es perfecta entre las partes desde que se conviene en cosa y precio.

Lo anterior, de conformidad con el *artículo 1049 del código Civil y los numerales 438 y siguientes del Código de Comercio*. Para cuando suceda el atraso en las cuotas de financiamiento del derecho es posible recurrir al mecanismo de garantías que aporte el cliente, con el pago adicional de intereses de mora. Debe indicarse el número de cuotas del atraso que permite el sistema, indicando el procedimiento formal de pago al poseedor del contrato por parte de la empresa, otorgando un plazo mínimo de cinco días hábiles posterior a la notificación, para ponerse a derecho.

### *Artículo 1049. Código Civil*

*La venta es perfecta entre las partes desde que se convienen en cosa y precio.*

### **Artículo 438. Será compraventa-mercantil. Código de Comercio**

- a) *La que realice una empresa mercantil, individual o colectivamente en la explotación normal de su negocio ya sea de objetos comprados para revenderlos en el mismo estado o después de elaborados.*

- b) *La de inmuebles adquiridos para revenderlos con ánimo de lucro, transformados o no. También será mercantil la compra-venta de un inmueble cuando se adquiera con el propósito de arrendarlo, o para instalar en él un establecimiento mercantil.*
- c) *La de naves áreas y marítimas, la de efectos de comercio, títulos, valores de cualquier naturaleza y la de acciones de sociedades mercantiles.*

\* Del “cartel de requisitos a cumplir por el interesado para el registro de empresas con planes específicos de tiempo compartido” conviene indicar lo concerniente a las garantías en cuanto que la Unidad de Estudios Económicos del MEIC recibirá las propuestas del tipo de garantía de las empresas para su análisis considerando la seguridad, viabilidad de ejecución y otros elementos para su aceptación. Esta Unidad se reserva el derecho de rechazar tipos de garantías que se consideran no cumplen con el objetivo de salvaguardar las aportaciones de dinero que realizan los consumidores a estos sistemas.

\* No hay duda de las medidas acertadas de fiscalización en esta clase de convenios, que significan controles de parte del Estado para proteger la parte débil del convenio, cual es el consumidor.

## **a) NACIONAL**

Ley N° 42 del 15 de diciembre de 1998, sobre aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. Consta de 20 artículos.

**Artículo 1.**—*Es objeto de esta ley la regulación de la constitución, ejercicio, transmisión y extinción del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, que atribuye a su titular la facultad de disfrutar, con carácter exclusivo, durante un período específico de cada año, un alojamiento susceptible de utilización independiente por tener salida propia a la vía pública o a un elemento común del edificio en el que estuviera integrado, y que esté dotado, de modo permanente, con el mobiliario adecuado al efecto, y el derecho a la prestación de los servicios complementarios. La facultad de disfrute no comprende las alteraciones del alojamiento ni de su mobiliario. El derecho de aprovechamiento por turno podrá constituirse como derecho real limitado o de conformidad con lo dispuesto en el apartado 6 de este artículo.*



## **Comentario**

Este numeral da una delimitación correcta del ámbito de acción de esta figura contractual. Lo hace de una manera detallada.

### **b) EXTRANJERA**

*Directiva 94/47/EC del Parlamento Europeo y el Consejo comunitario del 26 de octubre de 1994. Consta de 12 artículos.*

**Artículo 1.**—*El propósito de esta Directiva es aproximar las leyes y regulaciones de cada Estado miembro en lo que respecta al timeshare. Esta Directiva cubrirá los aspectos que involucren las transacciones contractuales, las partes que lo realizan, sus derechos y procedimientos.*

## **Comentario**

Esta Directiva, se refiere al objeto, partes, sus derechos y obligaciones, información amplia sobre este contrato, idioma, precios y otros aspectos básicos de este convenio.

*Informe sobre la aplicación de esta Directiva 94/47/EC, del 27 de marzo de 1998.*

Este informe hace una presentación sobre el estado en que se encuentra esta negociación en la Comunidad Europea y los países que han incorporado esta Directiva en sus legislaciones nacionales, señalando las respectivas leyes y su fecha de emisión.

## **10. JURISPRUDENCIA**

A continuación presentaremos jurisprudencia nacional y extranjera sobre este contrato, con la indicación de que al tratarse de un convenio muy reciente, la jurisprudencia es escasa, también al darse arreglos extrajudiciales, un sector de conflictos no desembocan en el Poder Judicial y otros quedan sin solución.

También, a propósito de este contrato, se debe indicar la necesidad de promulgar una ley marco sobre estos convenios modernos.

**a) NACIONAL**

Voto 7619-99. Sala Constitucional.

*Antes de su ofrecimiento público o generalizado, los planes de las ventas a plazos deben ser autorizados por la oficina o entidad competente que señale el reglamento de esta ley del consumidor de acuerdo a los usos, costumbres mercantiles y la necesidad de proteger al consumidor, de acuerdo al artículo 46 de la Constitución Política.*

**Comentario**

Este voto afirma que las llamadas ventas a plazos deben contar con la autorización del Estado y darle una debida protección al consumidor.

Sentencia N° 6-2002 del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda de las nueve horas del dieciocho de enero del dos mil dos. Expediente N° 99-000527-181-CI.

**Hechos**

Patricia González Ballar firma contrato de *tiempo compartido* con la empresa Villas Playa Sámara S. A.

La *actora* (González Ballar) presenta juicio contra la empresa Villas Playa Sámara S. A. (*demandada*).

La *actora* pretende que la *demandada* le devuelva los dineros que ella le pagó a la empresa y además el pago de daños, perjuicios y costas.

La *demandada* se defiende argumentando que la *actora* rompió el contrato y carece de fundamento para su petición.

La resolución del juez *a quo* le da la razón a la *actora*.

La *demandada* presenta apelación ante el juez *ad quem*.

El Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, le da la razón a la apelante, revoca la sentencia del juez *a quo* y condena en costas a la *actora*.

*Dos hechos relevantes se destacan:* primero, la demandada no incumplió el contrato de tiempo compartido. Segundo, la actora rompió el citado convenio de modo unilateral.

## **Considerandos**

III. Este *considerando* cita al jurista **Juan Farina** (*Contratos comerciales modernos*, Buenos Aires, Ed. Astrea, primera reimpresión, pp., 779-787, 1994) con el fin de referirse a este convenio de tiempo compartido.

V. La actora demandó a la accionada por cuanto ésta incumplió con el contrato al no permitirle disfrutar de esa semana en febrero para una semana en setiembre del mismo año. La demanda pretende que la demandada le devuelva a la actora todos los dineros que le canceló en virtud del citado convenio, por un monto de tres mil cuarenta y tres dólares, más los intereses legales sobre esa suma, ya que no recibió contraprestación alguna por parte de la demandada.

VI. El juez *a quo* consideró que la actora cumplió siempre con las obligaciones que le imponía el contrato, no así la demandada.

VIII. La sentencia recurrida ha de revocarse, para en su lugar declarar sin lugar la demanda en todas sus partes, porque la actora carece de derecho en las pretensiones que en ella formula. Debe tenerse presente que el contrato fue dado por terminado en forma unilateral, por la actora, como lo alega el apelante, el 23 de abril de 1998, con la nota que le remitió a esa fecha a la demandada, descrita en el hecho probado número doce de este fallo.

No resulta de aplicación el artículo 692 del Código Civil, que prevé la resolución del contrato o la ejecución forzosa de éste, con pago de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de alguna de las partes, porque cuando se presentó esta demanda ya el contrato respectivo no estaba vigente.

X. La demandada no incumplió el contrato, ni tampoco es cierto que la actora lo dio por terminado por un supuesto incumplimiento de aquella, como se alega en la demanda.

XIII. La actora en forma expresa “canceló” la semana vacacional a que tenía derecho (en febrero) según el contrato respectivo, por causas

atribuibles a ella, con lo cual perdió el derecho a utilizarla. No puede, entonces, con base en una conducta propia y en una decisión enteramente suya e imputándole un incumplimiento, que no ha ocurrido, a la demandada, luego de haberse dado por terminado el contrato, primero, por decisión unilateral suya y luego por acuerdo de ambas partes, a devolverle la cantidad de dinero que le había cancelado a esta por concepto de una cuota de mantenimiento y de pago de parte del precio del contrato, contrato que la demandada siempre respetó, porque esa pretensión está enteramente alejada de los principios de justicia y de equidad (artículos 1022 y 1023, párrafo primero del Código Civil).

XVIII. Si la demandada no incumplió el contrato, ningún daño o perjuicio le pudo haber ocasionado a la actora y por eso no resulta aplicable el artículo 702 del Código Civil invocado en la demanda. Al no haber incumplimiento de la accionada, no procede la devolución de los dineros que la actora le canceló en concepto de pago de parte del precio del contrato y de una cuota de mantenimiento (en total \$3.043,00) a título de daños y perjuicios como se pretende en la demanda, porque en todo caso, de haber incurrido la demandada en incumplimiento, no podría ordenarse que esos dineros fueran devueltos por ese título, porque no serían consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, sino que constituyen las prestaciones a que se obligó la actora en el contrato de “tiempo compartido” (artículo 704 del Código Civil).

En este caso, no hay contrato vigente ni se pidió ninguna *resolución* ni ninguna *nulidad* contractual. Al haberse extinguido el contrato objeto de análisis por voluntad unilateral de la actora, admitida por la demandada, los dineros que ésta recibió en pago parcial de las prestaciones a que se obligó y que siempre cumplió, no puede ordenarse que le sean restituidos a la actora, por carecer ésta de derecho en ello, a menos que la demandada hubiera accedido a hacerlo cuando aceptó la terminación del contrato dispuesta unilateralmente por la accionante, lo que no consta que haya sucedido así, al respecto véanse los hechos probados 15 y 16 de este fallo.

XX. Ha de revocarse la sentencia recurrida para en su lugar, apreciando una falta de derecho en las pretensiones de la actora, denegar la demanda en todas sus partes, y condenar a la vencida al pago de ambas costas del proceso (artículo 221 del Código Procesal Civil).

## Comentario

Nos parece que esta sentencia N° 6-2002, del Tribunal Segundo Civil, Sección Segunda, está bien fundada y que era procedente la revocatoria de la resolución del juez *a quo*.

En un contrato de *tiempo compartido*, la parte débil en esta relación contractual, es la adquirente del derecho a la semana vacacional; y la parte fuerte es la empresa que vende esos derechos.

Sin embargo, en el plano procesal concreto, efectivamente la parte actora no llevaba razón dado que la relación negocial ya no existía; primero, porque la demandante de modo unilateral terminó el contrato y luego la parte accionada así lo aceptó; y en segundo lugar, porque la demandada no incumplió el contrato.

La importancia de esta sentencia radica en que es uno de los primeros asuntos relativos al *contrato de tiempo compartido* que resuelve el Poder Judicial, razón por la cual merece destacarse.

### b) EXTRANJERA

El contrato de tiempo compartido se adscribe en la categoría de los derechos personales por las limitaciones que le impone el *numerus clausus* respecto de los derechos reales.

A efecto de celebrar este tipo de acuerdo, se recurre al contrato por adhesión, por cuanto las disposiciones son elaboradas por la parte organizadora, correspondiendo al potencial suscriptor solamente aceptar o rechazar el contrato. Además de las cláusulas generales suelen incluirse una serie de cláusulas particulares, que tienden a favorecer la situación de la parte proponente, ya sea acentuando las sanciones ante cualquier incumplimiento del adherente, o bien atenuando o eximiendo de responsabilidad a la empresa vendedora. Resulta necesario implementar métodos de interpretación judicial que, aplicando el principio de la *buena fe*, logren obtener el equilibrio entre las partes. Los contratos deberán contener previsiones que regulen las funciones del ente administrador y aseguren el cumplimiento de sus obligaciones.

La inexistencia de un encuadre jurídico específico hace que dichos contratos contengan cláusulas que denoten desequilibrio entre las partes en virtud del poder económico del organizador del sistema.

Dichos contratos deben interpretarse conforme a las normas que rigen la teoría general del contrato (Argentina: CNCiv., Sala B, LL, 1981-C-659; JA,-1978-11-133).

Siendo el contrato de tiempo compartido un contrato de adhesión debe tenerse presente que en estos convenios resulta más apropiado hablar de estipulante en lugar de oferente y de adherente en lugar de aceptante. El primero expresa su voluntad mediante las condiciones generales predispuestas; en tanto, que el segundo, se manifiesta por la adhesión a las mismas (Argentina: CN Apelaciones. Co., Sala C, Federico L., c / P.O. S. A., ordinario). (Lovece y, Gherzi, *Contrato de tiempo compartido*, pp. 119-120, 2000).

## **Comentario**

*Esta jurisprudencia argentina señala algunos aspectos que relevantes:*

- El contrato de tiempo compartido es un convenio de adhesión.
- La parte débil en esta relación contractual es el adherente, razón por la cual es necesario poner en práctica métodos de interpretación judicial que logren obtener el equilibrio entre las partes, mediante la aplicación del principio de la buena fe.
- Sin duda que es importante la interpretación del juez al momento de resolver un caso concreto presentado ante su despacho.
- Existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que permiten que el Juez realice esa labor de interpretación y análisis del caso concreto.

Entre ellas vale la pena citar las siguientes:

## **Código Civil**

*Artículo 4.–Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de norma escrita, uso o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.*

*Artículo 6.–Los tribunales tienen el deber inexcusable de resolver, en todo caso, los asuntos que conozcan, para lo que se atenderán al sistema de fuentes establecido.*

*Artículo 9.–La jurisprudencia contribuirá a informar el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Plena al aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.*

*Artículo 10.–Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.*

*Artículo 11.–La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.*

*Artículo 12.–Procederá la aplicación analógica de las normas, cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante en el que se aprecie identidad de razón, salvo cuando alguna norma prohíba esa aplicación.*

*Artículo 21.–Los derechos deberán ejercitarse conforme con las exigencias de la buena fe.*

En su conjunto estos numerales del Código Civil establecen la importancia de los principios generales del Derecho, especificando claramente la equidad y la buena fe; la jurisprudencia, la relevancia de la realidad o contexto social y económico en el cual se inserten las relaciones con sentido jurídico, aplicación de la analogía, cuando se aprecie identidad de razón, para resolver los conflictos que se presenten ante el Poder Judicial.

Se trata de normas jurídicas, con rango legal, de gran relevancia en la tarea de los Tribunales de resolver aquellos procesos que estén en sus Despachos.

## **11. CONTRATO DE TIEMPO COMPARTIDO**

En este apartado indicaremos solo algunas de las cláusulas que presenta este contrato, que en el argot administrativo se le llama “machote” pues estimamos que son interesantes.

*\* Es entendido por las partes que la falta de pago de dos o más mensualidades de las estipuladas, permitirá a la vendedora dejar a su criterio, sin valor ni efectos, los derechos que el comprador adquiere por esta contratación.*

De acuerdo con esta redacción, si el adquirente deja de pagar dos o más mensualidades, la vendedora puede dejar sin valor ni efectos jurídicos el contrato respectivo.

Es decir, el contrato comercial se rescinde (terminación anormal del convenio), a favor de la parte jurídicamente fuerte del mismo (la vendedora).

*\* De cumplirse con la totalidad de los pagos señalados en esta cláusula, el comprador tendrá los derechos a que se entregue a su nombre el certificado de derecho vacacional.*

Evidentemente, si las partes cumplen, el convenio se sigue ejecutando sin problema.

*\* El comprador tendrá derecho a cinco días naturales para solicitar la devolución del enganche o prima, en cuyo caso, la vendedora le devolverá el enganche o prima en servicios que ofrece el hotel. Posterior a este tiempo no se reintegra suma alguna.*

En esta cláusula aparece el derecho al retracto de la parte débil jurídicamente en el contrato. Los días deberían ser contados *hábiles* y no *naturales*, ya que el período en *días naturales* es más breve que en *hábiles*, lo cual beneficia al comerciante. Esta redacción, como todo el *contrato de adhesión*, está confeccionado así porque el que lo elabora es la parte fuerte jurídicamente en el convenio: el comerciante.

Así se explica por qué la parte fuerte en el convenio, no le devuelve al cliente, el dinero que aportó como enganche o prima, sino que se lo reintegra en servicios que da el hotel. No hay devolución del dinero, sólo le reintegran servicios hoteleros. Se parece a la práctica comercial en la venta de libros, ya que –generalmente– no devuelven dinero, sino que hay que cambiar el libro que se devuelve por otro libro. Esta práctica perjudica al consumidor, que sí entregó dinero en efectivo.

Lo jurídicamente procedente es que el comerciante le debería devolver al cliente el dinero en efectivo que pagó inicialmente.



*Finalmente, dejo indicada esta observación:*

Si el convenio lo incumple la vendedora comerciante, la vía del cliente es un proceso ordinario, que dura varios años; mientras que, si el incumplimiento es de parte del cliente comprador, mediante el pagaré o la letra de cambio (títulos ejecutivos, de vía procesal rápida que entregó como garantía), la empresa se cobra presurosa “con creces” dicha violación contractual. Aquí, en este aspecto procesal judicial, se nota la ventaja que lleva el vendedor (comerciante) respecto del cliente (consumidor).

## **CONCLUSIÓN**

El desarrollo de este contrato es relativamente reciente en nuestro país. La experiencia en el campo judicial está por desarrollarse, dado que, como en la mayoría de estos *contratos económicos modernos*, en el contrato existe una cláusula arbitral, que de hecho impide la afluencia de conflictos al Poder Judicial, por un lado; y, por el otro, fomenta el uso de la técnica de *resolución alternativa de conflictos*.

Me parece ilustrativo y útil indicar lo que afirma el *artículo 1 del Código de ética de la Cámara Argentina de Tiempo Compartido*, que tomó en consideración, entre otras fuentes, las V Jornadas Latinoamericanas de tiempo compartido celebradas en Buenos Aires en 1994:

*El presente código de ética regula las conductas generales y particulares que deberán observar en relación con la industria de tiempo compartido, todos los asociados de la Cámara Argentina de Tiempo Compartido. Sus disposiciones son de aplicación cualquiera que sea el lugar en que las conductas aquí reglamentadas se desarrollen.* (Lovec y, Ghersi, p. 169, 2000).

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA-ROMERO, Miguel. *Nuevo Derecho Mercantil*. (México, Porrúa, 2000).
- ALTERINI, Atilio. *Contratos civiles-mercantiles de consumo*. (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).
- et al. *Derecho comercial contemporáneo*. (Medellín, Ed. Diké, 1989).
- ARRUBLA, Jaime. *Contratos mercantiles*. (Medellín, Diké, T. I, 1997; T. II, 1998).
- . et al. *Evolución del Derecho comercial*. (Medellín: Diké, 1997).
- BROSETA, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. (Madrid, Tecnos, 10ª. Ed., 2000).
- BRUCE, Oswald. *Algunas ideas sobre el contrato de tiempo compartido*. (San José, Revista de Ciencias Jurídicas N° 98, 2002).
- CHULIA, Eduardo; TERESA, Beltrán. *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*. (Madrid, Bosch, 4 tomos, 1995).
- DÍAZ, Arturo. *Contratos mercantiles*. (México, Oxford, 1997).
- ETCHEVERRY, Raúl. *Derecho Comercial y Económico*. (Buenos Aires, Astrea, 4 tomos, 1994, 1995, 1997, 2000).
- Formas jurídicas de la organización de la empresa*. (Buenos Aires, Astrea, 1995).
- FARINA, Juan. *Contratos comerciales modernos*. (Buenos Aires, Astrea, 1997).
- Defensa del consumidor y del usuario*. (Buenos Aires, Astrea, 2000).
- GARRIDO, Roque; ZAGO, Jorge. *Contratos civiles y comerciales*. (Buenos Aires, Ed. Universidad, 2 tomos, 1998).
- GHERSI, Carlos. *Contratos civiles y comerciales*. (Buenos Aires, Astrea, 2 tomos, 1999).
- (Director) *Contratos. Cláusulas abusivas*. (Mendoza, Argentina, Eds. Cuyo, 1998).
- (Director) *Contratos*. (Mendoza, Argentina, Eds. Cuyo, 3 tomos, 1 y 2, 1996; 3, 1998).
- (Director) *Derecho privado económico*. (Buenos Aires, Ed. Universidad, 2000).

- LÓPEZ CABANA, Roberto (coord.) *Contratos especiales en el siglo XXI*. (Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999).
- LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*. (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, eds., 3 tomos, 2000).
- LOVECE, Graciela; GHERSI, Carlos. *Contrato de tiempo compartido*. (Timesharing). (Buenos Aires, Ed. Universidad, 2000).
- MARTORELL, Ernesto. *Los contratos de dominación empresarial y la solidaridad laboral*. (Buenos Aires, Depalma, 1996). *Tratado de los contratos*. (Buenos Aires, Depalma, T. 1993; T. II, 1996; T. III, 1997).
- MONTORO, Miguel. *Contratos administrativos atípicos*. (Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1969).
- MORA, Fernando. *Introducción al estudio del Derecho Comercial*. (San José, Juricentro, 1982).
- OSPINA, Guillermo; OSPINA, Eduardo. *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. (Bogotá, Temis, 1998).
- ORTEGA, Marco. *Contratos nominados e innominados*. (Lima, Facultad de Derecho, Universidad de Lima, revista Praxis, N° 32, 2001).
- PARRA, Carmen. *El nuevo Derecho Internacional de los contratos*. (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia-Bosch, 2002).
- REZZONICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. (Buenos Aires, Astrea, 1999).
- RODRÍGUEZ, Alberto; CALZADA, María. *Contratos mercantiles*. (Barcelona, Aranzadi, 2001).
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. *Contratos Económicos Modernos*. (San José: inédito, 2003).
- El Derecho del consumidor*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 100, Colegio de abogados. Universidad de Costa Rica, 2003).
- STIGLITZ, Rubén; STIGLITZ, Gabriel. *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*. (Buenos Aires, Depalma, 1985).



**LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES  
Y EL HÁBEAS DATA**

**Elementos para iniciar una discusión  
en Costa Rica**

*M.Sc. Jenny Quirós Camacho*

Abogada costarricense

Juez de Juicio

San José, Costa Rica

## **SUMARIO:**

Introducción

Sección 1. Ubicación de la problemática

Peligros de la sociedad de la información

El manejo de la información luego del 11 de septiembre de 2001

Democracia, desarrollo y protección de datos

Derecho a la información versus protección de datos personales

¿Por qué optamos por hablar de protección de datos personales y de autodeterminación informativa más que de hábeas data?

