

EL DAÑO SOCIAL: SU CONCEPTUALIZACIÓN Y POSIBLES APLICACIONES

*Licda. Ana Lucía Aguirre Garabito
Licda. Irina Sibaja López¹*

INTRODUCCIÓN

El Código Procesal Penal de 1996 introduce dentro de sus normas un concepto nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, el daño social. Específicamente, el artículo 38 de dicho Código establece la facultad de la Procuraduría General de la República para instar mediante una acción civil, el resarcimiento del daño social que se genera como consecuencia de un hecho punible que afecte intereses difusos o colectivos.

A pesar de ser una figura que se encuentra dentro de nuestra legislación hace más de veinte años, su desarrollo doctrinario ha sido escaso y utilización en los tribunales fue prácticamente inexistente hasta que la Procuraduría tomó la iniciativa de utilizarla al intentar cobrar este daño en procesos relacionados con el ambiente, con asuntos tributarios, y recientemente, con aquellos relacionados con el delito de corrupción en la función pública. Tales son los casos “Caja Costarricense del Seguro Social-Fischel” y “Instituto Costarricense de Electricidad-Alcatel”. Por éstos, la figura del daño social ha adquirido gran protagonismo en el debate público y discusión jurídica.

La expectativa que generó la utilización del daño social, especialmente en el caso “CCSS-Fischel” hizo que aquellos que estamos

involucrados en el mundo del derecho, esperáramos con ansiedad la sentencia del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José, el cual estaba a cargo de dicho caso, a la expectativa del establecimiento de lineamientos sobre dicha figura. Sin embargo, el Tribunal adoptó una posición reservada, otorgando un monto por este concepto; sin dar ninguna luz sobre el concepto, características y modo aplicación de un tipo de daño cuya delimitación se hace cada vez más necesaria en una sociedad que transita de la individualidad a la colectividad.

Por esta razón, es necesario realizar un breve esbozo de la conceptualización de la figura dentro del sistema jurídico costarricense.

• NUESTRO PUNTO DE PARTIDA: UN ACERCAMIENTO A LOS PRINCIPALES ELEMENTOS CONCEPTUALES

Abordar una figura jurídica que no ha sido investigada, requiere de un conjunto de elementos teóricos y conceptuales que le den fundamento su análisis y, a la vez constituyan la base de la construcción conceptual que se plantea de tal figura, en este caso, del daño social. De ahí que en este apartado se tratarán los aspectos necesarios que garanticen su comprensión.

¹ Licenciadas en Derecho de la Universidad de Costa Rica y autoras del Trabajo Final de Graduación titulado “Lineamientos para la comprensión del daño social y sus posibles aplicaciones en el derecho costarricense”.

2.1. Los hechos jurídicos: el criterio real objetivo

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

Realizamos el estudio del daño social partiendo del criterio de análisis y clasificación real-objetivo, el cual nos brinda una base conceptual sólida que permite profundizar en el tema. El criterio, tiene su antecedente en la fenomenología jurídica que plantea el cuadrinomio fundamental, el cual muestra que existen dos tipos de fenómenos relevantes para el derecho: los espaciales (sujetos y objetos) y los temporales (eventos y comportamientos). Son estos últimos los relevantes para el tema de los hechos jurídicos, ya que su diferencia central reside en que los primeros “permanecen” y los segundos “acontecen”.

Asimismo, este criterio, a diferencia de los denominados “tradicionales”², parte del supuesto que el orden social configura el fundamento del derecho, de ahí que al plantear la clasificación de los hechos jurídicos se debe recurrir a los diferentes valores e intereses sociales que se pueden ver afectados por los diversos fenómenos temporales: eventos y comportamientos.

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

Cuando nos referimos a los *eventos* de la naturaleza, comprendemos que estos no ponen en funcionamiento el ordenamiento jurídico por sí mismos, lo que dificulta su regulación en las normativas, pero sobre todo en la previsión de consecuencias jurídicas que se puedan ligar a éstos. Sin embargo, éstos adquieren importancia cuando producen resultados dañosos afectando relaciones jurídicas preestablecidas. En este sentido, en los eventos los individuos o la colectividad son un punto de incidencia de las energías, sin existir iniciativa o participación suya.

Apartir de esta conceptualización genérica, se plantea en la doctrina una clasificación de los eventos: los relativos a la esfera física, la esfera orgánica (hechos de la vida) y a los hechos psíquicos.

En suma, los eventos son hechos que carecen de incidencia humana, adquieren relevancia sólo cuando afectan de manera directa intereses tutelados e importantes para

2 Los cuales son “causa de efectos jurídicos” y aquellos referidos a “lo que no es acto”. En lo que respecta a la primera acepción, se concibe el hecho como la causa del fenómeno temporal que produce efectos que tienen implicaciones jurídicas. Esta perspectiva, liga los efectos jurídicos a los hechos, poniéndolos como presupuesto de las conductas jurídicamente normadas. Por su parte, la segunda definición plantea que los hechos jurídicos se oponen a los actos jurídicos. Estos actos remiten a hechos en los cuales intervienen la voluntad y la conciencia humana; por ello, la conceptualización de hechos se utiliza en sentido restrictivo para indicar todos aquellos hechos jurídicos que no sean actos.

el sistema jurídico, aquellos imperantes en un determinado espacio social.

Por su parte, cuando hablamos de *comportamientos* humanos, sea la acción como la omisión, se pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional por sí mismo, esto sin necesidad, en la mayoría de los casos, de realizar algún tipo de consideración que haga dudar acerca de su naturaleza.

El comportamiento no en todas sus manifestaciones tiene importancia jurídica, ello ocurre, sólo, cuando afecta de manera directa valores y principios importantes dentro de un sistema axiológico. Debemos tener presente que éste puede manifestarse de dos formas: en concordancia con el ámbito jurídico o en disonancia con éste. Sobre ellas nos referiremos más adelante.

Entonces, dentro de este marco cuando se habla de *“hecho”*, nos referimos a un proceso de exteriorización provocado por un acontecimiento producto de un evento de la naturaleza o por un comportamiento humano. Siendo así, el proceso de exteriorización el principal objeto de estudio, cuando analizamos el tema de los hechos jurídicos, sobre todo por la relevancia que se le otorga al entorno social. Resulta esencial recordar que el derecho es una ciencia social, lo que implica que su configuración está determinada por el espacio y el tiempo en el que se desarrolla.

Por esta razón, la *“juridicidad del hecho”*³ responde a ese espacio social; lo cual implica

una valoración que la sociedad realiza acerca de los acontecimientos que tienen incidencia dentro del ámbito colectivo. Lo anterior supone que la *“apreciación que haga puede asumir una doble actitud, según se apruebe o rechace el comportamiento como socialmente útil o dañoso”*.⁴

En este sentido, se plantea el *hecho jurídico* como *“todo fenómeno temporal importante para el Derecho sea evento o comportamiento, relevante o ineficaz, causal o efectiva”*.⁵

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

2.2. El Contexto Actual: ampliación de la “teoría de daños”

Nuestra sociedad actual se caracteriza por ser una sociedad de producción, de intercambios y de consumo en masa, donde los medios de comunicación y el desarrollo tecnológico han adquirido gran relevancia. Como consecuencia de ello, también los conflictos se convierten en asuntos de la colectividad, por ejemplo en materia de trabajo, de clases sociales, de etnias, de medio ambiente, de consumidor, entre otros.

Es por esto que no podemos hablar solamente de daños que afectan el carácter

3 Término tomado de Pérez Vargas. En: Pérez Vargas, Víctor. Derecho Privado. San José, Costa Rica, Imprenta LIL, S.A., 1994. Pág. 161.

4 Pérez Vargas, Víctor. Ídem. Pág. 161.

5 Pérez Vargas, Víctor. Ídem. Pág. 157.

individual de las personas, sino que se deben comprender aquellos daños que afectan simultáneamente a muchos individuos, pues constituye un fenómeno creciente y frecuente en las sociedades capitalistas e industriales. Como ejemplos de dichas situaciones, podemos mencionar, la contaminación del medio ambiente, los empaquetamientos defectuosos que perjudican a los consumidores, la corrupción de los funcionarios públicos que afectan la seguridad social y estatal, entre otros; todos distinguidos por tener un carácter colectivo o difuso.

Lo anterior inevitablemente ha repercutido en la manera tradicional de concebir el Derecho de Daños y los temas relacionados con la responsabilidad civil. El fenómeno de la responsabilidad por daños es sumamente amplio y liga muchos de los aspectos de la vida en sociedad. Incluso, en la actualidad, debido a los cambios sociales que experimentamos, la teoría de daños resarcibles y las de responsabilidad han sufrido un ensanchamiento aún mayor, para ajustarse a las nuevas necesidades de tutela de los individuos.

El cambio de paradigma nos indica el autor Rivero, se ha dado por diversas razones acaecidas en el siglo XX. Una de ellas es el gran desarrollo tecnológico y científico, que ha aparejado el aumento de riesgos y la aparición de nuevos tipos de daños. Otra causa, la configura el vertiginoso crecimiento de la población, y además el proceso de democratización que está experimentando la responsabilidad extracontractual, con la finalidad de ampliar la tutela y garantizar la reparación de todo tipo de

daño que sea causado⁶, lo cual se manifiesta con lo anteriormente referido con respecto a las nuevas tendencias de los elementos de éste tipo de responsabilidad y en las nuevas hipótesis que contempla la responsabilidad objetiva.

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

A su vez, este ensanchamiento de los daños resarcibles ha provocado la ampliación y apertura de la legitimación para solicitar su reparación.

A la luz de este panorama, es que se habla de “Derecho de Daños”, y no de responsabilidad civil, ya que éste derecho,

*“(...) tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona o a sus bienes, y también en una concepción más amplia, asegurar a los grupos intermedios o a la sociedad la protección y reparación de los denominados ‘intereses colectivos’”.*⁷

6 Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil. Primera Edición. San José, Costa Rica, Ediciones Jurídicas Areté, 1999. Pág 36.

7 Garrido Cordobera, Lidia María. Los daños colectivos y la reparación. Buenos Aires Argentina, Editorial Universidad, 1993. Pág. 18

Justamente este concepto sirve para abordar no sólo la temática de los intereses difusos y colectivos, sino también la del daño social, debido a que nos permite comprender que el daño puede tener una órbita plural, colectiva, que se da en razón de los cambios sociales que han influenciado el derecho; y que incluso puede llegar a afirmarse han provocado una socialización de éste, para que se ajuste a los presupuestos de la realidad en la que vivimos.

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

2.3. Intereses colectivos y difusos: una aproximación desde el bienestar social

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

La Sala Constitucional confirma esta postura al establecer que los intereses difusos y colectivos, son derechos inherentes al ser humano que encuentran su tutela en nuestro ordenamiento jurídico. Así mismo, indica que

este tipo de derechos “*participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos (por ser comunes a una generalidad) e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter*”.⁸ Además indica que:

“se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”.⁹

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

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

“(...) aunque de difícil definición y de más difícil identificación, no pueden

8 Voto N° 3705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

9 Voto N° 503-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

ser en nuestra Ley -como ya también lo ha señalado esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata entonces, de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas”.¹⁰

Es importante rescatar que el interés se encuentra difuminado entre una pluralidad de sujetos, que se caracteriza por la no identificación de manera certera los titulares de este tipo de derecho. Su titularidad pertenece a grupos de personas no identificables, pero unidas a partir de un elemento común, ya sea una característica física, su etnia, el sexo, su condición de consumidores de un determinado producto, entre otros. Sin embargo, por su amplitud compete a todos, por lo tanto cualquiera que se considere afectado tiene legitimación para procurar su defensa.

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

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

“ostentan las entidades colectivas, en las que sus miembros se han integrado a ella por tener un interés común. Sus miembros colectivizan el interés y el colectivo queda así legitimado para la defensa de esos intereses. El interés colectivo, llamado también por la jurisprudencia de la Sala como interés corporativo, como forma de legitimación procesal, no es una novedad en nuestro derecho procesal” (Voto salvado del Magistrado Batalla). Además que establecer en la resolución número 7056-95 que tratándose de asuntos en los cuales son las propias organizaciones sociales que a favor de sus afiliados plantean una acción de inconstitucionalidad, la jurisprudencia de esta Sala se ha encaminado a establecer que aplicando los llamados ‘intereses colectivos’, existe legitimación para accionar en esta vía”.¹¹

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

La protección de los intereses difusos y colectivos, además de ser una respuesta a

¹⁰ Voto N° 503-1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

¹¹ Voto N° 11924-2001 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver: Voto N° 14186-2008 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

los cambios sociales y al espacio actual, es la búsqueda de un mayor *bienestar social* para los habitantes de un territorio. Es por ello, que los ordenamientos jurídicos a través del derecho procuran la tutela de aquellos bienes que se consideran relevantes socialmente, a partir del establecimiento de regulaciones y de normativa que lo posibilita.

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

“por una parte, la lucha por el excedente mundial en el marco de la acumulación internacional de capital, plantea el espejismo de la hiper-explotación como mecanismo de supervivencia en ese entorno, y este conduce inevitablemente a la ampliación de la brecha social y de la desigualdad. Y por otra parte, las sociedades para mantenerse vigentes, competitivas, articuladas al concierto mundial de naciones, deben alcanzar un cierto nivel de cohesión interna, de integración y coherencia sociales que solo pueden conseguir asegurando a su población un nivel particular de bienestar social.

La reducción de esos niveles de bienestar social, por debajo de ciertas cuotas, fecunda comportamientos individuales y grupales que ponen en entredicho el funcionamiento y la eficacia social requeridos”¹².

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

“como un conjunto de condiciones y derechos, que la sociedad le asegura al ciudadano, que le permiten disfrutar de una certidumbre de supervivencia en un futuro razonablemente lejano, de aceptación personal, de salud, de educación, de recreación y de usufructo de un ‘comfort’ aceptable para sí y sus seres queridos. El lector podrá adivinar que las condiciones que conforman este bienestar social, son variables en el tiempo (históricamente determinadas), esto es influidas por el avance técnico-científico, por los cambios culturales, por el crecimiento de las comunicaciones entre naciones, por el desarrollo en la conciencia moral de las poblaciones”¹³.

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

13 Reuben Soto, Sergio. Ídem. Pág. 7.

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

Por tanto, las afectaciones que se producen a los intereses difusos y colectivos, configuran una alteración de las condiciones de bienestar que debe gozar una sociedad, afectando la calidad de vida de los ciudadanos de un determinado Estado.