¿Por qué la autodeterminación informativa es un bien jurídico?

Sección 2. Situación normativa general

Protección de datos en Europa

Protección de datos en Estados Unidos

Protección de datos en América Latina

Sección 3. Situación de Argentina

Sección 4. Situación de Costa Rica

Sección 5. Propuesta: La protección de datos personales como indicador de desarrollo humano

¿Controlan las leyes la circulación de datos o más bien la potencian?

Elementos a considerar dentro del indicador de la protección de datos personales como factor de desarrollo humano

¿Deben las normas de Protección de Datos Personas físicas y jurídicas?

Conclusión

Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

La protección de la persona frente a la recolección y tratamiento de información personal es un tema de gran actualidad en Europa, Estados Unidos y América Latina. Es claro que el tema cobra importancia en el supuesto en que reconozcamos el valor de un cierto ámbito personal reservado al individuo. No obstante, las soluciones encontradas en las distintas áreas geográficas distan mucho de ser congruentes entre sí.

Así por ejemplo, la Unión Europea tiene uno de los modelos más elaborados de protección de la privacidad y de datos. El resto de los países europeos y americanos tiende a aprobar leyes de protección de datos personales, no sólo con el objetivo de preservar la privacidad sino también con la finalidad de asegurar que el flujo de datos personales no se detenga, como veremos a lo largo de este trabajo.

Estados Unidos por su parte, que tiende a ser un centro de empresas dedicadas al tratamiento de datos personales con los negocios que ello implica, tiene una visión que ciñe sus alcances al tema de la privacidad. No obstante, empresas norteamericanas radicadas en Europa han tenido que ajustarse a las exigencias de la Directiva Europea, tal es el caso de American Airlines, que fue forzada a detener la transmisión de información que realizaba sobre pasajeros europeos en el sistema mundial de reservas on line Sabre, pues la autoridad sueca la obligó a usar una base de datos separada en Europa, que cumpliera con todos los requisitos exigidos en ese continente.

Latinoamérica se acerca más al modelo europeo de protección de datos que al norteamericano, pero la disparidad de legislaciones en los diversos países del mundo en cuanto a las requisitos de protección, implica que los mismos lineamientos del modelo europeo pueden ser burlados con sólo trasladar la información fuera de Europa para evadir los alcances de la Directiva Europea. Existe un Proyecto de Convención Americana para la Autodeterminación Informativa, y las Agencias Europeas de protección de datos en el seno de la Comisión, celebraron una reunión en una oportunidad con el propósito de difundir las normas europeas en iberoamérica.

Se estima que en el caso de la Argentina, la ley 25.326 y el régimen de privacidad en general cumplen en buena medida con los principios establecidos por la Unión Europea. Otros países latinoamericanos solo tienen el habeas data que permite un control limitado de los datos personales por parte del individuo, como veremos.

De manera que la apariencia de una cierta tendencia hacia la uniformidad, no pasa de ser un largo camino por recorrer, y aspectos de importancia como la aplicación del principio de puerto seguro aún no son de aplicación general.

Costa Rica no cuenta con una ley de protección de datos personales, ni se ha discutido el tema con amplia participación.

Este trabajo pretende ofrecer al lector un panorama amplio de la problemática de la protección de los datos personales. Es nuestro deseo llevar a cabo una descripción sobre la legislación existente, pero no limitarnos a ello. Pretendemos sobre todo aportar elementos para iniciar una discusión en Costa Rica que parta de los vértices de la democracia, del desarrollo y de la protección de la persona humana, pues concebimos la erosión del derecho a la autodeterminación informativa como un problema social que urge soluciones.

## **SECCIÓN 1: UBICACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA PELIGROS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN**

Se cuenta que hace unos años el gobierno de los Estados Unidos pidió a Rand Corporation que ideara en teoría una forma de mantener bajo vigilancia a ciertos ciudadanos sin que éstos lo sospecharan. El propósito era prevenir que otras personas hicieran lo mismo. Es así como los ejecutivos de Rand Corporation informaron al gobierno que tal sistema ya existía, pues los cajeros automáticos de los bancos registran fielmente los datos de fecha, hora, lugar y transacción financiera que hacen los ciudadanos, lo cual, sumado al rastreo del movimiento del dinero, hace posible conocer mucho sobre los patrones de conducta y la vida de las personas. Además si se relaciona esa información con otra, derivada por ejemplo del uso de las tarjetas de crédito, sería posible obtener un perfil completo de las actividades y gustos de las personas.

El ejemplo ilustra las potencialidades de la tecnología de la información.

Tal y como han dicho varios autores,<sup>(1)</sup> el conocimiento se ha constituido en la mayor posesión y por tanto es la principal mercancía en

---

(1) Podemos citar a Luis Joyanés, Román Gubern, Alvin Toffler entre otros.



un mundo globalizante que impone desde las metrópolis la vigencia de las leyes del libre mercado hacia fuera.

Es aceptado normalmente bajo el paradigma de la neutralidad científica, tecnológica e informativa que la moderna tecnología de la información contribuye al desarrollo más completo de la persona y a alcanzar algunas metas de la democracia, como la posibilidad de que cada ciudadano se interese por los asuntos públicos y e intervenga directamente en las decisiones que puedan afectar sus derechos. También se ha dicho que la tecnología de la información conlleva graves peligros, pues facilita el manejo de los datos de las personas que pueden ser así utilizados para controlar y dominar, haciendo nugatoria la realización del modelo democrático.

Dicho lo anterior, tenemos lo siguiente: si el sujeto pensante se posiciona concibiendo a la tecnología de la información como un instrumento neutro cuyo uso para bien o para mal depende de las personas, y a esto le suma la concepción general de que las personas no son “malas” y que nos movemos dentro de cierto ámbito de “normalidad”, no verá gran peligro. Posiciones como esta llevan a conformarnos con soluciones paliativas al problema del manejo de la información, y a entender las violaciones que se dan por estos medios como problemas individuales, o a los sumo sectoriales que se bastan con mecanismos reactivos e indemnizatorios para el afectado.

Por el contrario, si partimos de que en sí misma la tecnología de la información es peligrosa, que es esencialmente el lado opuesto de la intimidad de la persona, y que por encima de los usos positivos que se le puedan extraer ya representa una amenaza, –al igual que lo entendemos sin dificultad para el caso de las armas de guerra en relación con la vida–, no escatimaríamos en desplegar esfuerzos para proteger a las personas del manejo de sus datos, entenderíamos que no se trata de un problema individual o sectorial, sino social, y que las soluciones deben pasar desde la educación y la prevención hasta el castigo.

Indica el autor Cassese que los países industrializados antes no se interesaban tanto en proteger la intimidad, pero que esto ha ido cambiando. “El debate sobre este tema fue promovido por Francia, en el seno de las Naciones Unidas, durante los años setenta. Para dicho Estado y para otros países occidentales se trataba de estudiar y limitar los desarrollos perniciosos que puede tener la tecnología moderna, hasta poner en peligro la “intimidad” de los individuos, cada vez más sus-

ceptible de verse invadida mediante los modernos instrumentos que utilizan órganos públicos o grupos privados. Pero ese problema no fue en absoluto visto del mismo modo por los países no industrializados, para los cuales el desarrollo de la tecnología es, por el contrario, deseable: lejos de auspiciar una restricción de los posibles usos del ordenador, esos países propugnaban y propugnan la introducción del progreso científico y tecnológico en sus comunidades. Una vez más, se asistió en las Naciones Unidas a un debate entre sordos.”<sup>(2)</sup>

Veremos en este trabajo que luego de las palabras escritas por Cassese, en América Latina se han producido esfuerzos por dar solución al problema del tratamiento de los datos personales que no han culminado en óptimos resultados. El propósito de este estudio es aportar elementos para la discusión nacional sobre el problema del tratamiento de datos en el entendido de que “La ética no adquirirá sus derechos más que en la medida en que se abran espacios de discusión en el seno de los cuales puedan confrontarse las diferentes convicciones sociales y de donde puedan emerger progresivamente un cierto número de principios que aseguren la legitimidad de nuestras acciones en este dominio. Así las cuestiones vitales a plantearse para una ética real de la informática serían relativas a cómo reducirán las prácticas informáticas la vulnerabilidad social y a cómo las personas serán protegidas frente a la globalización económica y tecnológica.”<sup>(3)</sup>

La discusión democrática que proponemos resulta imprescindible si tomamos en cuenta lo afirmado para el fenómeno de desarrollo tecno científico en general: “...los peligros, la evaluación de los riesgos en el mejor de los casos, pueden ser competencia de los expertos, pero, de hecho, las catástrofes las podemos sufrir todos. Esta asimetría hace más que razonable mantener que, aunque los cálculos de riesgo pueden y deben hacerlos los científicos, las decisiones sobre el control y los límites de las intervenciones tecnocientíficas nos competen a todos. El problema de nuestras sociedades del riesgo es que en ellas se defiende, el más puro estilo positivista, la unión del poder espiritual y político; es decir, los productores de conocimiento, los que deciden y quienes evalúan los posibles impactos de esas decisiones son los mismos; los expertos.”<sup>(4)</sup>

---

(2) CASSESE, Antonio. *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, España, 1991, p. 74.

(3) JOYANES AGUILAR, Luis. *Cibersociedad. Los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. McGraw-Hill, España, 1997, p.282.

(4) MOYA, Eugenio. *Crítica de la razón tecnocientífica*. Biblioteca Nueva, S.L, Madrid, 1998, p. 257.

## El manejo de la información luego del 11 de setiembre de 2001

Si decimos que en la sociedad actual el conocimiento es la posesión más estimada y por tanto es la principal mercancía en un mundo globalizante que impone desde las metrópolis la vigencia de las leyes del libre mercado hacia fuera, conviene preguntarnos qué ocurre con el conocimiento y el manejo de la información después de los actos terroristas de setiembre del año antepasado.

Es claro que aún y cuando materialmente los atentados ocurrieron en los Estados Unidos, sus efectos políticos, económicos y sociales se esparcen por el mundo, pues como indica Ulrich Beck, en el modelo cosmopolita los Estados nacionales ceden parte de su poder, de modo que “se socava la soberanía del Estado en materia de información y fiscalidad –y por ende, su autoridad propiamente dicha”.<sup>(5)</sup>

Para el profesor Saxe después de setiembre de 2001 el control del conocimiento se fundamenta en mantenerlo alejado de competidores, subordinados, amigos y enemigos”,<sup>(6)</sup> y citando a Fareed Zikaria, editor internacional y columnista, escribe: “El nuevo paradigma modelo de globalización perdurará. Pero para prosperar debe adquirir una nueva dimensión: un acuerdo mundial para instalar controles, limitaciones e inspecciones, mientras que a la vez permita el libre flujo del comercio”. Nada ha cambiado en el objetivo fundamental del capitalismo neoliberal, “el libre flujo comercial”, las cosas convertidas en sujetos históricos. Mas algo sí ha cambiado en el orden institucional que sustentará ahora esa universal alienación. Hace falta instalar “controles, limitaciones e inspecciones”, no solamente para las mercancías sino sobre todo sobre el libre flujo de las personas y sobre el pensamiento y las comunicaciones...”<sup>(7)</sup>

Si ello es así, puede afirmarse que después de setiembre de 2001 el contexto se vuelve aún más adverso a la protección del individuo frente al tratamiento de los datos personales, porque el interés por el

---

(5) BECK, Ulrich. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós, Barcelona, 1998, p. 81

(6) SAXE FERNÁNDEZ, Eduardo. *Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial*, en Documentos de estudio, número 15, ERI, UNA, Nueva Época, 2002, p. 29.

(7) SAXE FERNÁNDEZ, *op cit.*, p. 46.

control y la seguridad ha desbordado los límites anteriores. En un régimen de seguridad nacional como el que se impone en los Estados Unidos y vierte sus efectos a nivel general después de setiembre de 2001, ciertamente el control de la información resulta históricamente central.

“...la extensión de la filosofía de la guerra total y permanente presupone la realización hasta sus últimas consecuencias de una cultura mediática de video vigilancia global, en la que la seguridad es consagrada como principio rector de la vida pública, en nueva disciplina de regulación y acomodamiento social de la conciencia cívica a las necesidades de orden y control político militar por razones preventivas. La pedagogía militar de la guerra de la información consiste precisamente en la calculada y ambigua extensión de la lógica bélica a la vida civil y política.”<sup>(8)</sup>

Tenemos entonces tres condiciones históricas muy claras que hacen necesario el esfuerzo por proteger a las personas frente al tratamiento de los datos personales. Estas condiciones son: el vertiginoso desarrollo de tecnologías de la información, los grandes intereses comerciales de las empresas dedicadas o favorecidas con el tratamiento de la información, a los que se sumó, después del 11 de setiembre antepasado, el control reforzado impuesto y cubierto con el discurso nacionalista y de seguridad de las metrópolis.

## **Democracia, desarrollo y protección de datos**

Si partimos –como lo hemos hecho– de que el manejo de datos personales conlleva un peligro para esa esfera del ser humano que debería ser regida por su voluntad sin intromisión externa, y si tenemos ejemplos de la potencialidad de la tecnología de la información para el control individual y social, será fácil concluir que sin una correcta protección del manejo de datos personales muchos derechos individuales podrían quedar en la letra de la ley.

Así, por ejemplo, la libertad de pensamiento y de culto, la libertad sexual, la libertad de expresión, la libertad de sindicalización, la libertad de afiliación política, el secreto de las comunicaciones, el ámbito de intimidad y de privacidad, corren el riesgo de ser anulados. El jurista

---

(8) F. SIERRA, citado por Saxe, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

nacional Rubén Hernández ha indicado “...la violación de este derecho puede afectar los derechos de la personalidad (intimidad, imagen, honor, etc.), así como también la libertad informática, derecho que proviene directamente de la libertad personal la cual garantiza un trato no discriminatorio tanto en la esfera comercial como en el ámbito laboral.”<sup>(9)</sup>

Pensemos por ejemplo en el temor que tendrían los ciudadanos de ejercer tales derechos a sabiendas de la posibilidad de ser estigmatizados y controlados. Ello redundaría sin duda en la disminución de la capacidad de autodeterminación y en la negación de la posibilidad de realización de cada proyecto de vida.

Lo que exponemos no es ficción, y ni siquiera una previsión a largo plazo. Es una realidad actual puesto que los avances en la tecnología de la información permiten la construcción de perfiles de personalidad, preferencias, tendencias. Para esta construcción de perfiles y tendencias los datos no tiene que revestir un especial carácter en contra de la privacidad entendida en el sentido tradicional. Datos que podemos considerar irrelevantes o insignificantes desde ese punto de vista, tienen la capacidad de coadyuvar en la realización de estos medios de control social mediante la comparación, reunificación y redefinición de los mismos.

Si el modelo democrático parte de que cada ser humano es un fin en si mismo y que los medios de control sólo han de justificarse en la medida en que coadyuven a evitar el desbordamiento en el ejercicio de un derecho en perjuicio de otro y en la medida en que eviten las lesiones al derecho de cada persona, comprenderemos que la relación entre la democracia y la protección de datos personales es muy estrecha: Afirmamos que existe una relación de proporcionalidad directa entre la vigencia del modelo democrático y la tutela a la autodeterminación del ser humano mediante la protección de sus datos personales. Cuanta mayor tutela de la persona frente al tratamiento de sus datos, mayor vigencia del modelo democrático en una sociedad determinada.

Esta visión que proponemos no riñe con la visión de democracia expuesta por organismos oficiales como la Organización de Naciones Unidas a través de sus publicaciones del PNUD. Así por ejemplo, al partir del paradigma democrático para la evaluación del desarrollo de las

---

(9) HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. Editorial Juricentro, 2001, San José, Costa Rica.

naciones, el informe del PNUD de 2002 hace alusión a las posibilidades de participación democrática, y a la calidad de vida.

“Irónicamente, el enfoque de desarrollo humano del desarrollo ha sido víctima del éxito de su índice de desarrollo humano (IDH). El IDH ha reforzado la interpretación restringida y demasiado simplificada del concepto de desarrollo humano, como si se tratara únicamente de mejorar la educación, la salud y los niveles aceptables de vida. Ello ha oscurecido el concepto más amplio y complejo de desarrollo humano como expansión de capacidades que amplía las posibilidades de la gente de vivir la vida que deseen y valoran. A pesar de cuidadosos esfuerzos por explicar que el concepto es más amplio que su instrumento de medición, el desarrollo humano continúa siendo identificado con el IDH mientras se ignoran a menudo las libertades políticas, la participación en la vida comunitaria y la seguridad física. Sin embargo, esas condiciones son tan universales y fundamentales como poder leer o disfrutar de buena salud. Todos las valoran –y sin ellas se cierran muchas otras opciones. No se incluyen en el IDH porque son muy difíciles de medir de manera adecuada, no porque sean menos importantes para el desarrollo humano.”<sup>(10)</sup>

Esta visión del desarrollo en democracia nos lleva entonces a sostener tres afirmaciones, siguiendo la lógica del texto: La primera es que el concepto de desarrollo humano es más grande que el índice.<sup>(11)</sup> La segunda es que para determinar el desarrollo, es posible (y decimos que necesario) incluir categorías distintas de las que se han utilizado hasta el momento siempre que no ofrezcan dificultades de medición. Y la tercera es que la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales puede (y debe) constituirse en una categoría de la medición del desarrollo en democracia, puesto que, como vimos, de ello depende en gran medida la vigencia del modelo democrático.

## **Derecho a la información versus protección de datos personales**

Desde el punto de vista jurídico debemos comprender la necesaria armonización del derecho a la autodeterminación informativa y la

---

(10) Informe de PNUD 2002. *Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*, p. 53.

(11) En este mismo sentido ver Informe de PNUD 2002, recuadro 22.

protección de datos personales, con el derecho a la información contemplado en el numeral 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 que establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

Desde meses antes de la aprobación de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, -del 23 de marzo al 21 de abril de 1948- se había celebrado la Conferencia de la ONU sobre la libertad de información. Es decir, la existencia de éste derecho tiene bases históricas muy fuertes pues políticamente se ha concebido como una extensión de la libertad de pensamiento, que es una base esencial del modelo democrático.

En Costa Rica, por ejemplo, el numeral 28 Constitucional reza: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.” El artículo 29 expresa “Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos sin previa censura; pero serán responsables de los abusos que cometan en el ejercicio de este derecho, en los casos y del modo que la ley establezca. Y el 30 indica: “Se garantiza el libre acceso a los departamentos administrativos con propósito de información sobre asuntos de interés público. Quedan a salvo los secretos de Estado.”

Lo que afirmamos es que es necesario, como lo es para el resto de derechos, hacer un balance entre el derecho a la información y otros derechos, puesto que ningún derecho reconocido constitucionalmente es absoluto, y el numeral 1 Constitucional ya impone el deber de interpretación democrática del texto.

En efecto, “frente al derecho a la información genéricamente reconocido a los ciudadanos usualmente invocado como fundamento de la libertad de prensa, se alza un derecho sobre la información, que compete a cada cual respecto de ciertos datos que se le reconocen como privados y que lo autoriza a restringir su conocimiento o su uso por terceros. La evolución de este derecho se ha visto bruscamente conmovida por la aparición de las computadoras. Ellas se utilizan en la preparación de las nóminas para el pago de sueldos y jornales, en las

reservas de pasajes de tren o de avión, en el control bancario del estado de nuestras cuentas, en la vigilancia de los datos de interés fiscal, en el campo de la medicina y en muchas otras actividades, sin olvidar una de las más recientes, que es precisamente la jurídica.”<sup>(12)</sup>

Entonces, si el derecho a la información no es absoluto, como no lo es ningún derecho humano, una de sus limitaciones consiste precisamente en el derecho a la protección de datos personales y la autodeterminación informativa.

En igual sentido se pronuncia la autora María Cruz Llamazares Calzadilla al comentar el conflicto que existe entre las libertades de expresión e información y otros derechos. Según esta autora “...un derecho al honor entendido como un derecho absoluto e intocable implicaría una libertad de información y, sobre todo, de expresión, vaciada de parte de su contenido. Y unas libertades de información y de expresión ejercidas de forma abusiva sin ninguna limitación, impedirían la existencia efectiva de un derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Es lógico que los derechos de uno y otro grupo colisionen constantemente, puesto que en el ejercicio, no siempre legítimo, de las libertades de expresión y de información frecuentemente se hacen incursiones en el ámbito propio del honor, de la intimidad y de la propia imagen.”<sup>(13)</sup>

### **¿Por qué optamos por hablar de protección de datos personales y de autodeterminación informativa más que de habeas data?**

Cuando se habla de habeas corpus, en un sentido literal, se trata de “traer el cuerpo” de la persona afectada por una detención ilegítima, de modo que para la materia en estudio se adoptó el paralelo de hábeas data como “traer los datos”.<sup>(14)</sup>

---

(12) GUIBOURG, Ricardo A. y otros. *Manual de informática jurídica*. Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 263.

(13) LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III De Madrid, Civitas, Madrid, España, 1999.

(14) CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, p. 20.



Así ampliamente entendido, el hábeas data podría referirse a una construcción conceptual para englobar todos aquellos elementos sustantivos y procedimentales creados para la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales. Por ejemplo, el hábeas data podría comprender toda una tesis sobre la problemática de la invasión en la personalidad a través del tratamiento de datos, pasar por la creación de un nuevo bien jurídico a tutelar y finalmente idear los institutos procesales para su protección. No obstante, en el derecho latinoamericano, el “hábeas data” se ha convertido en una mera garantía procedimental para proteger al derecho que tiene la persona al acceso y conocimiento de sus datos personales en registros públicos y privados.