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

“en palabras de Durkheim (1897), el conflicto social se puede impedir con “cohesión social”, esta cohesión se basa en la fuerza de la colectividad que provee de recursos a los individuos y beneficia a la sociedad. Para Bourdieu (1985), el capital social engloba todos los recursos que permiten al individuo el intercambio y reconocimiento mutuo en relaciones sociales duraderas y más o menos institucionalizadas. Además, reconoce la importancia del capital social como fuente no

*monetaria de poder, con la capacidad de generar beneficios individuales. Desde Bourdieu, hasta Halper el punto de coincidencia entre los autores es que las “relaciones sociales tienen valor” y ese valor puede resultar beneficioso para los individuos y sus comunidades”.*¹⁴

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

- **EL DAÑO SOCIAL: su conceptualización y principales características**

3.1. De la conceptualización restringida del daño social al entendimiento amplio de la figura

Los cuestionamientos entorno al concepto y la forma de aplicación de la figura del daño social tiene su base en la ambigüedad e indeterminación de la norma que prevé la posibilidad de plantear una acción civil resarcitoria, en el marco de un proceso penal para el reclamo del daño social. De acuerdo con el artículo 38 del Código Procesal Penal vigente:

“la acción civil resarcitoria puede ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se

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

trate de hechos punibles que afecten intereses difusos y colectivos".¹⁵

Justamente esta ambigüedad ha provocado que una figura que se encuentra en nuestra legislación desde hace más de veinte años, haya tenido un escaso desarrollo jurisprudencial, contándose con pocos precedentes al respecto, y doctrinario. Entre los precedentes que se pueden resaltar, está el más conocido, "*Caso Caja Costarricense del Seguro Social- Fischer*",¹⁶ por la divulgación que tuvo en los medios de comunicación, y cuya sentencia fue emitida en el año 2009 por el Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José.

Apartir de la intervención de la Procuraduría a este efecto en dicho proceso, se constató que la redacción del artículo es insuficiente,

generando en el ambiente jurídico nacional, la necesidad de especificar su contenido, forma de aplicación y lineamientos en general. Por esta razón, quizás, se despertaron en la corriente legislativa dos iniciativas de proyecto de ley¹⁷ para la reforma del artículo y se han realizado varias conciliaciones¹⁸ en la vía judicial por este concepto.

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

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

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

17 Proyecto De Ley. Asamblea Legislativa de Costa Rica., Expediente N° 16.343, agosto 2006. Mediante este Proyecto se pretendió la adición de un párrafo segundo al artículo 38 del Código Procesal Penal, según el cual "la reparación del daño consistirá en una indemnización pecuniaria que, de no existir base suficiente para fijarla será determinada, prudencialmente por el juez, según las circunstancias del delito, los intereses difusos o colectivos afectados, y la naturaleza y las consecuencias habidas o posibles del daño sufrido". Proyecto de Ley. Asamblea Legislativa de Costa Rica., Expediente N° 16.368, septiembre 2006. Mediante éste se propuso la reforma del artículo 38 mediante la adición de un segundo párrafo, indicando que "la acción podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses difusos o colectivos. En los delitos contra el ambiente cualquier persona también estará legitimada para el ejercicio de la acción civil. En tal caso, no podrá pedir ni recibir nada para sí, salvo lo relativo a las costas procesales".

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

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

Por su parte, el artículo 50 del mismo cuerpo normativo señala que *“toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”*. La norma, establece el derecho que tenemos todos los ciudadanos de vivir en un ambiente sano, término que no debe entenderse de forma limitada, asemejándolo a la concepción ecológica o ambiental que tenemos de éste. Por el contrario, la Sala Constitucional ha interpretado que:

“(...) el derecho a un ambiente sano tiene un contenido amplio que equivale a la aspiración de mejorar el entorno de vida del ser humano de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de toda esfera en la que se desarrolle la persona, sea familiar, la laboral, o la del medio en que habita. De ahí que se afirme que se trate de un derecho transversal, es decir que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando

sus institutos. El ambiente es definido por la Real Academia Española de la Lengua como el ‘conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos’, lo que recalca aún más el carácter general del derecho”.¹⁹

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

Con base en esto, es posible indicar que el daño social se produce por cualquier comportamiento humano que cause un menoscabo. El hecho puede ser un ilícito punible como lo señala la norma, o bien puede ser consecuencia de un ilícito civil, o incluso de un hecho lícito con un resultado dañoso. Sin embargo la particularidad de la figura radica en la afectación a intereses supraindividuales, que atañen a una colectividad o pluralidad de sujetos, con carácter general. Estas afectaciones según la Sala Constitucional, son las que tienen que ver con *“(...) el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, el buen manejo del gasto público, entre otros. [...] y que] trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se*

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

refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta.²⁰

Son las conciernen a todo el país, por relacionarse con intereses de todos los habitantes y no sólo de un grupo de ellos, de manera que cuando resultan lesionados, no se menoscaba solamente el interés específico en sí; por ejemplo el interés al buen manejo de los gastos públicos, afectándose un interés mayor, el bienestar social del cual gozamos.

Bajo esta concepción amplia del daño social, es factible semejar, aunque no completamente, su concepto al de los *daños colectivos*, los cuales han tenido bastante desarrollo doctrinario a nivel internacional,²¹ siendo de importante tutela dentro de los ordenamientos, pues al entrar en juego bienes colectivos o intereses sociales, se contribuye con la realización de principios relevantes como la justicia y la paz social.

Los daños colectivos son aquellos que, según el criterio de la autora Garrido Cordobera:

(...) inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. (...) no surgen de la simple suma de los daños individuales, presentan una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente

al grupo o a la sociedad que es víctima de la indiscriminada lesión.²²

Asimismo, señala que su trascendencia y presencia en nuestro entorno es tal que la autora Garrido Cordobera nos indica que:

(...) al analizar el tema de 'daño colectivo' tendremos un gran marco de fenómenos en los cuales – a modo de ejemplo deberemos analizar situaciones dañosas provenientes de huelgas, espectáculos deportivos conservación, el derecho de los consumidores, los ataques terroristas, etc.²³

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

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

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

21 En otras jurisdicciones como la argentina y la española, debido al replanteamiento del derecho de daños, por la masificación y carácter difuso de los peligros, se han venido reconociendo los daños colectivos

22 Garrido Cordobera, supra nota 7, Pág.56.

23 Garrido Cordobera. Ídem. Pág. 88.

3.2. Concepto de daño social

Al considerar lo explicado anteriormente, en especial las limitaciones del concepto actual en nuestro ordenamiento de daño social, planteamos una definición más comprensiva e integral de este.

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

3.3. Principales características del daño social

3.3.1. Elementos del daño social

El daño social al ser una especie del género daño goza de las mismas características que éste y otras particulares de su tipo. Así, debe cumplir necesariamente con los elementos generales del daño para resultar reparable. En primer lugar, debe de existir un daño cierto, no meramente eventual, que lesiones un interés jurídicamente relevante; pero de incidencia colectiva (intereses difusos o colectivos), que sea merecedor de tutela; su reclamación debe

ser personal, es decir, por los afectados y por una causa subsistente, a la hora de procurar su reparación.

Además, el daño social debe ser causado por un agente (sujeto activo), sea individual o colectivo, persona física o jurídica, un ciudadano o incluso, el mismo Estado. Este último por medio de sus acciones puede lesionar intereses de una colectividad e incurrir en responsabilidad civil extracontractual, como ya lo ha afirmado nuestra jurisprudencia.²⁴

El agente con su comportamiento, lícito o ilícito (penal o civil), debe causar la afectación que produce el daño, la cual debe dirigirse a un sujeto pasivo de carácter colectivo, pues la afectación tiene que necesariamente lesionar intereses legítimos de esa pluralidad. En este sentido Garrido Cordobera indica que, estas afectaciones

“(...) inciden sobre una colectividad propiamente dicha y los sujetos que son dañados lo son por constituir parte integrante de la comunidad. (...) no surgen de la simple suma de los daños individuales, presentan una autonomía, una entidad grupal, ya que afecta simultánea y coincidentemente al grupo o a la sociedad que es víctima de la indiscriminada lesión”.²⁵

A la luz de la afectación colectiva toma relevancia el tema del bienestar social, como una garantía otorgada por el Estado de tutelar los intereses valorados socialmente como relevantes. Finalmente, ésta afectación, surge el deber de reparación del daño ocasionado,

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

25 Garrido Cordobera. *Ibid.* Pág.56.

amparado en lo establecido por los artículos 41 y 50 de la Constitución Política, y 1045 del Código Civil, en los cuales se afirma la reparación del daño y la indemnización como un derecho constitucional que tiene todo ser humano y colectivo de encontrar un justo resarcimiento de los daños que le fueron causados.

3.3.2 Manifestaciones del daño social

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

Por su parte, la manifestación material del daño guarda relación con la patrimonialidad del bien afectado. Así, esta se presenta como consecuencia directa del actuar dañoso, y la constituye el menoscabo a intereses valorables económicamente o susceptibles de tal clase de valoración. Por esta razón caben dentro de ésta los conceptos de daño emergente y eventualmente, el de lucro cesante o frustración de un beneficio, para la colectividad. Al respecto, el Rivero sostiene que:

“(...) abarca tanto el menoscabo a objetos patrimoniales en sentido estricto, como la lesión a derechos ‘ideales’ [como los intereses difusos y colectivos], que carecen en primera

*instancia de un valor patrimonial en sentido estricto, pero de cuya lesión puede derivarse un daño valorable o medible en dinero”.*²⁶

En cuanto a la manifestación inmaterial, es aquella que no tiene que ver con una disminución patrimonial o económica de la colectividad. Se refiere más bien a la lesión que se ocasiona a valores, bienes o intereses de la colectividad que por su naturaleza no son apreciables pecuniariamente. Es equiparable a un daño moral (extra patrimonial) sufrido colectivamente, puesto que

*“(...) el afectado ya no es una persona física o jurídica en su esfera individual, sino un grupo o categoría que colectivamente y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significancia vital, tales como la paz, tranquilidad anímica, libertad individual, integridad física, el honor y los más caros afectos, por ello, el primer damnificado lo es la sociedad en su conjunto o bien, una generalidad indeterminada, sin perjuicio de que simultáneamente, también pueda resultar afectados en forma particular, algunos de los individuos del grupo”.*²⁷

Asimismo, el daño moral colectivo, se puede definir, de acuerdo a Peña como

“(...) aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a [la] lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada

²⁶ Rivero Sanchez, Juan Marcos, supra nota 6, Pág. 86.

²⁷ Peña Chacón, Mario. El daño moral colectivo. Inédito. San José, Costa Rica, 2010.

*por el daño acontecido en contra [de] un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión”.*²⁸

Por sus características, cuando ocurre un daño social de manifestación inmaterial, su reparación es difícil debido a que la estimación pecuniaria es compleja y de ardua actividad probatoria dentro del proceso. Al respecto, es importante señalar que si bien estos argumentos son ciertos, el daño no debe repararse siempre por medios pecuniarios; pues según el caso son válidos otros medios de reparación; tal como la reparación por equivalente o la de tipo simbólico. Lo que se busca es la preservación del bien colectivo y no, necesariamente, se logra siempre por medios económicos, máxime en materia de intereses difusos y colectivos donde la mayoría de los derechos que se resguardan son de carácter incorporal y extra patrimonial.

3.3.3 Legitimación para reclamar el daño social

En el ámbito jurídico existen dos tipos de legitimación, la pasiva y la activa. En lo que a la legitimación pasiva del daño social se refiere, va a ser el sujeto o sujetos contra los cuales se dirija la acción civil resarcitoria accesoria al proceso penal; o bien contra quien se dirija el actuar procesal, por la causación del daño, pues con fundamento en los artículos 41 de la Constitución Política y 1045 del Código Civil, la lista de los posibles agentes productores del

daño no es taxativa; todo aquel que cause un daño otro tiene el deber de repararlo.

El punto controvertido en cuanto a la legitimación del daño social, surge en cuanto a la legitimación activa necesaria para accionar la vía judicial a fin de establecer el reclamo de su reparación y procurar la tutela de los intereses supraindividuales.

Actualmente, con base en la disposición actual que regula el daño social, en relación con el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, ésta ostenta la legitimación activa en forma exclusiva para ejercer la acción civil resarcitoria por daño social, en razón de la delegación que le hace la ley. En ejercicio de dicha facultad la Procuraduría no interviene en su papel clásico, beneficio de los intereses del Estado, sino en pro de la colectividad.

Igualmente, el artículo 70 del Código Procesal Penal abre un portillo para que asociaciones, organizaciones, fundaciones y otros entes similares ejerzan la acción civil resarcitoria cuando se afecten intereses difusos o colectivos que guarden relación directa con el objeto de la agrupación.

Estas disposiciones limitan la figura del daño social, que tiene fundamento en el artículo 50 de la Constitución Política; debiendo tener, en principio, el reclamo de este daño una legitimación amplia porque la titularidad de los intereses en juego corresponde a todos, a la colectividad. De este argumento nace una de las principales objeciones al régimen actual de daño social.

28 Peña Chacon, Mario. Ídem.

3.3.4. Responsabilidad Civil por daño social

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

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

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

“(...) como el deber de quien crea un riesgo debe indemnizar el daño que provoque a un tercero. El riesgo es causa de imputabilidad cuando debido

*a la realización de ciertas causas y determinadas actividades, calificadas como peligrosas, se produce un daño”.*²⁹

Así pues, la responsabilidad por daño social puede darse bajo esta modalidad también, en la cual se da una inversión de la carga de la prueba, siendo el agente productor del daño quien tiene la amarra procesal y sustancial de probar y desvirtuar los cargos dañosos que se le imputan.

3.3.4. Reparación del daño social

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

El elemento de la reparación tiene que estar estrechamente ligado a la manifestación del daño que se presenta, para que este restablecimiento de la situación se adecue lo más posible a lo ocasionado, buscando siempre una reparación integral. De esta forma, si el daño social es material (patrimonial) su reparación será por medio de la restitución material de la cosa (o composición en especie), o con una estimación económica del bien o interés colectivo afectado. Esta forma de reparación es en ocasiones difícil por la naturaleza de los intereses involucrados.

Ante esta dificultad, resulta posible acudir a otros medios de reparación, como

29 Sentencia N° 815-2003 del Tribunal Agrario del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica.

la composición por sustituto, cuando se trate de una manifestación inmaterial (extrapatrimonial) del daño. En estos casos, existe una imposibilidad de revertir la causa de lesión al bienestar social. Bajo esta premisa, es entonces posible realizar una restitución por medio de una valoración económica del daño social ocasionado, o bien, recurrir a una reparación simbólica, mediante de la ejecución de actos que tiendan al beneficio de la colectividad afectada y la promoción de acciones que impidan la repetición de acciones que conlleven a este tipo de lesiones colectivas.

Lo relevante, en cualquiera de los medios reparatorias que se utilice, es la efectiva adopción de la medida que se destine a reparar en forma directa el daño social causado; de lo contrario, se desnaturaliza la figura de la reparación.

4. POSIBLES APLICACIONES DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

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

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

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

Dentro de este análisis, se debe comprender y enmarcar la figura del daño social, al amparar los derechos e intereses con carácter plural, los cuales son fundamentales para una sociedad al configurar su sistema axiológico, y los principios centrales que le dan origen y que posibilitan el orden social.

Como consecuencia de lo mencionado, proponemos que el daño social por su fundamento constitucional y por su importancia colectiva, pueda ser conocido en cualquier vía procesal, ya que con ello se garantiza el bienestar social. No sólo debe ser abordado e indemnizado en la vía penal, como bien se establece de manera expresa en el artículo 38 del Código Procesal Penal, lo que cumple con el principio de tipicidad esencial en esta materia, vía que es procedente cuando surge este daño como consecuencia de un hecho punible. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando no es consecuencia de un delito?; por esta razón, resulta imprescindible ampliar su cobro en otros

tipos de procesos, garantizando y tutelando los derechos regulados constitucionalmente. En suma, que el daño social no sólo sea reparado cuando se trate de hechos ilícitos, sino también cuando un hecho lícito lo produce.