Es lo cierto que el esfuerzo latinoamericano por otorgar al ciudadano un medio de tutela implica ya una conciencia de la importancia del tema de la protección de los datos personales. La falencia radica en que así concebido, el hábeas data tiende a funcionar después de realizada la transmisión de los datos, dejando por fuera la prevención y el control anterior a la realización del riesgo. Por ejemplo, la acción puede ser interpuesta por el particular cuando se traten datos de los llamados sensibles, que incluyen las preferencias religiosas, políticas sexuales, las características genéticas y de salud. Pero se deja por fuera la posibilidad de obtener información sobre el procesamiento de los datos y el derecho del ciudadano de otorgar el consentimiento para el tratamiento electrónico de sus datos.

No debemos olvidar que en “...la industria de las bases de datos intervienen diferentes personas. El creador de la base que, partiendo de un fondo documental adecuado genera la propia base; el distribuidor de la base que, disponiendo de un soporte técnico y comercial, crea y proporciona el servicio y, por último, el usuario de la base. Si la base de datos es consultada por el sistema denominado “on line”, a distancia, interviene también el operador de comunicaciones.”<sup>(15)</sup>

Las diferencias apuntadas entre el amplio espectro de la protección de datos y el hábeas data entendido como garantía procesal, ha llevado a algunos a establecer entre ambos una relación de género a especie: “Existe una relación de género y especie entre el hábeas data y el derecho de acceso a la información, como derechos humanos

---

(15) DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. *Manual de Derecho Informático*. Aranzadi. Madrid, 1997, p. 30.

referidos a la accesibilidad de datos. El derecho de acceso a la información interpreta una necesidad general, mientras que el habeas data se vincula a una necesidad especial y personal, siendo ambos incuestionables, pero dedicados a espectros y casos diferentes.”<sup>(16)</sup>

Lo importante en nuestro criterio es que junto a la garantía procesal se prevea para la verdadera protección del ciudadano, el derecho a la información sobre las formas en que se realizaría el tratamiento de los datos, los objetivos del mismo y su destino final, a efecto de que la persona esté o pueda estar en condiciones de conocer que sus datos serán objeto de manejos más allá de su voluntad, y poder evitarlo. Es por ello que acogemos la afirmación de que hablar de hábeas data no es suficiente, y que es preferible referirse a la necesidad humana de protección de los datos personales, misma que tiene como correlativo bien jurídico la autodeterminación informativa.

### **¿Por qué la autodeterminación informativa es un bien jurídico?**

Los problemas derivados de los bancos de datos tradicionalmente se han situado como un ataque al derecho a la intimidad.<sup>(17)</sup>

Consideramos importante no perder de vista lo apuntado por el presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el discurso de apertura de la XIII Conferencia de Comisarios de Protección de Datos: “aunque hablamos de protección de datos, de legislación de protección de datos y de Autoridades de protección de datos, no deben existir dudas respecto a la verdadera naturaleza del objetivo que motiva la creación de las normas de protección de datos o de las instituciones que garantizan el cumplimiento de las mismas. Su finalidad real no es tanto la protección de datos sino la protección de las personas: más precisamente aún, es la protección de la vida privada de las personas en una nueva era que impone la recogida y almacenamiento de más y más datos sobre sus

---

(16) PIERINI, Alicia y LORENCE, Valentín. *Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano, Acción de Amparo*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999, p. 38.

(17) FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 61 y 62.

vidas privadas y hace aumentar las posibilidades de manipulación y mal uso de tales datos.”<sup>(18)</sup>

De manera que, en apego a la tesis que propone que los bienes jurídicos obedecen su existencia a la valoración de necesidades humanas, y que siempre el titular último de los bienes jurídicos ha de ser el ser humano,<sup>(19)</sup> afirmamos que si la persona humana se desenvuelve en una sociedad que evoluciona, la existencia de bienes jurídicos necesariamente irá aparejada a los cambios sociales que afecten el núcleo de derechos principales de la persona. Si ello es así, los vertiginosos cambios ocurridos por el avance en el manejo de la información, imponen la necesidad de proteger al ser humano de ese manejo, no con una simple indemnización o reparo, sino fundamentalmente impidiendo que trasciendan datos y uso de los mismos contra su voluntad. Pero he aquí un problema de gran importancia: Aquellos datos a proteger no son solamente los que atañen a la vida “privada o íntima” del individuo en el sentido tradicional. La sociedad actual impone ser muy amplios en cuanto a los datos que se protegen, porque un dato por nimio que parezca cobra importancia ante las posibilidades técnicas, comerciales y psicológicas publicitarias de crear perfiles, prever conductas y anticipar comportamientos. Es por ello que el bien jurídico que nace en estas sociedades de la información, rebasa el bien jurídico de la intimidad y de la privacidad entendidos de manera clásica.

Ahora bien, el tema no es pacífico en doctrina, y la discusión que proponemos a lo interno de nuestro país deberá pasar por este tema. Así por ejemplo, se ha dicho que “No es pues la autodeterminación una noción distinta de, aunque relacionada con, el derecho a la intimidad, sino un elemento definidor de éste. Todo intento de escindir el ámbito del derecho a la autodeterminación informativa del ámbito del derecho a la intimidad, como los que a veces ha llevado a cabo nuestra doctrina., carece de base conceptual alguna, a menos, claro está, que se quiera desvincular la intimidad de toda idea de control. Pero en ese caso su

---

(18) RYSDALL, R. Protección de datos y el Convenio Europeo de los Derechos Humanos. Discurso de apertura de la XIII Conferencia de Comisarios de Protección de Datos, Novática, marzo de 1992, citado por Campuzano Tomé, Herminia, *Vida Privada y Datos Personales, su protección frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, España, 2000. p. 56.

(19) Así, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1995.

objeto no iría más allá de situaciones del tipo de la de una persona aislada en una isla desierta. Ni tampoco es la autodeterminación una noción nueva en la definición del derecho a la intimidad, sino una idea que lo ha informado desde siempre, ya antes incluso de que hiciera aparición como derecho específico.”<sup>(20)</sup>

Proponemos que en última instancia lo trascendente no es la forma en que se denomine el bien jurídico, sino la amplitud de contenido que se le de al concepto, lo cual resulta, como queda expuesto, irrenunciable.

## SECCIÓN 2. SITUACIÓN NORMATIVA GENERAL

No es el propósito de esta sección detenernos en la evolución de la protección de la persona frente al tratamiento automatizado de la información que le afecta. Nos limitaremos a exponer la situación actual en líneas muy generales.<sup>(21)</sup> Sin embargo, consideramos de primer orden ubicar al lector en cuanto a que en este tema no se trata –como en otros temas legales y normativos– de comparar legislaciones a efecto de que un país opte por la normativa más completa o por la combinación de varias. En este tema resulta imprescindible conocer la legislación existente en el mundo bajo la siguiente perspectiva: Las legislaciones regionales o nacionales ya de por sí tienen la debilidad de que al establecerse limitaciones en un ámbito territorial, es posible burlar la protección saliendo virtualmente de las fronteras. Internet se constituye en la herramienta adecuada para ello: “El código fuente de la página visitada puede contener un sencillo Javascript que ordena el envío voluntario de un mensaje de correo electrónico a una dirección determinada. De esta manera, sin que el usuario lo haya autorizado, ha

---

(20) RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones, tecnología e intimidad*. McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 16.

(21) Sobre la evolución de la protección de la persona frente al tratamiento de la información ver GARRIDA DOMÍNGUEZ, Ana, *La protección de los datos personales en el Derecho Español*. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 45 a 115. Esta obra contiene una descripción cronológica de las principales normas relativas a la protección de los datos personales en el mundo. Ver además, Campuzano Tomé, Herminia, *Vida Privada y Datos Personales, su protección frente a la sociedad de la información*, Tecnos, Madrid, España, 2000, p. 56.

facilitado su dirección de correo electrónico al solicitante. Ello va a permitir a la empresa receptora de dicha dirección crear una base de datos de visitantes que han demostrado su interés por un tema específico y que, por lo tanto, pueden ser segmentados en función de sus preferencias, con el fin de efectuar posteriormente envíos de publicidad por correo electrónico.”<sup>(22)</sup>

## **Protección de datos en Europa**

En la década de los años setenta los países de Europa aprobaron leyes sobre protección de datos, debido a los desarrollos tecnológicos que se daban. En la década de los años ochenta fueron aprobados algunos acuerdos internacionales, especialmente directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y el Convenio del Consejo de Europa, que es el Convenio para la Protección de las Personas con relación al Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, abierto a la firma en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

En la década de los noventa la Unión Europea (UE) dictó una Directiva cuyo propósito general era armonizar las legislaciones de los países de la Unión. Fue así como se aprobó la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 24 de octubre de 1995, publicada en el Diario oficial No. L, 281, del 23 de noviembre de 1995. La Directiva obliga a los Estados miembros a adaptar a ella sus leyes de privacidad y protección de datos personales y parte de la visión de que la privacidad es un derecho humano.

El considerado 10 de la directiva indica: “Considerando que las legislaciones nacionales relativas al tratamiento de datos personales tienen por objeto garantizar el respeto de los derechos y libertades fundamentales, particularmente del derecho al respecto de la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como los principios generales del derecho comunitario; que, por tanto, la aproximación de dichas legislaciones no debe conducir a una disminución de la protección que garantizan sino que, por el contrario, debe tener por objeto asegurar un alto nivel de protección dentro de la comunidad”.

---

(22) Rivas Alejandro, Javier. Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales, *en Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*, Aranzadi, España, 2000, p. 154.

Ya el numeral primero de la Convención Europea de Derechos Humanos partía de esta concepción, y aunque esa convención no ha sido incorporada oficialmente a la Unión Europea, la Corte de Justicia Europea la ha aplicado para reconocer distintas facetas del derecho a la vida privada.

El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950, establece que toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, y no puede haber injerencia de la autonomía pública en el ejercicio de este derecho, excepto cuando esté prevista por la ley y constituya una medida necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás, en una sociedad democrática. Tales limitaciones al derecho de la privacidad también ha sido reconocidas por la Corte Europea de Justicia y están presentes en la Directiva.

Según la Directiva, los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de los datos personales sólo puede efectuarse si el interesado ha dado sus datos de forma inequívoca, o cuando es necesario para la ejecución de un contrato en el que el interesado sea parte o para la aplicación de medidas precontractuales adoptadas a petición del interesado, o cuando es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o cuando es necesario para proteger el interés vital del interesado, o cuando resulte necesario por un interés público o para la satisfacción de un interés legítimo del responsable del tratamiento o de terceros a los que se comunique los datos cuando no se perjudique los derechos fundamentales del interesado. Es decir, la licitud para el tratamiento de datos personales sólo es posible si el interesado ha dado su consentimiento o si nos encontramos frente a las excepciones previstas en la misma norma. (artículo 7 de la Directiva)

Por otra parte, hay que destacar que el numeral 10 establece obligaciones para el responsable del tratamiento o su representante cuando se obtenga datos, en cuyo caso los Estados miembros deben disponer que el responsable del tratamiento o su representante deben comunicar a la persona de quien se recaben los datos que le conciernan, por lo menos la información siguiente: la identidad del responsable del tratamiento y, en su caso, de su representante; los fines del tratamiento

de que van a ser objeto los datos; cualquier otra información, tal como: i) los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos; ii) el carácter obligatorio o no de la respuesta y las consecuencias que tendría para la persona interesada una negativa al responder; iii) la existencia de derechos de acceso y rectificación de los datos que la conciernen, en la medida en que, habida cuenta las circunstancias específicas en que se obtengan los datos, dicha información suplementaria resulte necesaria para garantizar un tratamiento de datos leal respecto del interesado

Distinto es el caso en que los datos no hayan sido recabados del propio interesado, pues aunque la Directiva enuncia los mismos requisitos expuestos, las obligaciones rigen desde el momento del registro de los datos o, en caso de que se piense comunicar datos a un tercero, a más tardar, en el momento de la primera comunicación de estos datos.

La Directiva también garantiza el derecho de acceso. Los Estados miembros deben garantizar a todos los interesados el derecho de obtener del responsable del tratamiento, libremente, sin restricciones y con una periodicidad razonable y sin retrasos ni gastos excesivos: i) la confirmación de la existencia o la inexistencia del tratamiento de los datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de los datos a que se refieran y los destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos; ii) la comunicación, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos; iii) el conocimiento de la lógica utilizada en los tratamientos automatizados de los datos referidos al interesado, al menos en el caso de las decisiones automatizadas al que se refiere el apartado 1 del artículo 15 de la Directiva. También el interesado podrá obtener la rectificación, la supresión, o el bloqueo de los datos cuyo tratamiento no se ajuste a las disposiciones de la Directiva, en particular a causa del carácter incompleto de los datos y la notificación de los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación o bloque efectuado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior, si no resulta imposible o supone un esfuerzo desproporcionado.

Ahora bien, tales derechos y obligaciones no son absolutos. El artículo 13 prevé la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas legales para limitarlos y para limitar todos los derechos contemplados en los numerales 6 apartado 1, 10 y 11, 12 y 21, referentes a los principios generales, a la información en caso de obtención de datos

recabados del propio interesado, al derecho de acceso y a la publicidad de los tratamientos. De acuerdo con el numeral 13, las limitaciones pueden ser establecidas cuando sea necesario para garantizar la seguridad de Estado, la defensa, la seguridad pública, la prevención, la investigación, la detección y la represión de infracciones penales o de las infracciones de la deontología en las profesiones reglamentadas, un interés económico y financiero importante de un Estado miembro o de la UE, incluidos los asuntos monetarios, presupuestarios y fiscales, una función de control, de inspección o reglamentaria relacionada con el ejercicio de la autoridad pública en los casos de seguridad pública, prevención, investigación, detección y represión penal y profesional, y en el caso de los intereses económicos y financieros ya aludidos, la protección del interesado o de los derechos y libertades de otras personas. También los Estados pueden limitar el derecho de acceso por medio de ley, cuando se trata de fines de investigación científica durante un periodo que no supere el tiempo necesario para la elaboración de estadísticas.

Por otra parte, la Unión Europea aprobó una directiva relativa a la protección de datos en el sector de las telecomunicaciones.

El Parlamento Europeo elaboró la Carta Europea de Derechos Humanos que incluye un nuevo artículo relativo a la protección de datos, confirmando que este es un derecho humano. También en diciembre del 2000 fue aprobado en Niza por todos los miembros de la UE el rango de derecho humano de la protección de datos, por destacar algunos de los principales pronunciamientos.

Consideramos importante la descripción del modelo europeo por cuanto su efecto fue expandir este esquema de legislaciones de protección de datos fuera de Europa, aún y cuando no fue su propósito inicial. En países como Argentina, Paraguay, Nueva Zelanda, Hong Kong y Taiwán, Chile, Canadá y la provincia de Québec han seguido en sus legislaciones los estándares europeos en materia de protección de datos, en tanto otros países como Venezuela, Perú, Brasil y la India, han llevado a cabo esfuerzos para hacer lo mismo. En la misma Europa, los países como Polonia y Hungría que han solicitado su ingreso están en un proceso de adecuación de su legislación interna a la Directiva y en general a la legislación comunitaria. La caída del régimen comunista también influyó para que países del Centro y del Este de Europa incluyeran en sus constituciones y en sus leyes a la protección de datos como derecho humano.



## **Protección de datos en Estados Unidos**

Al igual que en Europa, en los años setenta se inició una preocupación por el tema de la protección de los datos personales. En 1993 el gobierno llevó a cabo un estudio en el que finalmente recomendó la aprobación de principios para el tratamiento de datos personales. Si bien tales principios no fueron aprobados por el Congreso como una ley, sí existían dos leyes. La primera es la Privacy Act aprobada en 1994 y la segunda la Fair Credit Reporting Act aprobada en 1970. Estas regulaban lo relativo a los datos almacenados por el gobierno y a los registros de informes crediticios. Posterior a ello, Estados Unidos ha dado un tratamiento casuístico al problema, sin legislar mediante una ley general de privacidad. Los sectores en que se ha legislado son los registros estatales, los informes crediticios, los registros de conducir, los registros sobre alquileres de video, las comunicaciones electrónicas, la información sobre suscriptores de televisión por cable, la recolección de datos por parte de menores en línea y la privacidad financiera.

En cuanto a la cláusula de puerto seguro, la Comisión Europea había iniciado hace más de dos años las negociaciones destinadas a abordar el problema de la falta de protección de la privacidad en Estados Unidos. En junio del 2000 la Comisión emitió un Acuerdo de Puerto Seguro que pretende garantizar que la transferencia a un tercer país de datos personales únicamente puede efectuarse cuando el tercer país garantice un nivel de protección adecuado y cuando con anterioridad a la transferencia se respeten las disposiciones legales de los Estados Miembros.

## **Protección de datos en América Latina**

En América Latina algunos países no cuentan con una ley de protección de datos, pero varios han incluido en sus constituciones normas sobre la privacidad o habeas data y han aprobado leyes de privacidad, además de que a nivel interamericano se esta negociando una convención basada en el Convenio del Consejo de Europa.

Este fenómeno ocurre en parte porque, como vimos, el artículo 25 de la Directiva europea establece que la transferencia de datos sólo puede tener lugar si el país destinatario cuenta con una legislación “adecuada”.

En 1997 se celebró en Madrid la Conferencia Euroiberoamericana sobre Protección de Datos Personales a la que asistieron autoridades de protección de datos europeas y representantes de países iberoamericanos. En ella se demostró la falta de una legislación relativa a la protección de los datos personales por lo que se acordó impulsar ante los gobiernos de los respectivos países el desarrollo de medidas en materia de protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, entre otros acuerdos para impulsar la creación de esa legislación.

Desde la década de los ochenta la OEA ha investigado el problema de la protección de los datos personales pero principalmente desde 1997. También el Comité Jurídico Interamericano realizó estudios sobre el derecho a la información y la libertad de expresión. El Comité Jurídico Interamericano propuso en 1997 elaborar una convención americana de protección de datos basándose en el modelo del Convenio para la Protección de las Personas del Consejo de Europa y en la ley española de 1992. Fue elaborado un borrador de la Convención Americana sobre Autodeterminación Informativa. En su preámbulo se recuerda la importancia de la protección de la vida privada establecida en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Estas establecen que toda persona tiene derecho al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad; que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio, o en su correspondencia ni de ataques ilegales en contra de su honra o reputación; y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

También se expresa que “el peligro en contra de la vida privada y el pleno ejercicio de otros derechos se ha acrecentado por el apareamiento de nuevos medios técnicos de injerencia y control sobre los derechos y libertades, particularmente por el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, que permiten el conocimiento general de la historia de cada ser humano, creándose la posibilidad de que por medio de los ficheros, registros o de bancos de datos no sólo se conozca lo más privado de las personas y se les controle y dirija atentándose así contra su dignidad, libertad e igualdad y contra la estructura misma del sistema democrático, situación que vuelve necesario dar a las personas una ulterior protección a la ya prevista en el derecho interno, en las declaraciones y convenciones internacionales citadas”.

Se indica que la normativa debe tender a “lograr un justo equilibrio y armonía entre la protección a los derechos, y libertades de las personas, con los derechos que emanan del poder informativo especialmente, con la libre circulación de la información entre los pueblos y la necesidad del progreso y desarrollo nacional en una economía posindustrial globalizada e informatizada”.

El fin de la Convención es garantizar, en el territorio de cada Estado parte, a cualquier persona física o jurídica sean cuales fueren su nacionalidad o residencia, el respeto de sus derechos fundamentales, su derecho a la autodeterminación informativa. Sin embargo, a diferencia del modelo europeo se pretende que la Convención sea de aplicación también a los datos de las personas naturales o jurídicas o a sus bienes que figuren en registros, ficheros o bancos de datos de los sectores público y privado, sean estos automatizados o manuales. Por otra parte, establece varios principios en líneas generales congruentes con los señalados por la Directiva Europea.

Ahora bien, la normativa interna de los países latinoamericanos se comenzó a desarrollar en 1988 cuando se incluyó en los textos constitucionales de Latinoamérica la garantía de habeas data, con el propósito de otorgar a los individuos un derecho de acceso a la información personal que fuera recogida y tratada en bancos de datos personales. En algunos casos esta acción permitía corregir o actualizar la información y suprimir cierta clase de datos. La limitación principal que presentan estas normas es que, si bien se reconoce un derecho de acceso a los datos personales, y en caso de falsedad, inexactitud u otros motivos, autoriza a reclamar la corrección de la información, es lo cierto que no cubre el resto de los principios acordados por la Directiva Europea.

Desde 1994 se desarrolló un movimiento para aprobar leyes de protección de datos personales en Latinoamérica. En Colombia, por ejemplo fue aprobada una ley que fue declarada nula por la Corte Constitucional. En Argentina fueron presentados varios proyectos a raíz de la inclusión del Habeas data en su Constitución. En Chile se comenzó a discutir una ley de protección a la vida privada. Uruguay, Colombia y Perú también tuvieron proyectos de ley. En el año de 1996 Argentina aprobó una ley de protección de datos que fue vetada por el Poder Ejecutivo, y luego un proyecto nuevo fue aprobado como ley a fines del 2000, que es la ley número 25.326. Chile aprobó la primera ley de protección de datos de Latinoamérica, en 1999. Uruguay tiene varios proyectos de leyes referidos al problema de los informes de crédito.

Colombia, Venezuela, Perú y algunas provincias argentinas se vieron influenciados por la Constitución española, en tanto las leyes de protección de datos de Chile y Argentina están inspiradas en la ley de protección de datos española.

Casi todas las Constituciones latinoamericanas se refieren a la privacidad, protegiendo la correspondencia epistolar, el domicilio, el secreto de las comunicaciones y, en algunos casos, a la conciencia. Algunas Constituciones prevén la sanción de normas para la protección de la privacidad frente a la amenaza de la informática, como son las constituciones de Colombia , Perú y Venezuela.

En Guatemala, por ejemplo, el habeas data garantiza el acceso, la rectificación y la corrección de los datos sobre la persona y sus bienes, incluyendo en algunos supuestos la posibilidad de suprimir información. En este país, al igual que en Nicaragua, y Paraguay el derecho de acceso es visto como una extensión del derecho a la privacidad, en tanto en Argentina, Brasil, Perú y Venezuela se concibe como una nueva acción constitucional.

En Latinoamérica además de las constituciones se han aprobado leyes procesales y leyes sustantivas. Chile y Argentina tienen leyes que luego vamos a comentar, Brasil, Uruguay y Perú tienen proyectos de leyes, México adoptó recientemente una ley de comercio electrónico que incluye reformas a la Ley Federal de Protección al Consumidor e incluye disposiciones para el tratamiento de datos personales en las transacciones electrónicas. Brasil regula parcialmente los datos relativos a los consumidores a través del Código del Consumidor.

En Brasil, el numeral 5 de la Constitución establece “se concederá habeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para la rectificación de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo.” También a Ley Federal de Protección al Consumidor regula el acceso a los datos personales del consumidor y su finalidad, así como la obligación de comunicarle la apertura de su registro personal en un banco de datos y prevé el derecho a la corrección de datos personales sobre deudas y la obligación del archivista de comunicar las correcciones a eventuales destinatarios. Se establece en cinco años el “derecho al olvido”, es decir la prohibición de comunicar datos prescritos. En 1997 el habeas data fue reglamentado procesalmente

y se presentó un proyecto de ley de protección de datos personales al Congreso pero no se le dio trámite.

En Chile la Constitución de 1980 establece el derecho a la privacidad pero no tienen normas sobre protección de datos. Una ley de protección de datos fue aprobada en 1999, convirtiendo a Chile en el primer país de Iberoamérica que aprueba una ley de ese tipo.

En Colombia, la Constitución de 1991 indica que todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar, incluyendo que “De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”, en la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.“ En este país se han producido interesantes pronunciamientos judiciales que demuestran gran conciencia sobre el tema de la protección de datos, especialmente de la Corte Constitucional, pero no existe una ley como tal.

En México la Constitución Política contiene una cláusula general de privacidad pero no una alusión al habeas data. En junio de 2000 México incorporó en su legislación normas sobre comercio electrónico. Por ejemplo el artículo 4º reforma la Ley Federal de Protección al Consumidor regulando las relaciones entre proveedores y consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Esta es la primera legislación en Latinoamérica sobre protección de datos personales en sistemas y servicios on line pero respecto de los otros sectores de actividad no existen leyes.

Por su parte, la Constitución de Venezuela de 1999 incluye al habeas data de la siguiente manera en su artículo 28: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley”.

Y el artículo 60 indica: “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”. El numeral 281 establece: “Son atribuciones del defensor o defensora del Pueblo:...3. Interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, habeas corpus, habeas data y las demás acciones o recursos necesarios para ejercer las atribuciones señaladas en los ordinales anteriores, cuando fuere procedente de conformidad con la ley...” Sin embargo, el habeas data aún no se ha desarrollado legislativamente.

### **SECCIÓN 3: SITUACIÓN DE ARGENTINA**

Desde la década de los años 80 las provincias argentinas realizaron esfuerzos para reformar sus constituciones, para incluir normas sobre protección de la privacidad informática y habeas data, aunque sólo Buenos Aires denominó así al instituto.

La reforma Constitucional Federal de 1994 incluyó al habeas data como una acción para permitir el acceso a bancos de datos personales y para corregir información falsa o discriminatoria. Surgió así la necesidad de legislación y en 1996 nace el proyecto basado en la L.O.R.T.A.D. española, que fue vetado por el Poder Ejecutivo por considerar que la ley tenía una errónea atribución de funciones al Defensor de la Nación y que restringía la libre circulación de datos personales.

A nivel provincial, el habeas data fue reglamentado procesalmente en varias provincias y existen varios proyectos en la Ciudad de Buenos Aires. Córdoba aprobó una ley sustantiva (ley No. 889I) al mismo tiempo que se sancionaba la ley de protección de datos a nivel nacional, pero el gobernador vetó esa ley.

Varios senadores presentaron al Senado una propuesta que culminó, en noviembre de 1998, con la aprobación de un proyecto de Ley de Habeas Data y Protección de Datos Personales. El 14 de septiembre de 2000, la Cámara de Diputados aprobó su versión de la Ley de Protección de Datos Personales y finalmente la Ley fue aprobada y promulgada en noviembre de 2000 que es la Ley Número 25.326.

En sus numerales 18 y 19 la Constitución establece que el domicilio y la correspondencia son inviolables, y se establece la privacidad de conciencia. Por otra parte, varios tratados internacionales de derechos humanos fueron incorporados en la reforma constitucional de 1994 con jerarquía constitucional.

Es importante destacar que la ley se aplica a personas individuales. En esto, la ley argentina se diferencia de la ley chilena de Privacidad, así como también de la Directiva europea y de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, lo cual podría ser considerado un avance desde cierta perspectiva si se toma en cuenta que un estudio encomendado por la Comisión Europea concluyó la necesidad de ciertos principios de la protección de datos personales a las personas jurídicas.

También la ley se aplica a ficheros manuales y automatizados. El autor Pablo Palazzi ha hecho una descripción de los principios que se encuentran presentes en la ley Argentina, tomando como base la descripción que el Grupo de Trabajo de la Unión Europea ha hecho de los principios que en su criterio rigen la materia: El Principio de limitación de objetivos según el Grupo de Trabajo de la Unión Europea, implica que los datos deben tratarse con un objetivo específico y posteriormente utilizarse o transferirse únicamente en cuanto ello no sea incompatible con el objetivo de la transferencia. El Art. 43 de la Constitución Argentina, en su párrafo 3º indica: Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad" Entonces mediante una acción de habeas data es posible conocer la finalidad para la cual un registro o banco de datos trata datos personales, pero no era posible limitar dicho tratamiento por alteración de la finalidad con la que los datos fueron recolectados inicialmente. El autor expresa que en la práctica no se han incoado demandas de habeas data para obtener la finalidad del tratamiento de datos personales por lo que no existe jurisprudencia sobre la materia.

El artículo 4.3 de la ley establece que los datos objeto de tratamiento no pueden ser utilizados para finalidades distintas o incompatibles con aquellas que motivaron su obtención. Y el artículo 4.7 indica que "los datos deben ser destruidos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a los fines para los cuales hubiesen sido recabados". Por su parte, según el artículo 11.1 los datos de carácter personal objeto de tratamiento sólo pueden ser cedidos para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con el interés legítimo del cedente y del cesionario y con el previo consentimiento del

titular de los datos al que se le debe informar sobre la finalidad de la cesión e identificar al cesionario o los elementos que permitan hacerlo. Y el artículo 11. 2 indica que “La cesión de datos a terceros debe ser comunicada a los titulares en la primera oportunidad en que ello ocurra. El consentimiento para la cesión es revocable”.

Según los principios europeos establecidos en la Directiva, las únicas excepciones al principio de limitación son las necesarias en una sociedad democrática, por alguna de las razones expuestas en el artículo 13 de la Directiva. La ley argentina en su artículo 11.3 establece que el consentimiento para la cesión no es exigido cuando: a) así lo disponga una ley, b) en los supuestos previstos en el artículo 5º; c) se realice entre dependencias de los órganos del Estado en forma directa, en la medida del cumplimiento de sus respectivas competencias; d) se trate de datos personales relativos a la salud, y sea necesario por razones de salud pública, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, en tanto preserve la identidad de los titulares de los datos mediante mecanismos de disociación adecuados; e) se hubiera aplicado un procedimiento de disociación de la información, de modo que los titulares de los datos sean identificables.

El artículo 25 de la ley contiene el principio de limitación de objetivos para el caso de prestación de servicios por cuenta de terceros, y el artículo 26 se refiere a la información crediticia.

En cuanto al principio de proporcionalidad y de calidad de los datos, se trata de que los datos deben ser exactos y actualizados, deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación al objetivo, exactos, actualizados. El artículo 43 de la Constitución Nacional establece el habeas data como garantía para lograr tales efectos. Es importante destacar que estos principios se aplican tanto a registros del sector público como a los del sector privado. Asimismo, el principio en cuestión se encuentra recogido en los numerales 4.1, 4.4 y 4.5 de la ley. Este principio implica además el establecimiento de normas que limiten temporariamente el almacenamiento de datos, lo cual no se incluye en los documentos de la UE, aunque refiere Palazzi que puede derivarse del mismo, pues si los datos deben ser adecuados, pertinentes y no excesivos con relación al objetivo para el que se transfieren o para el que se tratan posteriormente, fácil es concluir que pasado cierto tiempo, estos datos perderán vigencia o adecuación, y que los datos muy antiguos pueden no reflejar adecuadamente la finalidad de la recolección, de manera que estos límites pueden imponerse contractualmente al realizar una transferencia en particular.



En Argentina existe un antecedente judicial sobre el llamado “Derecho al olvido” , aplicando el numeral 1071 del Código Civil. El principio se encuentra recogido en el numeral 26 de la ley en estudio.

En cuanto al principio de transparencia, se parte de que el individuo debe saber quién y por qué efectúa tratamiento de sus datos personales. Explica Palazzi que antes de la ley que estudiamos, en Argentina no existía forma de saber qué bancos de datos tratan datos personales pues no había un registro centralizado de ellos. Tampoco se requería el consentimiento para el tratamiento de datos personales ni notificación al titular de los datos.

Este principio está contenido en el numeral 5.1 de la ley de estudio. Las excepciones a la necesidad de consentimiento se encuentran previstas en el artículo 5.2 de la ley, y el numeral 13 indica que toda persona puede solicitar información al organismo de control, referente a la existencia de archivos, registros, bases o bancos de datos de carácter personal, sus finalidades y la identidad de sus responsables.

Con relación al principio de seguridad, el responsable del tratamiento debe adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas a los riesgos que presenta el tratamiento. Se encuentra regulado en los numerales 9 y 10 de la ley argentina.<sup>(24)</sup>

---

(24) Según tales numerales, las personas que actúen bajo la autoridad del responsable del tratamiento, incluido el encargado del mismo, no deben tratar los datos salvo por instrucción del responsable. En la ley se incluyen dos delitos al Código Penal argentino. Se sanciona al que insertare o hiciere insertar a sabiendas, datos falsos en un archivo de datos personales. La pena se aumenta al que proporcione a un tercero a sabiendas información falsa contenida en un archivo de datos personales y en la mitad del mínimo y del máximo, cuando del hecho se derive perjuicio a alguna persona. Cuando el autor o responsable del ilícito sea funcionario público en ejercicio de sus funciones, se le aplicará la accesoria de inhabilitación para el desempeño de cargos públicos por el doble del tiempo que el de la condena. También se prevé la prisión de un mes a dos años el que: 1) a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales,; 2) revelare a otro información registrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá , además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años.

Con respecto a los derechos de acceso, rectificación y oposición, el interesado debe tener derechos a obtener una copia de todos los datos a él relativos y derecho a rectificar aquellos datos que resulten ser inexactos y en determinadas situaciones el interesado también debe poder oponerse al tratamiento de los datos que le conciernen.

Como podemos apreciar del texto constitucional argentino, el numeral 43 no limita el alcance de la oposición al tratamiento de datos personales. Por ello consideramos con Palazzi que el individuo puede oponerse al tratamiento de datos falsos o discriminatorios, y también los sensibles. Sin embargo, en relación con cualquier otro dato que no sea falso, ni discriminatorio existe discusión sobre la posibilidad de ejercitar la acción constitucional, pues algunos afirman que el habeas data no se limita sólo a las causales de falsedad y discriminación. La jurisprudencia argentina en todo caso, ha limitado esta acción a las causales literales del texto constitucional, salvo contadas excepciones.<sup>(25)</sup>

Por otra parte, los artículos 4.6, 33, 15, 14 y 19 contienen normas referidas al derecho de acceso y sus excepciones y el titular de los datos cuenta con un derecho de rectificación, actualización o cancelación, según lo establece el numeral 16. No obstante, el derecho de acceso y oposición tiene previstas en la ley algunas excepciones: “1. Los responsables o usuarios de bancos de datos públicos pueden denegar el acceso, rectificación o la cancelación en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad públicos, o de la protección de los derechos e intereses de terceros. 2. La información sobre datos de carácter personal también puede ser denegada cuando de tal modo se pudieran obstaculizar actuaciones judiciales o administrativas en curso vinculadas a la investigación sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias o previsionales, el desarrollo de funciones de control de la salud y del medio ambiente, la investigación de delitos penales y la verificación de infracciones administrativas. La resolución que así lo disponga debe ser fundada y notificada al afectado. 3. Sin perjuicio de lo

---

(25) Como ya se había indicado, según el artículo 43 de la Constitución Argentina: “Toda persona podrá interponer esta acción (se refiere a la de amparo) para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodísticas.

establecido en los incisos anteriores, se debe brindar acceso a los registros en cuestión en la oportunidad en que el afectado deba ejercer su derecho de defensa.”

En este sentido cabe indicar que la Directiva europea expresa en el artículo 9º que “en lo referente al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente Capítulo, del Capítulo IV y del Capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión”.<sup>(26)</sup>

En el numeral 26.3 existe también un derecho de acceso previsto de servicios de información crediticia. (artículo 26.3).

El artículo 33 contiene la acción para tutelar estos derechos que denominó “De protección de los datos personales”.

Con relación a la transferencias de datos a terceros países, en el numeral 12.1 se estableció en la ley la restricción de que el país receptor tenga un nivel de protección adecuado. Según Palazzi las únicas excepciones permitidas deben estar en línea con el artículo 26.1 de la Directiva,<sup>(27)</sup> no obstante, es claro que el artículo 12.2 de la ley contempla supuestos más amplios.

Sobre los datos sensibles la Directiva establece que deberán establecerse protecciones adicionales, tales como la exigencia de que el interesado otorgue su consentimiento explícito para su tratamiento. Estos datos sensibles según el artículo 8 de la Directiva son los que se refieren al origen racial o étnico, a las opiniones políticas, a las convicciones religiosas o filosóficas, a la pertenencia a sindicatos, así como al tratamiento de los datos relativos a la salud o a la sexualidad. La ley argentina no tiene un artículo específico que contemple este principio, pero la jurisprudencia ha establecido que el tratamiento de datos sensible no es posible y puede ser suprimido mediante una acción de habeas data. El artículo 2º de la ley define lo que se entiende por datos sensibles,

---

(26) PALAZZI, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

(27) Las normas contenidas en los artículos 25 y 26 de la Directiva.

y el artículo 7° establece que ninguna persona está obligada a proporcionarlos. También el artículo 8 de la ley contiene protección en lo relativo a los datos de la salud. Esta coincide con lo dispuesto por el artículo 8.3 de la Directiva que dispone “El apartado 1 no se aplicará cuando el tratamiento de datos resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos, la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos sea realizado por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional sea en virtud de la legislación nacional, o de las normas establecidas por las autoridades nacionales competentes, o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.”

Importante es destacar el derecho que tiene el interesado, según la ley, de negarse a que sus datos sean utilizados con el propósito de mercadotecnia directa. Este derecho está contemplado en los numerales 27 y 28 de la ley, aunque el artículo 28.2 establece la posibilidad de utilización de datos mediante la técnica de disociación.

En lo referente a la autoridad encargada de la supervisión de todos estos derechos, el Grupo de Trabajo europeo sugirió la necesidad de contar con una “supervisión externa” en forma de una autoridad independiente. La ley en estudio estableció la existencia de una autoridad de control independiente al estilo de las agencias de datos europeas en los numerales 29 y 30.

En este sentido, la ley prevé sanciones tanto administrativas como Penales en los numerales 31 y 32.

#### **SECCIÓN 4: SITUACIÓN DE COSTA RICA**

En Costa Rica, fue presentado un proyecto de ley de habeas data por parte del Diputado Dr. Constantino Urcuyo en el año 1996. Este proyecto pretendía reformar la Ley de Jurisdicción Constitucional No. 7135 del 19 de octubre de 1989, adicionando un Capítulo IV que se denominaría “Habeas Data” en el Título III sobre los recursos. Se contemplaba esta garantía como una forma de amparo específico en materia de tutela de la identidad o libertad informáticas.

En Argentina, antes de la ley vigente, existió controversia sobre la necesidad de exigir para el habeas data los recaudos del recurso de amparo. En Costa Rica, en cambio, al presentar el proyecto se consideró

que al ser el recurso de amparo en Costa Rica más amplio, su estructura sería adecuada para la tutela de la libertad informática.

Consideramos que aquél proyecto tiene dos características dignas de mención:

1. Por un lado potenciaría la protección como remedio procesal fundamentalmente de una violación consumada. Esto es, el proyecto fomentaría la vigencia de una garantía procesal de reacción ante la violación del derecho, sin potenciar de manera real aspectos de fondo como sería la creación del derecho mismo y sus alcances, la prevención y las posibilidades de tutela en las diversas etapas del tratamiento de datos, como son la recogida, grabación, y la transmisión de datos a otros países.

Es cierto que el numeral 77 del proyecto contempla la posibilidad de la intervención de la Sala Constitucional mediante la interposición del habeas data para la prevención y en las distintas fases del tratamiento de datos, pero la cantidad de trabajo de dicho tribunal y la velocidad con que los datos se tratan parecen hacer de esa finalidad una ilusión. Como respuesta a esta problemática, en Europa se ha propuesto la creación de órganos independientes con capacidad técnica. Consideramos que esta solución debería ser un elemento de la discusión en nuestro país, dadas sus implicaciones.

El autor nacional Alfredo Chirino analizando el proyecto, expresa: “la impresión que da el proyecto, luego de leer su articulado, es la de que constituye, principalmente, una tutela procedimental a la intimidad del ciudadano, y solo eventualmente a su derecho de ser informado. Esto se debe al énfasis puesto en la redacción del proyecto a tutelar el así llamado “habeas datas propio”.

2. Por otra parte, ya limitándose al aspecto procesal, el proyecto es amplio al prever el habeas datas propio y el habeas data impropio. El primero, indica el proyecto, contempla los derechos de acceso, modificación, adecuación al fin, confidencialidad, eliminación e inclusión de datos de la persona. El segundo tutela el derecho de los ciudadanos al acceso a la información, frente a la cual se tiene un interés legítimo.

Como aspecto positivo del proyecto conviene destacar que protege al individuo del tratamiento de datos personales que aunque se realizan con un fin legítimo, luego el fin es quebrantado o los datos son utilizados con otros objetivos, así como cuando el dato no es fidedigno o

cuando se producen lesiones a la intimidad debido a escasas o inexistentes medidas de seguridad en el centro de cómputo.

Otro aspecto de importancia del proyecto es que contempla la autodeterminación informativa y la intimidad como bienes jurídicos a proteger, aunque no los define, lo que podría haber ocasionado que en la labor de interpretación se produjera una tutela reducida, que atienda sólo al derecho al acceso a los datos, es decir una tutela al dominio sobre los datos personales, cuando en esencia lo que debe protegerse es el derecho del ciudadano a saber cuáles datos suyos están siendo tratados, con qué fines, por cuáles personas y bajo qué circunstancias. Este conglomerado de derechos que acabamos de mencionar son los que el autor nacional Alfredo Chirino, siguiendo la doctrina alemana llama derecho a la autodeterminación informativa<sup>(28)</sup> que rebasa el derecho a la intimidad. Tal como quedó expuesto, en Europa existe discusión sobre la autodeterminación informativa como bien jurídico. En nuestro criterio, ante las posibilidades de una interpretación restrictiva del derecho a la intimidad, conviene llevar a cabo una definición legal de los campos de tutela, que no de margen a restricciones en la interpretación, por encima de la denominación que se adopte.

En la sección primera establecimos la relación entre la protección de los datos personales y la democracia, que en líneas generales nos conduce a que ese ámbito personal o de “intimidad” entendida en sentido amplio constituye una garantía para el ejercicio de otros derechos fundamentales que definen al ciudadano como un ser racional y libre con las limitaciones estrictamente necesarias para no lesionar la moral, el orden público y a los terceros (artículo 28 constitucional) a efecto de que pueda relacionarse en sociedad pero realizando su proyecto personal de vida, lo que implica la protección frente a intervenciones estatales o privadas.

Ahora bien, el proyecto que comentamos se delegó a una comisión legislativa pelan, se aprobó en primer debate, y fue en consulta a la Sala Constitucional, la que encontró vicios e procedimiento que justificaron que el expediente fuera archivado.

Posteriormente fue presentado otro proyecto bajo el número de expediente 14778, por parte de los diputados Carlos Avendaño, Rocío

---

(28) Sobre la autodeterminación informática, ponencia del Dr. Alfredo Chirino, en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática “Justicia e Internet” celebrado en San José, Costa Rica del 1 al 5 de abril del 2002.

Ulloa y Laura Chinchilla. Asimismo, el diputado Rolando Laclé presentó un proyecto que ocupa el expediente número 14785. Estos últimos dos proyectos se encuentran en el orden del día en la Comisión de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa pero no se han trabajado, pues existe un proyecto de gran envergadura de otra materia que mantiene a la Comisión respectiva ocupada por largo tiempo.

La diputada Laura Chinchilla en asocio con otros diputados trabajan en este momento un texto sustitutivo del primero de estos dos proyectos, que se encuentra en borrador.

En nuestro país se han producido dos votos importantes respecto a la protección de la persona frente al tratamiento de datos: En el voto 2251-91 la Sala Constitucional rechazó un recurso de amparo de una persona que solicitaba tener acceso a “documentos que la Junta Directiva de la CCSS conoce al resolver gestiones”. En el Voto 3267-95 la misma Sala declaró con lugar un recurso de amparo contra el OIJ que tenía en sus archivos de indiciados a una persona que había sido absuelta. La Sala obligó a eliminar el archivo.

## **SECCIÓN 5: PROPUESTA: LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES COMO INDICADOR DE DESARROLLO HUMANO**

*“...hay nuevas fuerzas e instituciones que ejercen gran influencia en la vida de las personas. Y hay nuevos tipos de conflicto que se extienden dentro de los países y entre ellos...Está claro que hay que actuar. Se sigue necesitando la voluntad de adoptar medidas que promuevan la democracia, fomenten el desarrollo y extiendan las libertades humanas por todo el mundo.” Informe de PNUD 2002 p.9.*

Hasta ahora hemos elaborado varias afirmaciones que nos llevarán a sustentar la propuesta que formulamos en la presente sección: hemos afirmado que hay un peligro intrínseco al manejo de datos personales para esa esfera del ser humano que requiere ser regida por su voluntad y sin la intromisión externa; hemos afirmado que sin una correcta protección del manejo de datos personales muchos derechos individuales corren el riesgo de ser anulados; hemos indicado que la anulación de tales derechos redundaría en la disminución de la capacidad de autodeterminación y la negación de la posibilidad de realización de cada proyecto de vida; hemos indicado que las circunstancias actuales originadas en los hechos de setiembre del año

antepasado potencian un cambio de postura política respecto del manejo de la información; afirmamos que existe una relación de proporcionalidad directa entre la vigencia del modelo democrático y la tutela a la autodeterminación del ser humano mediante la protección de sus datos personales; y por último, hemos expresado que esta visión que proponemos no riñe con la visión de democracia expuesta por organismos oficiales como la Organización de Naciones Unidas a través de sus publicaciones del PNUD.