Como consecuencia de lo indicado, la utilización de la figura y el cobro respectivo por concepto de su indemnización, cabe en cualquier proceso en tanto se configure una afectación a la colectividad.

En la actualidad con el daño social, se plantea y reconoce a la colectividad como un sujeto con derechos que pueden ser lesionados, se comprende como un ente que va allá de la suma de los individuos que lo componen.

La insuficiente regulación normativa que permita la efectiva tutela de los derechos colectivos consagrados en la Constitución Política, así como la ausencia de desarrollo doctrinario, ponen en tela de juicio la existencia y el fundamento de la figura misma, haciendo aún más difícil sostener la propuesta que se plantea. Lo dicho, supone el reto de ir más allá de la única norma de rango legal que trata el tema, y buscar las herramientas legales existentes en nuestro ordenamiento para garantizar la efectiva protección de la colectividad.

En los términos antes esbozados, resulta importante tener claro que la figura en estudio por sus características y fundamento constitucional, no sólo encuentra aplicación en la materia penal, donde se regula expresamente, sino también puede tener cabida en el ámbito civil, administrativo, constitucional y en procesos que garantizan los derechos de los consumidores, entre otros. De ahí que en

el presente apartado mostraremos algunas de estas ejemplificaciones de aplicación del daño social en los diferentes procesos.

4.1. Según hechos punibles

Siendo entonces posible al amparo del 38 de Código Procesal Penal antes indicado, tutelar los intereses difusos y colectivos cuando resulten dañados o afectados con motivo de un hecho punible; se considera que existen conductas de reproche, que por estar en contra de valores y principios relevantes para la vida en sociedad, tales como la seguridad, el ambiente, la administración de los fondos públicos, etc; deben ser sancionados y por lo tanto se configuran en objeto de represión organizada por parte del Estado.

Por tanto, desde el punto de vista del daño social, en cualquier delito comprendido en el Código Penal o en alguna norma especial que contemple hechos punibles, cabe la reparación e indemnización por este tipo de daño; lo principal es que se configuren los supuestos y elementos que le dan origen. Se puede dar tanto en el delito de robo, como en los de corrupción, o en los ambientales, o incluso en aquellos hechos en donde se constate una afectación al patrimonio cultural país.

Delitos ambientales

Pese a que la materia ambiental tiene su origen en normas constitucionales, siendo conocidas por el derecho público, no podemos dejar de lado la importancia que han generado las sanciones en la vía penal, por medio de los delitos en contra del ambiente, estos vienen a reforzar su carácter de derecho fundamental y la importancia del bien jurídico constitucionalmente tutelado.

De esta forma, plantear el tema del daño social en los delitos contra el ambiente, resulta fácil de entender, debido a la jerarquía que tiene el ambiente sano en el desarrollo de los seres humanos, situación por la cual se cuenta con un gran número de legislación que viene a regular y tutelar este bien jurídico en nuestro ordenamiento. Lo constituye la destrucción de un bosque con ocasión de incendio forestal, ya sea con dolo o culpa³⁰. En este caso no sólo se puede constatar una lesión al ambiente, sino también se configura y agudiza ese daño a la naturaleza cuando se afecta el bienestar social de las personas y poblaciones del entorno.

Asimismo, resulta aún más claro el daño a la colectividad, cuando dicho incendio destruyó el bosque cercano a una fuente de agua, que permitía la captación de la que depende el acueducto que suministra este líquido a toda la población de una comunidad, lo que afecta no sólo, la oferta hídrica, sino también la calidad del agua en el futuro. Por otra parte, cuando se deforestan zonas que tienen la función de configurarse como barreras naturales de protección contra inundaciones, se configura una situación que deja en gran riesgo a la comunidad que se encuentra en las partes bajas de la ladera, o a las poblaciones cercanas a los ríos sobre todo en época lluviosa.

Lo anterior, pone en evidencia que la reparación del daño ambiental, no supone una indemnización para los daños y perjuicios causados a la sociedad, es por ello que la figura

del daño social adquiere relevancia y vigencia cuando se trata del daño a la naturaleza, ya que con este último, se garantiza el restablecer la afectación ocasionada a la colectividad. Lo que es producto de la responsabilidad civil extracontractual que surge con ocasión de estos tipos de hechos punibles.

El daño social en los delitos ambientales, tiene cabida no sólo por lo ya mencionado, sino también cuando analizamos el bien jurídico que se protege, teniendo el medio ambiente como eje principal de análisis, cuyo carácter es de naturaleza colectiva, lo cual supone que es un bien que refiere a la satisfacción de necesidades sociales y económicas.

En términos generales, el delito ambiental se caracteriza por los siguientes elementos: primero se concibe como un delito de peligro, en tanto, sólo basta poner en peligro el bien jurídico para sancionar al sujeto activo, ello porque los bienes tutelados son de interés social y colectivo. Así mismo, como segundo elemento se tiene que son delitos culposos o dolosos, debido al interés jurídico que configura el medio ambiente. Y por último, son delitos de acción pública, lo cual refuerza su origen constitucional y la relevancia que tienen para el establecimiento del bienestar social.

Algunos ejemplos de delitos ambientales, contenidos en las distintas leyes los encontramos en el Código Penal,³¹ la Ley Forestal,³² la Ley de Aguas,³³ Ley de Conservación de Vida Silvestre,³⁴ entre otras.

30 Ver: delitos que se encuentran regulados en los artículos 59 y 60 respectivamente de la Ley Forestal.

31 Ver artículos de usurpación agraria (art.225), la usurpación de aguas (art.226), dominio público (art.227), daño agravado (art.229), piratería (art.258), la corrupción de sustancias alimenticias o medicinales (art.261), contaminación de otras sustancias (art.262), explotación indebida de riqueza nacional por extranjeros (art.291), resistencia (art. 305), usurpación de autoridad (art.310) y los referidos a delitos cometidos por funcionarios públicos (art.358).

32 En la Ley Forestal se encuentran desde el artículo 58 hasta el 63.

33 Ver artículo 162 y 163.

34 En la Ley de Conservación de la Vida Silvestre se tiene regulación de los delitos en los artículos 90 y siguientes de dicho cuerpo normativo.

Delitos tributarios

La naturaleza de los delitos tributarios, ha sido ampliamente discutida a lo largo de su desarrollo y consolidación. La determinación del bien jurídico tutelado por este tipo de delitos, no ha escapado a ello. Sin embargo, la mayoría de la doctrina sostiene que el bien jurídico tutelado es el patrimonio del Estado, el Erario Público y con ello, la Hacienda Pública. Entendida esta última, como el conjunto de haberes, bienes, rentas, impuestos, etc., correspondiente al mismo Estado. Éstos se caracterizan por proteger intereses patrimoniales de carácter supra individual, lo que permite desligarlos del simple delito patrimonial individual.

El delito al Fisco produce no sólo una lesión a la Hacienda Pública, como se indicó, sino también afecta directamente la función del Estado, como aparato garante del bienestar social. Al respecto explica Wittmann, que estos delitos lesionan *“(...) el buen funcionamiento de la intervención del Estado en la economía e impide la consecución de una serie de fines de carácter económico y social, que el Estado persigue con la percepción de los tributos”*.³⁵

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

encaminada a garantizar el orden económico del Estado. En este sentido, el delito al Fisco produce no sólo una lesión a la Hacienda Pública, como se indicó, sino también afecta directamente la función del Estado, como aparato garante del bienestar social.

Estos se pueden agrupar a partir de cuatro de los elementos que configuran el bien jurídico tutelado, además de que su afectación ocasiona daño social. Estos son:

- La defraudación fiscal, este se compone por el delito de inducción a error a la Autoridad Tributaria (art.92).
- Como segunda clasificación se encuentra la no entrega de los tributos retenidos o percibidos, en esta tipología encontramos el delito con la misma denominación, el cual se regula en el artículo 93. Este numeral refiere a los agentes retenedores o perceptores de tributos,³⁶ y al contribuyente del impuesto general sobre las ventas y del impuesto selectivo de consumo.
- Además, se tienen aquellas acciones en contra de los deberes de la función pública, aquí encontramos los delitos regulados en los artículos 98 y 98 bis, denominados responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión dolosa, y responsabilidad penal del funcionario público por acción u omisión culposa, respectivamente.³⁷

35 Wittmann Stengel, Susana. Delitos Tributarios: aspectos teóricos y prácticos. Corte suprema de Justicia, Escuela Judicial. San José, Costa Rica, 2009. Pág. 32.

36 En el artículo 23 del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, se definen estos términos cuando se indica que “son agentes de retención o de percepción, las personas designadas por la ley, que por sus funciones públicas o por razón de su actividad, oficio o profesión, intervengan en actos u operaciones en los cuales deban efectuar la retención o percepción del tributo correspondiente”.

37 Ver: Wittmann Stengel, Susana, supra nota 35, Pág 32.

- Por último, encontramos los ilícitos informáticos tributarios, clasificación en la que se ubican los delitos de acceso desautorizado a la información (art.94), manejo indebido de programas de cómputo (art.95), facilitación del código y la clave de acceso (art.96) y el referente al préstamo de código y clave de acceso (art.97).

Es claro que con el desarrollo de la puesta en marcha de la conducta típica contenida en los ilícitos tributarios, se incurre en una clara afectación a la colectividad, en tanto se afecta el desarrollo ordinario de un Estado impidiendo el cumplimiento de las tareas que le han sido encomendadas para la satisfacción de los intereses de sus ciudadanos, al impedirse la recaudación tributaria y el buen funcionamiento de la Administración Tributaria. Es por ello, que cualquier lesión a este bien jurídico, puede ocasionar un daño social.

- **Delitos contra de los deberes de la función pública**

Los delitos comprendidos en esta clasificación parten del supuesto de que le corresponde a la Administración Pública servir al interés general, lo que se enmarca en un sistema democrático que se rige por principios como la legalidad constitucional, la seguridad jurídica, la transparencia, en valores como la honradez y responsabilidad; así como la rendición de cuentas. Por su relevancia se han desarrollado un amplio conjunto de normas que vienen a regular y sancionar las conductas que afectan el buen funcionamiento de ésta.

Consecuencia de lo anterior, localizamos en nuestro ordenamiento una serie de conductas que han sido tipificadas con el propósito de

regular las actuaciones que contrarían el buen funcionamiento de la Administración; sobre todo que lesionan los intereses de carácter colectivo con el inadecuado ejercicio de la función pública que se les consigna.

Encontramos estos delitos en el Código Penal desde el artículo 331 hasta el 358 de dicha norma; asimismo tipos penales consignados en los artículos del 45 al 60 de la Ley contra la corrupción y enriquecimiento ilícito en la función pública.

Si bien el ordenamiento jurídico no es la causa ni la solución directa de los problemas que afectan la función pública, es importante tener presente que la adecuación del marco legal a los supuestos de hecho en donde se observan conductas contrarias a esos valores, es un medio por el cual se puede influir en procura de su idónea erradicación. Ya que, la indebida actuación de los funcionarios públicos y por ende de la Administración, es lo que lesiona a la colectividad, produciendo un daño social.

Ejemplo de lo anterior, lo constituye el delito de peculado (art.354 del Código Penal) en el ejercicio de la función pública, que lesiona el régimen democrático de nuestro país; con ello resulta difícil la gobernabilidad y genera la pérdida de credibilidad en la actuación de los funcionarios público. Consecuentemente, la pérdida de bienestar social, lo cual tiene un claro vínculo con los delitos de corrupción que tienen como bien jurídico tutelado lo antes mencionado. Al respecto se establece que estos delitos afectan:

“(...) a los seres humanos en general, es fundamental rescatar los principios y valores fundamentales que dan base al sistema democrático. Valores

*como la tolerancia, la igualdad y la solidaridad, que permitan fortalecer la democracia, orientada a que nuevas actitudes y creencias sirvan de pauta y delimitación de conducta para cada uno de los ciudadanos, y de los políticos”.*³⁸

En un delito como el peculado, al funcionario público es impulsado a actuar en modo distinto de los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de una recompensa. Además de ello, abarca las conductas referidas a actividades corruptivas realizadas por funcionarios públicos, con o sin participación de particulares, que ponen en peligro o dañan el patrimonio, los fines formalmente previstos o el funcionamiento del Estado, actuaciones que producen una afectación a los ciudadanos y con ello un daño social.

- **Delitos contra el patrimonio arqueológico nacional**

El patrimonio arqueológico nacional se constituye en nuestro ordenamiento como un bien apreciado socialmente, es por ello que se le brinda resguardo por medio de la Ley de Protección al Patrimonio Arqueológico.

Este patrimonio es un elemento esencial en el establecimiento y definición de la cultura costarricense, y de la configuración de la identidad nacional. Compartir un mismo origen histórico y tener objetos simbólicos que lo muestran, se convierte en un tema de gran relevancia en todo ámbito social. De ahí que

con la afectación de estos objetos, se configure un daño a la colectividad. En suma, un daño social.

Este daño se configura, ya que todo ciudadano tiene el derecho a conocer su cultura, así como los valores y principios que se establecen en un espacio colectivo.³⁹ Por lo anterior, el Estado ha emitido una serie de conductas típicas que sancionan la destrucción de este patrimonio arqueológico, ya que el propósito de la misma normativa, es establecer la responsabilidad de todos los costarricenses de conservarlo y cuidar estos símbolos con fin de garantizar que las futuras generaciones tengan acceso a la historia de las culturas indígenas de nuestro país.

Los artículos 20 y siguientes dicha la ley, penan con prisión conductas que lesionan el bien jurídico tutelado, por ejemplo: se sanciona el no dar cuenta de los hallazgos arqueológicos, el dañar o destruir un monumento, el realizar trabajos materiales o explotación arqueológica sin autorización, el disponer para sí o para otros de los objetos arqueológicos, comerciar los objetos, sacar o pretender sacarlos del país, entre otras conductas.

Es claro que con la comisión de alguno de estos hechos punibles, se está ocasionando un daño social, una afectación a la colectividad que tiene fundamento en la pérdida, destrucción o apoderamiento indebido de los objetos arqueológicos que constituyen propiedad del Estado, pero que definen nuestra identidad nacional.

38 Mata, Sianny. Las acciones represivas de política criminal contra la corrupción del servidor público en Costa Rica y crítica al tratamiento diferenciado del instituto de la prescripción de la acción penal en materia de delitos contra la función pública: análisis de la “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica. San José, Costa Rica, 2004. Pág 3.

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

- **Delito contra el patrimonio histórico arquitectónico**

Al igual que en la ley antes indicada, en la Ley de Patrimonio Histórico Arquitectónico se buscan la conservación y la preservación del legado cultural e histórico. En este caso, con respecto de aquellas construcciones que tiene un valor histórico-arquitectónico y significado relevante en la configuración de la cultura nacional. Su ámbito de aplicación comprende además de la totalidad de edificaciones, los monumentos, los sitios y centros históricos así declarados.⁴⁰

Constituyéndose en un aspecto central en el rescate de nuestra historia arquitectónica, por lo que cualquier afectación a estos inmuebles puede llegar a configurar una afectación a la colectividad, un daño social. Este dependerá de la gravedad del daño y de las características históricas del inmueble. Daño que pudo cobrarse con el incendio ocasionado a la Casona de Santa Rosa y los objetos que se encontraban dentro de ella, al dañarse un bien de mucha relevancia histórico-cultural del país.