Siendo que es sobre las ideas anteriores que desarrollaremos la propuesta que sigue, empezaremos por exponer el concepto de desarrollo esbozado por el PNUD, en el entendido de que el mismo es utilizado por nosotros como un instrumento de trabajo, pues si bien existe discusión teórica sobre el concepto de desarrollo, lo expresado por esa entidad constituye un punto de partida valioso para la discusión que proponemos. Su valor estriba en la escasa resistencia, que por razones ideológicas, ofrecen a los pronunciamientos de tales organismos nuestros posibles interlocutores en Costa Rica, lo que ya significará un punto de encuentro.

Al partir del paradigma democrático para la evaluación del desarrollo de las naciones,<sup>(29)</sup> el informe del PNUD de 2002 abre el concepto mismo de desarrollo y hace alusión a las posibilidades de participación democrática, y a la calidad de vida:

“Trónicamente, el enfoque de desarrollo humano del desarrollo ha sido víctima del éxito de su índice de desarrollo humano (IDH). El IDH ha reforzado la interpretación restringida y demasiado simplificada del concepto de desarrollo humano, como si se tratara únicamente de mejorar la educación, la salud y los niveles aceptables de vida. Ello ha oscurecido el concepto más amplio y complejo de desarrollo humano como expansión de capacidades que amplía las posibilidades de la gente de vivir la vida que deseen y valoran. A pesar de cuidadosos esfuerzos por explicar que el concepto es más amplio que su instrumento de medición, el desarrollo humano continúa siendo identificado con el IDH mientras se ignoran a menudo las libertades políticas, la participación en la vida comunitaria y la seguridad física. Sin embargo, esas condiciones

---

(29) “Para que las políticas y las instituciones políticas promuevan el desarrollo humano y protejan la libertad y la dignidad de todas las personas, se ha de ampliar y consolidar la democracia...” Informe del PNUD 2002, Profundizar la democracia en un mundo fragmentado, p. 1.



son tan universales y fundamentales como poder leer o disfrutar de buena salud. Todos las valoran –y sin ellas se cierran muchas otras opciones. No se incluyen en el IDH porque son muy difíciles de medir de manera adecuada, no porque sean menos importantes para el desarrollo humano.”<sup>(30)</sup>

Esta visión del desarrollo en democracia nos lleva entonces a sostener tres afirmaciones: La primera es que el concepto de desarrollo humano es más grande que el índice.<sup>(31)</sup> La segunda es que para evaluar el desarrollo es posible (y necesario) incluir nuevas categorías distintas de las que se han utilizado hasta el momento siempre que no ofrezcan dificultades de medición (siguiendo la lógica del texto). Y la tercera es que la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales puede (y debe) constituirse en una categoría de la medición del desarrollo en democracia, puesto que, de ello depende en parte la *“expansión de capacidades que amplía las posibilidades de la gente de vivir la vida que deseen y valoran”* y porque de ello depende en gran medida –como ya adelantamos– la vigencia del modelo democrático.

En contra de lo que acabamos de proponer, podría argumentarse que dadas las mismas limitaciones apuntadas para la medición del desarrollo, no es posible apartarse de una posición economicista o al menos estadísticamente sostenible. A este respecto hemos de indicar que el mismo PNUD afirma en su último texto la necesidad de apartarnos de tal visión: “El desarrollo humano trata de las personas y de ampliar sus alternativas para que puedan tener un nivel de vida que aprecien. El

---

(30) Informe de PNUD 2002, p. 53.

Sobre el índice de desarrollo humano el documento expresa: “El índice de desarrollo humano (IDH) es una medida compuesta de tres dimensiones del concepto de desarrollo humano: vivir una vida larga y saludable, recibir educación y gozar de un nivel de vida decoroso... De este modo en él se combinan la medición de la esperanza de vida, la matriculación escolar, la alfabetización y los ingresos, a fin de ofrecer un panorama del desarrollo de un país más amplio que el que resultaría si se consideraran únicamente los ingresos, que con demasiada frecuencia se equiparan al bienestar. Desde que se creó el IDH en 1990, se han creado tres índices complementarios para destacar aspectos particulares de desarrollo humano: el índice de pobreza humana (IPH), el índice de desarrollo relativo al género (IDG) y el índice de potenciación de género (IPG)” PNUD, *op. cit.*, p. 34.

(31) En este mismo sentido ver Informe de PNUD 2002 recuadro 22.

crecimiento económico, el incremento del comercio y de la inversión económica internacional, y los avances tecnológicos son muy importantes, *pero son medios y no fines*. El que puedan contribuir al desarrollo humano en el siglo XXI dependerá de que sirvan para ampliar las alternativas de las personas, de que coadyuven a crear un entorno en el que la gente pueda desarrollar sus posibilidades plenamente y vivir de modo productivo y creativo. Para ampliar la gama de alternativas humanas es fundamental desarrollar las capacidades humanas: la gama de cosas que la gente puede llegar a ser o hacer...”<sup>(32)</sup>

Ahora bien, según el documento en su conjunto, la necesidad de ampliar las meras posibilidades personales, debe estar unida a la existencia de instituciones responsables de la vigencia de los derechos humanos: “...la gobernabilidad en pro del desarrollo humano exige mucho más que la existencia de instituciones estatales eficientes. La buena gobernabilidad también requiere promover instituciones justas y responsables que amparen los derechos humanos y las libertades fundamentales ...los países pueden promover el desarrollo humano para todos solamente si cuentan con sistemas de gestión pública que respondan completamente ante toda la gente y si todas las personas pueden participar en los debates y las decisiones que afectan sus vidas...”<sup>(33)</sup> Estas afirmaciones sin duda abren paso a la idea de la necesidad de la vigencia de todo un sistema institucional (normativo preventivo y reactivo) que garantice la protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales puesto que defenderle al ser humano ese ámbito de autodeterminación, le garantiza no sólo la posibilidad de realización sino también la posibilidad de participación política y social.

En este sentido el informe del PNUD es claro cuando afirma que “El hecho de conceder a todas las personas una igualdad política oficial no basta para crear en la misma medida la voluntad o capacidad de participar en los procesos políticos, ni una capacidad igual en todos de influir en los resultados...”<sup>(34)</sup>

Así las cosas, tenemos que tanto desde un pensamiento crítico como desde un ángulo más ajustado con el pensamiento oficial, existe la

---

(32) PNUD, *op. cit.*, p. 13, el destacado no es del texto.

(33) PNUD, *op. cit.*, p. 3.

(34) PNUD, p. 4.

posibilidad de incluir dentro de la institucionalidad de nuestro país, los elementos necesarios para proteger a la persona frente al tratamiento de los datos.

Sin embargo, existe una pregunta que no hemos contestado y cuya respuesta va a tener influencia directa en la discusión que proponemos:

### **¿Controlan las leyes la circulación de datos o más bien la potencian?**

*“Y si, como observa Lord Bacon, el conocimiento es poder, se ampliarán los poderes humanos; la naturaleza, sus sustancias y sus leyes estarán cada vez más bajo nuestro control, los hombres conseguirán que su existencia en esta tierra sea más fácil y confortable; probablemente lograrán prolongar la duración de la vida y crecer más felices cada día y cada vez serán más capaces (y espero que también más proclives,) de comunicar esta felicidad a los demás...”<sup>(35)</sup>*

Varios autores han destacado que el llamado avance tecnológico para estar verdaderamente al servicio de la humanidad necesita ser reorientado, pues hasta el momento, en lugar de mejorar las condiciones de vida de las personas ha significado un retroceso: “Es innegable que hay avance: pero también hay retroceso. Para la solución de un buen número de problemas de la humanidad se necesita tecnología, sin embargo ahí no se agota el asunto. En otros casos lo que se necesita es una reorientación de la tecnología (investigación y producción de ésta) hacia metas más acordes con la respuesta de desafíos surgidos, en parte al menos, por la participación de algunos despliegues tecnológicos.”<sup>(36)</sup>

Justamente uno de los retrocesos relacionados con el aumento y propagación de los medios tecnológicos es la exposición del ámbito personal a la vista y tratamiento público o general, lo que viene a poner

---

(35) JOSEPH PRIESTLEY, en Mori, Georgio. La Revolución Industrial, 1983, citado por Edgar Roy Ramírez B. ¿Será mejor todo tiempo futuro? En *Tras El Término Tecnología y Otros Ensayos*, Editorial Tecnológica de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, 1995, p. 66-67.

(36) RAMÍREZ B., Edgar Roy. ¿Será mejor todo tiempo futuro?, en *Tras El Término Tecnología y Otros Ensayos*. Editorial Tecnológica de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, 1995, p. 66.

en cuestión los principios derivados desde las conquistas que sustentan la democracia y que ubican al hombre como un fin en sí mismo. En este sentido, aunque se afirma que debido al avance tecnológico son enormes las posibilidades de acción y participación ciudadana, "...vale la pena señalar la advertencia del escritor mexicano Raúl Trejo, para quien esta acción ciudadana no puede restringirse al simple berrinche electrónico de algunos sectores, sino que debe convertirse en acción eficaz que propugne por una participación real de la sociedad en su conjunto."<sup>(37)</sup>

Pero justamente el factor de desconfianza que puede surgir sobre el amo al que están sirviendo estas leyes de protección de datos, radica en la escasa participación de la sociedad en la discusión de los temas que aborda, y correlativamente, la participación de los grandes intereses económicos en la aprobación de leyes cuyo resultado es –para la protección de la persona– dudoso.

La participación de los grandes intereses económicos en la creación de estas leyes obedece a la necesidad de garantizarse la posibilidad de continuar con la actividad del tratamiento de datos y todas las actividades que ello implica. Pero además hay quienes afirman que sin un mínimo de seguridad para el titular de los datos personales, la actividad económica relacionada con el tratamiento de datos corre el riesgo de detener su crecimiento. Así por ejemplo se ha dicho: "...las encuestas realizadas a los usuarios de Internet revelan que el futuro crecimiento del comercio electrónico a través de ésta, dependerá en gran parte de la seguridad y confidencialidad de las transacciones. Los compradores y vendedores sólo aceptarán Internet con fines de comercio electrónico si confían en que los pedidos y los pagos tendrán lugar con un riesgo mínimo de engaño y uso indebido de cualquier información proporcionada. Si temen que sus pedidos se alteren antes de llegar a su destino, que se roben los números de sus tarjetas de crédito o que la información de carácter privado sea encaminada incorrectamente, los usuarios volverán a utilizar instrumentos más tradicionales de comercio, de hecho que la utilización comercial en el pasado de las transmisiones telefónicas y por telefax se vio a menudo limitada por preocupaciones relativas a la seguridad."<sup>(38)</sup>

---

(37) Instituto Misionero Hijos de San Pablo, *El Rostro Humano de aa Cultura Digital*, Géminis Ltda., Bogotá, Colombia, 2000, p. 61.

(38) KNORR, Jolene Marie y otro, *La Protección Del Consumidor En El Comercio Electrónico*, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001, pp. 48-49.

Hechas estas reflexiones, conviene ahora mirar a la práctica a efecto de determinar los dobleces que pueda presentar la promoción de una ley de protección de datos personales. El caso más ilustrativo que hemos encontrado es el de Chile, cuya ley fue redactada a instancias de la asesoría de los grupos y empresas relacionados con el tratamiento de datos. Según algunos, dichas empresas estaban “interesadas en asegurar el lucrativo negocio que constituye el procesamiento de datos personales, lo que se sumó a la ignorancia inexcusable de los parlamentarios que día a día siguen jactándose de su autoría con fines de marketing.”<sup>(39)</sup>

Renato Javier Jijena Leiva, comentando el numeral cuarto de la ley chilena indica que es la norma más conflictiva y confusa, y de ella se deriva la afirmación de que la ley tendió a proteger y legalizar el negocio del procesamiento de datos personales desde la perspectiva de las empresas, más que a proteger a las personas titulares de los datos. Lo anterior por cuanto el artículo contiene un principio general en materia de procesamiento de datos personales que luego es burlado por la cantidad y calidad de excepciones que el mismo numeral consagra. En efecto, el artículo señala que el tratamiento de los datos personales sólo podrá efectuarse cuando esta ley u otras disposiciones legales lo autoricen, o cuando el titular consienta expresamente en ello. Entonces, la norma potencia los contratos de adhesión que prácticamente obligan al consentimiento. Además la norma establece que en determinados casos no se requiere autorización para el tratamiento de datos personales cuando los datos provengan o se recolecten de “fuentes accesibles al público” que en realidad constituyen la regla general. Dichas excepciones son las siguientes: “a) Cuando sean de carácter económico, financiero, bancario o comercial. b) Cuando se contengan en listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento. La expresión “tales como” demuestra que se trata por ende de una enumeración sólo ejemplar o “*numerus apertus*”. El uso de la expresión se traduce en que será una cuestión de hecho que en definitiva determinarán los tribunales para cada caso concreto sometido a su decisión...c) Cuando sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios. Si bien es cierto

---

(39) JIJENA LEIVA, Renato Javier. *Luces y sombras de la ley chilena sobre protección de datos personales*. File://C:/TEMO/htm2606.htm

que desde un punto de vista comercial aparece conveniente la relación directa entre una empresa y sus clientes, la posibilidad de decidir que dicha relación exista o no, le compete a los consumidores los que pueden desear mantenerse al margen y resguardar la privacidad de sus datos personales para no ser invadidos con agresivas campañas comerciales o promocionales y recibir e-mails, cartas, folletos o llamados telefónicos, y así debiera garantizarse jurídicamente”.<sup>(40)</sup>

Por otra parte, el artículo 4 de la ley indica que no se requiere autorización para el procesamiento de datos personales que provengan de fuentes públicas cuando sean necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios, lo que, sumado a las dos excepciones anteriores implica casi la anulación del poder de control para el titular de los datos.

Otro aspecto que determina el interés de la ley es que no se refiere a la transferencia de datos más allá de la frontera Chilena, como sí lo hace por ejemplo la ley Argentina en su artículo 12, según vimos. “...En nuestra opinión la razón es una sola: ...las empresas chilenas que han sido adquiridas por empresas transnacionales como la norteamericana Equifax pueden operar libremente y sin restricción alguna desde servidores ubicados en el extranjero y mediante la red internet, con la salvaguarda de que la norma chilena es territorial y no los puede alcanzar más allá del límite jurisdiccional de Chile.”<sup>(41)</sup>

De manera que la evidencia acredita que la promoción de las leyes sobre protección de datos personales puede ser tendenciosa o interesada, pero nosotros consideramos que justamente lo que un país no puede permitirse es la ignorancia y la falta de discusión seria sobre el tema. Nosotros proponemos que en Costa Rica se produzca una discusión abierta, que aborde todos los elementos que de seguido expondremos, y que en nuestro criterio deben también estar contenidos en los cánones para determinar el desarrollo de una nación, por todas las razones expuestas a lo largo de este trabajo.

---

(40) JIJENA LEIVA, Renato Javier. *Luces y sombras de la ley chilena sobre protección de datos personales*. File:///C:/TEMO/htm2606.htm

(41) JIJENA LEIVA, *op. cit.*

## **Elementos a considerar dentro del indicador de la protección de datos personales como factor de desarrollo humano**

Hemos expuesto las razones por las cuales consideramos que es posible y necesario incluir como factor de desarrollo humano la protección de las personas frente al tratamiento de datos personales. Ahora bien, luego del recorrido que ha implicado esta investigación, y tomando en cuenta las experiencias prácticas que hemos conocido, sugerimos una serie de elementos que deberán ser tomados en cuenta al construir el indicador propuesto y que –junto con todas las ideas expuestas en este estudio- son puntos que deberán ser considerados para la discusión que proponemos en nuestro país:

1. Se deberá partir del derecho a la privacidad de los datos personales en sentido amplio o la autodeterminación informativa como derecho humano fundamental.
2. El indicador deberá constatar la existencia de una ley o cuerpo normativo sobre de protección de datos
3. La vigencia de la norma general de prohibición de tratamiento de datos personales
4. La existencia de acciones preventivas más que reactivas
5. Que las excepciones a la prohibición de tratamiento de datos personales no sean *numerus apertus*
6. La previsión de *habeas data* como garantía procesal o una similar, simple y desformalizada.
7. La protección no sólo frente a datos finales sino también en las diversas formas de recopilación y procesamiento y transmisión de información.
8. La existencia de una autoridad administrativa aplicadora u órganos que actúen con celeridad y eficiencia.
9. La existencia real de un procedimiento ágil.<sup>(42)</sup>
10. La vigencia de la norma de puerto seguro y regulación de transferencia de datos transfronteras.
11. Dentro de las excepciones a la prohibición de tratamiento de datos no deberá contemplarse: i. El consentimiento del titular que se presta para la existencia de contratos de adhesión. iii. Datos sean

---

(42) Que no parta de que el ciudadano es quien se da cuenta de la lesión, quien ha de ofrecer “prueba de cargo”, hacer referencia de los funcionarios públicos o de los particulares que han realizado el procesamiento, así como una descripción del “hecho u omisión” que motiva la acción.

- de carácter económico, financiero, bancario o comercial. iii. Listados relativos a una categoría de personas que se limiten a indicar antecedentes tales como la pertenencia del individuo a ese grupo, su profesión o actividad, sus títulos educativos, dirección o fecha de nacimiento. iv. Datos necesarios para comunicaciones comerciales de respuesta directa o comercialización o venta directa de bienes o servicios, v. Datos que provengan de fuentes públicas.
12. En caso de establecerse como excepción a la prohibición el interés público, la norma debe contener cómo se define éste.
  13. La existencia de un tribunal ágil y expedito.

### **Deben las normas de Protección de Datos Personas físicas y jurídicas?**

Este trabajo inscribe sus propuestas dentro de los vértices democracia, autodeterminación informativa y desarrollo. Hemos expuesto que cada uno de esos vértices deben apuntar a la tutela y protección de la persona humana quien es el fin, concibiendo los otros elementos e intereses como medios.

Si hemos expuesto que la autodeterminación informativa como bien jurídico es la que torna necesaria la protección, será fácil concluir que tal bien jurídico no cobija a las personas jurídicas, puesto que dijimos que partimos con Ferrajoli de que los bienes jurídicos deben tener siempre como titular a las personas. Lo anterior no quiere decir que las personas jurídicas no deban ser objeto de tutela, sino que la discusión deberá abrirse, para determinar cuál es el bien jurídico a tutelar en esos casos. Así por ejemplo, podría decirse que se trata del derecho a la imagen comercial o al nombre. Lo que debe quedar claro es que los argumentos que fundamentan la tutela a las personas físicas no pueden apoyar –desde un punto de visto lógico jurídico- la tutela de las personas jurídicas. Sería conveniente una discusión que se ocupe de estos temas para evitar que el producto legislativo incluya normas dentro de un ámbito de protección que no es exactamente el que le corresponde o bajo una nebulosa teórica.

Algunos han dicho que “...la información sobre las personas jurídicas es tan relevante como la de las personas naturales y también merece ser resguardada. Esta tutela jurídica por ende permanece en el ámbito de las reglas generales del derecho, por lo que cualquier persona jurídica respecto de la cual se abuse de sus antecedentes propios o bien



éstos sean procesados en forma errada (datos obsoletos, caducos, inexactos), deberá recurrir a los procedimientos, acciones y recursos generales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico. Estimamos que si bien en menor amplitud que las personas naturales, las personas jurídicas también gozan de un necesario derecho a la confidencialidad o reserva de los antecedentes que a ellas se refieren, por cuanto éstos las convierten en sujetos de derechos y en personas identificadas o identificables.”<sup>(43)</sup>

## CONCLUSION

Hemos visto que Latinoamérica se acerca más al modelo europeo de protección de datos que al Norteamericano que parte del principio de la privacidad. No obstante, falta mucho por recorrer en este camino.

Si la tendencia continuara así y América Latina opta por el modelo europeo que prevé las agencias de protección de datos, éstas podrían ser importantes para contrarrestar las presiones que por la demanda de seguridad, impone la vigilancia que se ha incrementado luego del desastre de setiembre de 2001. Los intereses políticos vigentes originados en esos eventos, tornan más difícil la unificación de los sistemas de protección.

Para que la normativa por hacer tienda verdaderamente a proteger los derechos de las personas, se hace necesario promover la discusión abierta que podría estar fundada sobre los vértices democracia, desarrollo y protección de datos personales.

Hemos aportado una síntesis de los elementos que debería contener tal discusión. Por otra parte, las agencias oficiales que ostentan alguna autoridad internacional deberán abrirse a la valoración de la protección de la persona humana frente al tratamiento de datos personales si pretenden “medir” el desarrollo” como calidad de vida.