En el artículo 20 de la ley en discusión, se sanciona con pena prisión a quien dañe o destruya un inmueble declarado de interés histórico-arquitectónico. Ello, no es más que una muestra de la relevancia social que estos bienes tienen en la creación y transmisión de la cultura nacional.

- **Delitos contra los derechos de los consumidores**

La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, vino a

poner en evidencia un tema central en el desarrollo económico del país, protegiendo a los distintos sectores que componen este complejo ámbito.

Los consumidores dentro de la economía de los países son un pilar esencial, al ser los agentes económicos más importantes en la actividad del mercado, no sólo nacional, sino también internacional. Se conciben como un colectivo que puede ser dañado o lesionado con la dinámica del mercado mismo y con las acciones efectuadas por los comerciantes o empresarios.

En este tema es claro que persiste un interés general, no sólo para los comerciantes en la venta y distribución de sus productos, sino para los consumidores que tienen el derecho de contar con información y calidad en estos. Además del beneficio que sufre la economía del país cuando las relaciones comerciales y el mercado cuenta con acuerdos y estabilidad.

Los derechos de los consumidores nacen como una protección legal, que surge luego de un desarrollo económico, en la cual comerciantes empiezan a producir y comercializar productos en masa. Se estableció como una necesidad de proteger la posición desigual o vulnerable de los consumidores ante una economía capitalista, en donde cada vez es mayor el poder de las empresas.

Por lo anterior, se han establecido distintos mecanismos de protección. Uno de ellos lo configura el penal que sanciona a los autores y coautores de hechos punibles que afectan a los consumidores, y en los cuales cabe el cobro por daño social, por la lesión a sus intereses colectivos, ya que se entienden

40 Voto N° 0265-2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

a los consumidores como una colectividad, la cual se puede ver afectada por acciones que lesionan sus derechos como grupo. Debido a lo anterior, se establece en el artículo 63⁴¹ de la misma Ley los delitos que perjudican al consumidor.

Los delitos citados en dicho artículo, no deben comprenderse como una lista taxativa, sino como una muestra de los posibles de ilícitos en los que se pueden afectar los derechos de los consumidores, y producir a partir de ellos pueda darse la existencia de un daño social. Otros ejemplos son, los relacionados con la salud, que encuentran regulación en la Ley General de Salud, la Ley de Aguas o en mismo Código Penal con respecto a los delitos relativos a la seguridad común, entre otros.

- **4.2 Según hechos lícitos o ilícitos civiles**

Debido a la regulación expresa del daño social en el Código Procesal Penal, bien puede pensarse que su cobro resulta improcedente en otras materias por no encontrarse de manera expresa regulado. Sin embargo, por su origen y fundamento constitucional consideramos que sí es posible pretender en otras vías su reparación e indemnización, sin que esto sea contrario al ordenamiento jurídico.

Lo anterior, encuentra sentido cuando analizamos que lo que se protege con esta

figura son derechos colectivos, ya consagrados en la Constitución Política. Asimismo, por disposición legal cuando los derechos son contrariados, surge como consecuencia de ello, la garantía del artículo 41 de la misma Constitución, cuando otorga el derecho de ostentar una reparación integral de los daños causados a esa pluralidad de personas. Por tanto, no es el procedimiento utilizado lo que debe garantizar la tutela de estos derechos, sino más bien como ya se indicó, dicha tutela debe ser garantizada por ser un derecho de rango constitucional que comprende el ordenamiento jurídico.

Sostenemos que el cobro por daño social cabe cuando se trata de hechos lícitos o ilícitos civiles, los cuales se pueden conocer en vía civil, o en la administrativa cuando se produce como consecuencia de la actuación de la Administración, en los procesos que tutelan los derechos de los consumidores, o bien en la vía constitucional por medio de un recurso de amparo.

- **Vía civil**

Consecuencia de los cambios sociales, y con ello, la ampliación de la responsabilidad por daños, que supone un ensanchamiento de los daños resarcibles, con el fin de ajustarse a los nuevos derechos y necesidades de tutela de los individuos.

41 "(...) las penas de los delitos de 'usura', 'agiotaje' y 'propaganda desleal', indicados en los artículos 236, 238 y 242 del Código Penal, deben duplicarse cuando se cometan en perjuicio de los consumidores, en los términos estipulados en el artículo 2 de esta Ley. Las mismas penas se aplicarán cuando el daño causado exceda el monto equivalente a cincuenta veces el menor de los salarios mínimos mensuales, o cuando el número de productos o servicios transados, en contravención de los citados artículos, exceda de cien. Se reprimirá con la pena prevista en el artículo 216 del Código Penal, tipificado como "estafa", a quien debiendo entregar un bien o prestar un servicio, ofrecido públicamente en los términos de los artículos 34, 37 y 41 de esta Ley, no lo realice en las condiciones pactadas, sino que se valga de un engaño o cualquier otra acción manipuladora. En esos casos, la Comisión nacional del consumidor debe remitir el expediente a los órganos jurisdiccionales penales, de conformidad con el inciso f) del artículo 53 de la presente Ley"

Progresivamente, el nuevo derecho de daños, con criterios solidaristas, se orienta hacia la objetivación de la responsabilidad, y toma en cuenta otros criterios basados en valoraciones económicas, sociales, etc., imponiendo que el daño sufrido no sea asumido exclusivamente por la víctima y pueda ser trasladado económicamente a un tercero. La idea se centra no ya en sancionar o castigar al autor de la conducta antijurídica, sino en la necesidad de que el daño sea reparado. Por lo que se comprenden la responsabilidad extracontractual subjetiva y la objetiva a la vez, cuando se trata de indemnizar el daño producido a la sociedad.

De ahí que, por medio de los procedimientos existentes, consideramos que al verse afectados esos intereses de la colectividad, el daño social puede ser cobrado en la vía civil. Esto es producto del proceso de democratización que está experimentando la responsabilidad extracontractual, con el propósito de extender la tutela y garantizar la reparación de cualquier tipo de daño que sea ocasionado.

En esta vía, el daño social, debe comprenderse como un daño más, que debe ser reparado dentro de las posibles afectaciones que se pueden indemnizar, en tanto cumpla con los elementos requeridos para su configuración y existencia.

Lo anterior cabe, cuando se traten de hechos lícitos o bien cuando nos encontramos ante un ilícito civil. Este último se plantea como un comportamiento simplemente dañoso, no tipificado por la ley penal y cuya sanción consiste en imponer al autor la obligación de resarcir o indemnizar el daño. Simplemente son actos dañosos que recaen sobre algún interés de relevancia colectiva.

- **Vía contencioso administrativa**

Proponemos la posibilidad de cobrar en esta vía el daño social, cuando el Estado es el agente productor del mismo, ya sea por comportamiento lícito o simplemente por la producción de hechos dañosos.

Debido al sistema de responsabilidad que aplica en esta rama del Derecho, según se trate de uno u otro régimen de responsabilidad administrativa, ya sea con falta o sin falta. La responsabilidad extracontractual de la Administración, se da cuando los administrados sufren lesiones antijurídicas que no tienen el deber de soportar y, como consecuencia, tienen el derecho de ser indemnizados o resarcidos. Esto por encontrarse dentro de la construcción de una Administración prestacional, en donde el desarrollo industrial y tecnológico han ocasionado un aumento de peligros y riesgos que enfrentan los administrados.

La responsabilidad que tiene el Estado no sólo en administrar de manera eficiente y correcta las temáticas de índole pública, ligadas a sus funciones, sino también, debe responder por los daños ocasionados a la colectividad.