---

(43) JIJENA LEIVA, Renato Javier. *Luces y sombras de la ley chilena sobre protección de datos personales*. File:///TEMO/htm2606.htm

## BIBLIOGRAFÍA

- BECK, Ulrich. *¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Piados, Barcelona, 1998.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia. *Vida Privada y Datos Personales, su protección frente a la sociedad de la infomación*. Tecnos, Madrid, España, 2000.
- CASSESE, Antonio. *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*. Ariel, Barcelona, España, 1991.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *Autodeterminación informativa y Estado de Derecho en la Sociedad Tecnológica*. CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997.
- CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. *Ponencia sobre autodeterminación informativa en el IX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática "Justicia e Internet" celebrado en San José, Costa Rica del 1 al 5 de abril del 2002*.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel. *Manual de Derecho Informático*. Aranzadi. Madrid, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta, Madrid, 1995.
- FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *El derecho a la intimidad*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.
- GARRIDA DOMÍNGUEZ, Ana. *La protección de los datos personales en el Derecho Español*. Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999.
- GUIBOURG, Ricardo A. y otros. *Manual de informática jurídica*. Astrea, Buenos Aires, 1996.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. *El Régimen Jurídico de los Derechos Fundamentales en Costa Rica*. Editorial Juricentro, 2001, San José, Costa Rica.
- Informe de PNUD 2002, *Profundizar la democracia en un mundo fragmentado*.
- Instituto Misionero Hijas de San Pablo. *El Rostro Humano de la Cultura Digital*. Géminis Ltda., Bogotá, Colombia, 2000.
- IJENA LEIVA, Renato Javier. *Luces y sombras de la ley chilena sobre protección de datos personales*. Flile://C:/TEMO/htm2606.htm

- Joseph Priestley, en MORI, Georgio. *La Revolución Industrial*, 1983, citado por, citado por Edgar Roy Ramírez B., ¿Será mejor todo tiempo futuro? En *Tras El Término Tecnología y Otros Ensayos*. Editorial Tecnológica de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, 1995.
- JOYANES AGUILAR, Luis. Cibersociedad. *Los retos sociales ante un nuevo mundo digital*. McGraw-Hill, España, 1997.
- KNORR, Jolene Marie y otro. *La Protección del Consumidor en El Comercio Electrónico*. Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, 2001.
- LLAMAZARES CALZADILLA, María Cruz. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III De Madrid, Civitas, Madrid, España, 1999.
- MOYA, Eugenio. *Crítica de la Razón Tecnocientífica*. Biblioteca Nueva, S,L, Madrid, 1998.
- PALAZZI, Pablo A. *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*. Ad Hoc, Buenos Aires, febrero de 2002.
- PIERINI, Alicia y LORENCES, Valentín. *Derecho de acceso a la información. Por una democracia con efectivo control ciudadano, Acción de Amparo*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1999.
- RAMÍREZ B., Edgar Roy. ¿Será mejor todo tiempo futuro? en *Tras El Término Tecnología y Otros Ensayos*. Editorial Tecnológica de Costa Rica, Cartago, Costa Rica, 1995.
- RIVAS, Alejandro Javier. Riesgos legales en Internet. Especial referencia a la protección de datos personales, en *Derecho de Internet. Contratación electrónica y firma digital*. Aranzadi, España, 2000.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Blanca. *El secreto de las comunicaciones, tecnología e intimidad*. McGraw Hill, Madrid, 1997.
- SAXE FERNÁNDEZ, Eduardo. *Militarización de la crisis mundial: costos de la hegemonía, colapsos mundiales y pensamiento oficial*, en Documentos de estudio, número 15, ERI, UNA, Nueva Época, 2002.



**MÉXICO PRESIDE LA UNIÓN INTERNACIONAL  
DEL NOTARIADO LATINO**

*Lic. José Antonio Márquez González<sup>(\*)</sup>*

Notario en Orizaba  
y Profesor en la Universidad de Veracruz

---

(\*) José Antonio Márquez González / Notaría 2 / Av. Colón 333 / 94300 -  
Orizaba. Ver., México / Tels. (272) 5 13 35 / Fax (272) 6 17 55.  
E-mail: [notaria2@marquez.prodigynet.mx](mailto:notaria2@marquez.prodigynet.mx) / [www.notaria2.com.mx](http://www.notaria2.com.mx).

## **SUMARIO:**

1. Naturaleza de la Unión
2. Estructura administrativa
3. Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional
4. Publicaciones
5. Fondos económicos
6. XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino
7. Participación de los notariados mexicano y costarricense
8. Presidencia mexicana de la Unión

## **1. NATURALEZA DE LA UNIÓN**

El notariado a nivel internacional es un gremio muy bien organizado que tiene reconocimiento internacional desde hace cincuenta y tres años, cuando en 1948 se fundó la Unión Internacional de Notariado Latino, la cual asocia a todos los notariados de este tipo en el mundo.

La Unión tiene por objetivo la promoción, coordinación y el desarrollo de la actividad del notariado en el ámbito internacional con el fin de mantener la integridad e independencia de los notarios como profesionales del Derecho y así lograr que el notariado sea una institución útil y de servicio ejemplar a la sociedad. Este organismo internacional ha discutido en diversos foros los problemas jurídicos, económicos y sociales a los que se enfrenta el notariado en cada uno de sus países, a través del estudio concienzudo y sistematizado de la función notarial. Además, la Unión promueve la armonización de leyes a nivel internacional.

La Unión cuenta actualmente con setenta países miembros (recientemente se dio de baja el notariado de Sudáfrica e ingresaron los notariados de Moldavia, Macedonia y República de Chad). Su sede se encuentra en la ciudad de Buenos Aires. Una normativa muy detallada regula su funcionamiento legal a través de sus Estatutos y los reglamentos necesarios.

El art. 2 de estos Estatutos precisa en forma muy clara la finalidad y los objetivos de la Unión.

Art. 2. Los fines y actividades de la Unión son, en particular:

- a. La representación del Notariado ante los organismos internacionales.
- b. La colaboración y la participación en las actividades de los organismos internacionales.
- c. La colaboración con los organismos nacionales, especialmente los del Notariado.
- d. El estudio del Derecho en el ámbito de la actividad notarial y la colaboración en los trabajos encaminados a su armonización.

- e. El estudio y la compilación sistemática de la legislación relativa a la institución del Notariado Latino.
- f. La difusión de los principios que inspiran al Notariado Latino.
- g. La promoción de los congresos internacionales y el patronazgo de reuniones profesionales que excedan el ámbito puramente notarial.

Como lo previene el art. 21, corresponde al Consejo Permanente la dirección y el gobierno de la Unión, la ejecución de las decisiones, tanto de la Asamblea como del propio Consejo Permanente, dictar reglamentos, adoptar las decisiones que juzgue oportunas para el ejercicio de su actividad en el ámbito internacional y designar a las personas responsables de las instituciones de la Unión.

Las funciones de miembro del Consejo Permanente tienen un carácter estrictamente personal y no constituyen en ningún modo una representación del notariado de origen, aunque en el momento de su elección haya sido tenida en cuenta la nacionalidad del candidato.

Los estatutos de la Unión han sufrido reformas en diferentes épocas. Fueron modificados en Amsterdam el veinticinco de mayo de 1989, en Cartagena de Indias el treinta de abril de 1992, en Viena el doce de febrero de 1994, en Berlín el veintiocho de mayo de 1995 y en Santo Domingo el treinta de mayo de 1997. Actualmente se encuentra en proceso de discusión una reforma estatutaria mucho más compleja que involucra aspectos fundamentales en la estructura administrativa de la Unión con la idea de optimizar su funcionamiento y reducir costos de operación.

El elemento substancial que confiere una gran cohesión a la estructura organizativa de la Unión son los “Principios fundamentales del sistema del notariado latino”, a que se hace alusión en el art. 1º del Reglamento. Fueron adoptados por la oficina de la Comisión de Cooperación Notarial Internacional el dieciocho de enero de 1986 y por el Consejo Permanente en La Haya, los días trece, catorce y quince de marzo de 1986.

Estos principios fundamentales son los siguientes:

El presente texto expone las bases o principios cardinales que inspiran al sistema del Notariado Latino.



Estos principios se desprenden explícita o implícitamente de las conclusiones a las que llegaron los Congresos realizados por la Unión desde su fundación hasta nuestros días, cuando se ocuparon de temas sobre el notariado, la función notarial o el instrumento público.

Su sistematización en un texto dividido en artículos implica, en primer lugar, la ventaja de poder invocar estos principios o bases sin que sea necesario revisar las conclusiones de los Congresos; en segundo lugar, la de precisar las ideas y, sobre todo, la de ofrecer un instrumento de trabajo que servirá de guía y de orientación a los notariados integrantes de la Unión o deseosos de formar parte de la misma, los que se propondrán promover la promulgación de una ley notarial o mejorar y perfeccionar su legislación en esta materia.

La Comisión de Cooperación Notarial Internacional estuvo a cargo de la redacción del proyecto que, después del análisis del Consejo Permanente, se convirtió en el texto definitivo.

## **TÍTULO PRIMERO**

### **DEL NOTARIO Y DE LA FUNCIÓN NOTARIAL**

1. El notario es un jurista habilitado para conferir autenticidad a los actos y a los contratos que firman los contratantes, para redactar los documentos en forma correcta y para aconsejar a las personas que le solicitan su servicio.
2. La función notarial es una función pública que el notario ejerce de manera independiente, sin estar situado jerárquicamente entre los funcionarios al servicio de la administración estatal o de otros organismos públicos.
3. No se podrá acceder al notariado si no se han seguido con éxito los estudios exigidos en cada país para el ejercicio de las profesiones jurídicas.  
Se recomienda exigir a los candidatos para notario que satisfagan previamente determinadas pruebas teóricas y prácticas.
4. El notario debe cumplir su función de manera escrupulosa e imparcial. A tal efecto, se fijarán las incompatibilidades que se estimen pertinentes.

## **TÍTULO DOS**

### **DE LOS DOCUMENTOS NOTARIALES**

5. Los documentos notariales son los que el notario redacta, autentifica y conserva en su poder, clasificándolos por orden cronológico.
6. Los documentos a los que se refiere el artículo anterior podrán tener por objeto actos y asuntos jurídicos de todo tipo, sean unilaterales, bilaterales o plurilaterales, así como la comprobación de hechos que el notario verifica por percepción sensorial directa o por ser público y notorio. Las intimaciones o las notificaciones podrán hacerse también bajo forma de documento notarial.
7. Las partes contratantes de un documento notarial tendrán derecho a obtener copias de éste. El notario podrá también, respetando en general su obligación de secreto profesional, expedir copias a favor de las personas que, según él, tengan interés legítimo en conocer el contenido del documento.
8. Las copias autenticadas tienen el mismo valor que el original.
9. Los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud.  
La presunción de legalidad implica que el acto o asunto jurídico que el documento pone en forma, reúne las condiciones legales requeridos para su validez y, en particular, que el consentimiento de las partes contratantes fue declarado libre y conscientemente en presencia del notario. La presunción de exactitud significa que los hechos que el documento relata y que se desarrollaron en presencia del notario o que éste conoce por ser público y notorio, son exactos.
10. Las presunciones de legalidad y de exactitud a las que se refiere el artículo anterior sólo podrán ser contradichas por vía judicial.
11. Si el notario, en el ejercicio de su función notarial, causa, por negligencia o mala fe, un daño a la persona que recurrió a sus servicios, está obligado a indemnizar a la persona perjudicada.
12. Los notarios redactarán los documentos notariales conforme a su saber, a su comprensión y reflejarán claramente la voluntad de la

voluntad de las partes contratantes que deberán interpretar con anterioridad, adaptando su forma a las exigencias legales o a las de la técnica jurídica necesaria para su plena eficacia.

13. No se podrá imponer al notario la redacción de los documentos que autentifica conforme al proyecto que el abogado o los interesados le presentaren. El notario es libre de aceptar o no dicho proyecto, o de introducir, con el acuerdo de los contratantes, las modificaciones que estime pertinentes.
14. La acción notarial se extiende también a la legitimación de firmas de los particulares sobre los documentos privados (salvo si se trate de documentos que deberían ser recibidos en la forma notarial), a la copia auténtica de todo tipo de documentos y a la confrontación de éstos con los originales por atestación de conformidad de la copia con el original.

## **TÍTULO TRES**

### **ORGANIZACIÓN DE LA PROFESIÓN NOTARIAL**

15. La ley determinará la zona territorial que delimita la competencia de cada notaría así como la cantidad de éstas. Ella se ocupará de que esa cantidad sea la necesaria para que el servicio notarial esté debidamente asegurado y que las situaciones de monopolio sean evitadas.  
Se aconseja delimitar el número de notarías y extender la competencia territorial de cada notario a toda la región.
16. La ley determinará, igualmente, la comuna donde se instalará cada estudio notarial.
17. Los notarios deberán pertenecer obligatoriamente a un organismo colegiado que los agrupará y los organizará corporativamente.
18. Existirá un organismo central compuesto exclusivamente por notarios, que asumirá la representación del notariado de su país. Operará en comunicación con los colegios de notarios.
19. Corresponde a los colegios de notarios como al organismo notarial central procurar que la función notarial sea ejercida en el marco de la deontología profesional más exigente.

La Unión se fundó el día dos de octubre de 1948. Por esta razón, ese día ha sido designado como “Día del Notariado Latino”. El emblema de la Unión fue aprobado por el II Congreso Internacional del Notariado Latino” que se celebró en Madrid, en 1950. Tiene la forma de un óvalo con la denominación de la Unión, un águila, un libro de protocolo y una pluma de ganso, todo enmarcado con el lema “LEX EST CUODQUMQUE NOTAMUS”.

## **2. ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA**

La estructura administrativa de la Unión es muy amplia. Sus órganos principales son la Asamblea de los Notariados Miembros, el Consejo Permanente y el Consejo de Vigilancia Financiera. El Consejo Permanente se encuentra integrado por las siguientes carteras: un presidente de honor y trece miembros ejecutivos que son los siguientes: un Presidente, cuatro Vicepresidentes (Europa y Asia, América del Sur, América del Norte, Central y Caribe y África), un Tesorero, un Secretario, doce Consejeros, tres Secretarías Permanentes (una africana, una americana y una europea), el Presidente de la ONPI y una Tesorería Permanente.

Los miembros honorarios del Consejo Permanente son, hasta la fecha, un total de treinta y ocho, pertenecientes a dieciocho países (Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Ecuador, España, Francia, Grecia, Guatemala, Japón, México, Países Bajos, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Suiza y Turquía).

He aquí un resumen esquemático de la estructura actual:

La Comisión de Asuntos Americanos está integrada por secciones en América del Norte, América Central y Caribe y América del Sur. Existe una Sección de Seguridad Social Notarial y otra Sección para el Estudio de la Integración. Otras secciones especiales estudian lo relativo al Nafta-Alena, TLC, a la Comunidad Andina y al MERCOSUR.

Existen también otras instituciones como la Academia Notarial Americana, la Relación con los Notariados Anglosajones Americanos, la Comisión de Asuntos Europeos y del Mediterráneo (CAEM), la Comisión de Asuntos de la Unión Europea (CAUE), la Comisión de Asuntos Africanos, una Sección Deontológica y una Sección de Relaciones Institucionales.

Organismos especializados son el Fondo Africano de Garantía Notarial (FAGAN), la Asociación por el Desarrollo del Servicio Notarial en África (ADESNA), el Centro de Formación Notarial (CEN) y la Comisión de Cooperación Notarial Internacional (CCNI).

Hay delegados sectoriales en África, América, Asia Sureste y Europa. Otras comisiones muy importantes son la Comisión Consultiva, la Comisión de Temas y de Congresos, la Comisión de Finanzas, el Consejo de Supervigilancia Financiera, la Comisión de Adherentes Individuales, la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica, la Comisión de Relaciones Públicas e Imagen del Notariado, la Comisión de Jóvenes Notarios, la Comisión de Seguridad Social Notarial (CSSN), la Comisión de Deontología Notarial y la Comisión de Derechos Humanos.

La Unión tiene Secretariados Permanentes en África, América y Europa, con un tesorero y un secretario administrativo. Como la actividad internacional de la Unión es intensa, se han designado una gran cantidad de representantes ante otras organizaciones internacionales regionales y nacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), las oficinas internacionales en Ginebra, el Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados (UNHCR), el Alto Comisariado para los Derechos del Hombre, la Oficina de las Naciones Unidas en Viena, la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), la Comisión para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), la Organización para la Alimentación y la Agricultura (FAO), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (CIDIP), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

También se nombran representantes ante organizaciones jurídicas profesionales y otras organizaciones jurídicas como la International Law Society, la Union Internationale des Avocats, la Union Internationale des Magistrats, la International Bar Association (IBA), el Centre International du Droit de L'Enregistrement (CINDER) y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.

En cuanto a las organizaciones europeas, la Unión acude a las siguientes oficinas: la Comisión de las Comunidades Europeas (CEE), el Parlamento Europeo, la Cour de Justice des Communautés Européennes, el Consejo de Europa y la Fédération Hypothécaire Aupres de la CEE. Otras Organizaciones jurídicas profesionales de interés son el Conseil des Barreaux de L'Union Européenne (CCBE), la Law

Society of England and Wales, la Law Society of Scotiand, la Law Society of freland, The Notaries' Society y The Faculty of Notaries Public, también en Irlanda.

Organizaciones americanas específicas de gran interés para la Unión son asimismo la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Mercado Común Centroamericano (SIECA), la Comunidad Andina, la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), el Instituto Interamericano del Niño, el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), el Comité Jurídico Interamericano (CJI), el Parlamento Centroamericano, el Parlamento Latinoamericano y la National Notary Association (USA).

Otros organismos donde también se tiene representación son el Instituto de Investigaciones y de Estudios Notariales Europeos (IRENE), la Fundación para la Promoción de la Ciencia Notarial, el Instituto Internacional de Historia del Notariado, la Organización de la Aviación Civil internacional (OACI), la American Bar Association (ABA), la Unión Europea de Escribanos de Justicia, la Academia de Derecho Europeo de Treves, el Comité Internacional de la Cruz Roja y la Asociación Mundial de Juristas.

La lista actual de los países que forman parte de la Unión es la siguiente. En Europa Central se encuentran afiliados Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Mónaco, los Países Bajos, Portugal, la República de San Marino, Suiza, el Vaticano y el Notariado de la Ciudad de Londres.

En Europa del Este están Albania, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Grecia, Hungría, Letonia, Lituania, Macedonia, Moidavia, Polonia, República Checa, República de Malta, Rumania, Rusia y Turquía. En Asia, Indonesia y Japón. En África, África Central, Benin, Burkina Faso, Camerún, Congo, Costa de Marfil, Malí, Marruecos, Nigeria, República de Gabón, República de Guinea, República de Chad, Senegal y Togo.

En América del Norte y Central están afiliados Quebec, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Louisiana, México, Nicaragua, Panamá, Puerto Rico y República Dominicana. En América del Sur, Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

Un reporte de septiembre de 2000 expedido por la Comisión de Cooperación Notarial Internacional y firmado por su presidente Michel

Cordier da cuenta, en efecto, del ingreso de los tres últimos notariados aceptados (Moldavia, Macedonia y República de Chad) y, además, de la existencia de cinco expedientes sometidos a examen para su adhesión (Mauritania, Georgia, Bulgaria, Ucrania y China). Además, se analizan también los casos de Vietnam y Camboya.

Por último, se han efectuado misiones de inspección a los notariados de Corea del Sur, Nueva Zelanda, Sri Lanka, Irán y Líbano.

El documento también da cuenta de una prometedora renovación del gremio notarial en el estado norteamericano de Louisiana y de la aparente emergencia de un notariado latino en siete estados más de la Unión Americana, quienes han solicitado el estatus de observadores y que pretenden asimismo su adhesión a la Unión.

En este mismo documento, sin embargo, se relacionan circunstancias negativas, como las dificultades que confrontan los notariados de Portugal, Moldavia, Haití, Honduras, El Salvador, Panamá, Nicaragua y Bolivia, quienes se han dirigido a la Unión en solicitud de ayuda, así como de los ataques frontales que ha sufrido la institución notarial por ciertas organizaciones económicas internacionales. También se expresan inquietudes por los rápidos eventos que han tenido lugar en el campo de las firmas electrónicas y el advenimiento de los contratos virtuales en la red.

Es importante destacar, por ejemplo, la actividad de organismos como la Comisión de Seguridad Social Notarial, constituida en 1997 a consecuencia de una decisión del Consejo Permanente. Esta Comisión comprende una sección europea y una sección extraeuropea. El cometido de este organismo reside fundamentalmente en el examen de sistemas diferentes de seguridad hasta ahora existentes y elaborado ya un modelo de estatutos para una caja de previsión notarial.

### **3. OFICINA NOTARIAL PERMANENTE DE INTERCAMBIO INTERNACIONAL**

Una de las dependencias más importantes de la Unión es la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (ONPI). En efecto, el art. 5 del estatuto de la Unión establece la creación de una oficina de esta naturaleza. A esta oficina le incumbe el intercambio y difusión de las informaciones relativas al notariado, la elaboración y la edición de la *Revista Intemacional del Notariado* (RIN), así como los

estudios que le sean confiados por el Consejo Permanente, todo ello en el marco de los fines de carácter general y permanente de la Unión.

Según el art. 6 del Reglamento de la UINL la actuación de la ONPI se desarrolla bajo la dirección del Consejo Permanente. Este determina su actividad y tiene como misión esencial informar a los notarios, a los notariados y a las personas vinculadas a la Unión, de la publicación de trabajos, resoluciones, conclusiones y reuniones de los notariados miembros (Jornadas, encuentros y congresos).

El Comité de Dirección de ONPI está compuesto por un presidente, dos vicepresidentes, un secretario, un tesorero y dieciséis miembros más provenientes de doce países distintos. Actualmente la presidenta del Comité es la escribana Silvia Graciela Farina, de la República Argentina.

Es importante mencionar que ONPI cuenta con un acervo hemerográfico sumamente valioso, ya que recibe constantemente unas setenta revistas, en su mayoría especializadas en derecho notarial, de un total de veintinueve países. Así, por ejemplo, se reciben de México las revistas *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *Revista de Derecho Notarial*, *Revista Notarial del Colegio de Notarios de Veracruz*, *Escriba* y *Revista de Derecho Notarial del Colegio de Notarios de Jalisco*. De Costa Rica se recibe la *Revista de Ciencias Jurídicas* de la Universidad.

La sede permanente de ONPI se ubica en Alsina 2280 (1090), Buenos Aires, y el organismo dispone de una página *web* ([www.onpi.org](http://www.onpi.org)) que se modifica periódicamente con información de la mayor actualidad en lo que respecta al notariado mundial y al derecho en general.

#### **4. PUBLICACIONES**

Es muy importante destacar en este punto la labor de divulgación científica, académica y gremial que cumple la Unión a través de sus publicaciones.

La *Revista Internacional del Notariado* es dirigida por la escribana Griselda Julia Jatib y se edita también en la ciudad de Buenos Aires, en idiomas español y francés y tiene una periodicidad bianual. Contiene temas de actualidad, reseñas de los congresos y jornadas del notariado y se presenta en secciones muy variadas de información, instituciones,



actualidad, conferencias y discursos, temas jurídicos-notariales, consultas, publicaciones, libros, revistas y legislación reciente.

Otra publicación muy importante es la revista *Notarius International*, bajo la responsabilidad de una comisión específica. Está publicada actualmente por el Instituto Notarial Alemán (*Deutsches Notarinstitut –DNotI–*), con oficinas en Würzburg, Alemania y que se edita en cinco lenguas: inglés, francés, alemán, italiano y español. El Consejo de Redacción se encuentra integrado por once notarios de gran prestigio y de distintos países. Entre ellos se encuentra Bernardo Pérez Fernández del Castillo, representando a México. Esta revista contiene ensayos científicos, noticias internacionales, reportes de los notariados nacionales, avances legislativos y estudios de derecho comparado, además de novedades sobre temas específicos de interés notarial y jurídico en general.

Además, a estas dos publicaciones periódicas debe añadirse el enorme volumen que conforman las ponencias, informes y relatorías que se aportan en cada uno de los congresos y jornadas, en donde por regla general los notariados más destacados aportan un volumen entero de contribuciones científicas, incluso en discos compactos. Así, por ejemplo, ONIPI ha publicado encuestas como la aparecida bajo el título *El notariado en el mundo*, volúmenes I y II, publicadas en Buenos Aires y Santa Fe de Bogotá, las *Memorias del Cincuentenario de la UINL*, una *Historia de la Unión*, los *Estatutos y Reglamento de la UINL* y un *Digesto de Leyes Notariales*. Además, se encuentran en preparación una encuesta sobre comparación de regímenes matrimoniales, patrimoniales y sucesorios en los países americanos y africanos, otra sobre sociedades comerciales, una comparación del régimen societario en general, y algunos trabajos científicos sobre firma digital, documento electrónico y formalidades instrumentales.

También existen documentos oficiales (*dossiers*) con los trabajos, informes, reportes, balances, estudios, visitas, etc., producidos por los organismos, comisiones y secciones oficiales de la Unión, que aportan también información sumamente valiosa sobre los trabajos llevados a cabo por estos organismos.

Por último, es importante mencionar aquí la reciente publicación de un atractivo folleto denominado *El Notariado en el Mundo*, patrocinado por la Comisión de Cooperación Notarial Internacional de la Unión. Este folleto ha aparecido hasta ahora en francés, español e inglés.

Contiene un total de cuatro capítulos bajo los rubros “Nuestro mundo jurídico”, “La institución notarial”, “La misión del notario” y “La escritura pública”.

En “Nuestro Mundo Jurídico” se trata el tema de los dos principales sistemas: el anglosajón y el romano. Se anotan las características de cada uno de ellos, así como sus ventajas e inconvenientes, ofreciendo abundantes gráficas acerca de los procedimientos contenciosos en los Estados Unidos y una interesante comparación del número de abogados en Francia y en la propia Unión Americana. He aquí los resultados:

	<b>EUA</b>	<b>FRANCIA</b>
1990	740,000	26,000
1995	858,000	32,000
2000	1,000,000	36,000

Un dato muy interesante es el que se refiere a la comparación de los procedimientos contenciosos: Mientras que en los países de la Unión Europea el recurso a procedimientos contenciosos por el contenido de las actas notariales es inferior al uno por mil, en Estados Unidos es de cuarenta a cincuenta veces mayor por controversias surgidas de los contratos privados”.

Por otra parte –sigue diciendo el folleto–, el costo de la administración de justicia, según datos tomados de la publicación *Tort Cost Trends*, es muy revelador:

<b>País</b>	<b>En % del PNB 1994</b>
Japón	0,5
España	1,2
Italia	1,3
Alemania	1,3
Canadá	0,8
Bélgica	1,4
Francia	0,8
Suiza	0,9
EUA	2,2

El folleto realiza también una interesante reseña histórica de la institución notarial, consignando el papel del notario como un valioso auxiliar en el derecho escrito, una institución de tipo liberal al servicio del estado (nombrado por la autoridad), sujeto a una tarifa obligatoria y cuya actividad se encuentra controlada por el estado, en fin, como una institución social al servicio de los ciudadanos.

Como institución en pleno desarrollo, el folleto destaca el hecho de que la institución notarial es un “factor esencial para el equilibrio en un estado de derecho” y que en más de un centenar de países ya existen notarías. Una gran mayoría de ellos –dice– se han adherido a la Unión Internacional del Notariado Latino y después de la caída del Muro de Berlín, dieciséis países de Europa Central y Oriental han establecido formalmente la institución notarial de tipo latino. En África, doce países son miembros de la UINL, mientras que varios otros han solicitado su adhesión.

El folleto examina también el papel del notario como “magistrado de lo amigable” bajo la autoridad de los poderes gubernamentales y como el responsable de una función de servicio público.

En conclusión, se hace notar que la escritura pública es un instrumento jurídico adaptado a las necesidades de nuestra sociedad y que el notario es una institución jurídica moderna, terminando con las palabras de Lacordaire: “Entre el débil y el fuerte, es la libertad la que oprime y el derecho el que protege”.

Por último, en este mismo orden de ideas, el notariado uruguayo acaba de publicar recientemente un folleto titulado *El Escribano, un consejero al alcance de todos*. En este folleto se describe la evolución del notariado, lo que debe hacerse antes de firmar un documento y las especialidades que el notario puede cubrir, tales como el derecho de familia, operaciones inmobiliarias y sobre automotores, contratación agraria, derecho comercial y especialmente la mediación. Se destaca la circunstancia de que el escribano es un valioso colaborador del estado y, por sobre todo, un realizador de la paz social.

## **5. FONDOS ECONÓMICOS**

En términos de lo dispuesto en el art. 8º del Reglamento, la institución encargada del manejo de los fondos financieros es la Tesorería Permanente de la Unión (art. 5.1 inciso d, de los Estatutos). A la tesorería

corresponde el control de los movimientos y efectuar el pago oportuno por cuenta de la Unión, siguiendo indicación estricta del Tesorero del Consejo Permanente (art. 30.1 inciso d, de los Estatutos). Le compete también el control de los pagos efectuados por la Unión a favor de sus propios órganos, instituciones, organismos y comisiones.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 8.5 del Reglamento, el presupuesto anual debe presentarse a más tardar el 15 de febrero de cada año, por conducto del Tesorero del Consejo Permanente. La normativa precisa que este presupuesto anual debe formularse sobre la base de un esquema uniforme.

Por su parte, la Comisión de Finanzas debe sugerir todas las indicaciones necesarias para el mejoramiento de los ingresos y los haberes en tesorería, así como la utilización de las sumas disponibles para todos los órganos, instituciones, organismos y comisiones de la Unión.

En los términos de la propuesta de modificación estatutaria recientemente presentada en Atenas, los recursos económicos de la Unión se conformarán de la siguiente manera:

*Art. 5. Recursos de la Unión.*

Los recursos de la Unión se componen principalmente:

1. De las cuotas ordinarias u extraordinarias de los Notariados miembros;
  2. De las cuotas de los adherentes individuales;
  3. De las donaciones, legados, subsidios y subvenciones;
  4. De los ingresos que resulten de las publicaciones de trabajos de las instituciones, organismos o comisiones de la Unión;
  5. De cualquier otro tipo de intereses o rentas en general.
- Esta enumeración no es limitativa.

A su vez, el art. 41 recién propuesto se refiere a las funciones del tesorero de la Unión, entre las cuales se enumera la supervisión de los movimientos financieros y la presentación de informes periódicos, así como de las cuentas y del presupuesto anual.

Según el último reporte de la Tesorería Permanente, presentado en Atenas en el marco de la Asamblea de Notariados Miembros y del Consejo Permanente, el capital de la Unión asciende a un total de USD \$327,832.20, al treinta y uno de diciembre del año 2000 (para tener un punto de referencia es necesario tomar en cuenta que los fondos alcanzaban la cantidad de USD \$299,800.25 un año antes).

El monto total de las contribuciones por este año debería alcanzar la cantidad total de USD \$410,465.00, considerando un total de sesenta y ocho países miembros, según la resolución tomada en la Asamblea General mantenida en Colombia. Al quince de septiembre de 2001, los ingresos representaban la cantidad de USD \$375,010.00. Las previsiones indican que el capital global de la Unión puede acercarse a la cantidad de USD \$340,000.00 al finalizar este año. El concepto “adherentes individuales” que a la fecha alcanza un total de 473 membresías (según un informe de septiembre de este año), logró el ingreso de USID \$18,000.00 en este año. La ONPI es una de las instituciones más caras, que cuesta a la Unión más de USID \$75,000.00 al año, mientras que la CCNI –por cierto–, gasta unos USID \$52,000.00 al año.

En cuanto concierne a las aportaciones individuales existen países como Alemania, Francia e Italia que contribuyen con una cantidad anual superior a los USID \$32,000.00, mientras que otros países como Albania, Bolivia, Cuba, Honduras, Mónaco, El Salvador y El Vaticano contribuyen con apenas USID \$1,298.00. México tiene una aportación anual de USID \$19,483.00 y Costa Rica aporta la cantidad de USID \$2,164.00.

## **6. XXIII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO**

Recientemente tuvo lugar el *XXIII Congreso Intemacional del Notariado Latino*, celebrado en Atenas, Grecia. Este Congreso reunió a mil seiscientos ochenta asistentes pertenecientes a cincuenta y dos países.

Los temas académicos fueron los siguientes:

I. *La función notarial preventiva de litigios: el consejo y la mediación notarial como uno de sus instrumentos*, por el notario Horst Heiner Helige (Alemania).

II. *La función notarial creadora de derecho*, por el notario Federico Guasti (Italia).

III. *La circulación del documento notarial y sus efectos como título legitimador en el tráfico jurídico*, por el notario Carlos de Pablo (México).

Foro Internacional *El notariado en el inicio del nuevo milenio*, por el notario Nicolaos Stassinopoulos (Grecia).

En la inauguración de dicho Congreso el presidente saliente Helmut Fessler, de Alemania, pronunció un discurso que resume en forma excelente la situación actual de la Unión y los grandes retos a los que se enfrenta. Las partes más importantes de este discurso se reproducen a continuación:

“Allí donde impera la justicia y la libertad existe la paz, la paz social. Aquí está la verdadera misión del notario de tipo latino: siendo profundo conocer del proceso del documento forma, está al servicio de la paz social, con justicia y libertad. Existen sesenta y ocho Notariados Nacionales en todo el mundo que están, actualmente, a favor de esta misión y están reunidos en esta nuestra Unión, la cual se fundó hace cincuenta y tres años exactamente. Recién ahora hemos decidido que dos miembros más ingresen a nuestras filas –o un miembro más ingrese a nuestras filas–.

A pesar de los esfuerzos morales e intelectuales a favor de la paz, sabemos que reasegurar y conservar la paz es costoso y el sistema de seguridad del Notariado Latino cuesta mucho dinero también –dicen algunos de nuestros detractores–. Nosotros contraponemos dos puntos:

1. En muchos países del Notariado Latino la retribución depende del monto de la acción contractual y es obligatoria. Ese monto se estipula a través de una lista de precios la cual, muchas veces, está determinada por el propio legislador.
2. Existen muchos análisis comparativos relativos al coste del ejercicio del derecho en países de notariado latino por una parte y en Estados Unidos como país donde se aplica el *common*

*law* (con la excepción de Louisiana) por otra. Por ejemplo, en un análisis realizado en 1992 al cual se hace referencia muy frecuentemente, aparece un coste ocho veces mayor referido al PIB (Producto Interno Bruto) de la economía nacional de los Estados Unidos y comparándolo con un país, como por ejemplo, Italia. Otros estudios realizados en Universidades extraen conclusiones más o menos parecidas. Se trata de estudios que tratan de combinar puntos de vista teóricos con investigaciones empíricas. Estos estudios deben continuar y deben profundizar el tema y luego, algo muy importante, deberán publicarse. Ningún argumento es más convincente para el legislador y para la sociedad en general que el bajo precio y el mayor rendimiento.

La agresión es desconocida para la profesión pacífica y pacificadora del notario. Hasta su más leve forma de expresión nos causa dificultades. No obstante, debemos tener en cuenta que otras profesiones legales no son tan cautelosas. Los marcha de éstas muchas veces acompaña la marcha del otro sistema legal, especialmente cierto sistema legal, que no conoce el Notariado de tipo Latino. Actualmente somos testigos de un antagonismo entre sistemas (legales) en todas partes.

En los estados donde, como resultado de revoluciones políticas, hace diez años, se ha creado un nuevo sistema de *common law* liberal que todavía está en proceso de formación.

En los estados cuyas economías están abriéndose ahora y seguirán abriéndose más en el futuro y como resultado de ello se requiere una nueva ley civil adaptada a esa apertura.

En los estados tradicionales de ley civil codificada, donde las organizaciones internacionales tales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio tienen un control directo.

En los estados tradicionales de ley civil codificada que han transferido parte de su soberanía económica a organizaciones supranacionales, como NAFTA (North American Free Trade Association), MERCOSUR y la Unión Europea, por lo tanto se encuentran frente a un sistema legal el cual, sólo aparentemente, está (más) libre de control y por lo tanto supuestamente mejor.”

A la fecha, la Unión ha celebrado un total de veintitrés congresos internacionales. Por su orden, son los siguientes: Buenos Aires, 1948; Madrid, 1950; París, 1954; Río de Janeiro, 1956; Roma, 1958; Montreal, 1961; Bruselas, 1963; México, 1965; Munich-Salzburgo, 1967; Montevideo, 1969; Atenas, 1971; Buenos Aires, 1973; Barcelona, 1975; Guatemala, 1977; París, 1979; Lima, 1982; Florencia, 1984; Montreal, 1986; Amsterdam, 1989; Cartagena, 1992; Berlín, 1995; Buenos Aires, 1998 y Atenas, 2001.

## **7. PARTICIPACIÓN DE LOS NOTARIADOS MEXICANO Y COSTARRICENSE**

Gracias a la gran reputación que México tiene en el ámbito académico y científico, existe un gran número de representantes a nivel internacional. Algunos de los notarios mexicanos que se encuentran en la Unión son los siguientes: Gerardo Gil Ortiz (Vicepresidente de la Sección América del Norte, Central y Caribe), Odilón Campos Navarro (tesorero de la Sección de Seguridad Social Notarial), Francisco Xavier Arredondo Galván (NAFTA/ALENA y Miembro Ejecutivo del Consejo Permanente), José Antonio Márquez González (Vicepresidente de la Academia Notarial Americana), Luis Alberto Perera Becerra (Vicepresidente de la Relación con los Notariados Anglosajones Americanos y Vicepresidente de la Comisión de Jóvenes Notarios), Narciso P. Lomelí Enríquez (Delegado Sectorial América Central y Caribe), Bernardo Pérez Fernández del Castillo (Presidente de la Comisión de Relaciones Públicas e Imagen del Notariado y Miembro Ejecutivo del Consejo Permanente), Adrián Iturbide Galindo, Carlos Prieto Aceves y Antonio Velarde Violante (miembros ejecutivos del Consejo Permanente), otra vez Odilón Campos Navarro y Carlos de Pablo Serna (Sección de Seguridad Social Notarial), Octavio Rivera Farber (Comisión de Informática y Seguridad Jurídica), Carlos Ricardo Viñas Berea (Comisión de Relaciones Pública e Imagen del Notariado), Alfonso Zermeño Infante (Comisión de Jóvenes Notarios



y ahora nuevo Consejero), Javier Arce Gargollo (ONPI), Othón Pérez Fernández del Castillo (Comisión de Deontología Notarial), Leopoldo de la Garza Marroquín y Perla Linda Hidalgo Castro (Comisión de Derechos Humanos).

Por su parte, Costa Rica participa en forma muy activa a través de notarios como Marco Antonio Jiménez Carmiol (miembro ejecutivo del Consejo Permanente), Rodrigo Alfaro Ramos (Tesorero de la Sección América del Norte, Central y Caribe) y Herman Mora Vargas (Academia Notarial Americana).

## **8. PRESIDENCIA MEXICANA DE LA UNIÓN**

En la reunión de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, celebrada en Lima del once al catorce de octubre de 2000, el notario mexicano Francisco S. Arias González fue propuesto como el candidato del continente americano a la presidencia del Consejo Permanente de la Unión Internacional del Notariado Latino, Legislatura 2002-2004. Posteriormente, en la reunión ordinaria de dicho Consejo Permanente celebrada en Guadalajara, Jalisco, el once de enero de 2001, fue designado como su candidato oficial. En el “XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino” celebrado en Atenas, Francisco Arias fue formalmente elegido como presidente del Consejo Permanente.

Francisco S. Arias González es originario del puerto de Veracruz. Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), de donde se graduó en 1968. Posteriormente realizó estudios de posgrado en la Especialidad en Derecho Fiscal de la Universidad Veracruzana.

Actualmente es notario público número veintiocho desde el año de 1974. Ha sido profesor titular en la Universidad Cristóbal Colón de Veracruz y director de la Escuela de Derecho de esta misma universidad.

Ha escrito numerosos artículos y monografías en diversas revistas especializadas de México y del extranjero. Ha asistido a innumerables congresos, jornadas y reuniones del Colegio de Notarios del Estado de Veracruz, de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano y de la Unión Internacional del Notariado Latino, en distintas partes del país y del mundo.

Es asesor de múltiples empresas públicas y privadas y ha participado como notario en diversos programas de regularización de tenencia de la tierra, fraccionamientos habitacionales y centros comerciales.

El notario Francisco Arias es además miembro del Colegio de Notarios del Estado de Veracruz, de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, de la Unión Internacional del Notariado Latino, de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados y de la Academia Mexicana de Derecho Notarial.

Ha sido presidente del Consejo Directivo del Colegio de Notarios del Estado de Veracruz y alto directivo de la Unión Internacional del Notariado Latino, en donde ha ocupado los cargos de consejero ejecutivo y vicepresidente para América del Norte, Central y el Caribe. Recientemente ha sido electo para ocupar la presidencia del Consejo Permanente de la Unión, Legislatura 2002-2004.

La presidencia de México se encuentra apoyada por la Comisión de Asuntos Internacionales perteneciente a la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. Esta Comisión celebra reuniones con mucha frecuencia y participan en ella todos los notarios mexicanos que a su vez poseen algún cargo en la propia Unión.

La Comisión se encarga asimismo de la divulgación de las actividades de la Unión, por ejemplo con los siguientes ensayos: *La organización mundial del notariado latino*;<sup>(1)</sup> *Reunión en Atenas de los consejeros ejecutivos*<sup>(2)</sup> y *IX Jornada Notarial Iberoamericana, por Francisco Xavier Arredondo Galván*.<sup>(3)</sup>

---

(1) ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier. “*La organización mundial del notariado latino*”, en: boletín *Escribano*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., año 2, no. 7, México, 2000, p. 27.

(2) ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier. “*Reunión en Atenas de los consejeros ejecutivos*”, en: boletín *Escribano*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., año 1, no. 2, México, 1999, p. 39.

(3) ARREDONDO GALVÁN, Francisco Xavier. “*IX Jornada Notarial Iberoamericana*”, en: boletín *Escribano*, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., año 1, no. 5, México, 1999, p. 27.

Hasta la fecha, la Unión ha tenido veinte presidentes. Esta es la lista completa:

1948-1956	Congresos I, II y III	Juan A. Negri
1956-1958	Congreso IV	Rafael Núñez Lagos
1958-1961	Congreso V	Pierre Deteix
1961-1963	Congreso VI	Antonio Firmo da Silva
1963-1965	Congreso VII	Alejandro Guasti
1965-1967	Congreso VIII	R. Remmelts
1967-1969	Congreso IX	Francisco Vázquez Pérez
1969-1971	Congreso X	Hans Hermann
1971-1973	Congreso XI	Pedro M. Hegoburu
1973-1975	Congreso XII	Aristide Sotirakopoulos
1975-1977	Congreso XIII	Raúl A. Moneta
1977-1979	Congreso XIV	Juan Vallet de Goytisoló
1979-1982	Congreso XV	Carlos Peralta Méndez
1982-1984	Congreso XVI	Louis Chaine
1984-1986	Congreso XVII	Jorge E. Orihuela Ibérico
1986-1989	Congreso XVIII	Umberto Caprara
1989-1992	Congreso XIX	Gilles Demers
1993-1995	Congreso XX	André Schwachtgen
1996-1998	Congreso XXI	Hugo Pérez Montero
1999-2001	Congreso XXII	Helmut Fessler
2002-2004	Congreso XXIII	Francisco Arias



## Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Amador Hernández, Manuel et al. **Foro agenda nacional de reformas al Poder Judicial**. (San José: Colegio de Abogados, Instituto Costarricense de Ciencias Jurídicas, Ofiprinte Industrial S.A. Versión completa: 155 páginas, versión resumida: 51 páginas, 2003).

En la *Presentación* de este informe la Junta Directiva (2002-2003) del Colegio de Abogados, nos señala que este documento se fundamenta en un estudio de opinión, cuyos resultados se basan en la información remitida al Colegio de Abogados por expertos en Derecho, profesionales de otras disciplinas y, en general, personas de la sociedad civil interesadas en los temas del Poder Judicial. También está enriquecido con una gran cantidad de fuentes bibliográficas consultadas (encuestas, informes, estudios, artículos periodísticos, noticias, etc.), relativas a este poder de la República.



El objetivo primordial de este trabajo es poner de manifiesto lo que considera una muestra relevante y amplia de los diversos sectores de la sociedad, respecto de cuáles son los problemas del Poder Judicial, sus causas y posibles soluciones. El resultado de la investigación no refleja, por tanto, la posición del Colegio de Abogados ni de los integrantes de su Junta Directiva, sino la opinión de la muestra consultada.

### *Contenido de este documento:*

*Capítulo primero:* Objeto de la investigación y metodología aplicada, elaborado por el Dr. Paul Rueda Leal.

*Capítulo segundo:* El Poder Judicial y las transformaciones sociopolíticas, las imágenes del Poder Judicial, propuestas respecto de las relaciones del Poder Judicial con los otros poderes y las personas usuarias, elaborado por el Dr. Manuel Rojas Bolaños.

*Capítulo tercero:* Informe sobre el área de “Gobierno y administración judiciales”, GAJ; sistematización de problemas y propuestas de solución

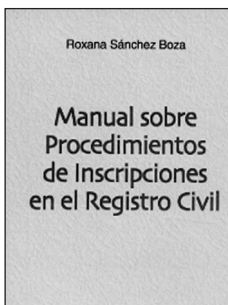
ante la crisis organizacional del GAJ, elaborado por el Máster José Luis Vega Carballo.

*Capítulo cuarto:* Aspectos procesales de la Reforma Judicial, elaborado por el Dr. Luis Baudrit Carrillo.

*Colaboradores y bibliografía.*

– o –

Sánchez Boza, Roxana. ***Manual sobre procedimientos de inscripciones en el Registro Civil.*** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 241 páginas, 2003).



Bien expresa su autora que las páginas que se han escrito se basan en un trabajo exploratorio, descriptivo para ofrecer al lector y la lectora la oportunidad de obtener la información necesaria para establecer sus conclusiones o iniciar futuras investigaciones (Introducción, p. 16).

*Esta valiosa obra está dividida en los siguientes capítulos:*

- I. El estado civil
- II. Derecho registral civil
- III. Contenido del Registro Civil
- IV. El procedimiento de inscripción en el Registro Civil
- V. De los registros del Estado Civil

Anexos

Bibliografía

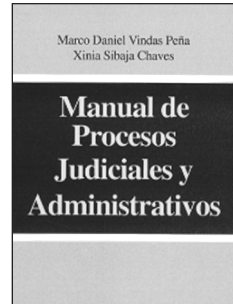
Este libro es un aporte esencial en este campo de la materia registral.

– o –

Vindas Peña, Marco Daniel y Xenia Sibaja Chaves. **Manual de procesos judiciales y administrativos**. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 250 páginas, 2003).

Sus autores nos dice en la *Introducción* que el objetivo principal de este trabajo, es mostrar al profesional en derecho y a los futuros colegas, esta colección de fórmulas, que en la actividad diaria y práctica nos vemos en la necesidad de utilizar.

Añadiendo que en muchas oportunidades el abogado no tiene tiempo suficiente para dedicarlo a redactar algunos escritos que por su frecuencia se convierten en rutinarios (pág. 11).

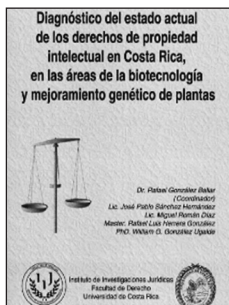


*Este práctico y útil libro se divide en estas partes:*

- Civil
- Comercial
- Familia
- Laboral
- Penal
- Recursos constitucionales
- Trámites administrativos

Leiva Poveda, Jorge Enrique. **Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos**. Anotada, concordada y con jurisprudencia; y, anexo con directrices y decreto sobre esta materia. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 71 páginas, 2003).

González Ballar, Rafael (coordinador), Lic. José Pablo Sánchez Hernández, Lic. Miguel Román Díaz, Master Rafael Luis Herrera González y Ph. D. William G. González Ugalde. **Diagnóstico del estado actual de los derechos de propiedad intelectual en Costa Rica, en las áreas de la biotecnología y mejoramiento genético de plantas**, versión en español e inglés (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 303 páginas, 2003).



El Dr. Rafael González Ballar, Coordinador del grupo de investigación, nos indica en la Introducción la presente publicación es un informe ejecutivo que tiene las ideas y conclusiones más elaboradas del diagnóstico general sobre los derechos de propiedad intelectual, con énfasis en los problemas planteados en materia de Biotecnología y Fitomejoramiento (pág. 17).

*Esta importante obra, en español e inglés, se divide en varios diagnósticos:*

- Jurídico
- Registral
- De la Universidad de Costa Rica
- Empresarial

Se le adicionan las conclusiones y recomendaciones generales, un taller de validación y la respectiva bibliografía.

Una de las *conclusiones* que resaltamos es la que afirma que indicó que el Registro Nacional y por ende el Registro de la Propiedad Intelectual dependen del Ministerio de Justicia, el cual a su vez define en base a sus recursos, una serie de prioridades. Al parecer los derechos de propiedad intelectual, DPI, no han sido una prioridad en el pasado, lo que ha impedido que una serie de proyectos tendientes a la capacitación, divulgación, contratación de personal especializado, etc., no hayan tenido una acogida favorable y esto es lo que algunos consideran como la mencionada falta de “voluntad política” (pág. 144).

– o –



Escoto Fernández, Carmen María y Ruth Alpízar Rodríguez. **La conciliación y otras modalidades de resolución alterna de conflictos en la jurisdicción agraria**. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 110 páginas, 2003).

El abogado Rodrigo Montenegro Trejos, en el Prólogo, expresa que la resolución de conflictos a través de medios diversos al heterocompositivo de la justicia ordinaria, ha merecido una especial atención por parte del Poder Judicial costarricense (p. 13).

Por su parte, las autoras del libro manifiestan, en la Introducción, que los mecanismos de resolución alterna de conflictos son una de las principales vías por medio de las cuales se concientiza sobre la necesidad de comunicarse, siendo una de las mejores formas para promover la solidaridad entre los seres humanos (p. 15).

El contenido de esta importante obra se divide en estas partes:

- I. La resolución alternativa de conflictos en materia agraria
- II. La conciliación y los tribunales agrarios a partir de 1998
- III. Bibliografía.

Anexos.

– o –

Chinchilla Calderón, Rosaura y Rosaura García Aguilar. **Disfuncionalidades en la aplicación de la prisión preventiva**. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 191 páginas, 2003).



El Dr. Javier Llobet Rodríguez, en el *Prólogo*, indica que se denuncian en este libro los problemas de fundamentación de los autos de prisión preventiva, ello en cuanto se tiende a hacer mención a frases de carácter abstracto, que reflejan solamente una aparente fundamentación pero no una real. Agregando que también se menciona en esta obra la realización de procesos disciplinarios en contra de jueces o juezas que no llegaron a ordenar la prisión preventiva, lo que puede implicar una violación a la independencia judicial, significando una presión para su dictado (p. 13).

En la *Introducción*, las autoras sostienen que la presión para el uso indiscriminado de la prisión preventiva se mantiene. Hasta el momento no se ha realizado ninguna investigación que identifique y examine los criterios reales ni los prioritariamente utilizados por los jueces para su implementación genérica en las distintas causas que le competen (p. 17).

*Esta sugerente obra contiene dos capítulos:*

- I. Principales características de la prisión preventiva en el marco del sistema penal costarricense, y
- II. Empleo de la prisión preventiva en la realidad nacional

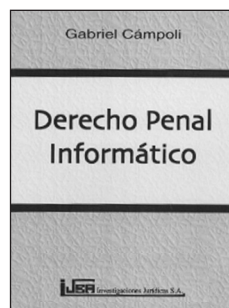
Conclusiones y bibliografía.

Parajeles Vindas, Gerardo. ***Cuadernos de jurisprudencia: sucesiones; competencia desleal y protección al consumidor***. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, sucesiones: 171 páginas, competencia desleal y protección al consumidor: 114 páginas, 2003).

Cámpoli, Gabriel. ***Derecho penal informático***. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 166 páginas, 2003).

Este libro significativo en este campo, está dividido en varios capítulos:

- I. Hacia una correcta hermenéutica penal - delitos informáticos vs. delitos electrónicos.
- II. El elemento subjetivo en los delitos electrónicos ¿el dolo o la culpa?
- III. Una aproximación al *hacking*. Tipo penal simple y agravado.
- IV. Algunas consideraciones necesarias de derecho comercial subastas *on line* – naturaleza jurídica.
- V. Fraudes en subastas *on line* “¿virtualidad delictiva o realidad vulnerada?”
- VI. Protección penal de la propiedad intelectual en *internet*.



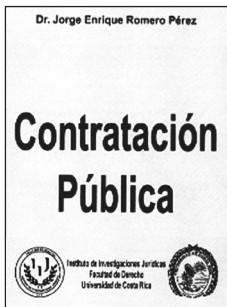
- VII. El problema real de la delincuencia en *internet* - menores y delitos informáticos.
- VIII. ¿El *spam* como delito o simple sanción civil?
- IX. Algunas consideraciones sobre el cyberterrorismo.
- X. Hacia la internacionalización del Derecho penal informático, cibernación y cyberderecho penal.

Anexo A: reglamento de mercado libre.

Anexo B: reglamento de remate.

Esta obra nos da una información pionera sobre un tema de actualidad de suyo relevante en la sociedad de nuestros días.

– o –

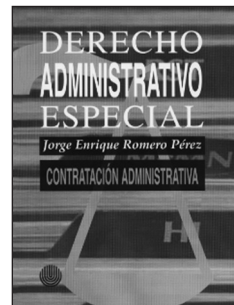


Romero Pérez, Jorge Enrique. **Contratación Pública**. (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 276 páginas, 2003).

En este libro el Catedrático Romero-Pérez hace un estudio del refrendo constitucional de los contratos públicos, del contrato de gestión interesada, presentación y análisis del voto de mayoría de la Sala Constitucional relativo a este contrato del aeropuerto internacional Juan Santamaría y del voto salvado del Dr. Rodolfo Piza Escalante. Asimismo, se estudia la contratación administrativa a nivel internacional, tanto a nivel de los Tratados de Libre Comercio, organismos internacionales, como de los países que han elaborado nuevas normas en esta materia contractual en estos últimos años. *Dr. Rafael González Ballar*

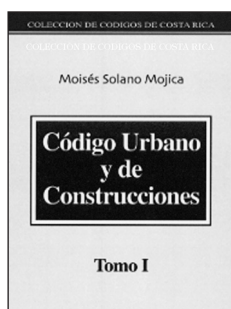
Romero Pérez, Jorge Enrique. **Derecho Administrativo especial: Contratación Administrativa**. (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 249 páginas, 2002).

En esta obra del Dr. Romero-Pérez se contienen aspectos relativos a la contratación administrativa. Se analizan, entre otros, los temas siguientes: cartel, impugnación al pliego de bases; presentación, estudio y clasificación de las ofertas,



cuadro comparativo de propuestas, garantías, multas, cláusula penal, adjudicación, apelación al acto adjudicatario, resolución de la Contraloría General de la República, ejecución contractual. *Dr. Rafael González Ballar.*

Solano Mójica, Moisés. **Código urbano y de construcciones.** (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, dos tomos, I: 489 páginas, II: 551 páginas, 2003)



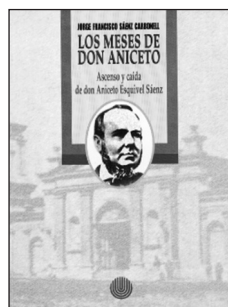
*Primer tomo:* urbanismo, construcciones, caminos públicos.

*Segundo tomo:* regímenes de propiedad, aguas, salud y ambiente, competencia y funciones institucionales, regulaciones especiales atinentes (Códigos Civil, de Trabajo, Penal; Leyes de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, integral para la persona adulta mayor, de correos y de bomberos).

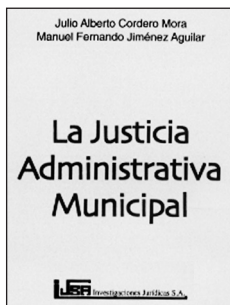
Sáenz Carbonell, José Francisco. **Los meses de Don Aniceto**, *Ascenso y caída de Don Aniceto Esquivel Sáenz.* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 232 páginas, 2002).

En la *Introducción* el autor nos dice Don Aniceto Esquivel Sáenz (1824-1898) fue un hombre de leyes que fue elegido Presidente de la República del 8 de mayo al 30 de julio de 1876, como consecuencia de una especie de transacción entre el General Tomás Guardia y la vieja oligarquía agromercantil.

El profesor de Historia del Derecho de la Universidad de Costa Rica Sáenz Carbonell, nos expresa, además, que este libro no pretende estudiar ni analizar la situación social y económica de Costa Rica de 1876, ni tampoco las relaciones de poder que presidieron la vida política del país, en esa época. Nos proponemos simplemente poner al lector en contacto con las circunstancias que llevaron a la primera magistratura al licenciado Esquivel, las principales incidencias de su corta administración y los hechos que ocasionaron su derrocamiento. Confiamos en que estas páginas permitan a quienes aman la historia patria conocer mejor la atmósfera y los sucesos de esos agitados días.



Cordero Mora, Julio Alberto y Manuel Fernando Jiménez Aguilar. ***La justicia administrativa municipal***. (San José: Investigaciones Jurídicas S.A., IJSA, 209 páginas, 2003).



El profesor Ernesto Jinesta Lobo, en la *Presentación*, indica que esta obra constituye una trascendental contribución para el entendimiento cabal y pleno de uno de los perfiles de nuestro Derecho Administrativo que debe ser conocida y manejada por todos los cultores de esa disciplina jurídica.

Por su parte, en el *exordio*, los autores expresan que la materia recursiva municipal debe ser objeto de una reestructuración, lo cual conlleve, no sólo un mejor tratamiento y fortalecimiento de la figura jurídica del recurso administrativo municipal, sino también propenda al cumplimiento de los principios que le sustentan en forma directa, ágil y apropiada.

*Los capítulos que comprenden este libro son:*

- I. Los recursos administrativos
- II. Impugnación de los actos municipales. Situación actual y planteamiento del proyecto de Código Procesal Administrativo.
- III. Crítica a la posición actual en materia de recursos municipales.

Bibliografía y anexo (sentencias del Tribunal Contencioso Administrativo).

Govaere Vicarioli, Velia. ***Introducción al Derecho Comercial Internacional***. (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 88 páginas, 2003).

En la *Introducción*, las autoras afirman que desde la adhesión de Costa Rica al sistema del GATT/OMC, nuestro país se apuntó audazmente en el juego de la globalización. En ese sentido, Costa Rica ha tenido una visión hacia el futuro. Sin embargo, es muy difícil para un país pequeño compensar en corto plazo el proceso de entrenamiento y aprendizaje que muchos países han



tenido durante los cuarenta años de evolución del GATT a la OMC. Las propias rondas de negociación del GATT demostraron con claridad la necesidad de procesos lentos, por trechos colectivamente satisfactorios y dando espacios de aprendizaje adecuados.

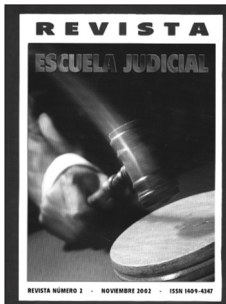
*Este libro está dividido en estos capítulos:*

- I. El sistema multilateral de comercio GATT/ OMC
- II. El sistema de solución de controversias GATT/ OMC
- III. *Dumping* como práctica de comercio desleal
- IV. Medidas de salvaguarda. La cláusula de escape.

Bibliografía

– o –

***Revista de la Escuela Judicial.*** Poder Judicial. No. 2. Noviembre del 2002.



El Dr. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial, nos afirma en la *Presentación* que esta segunda revista es un paso más en la consolidación de nuestro proyecto de análisis, estudio e investigación de los problemas que aquejan a la administración de justicia, en todas las materias.

*Los artículos que esta revista publica son los siguientes:*

Notas actuales sobre derecho de daños. *MBA Antonio Jacob Aldi*

Libre despido y administración pública. *Lic. Luis Paulino Mora Lizano*

Nuevos aspectos de la prescripción de la acción penal relacionados con la jurisprudencia. *Lic. Jorge Chacón Laurito*

El allanamiento en materia de familia. *Lic. Robert Camacho Villalobos*

La prescripción de la acción en materia penal juvenil. Jurisprudencia reciente. *MSc. Douglas Durán Chavarría*

Los límites de la acción penal del Estado: tentativas inidóneas. *Dr. Juan Manuel Otero*

La igualdad de género en el Derecho Constitucional costarricense.

*Licda. Alda Facio  
Máster Rodrigo Jimenez Sandoval*

La juramentación previa y el delito de falso testimonio en la jurisdicción penal juvenil de Costa Rica.

*Dr. Alvaro Burgos Mata*

El documento electrónico y la firma digital al servicio de la administración de justicia.

*Msc. Carlos Alberto Jovel Sánchez*

Recomendaciones aprobadas por el Consejo directivo de la Escuela Judicial durante el año 2001.

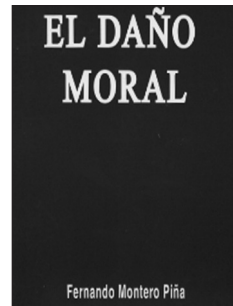
Directrices de la Dirección Nacional de Notariado, 2001.

-o-

Montero Piña, Fernando. ***El daño moral***. (San José: Impresión Gráfica del Este, 306 páginas, 2002).

En la *Presentación*, el Dr. Juan Luis Arias, expresa que el principio básico sigue siendo muy simple: la reparación del daño debe ser total y para que sea total, debe incluir también los intereses afectivos o sentimentales injustamente lesionados.

El Dr. Arias afirma que Don Fernando Montero Piña acomete el problema del daño moral con propiedad, poniéndonos al tanto primero de las dificultades doctrinarias para asentar la figura, cuyos planteamientos son a menudo antitéticos. Sigue con la evolución en el medio costarricense, tan presto a denegarlo en los primeros tiempos, tal vez por el miedo propio de los jueces jóvenes, a pesar de que la jerarquía constitucional es innegable. Prosigue con las dificultades de la prueba, verdadero talón de Aquiles del tema, y se adentra más tarde en las cuestiones de su cuantificación.



A modo de ejemplo, indicaremos algunos de los aspectos *el daño relacionados con moral*, que analiza esta valiosa obra están:

- conceptualización
- normativa reguladora
- teorías que niegan la reparación de este daño
- reparación de este daño y sus funciones

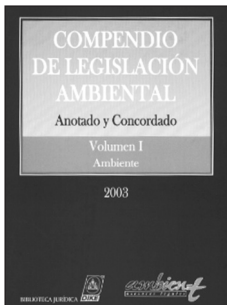
- evolución histórica
- la prueba
- cuantificación de esta reparación
- derecho de respuesta
- responsabilidad del Estado
- accidentes automovilísticos
- relaciones laborales
- malapaxis médica
- violencia intrafamiliar
- prescripción del derecho de su cobro.

Una moderna y actualizada bibliografía da el respaldo académico a esta investigación del Profesor Montero Piña.

Sin duda esta importante libro será de una gran relevancia para todos.

- o -

Ambien-T Asesores Legales. **Compendio de Legislación Ambiental. Anotado y concordado.** (Medellín: Editorial Diké, Ambien-t, tomo 1, 546 páginas, 2003).



El Dr. Rafael González Ballar, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, indica en el prólogo que tenemos a mano un instrumento de trabajo y consulta que permite de una forma eficaz, interpretar y aplicar el Derecho Ambiental.

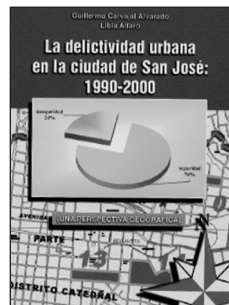
Del conjunto de normas jurídicas ambientales que nos presenta este importante libro destacamos el hilo conductor que parte de la Constitución Política, pasa por convenios, declaraciones y principios internacionales, y su plasmación en las leyes y reglamentos costarricenses.

-o-



Carvajal Alvarado, Guillermo, Libia Alfaro. **La delictividad urbana en la ciudad de San José: 1990-2000. Una perspectiva geográfica.** (San José: ed. Vlamaran, 129 páginas, 2002).

En la *Presentación* sus autores nos informan que la tendencia de la violencia urbana está provocando cambios importantes en el paisaje y en la vida diaria de las zonas urbanas. En muchas ciudades, la violencia ha alejado a la población de los transportes, las calles y los espacios públicos.



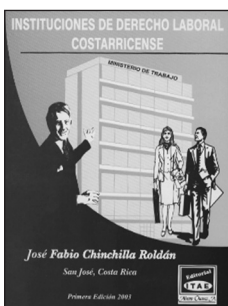
*El contenido de esta relevante investigación es:*

- La violencia urbana y su estudio desde la perspectiva geográfica.
- Panorama general de la criminalidad en Costa Rica.
- Violencia y criminalidad urbana en el casco urbano central de la ciudad de San José.
- La delictividad contra las mujeres: 1990-2001.
- Violaciones sexuales de hombres y mujeres en el cantón central de San José.
- Conclusiones
- Bibliografía

- o -

Chinchilla Roldán, José Fabio. **Instituciones de Derecho Laboral.** (San José: ed. Itae, 366 páginas, 2003).

El autor en la *Presentación*, nos dice que en esta obra se hace un examen de los principales aspectos referentes al trabajo, como actividad regulada por el Derecho Laboral, a partir de una síntesis de doctrina, jurisprudencia y normativa aplicable.



El contenido de esta valiosa obra se divide en los siguientes capítulos:

- I. Generalidades del Derecho del Trabajo
- II. Derecho Individual del Trabajo
- III. Derecho Colectivo del Trabajo
- IV. Derecho Procesal del Trabajo



## INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	9
<b>Ensayos:</b>	
La dimensión social de la globalización: cláusulas sociales, códigos de conducta y normas de responsabilidad social del empresariado <i>Dr. Bernardo van der Laet Echeverría</i> .....	11
La política criminal contemporánea y la práctica penitenciaria costarricense <i>Licda. Mayra Acevedo Matamoros</i> .....	39
Requisitos y solución al conflicto entre la libertad de información y el honor en España y Costa Rica <i>Lic. Alfredo Villalobos Jiménez</i> .....	53
La relación jurídica del trabajador deportivo (caso de futbolistas y entrenadores de fútbol) <i>Lic. Edgar Jiménez Risco</i> .....	87
La relación negocial del tiempo compartido (Timesharing) <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	109
La protección de datos personales y el hábeas data <i>M.Sc. Jenny Quirós Camacho</i> .....	141
México preside la unión internacional del notariado latino <i>Lic. José Antonio Márquez González</i> .....	189
Reseñas bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	213

Impreso por  
Litografía e Imprenta LIL, S.A.  
Apartado 75-1100  
San José, Costa Rica  
377488