Un ejemplo de lo anterior, lo constituye la utilización de sustancias radioactivas en los hospitales, que si bien se realiza la inspección, calibración, medición y el ejercicio del control de calidad de los equipos; no obstante y a pesar de ello, se ocasiona un peligro o daño y este debe ser indemnizado, no sólo a las personas que directamente sufrieron algún perjuicio con las radiaciones, sino también a la colectividad por el mal servicio prestado y por la población que dejó de recibir tratamiento para su enfermedad.

Además, se puede concebir el daño social en temas relacionados con las concesiones o contratación administrativa, que por las dimensiones de las obras y por la relevancia que tiene ciertos temas que caben bajo estas figuras, con cualquier error en la adjudicación o contratación, se podría incurrir en un daño a la colectividad. Cobro que es posible cuando se configuren los elementos requeridos para la constatación del daño mismo.

- **Vía constitucional**

Plantear el tema del daño social en el ámbito constitucional, permite que por este medio se constate la existencia de un daño social, y con ello garantizar su cese. Lo anterior, con el fin de procurar el bienestar de todos y la efectiva tutela de los derechos fundamentales de la colectividad.

En sentido, consideramos que lo dicho es posible a través del recurso de amparo, el cual se regula en los artículos 29 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Este medio busca garantizar el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales.

Recurso que encuentra fundamento al plantearse, desde el ámbito del daño social, con base en el artículo 50 de la Constitución Política, cuando se vulneran los intereses colectivos y difusos. Sobre este tema la misma

Sala Constitucional ha reconocido que con respecto al ambiente esta vía es competente para garantizar su tutela.

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

Para garantizar una efectiva tutela de los derechos colectivos, en el artículo 75 del mismo cuerpo normativo,⁴² se exonera del requisito de tener el asunto pendiente, ya sea en la vía judicial o en la administrativa, cuando por *“la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto”*.

El recurrir a esta vía podría parecer en principio inapropiado, con motivo de la imposibilidad de obtener una indemnización pecuniaria, ello sin detrimento de poder acudir a la vía correspondiente para su cobro. Sin embargo, lo esencial es la defensa de los derechos que comprenden los intereses difusos y colectivos, y con ello el fundamento mismo del daño social.

42 Dicho artículo indica que “Artículo 75. Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado. No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto. Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes. En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles”.

5. ALGUNAS REFLEXIONES ENTORNO AL TEMA

De acuerdo con lo expuesto en los apartados anteriores, se han analizado diversas situaciones en las cuales puede surgir un reclamo por daño social y solicitar su reparación en diversas instancias judiciales, este no pretende ser un análisis taxativo, pues el Derecho de Daños es casuístico, admitiéndose la posibilidad de evaluar las particularidades de cada caso en concreto.

Sin duda alguna se trata de una figura que presenta un rango de aplicación muy vasto en razón de su naturaleza colectiva. Este nacerá y será siempre reclamable cuando se vulneren intereses difusos o colectivos, no siendo relevante el tipo de acción con la cual se ocasione; pero sí es tutelable su reparación en alguna de las vías ya mencionadas, según las características del interés vulnerado, y en tanto se cumplan los requisitos para la configuración del mismo daño.

Es entonces de suma importancia observar como propuesta inicial para su mejor aplicación en nuestro sistema, que el daño social no se reduce únicamente al campo del derecho penal, como podría pensarse. Si bien nuestra legislación lo que prevé es su reclamo, cuando es consecuencia de la comisión de un delito, la figura en sí, tiene en un destino práctico más cercano al derecho civil; pues se busca su resguardo por medio de una acción civil resarcitoria.

Así, una las propuestas necesarias para el mejoramiento en su aplicación, radica en que los titulares de los intereses difusos y colectivos dañados se aventuren a emprender su reclamo ante los tribunales. Con su utilización práctica, la figura dejará de ser una mera estipulación

de la ley y en la misma Constitución Política, pasando a ser un mecanismo jurídico con utilidad real para el resguardo de los derechos transindividuales. Igualmente, con su uso en el sistema jurídico, se contará con mayor desarrollo jurisprudencial y se incentivarán las investigaciones doctrinarias respecto al tema.

En la medida que esto se realice, se le otorgará mayor contenido al daño social como opción de resguardo a estos intereses e indirectamente, se contribuirá a la prevención de hechos lícitos o ilícitos con los cuales se les pueda menoscabar, siendo este uno de los fines del Derecho de Daños.

No obstante, tal y como se encuentra la legislación vigente resulta necesario realizar algunas precisiones mejorar e incentivar la utilización práctica de la figura en cuestión. Estas reflexiones se dan en torno a temas que pueden generar cuestionamientos, tales como: su identificación, cuantificación, legitimación para su reclamo, el papel del juez y las partes en relación con este y, finalmente, la necesidad de apertura de nuevos mecanismos judiciales para su reclamo.

5.1. Sobre la identificación del daño social

Es de suma relevancia para que a figura del daño social sea aplicable que éste se encuentre identificado, de tal forma que se configure el elemento de certeza.

La adecuada identificación es necesaria para el posterior nacimiento de la responsabilidad civil del causante. Esta consiste en el reconocimiento del efectivo y persistente menoscabo ocasionado a los intereses de la colectividad, sean difusos o colectivos. Se logra al constatar por medios fehacientes la lesión que ha sufrido el interés

o el bien colectivo tutelado; o al menos, con la existencia de la pérdida de oportunidad para la colectividad, apartándose lo acaecido de lo meramente eventual o hipotético; y además, subsistente a la hora de realizar el reclamo judicial.

Igualmente, dependerá también de la naturaleza del bien y de la constatación de una lesión indivisible, lo que se constata cuando el uso del bien o el interés dañado sea de todos los damnificados y no resulte susceptible de apropiación privada; pues estaríamos ante otro tipo de daño. Lo dicho, es de gran importancia pues en la determinación del bien jurídico tutelado que se ha visto menoscabado radica la clave de la posible aplicación de la figura, pues si no se demuestra la afectación a la colectividad, no podrá configurarse uno de sus elementos esenciales lo cual imposibilitaría su reclamo ante las entidades jurisdiccionales.

5.2. Sobre la cuantificación del daño social

El tema de la cuantificación del daño social guarda estrecha relación con la identificación de éste; pues no será cuantificable sino ha sido correctamente identificado, establecidos sus elementos, el sujeto o sujetos causantes y la colectividad víctima de la lesión, y primordialmente, la naturaleza del bien colectivo o del interés –colectivo o difuso- que ha sido menoscabado.

No obstante su la importancia, este elemento dentro del Derecho de Daños, es uno de los que genera mayor discordia, tanto en la doctrina como en los tribunales, por la

falta de parámetros y sistemas que ayuden a fijar su quantum de forma igualitaria en casos similares ,y en la medida que sea más justa y apegada a la magnitud del daño causado; de manera tal que se propicie una reparación integral, para reparar e indemnizar de forma que semeje que el hecho dañoso para una colectividad nunca acaeció.

Al respecto, es importante señalar que deben observarse los principios de igualdad y equidad, así:

“(...) la cuantificación de daños impone un ejercicio de equidad en sumo grado como modo de reconocer judicialmente sufrimientos concretos, por tanto de nada sirve un discurso teórico progresista de la responsabilidad que, verbigracia, es pródigo con posturas de índole sustantivas (reconocimiento de nuevos daños, recurso a presunciones que mejoren la situación de la tutela sustantiva, etc.) si no se compadece con una valoración real de las circunstancias sufridas”.⁴³

No basta que nuestra ley habilite la posibilidad de cobrar el daño social o que se utilice la figura en las distintas vías judiciales, también es necesaria la participación y colaboración de las partes para ello. Se requiere de la labor de los jueces en calidad de “perito de peritos”, y que las partes con el deber que tienen de probar el daño, analicen y busquen una valoración real del daño social causado. La valoración del daño social, para ser completa, debe limitarse a la afectación causada y las dimensiones que puedan contener, tanto la patrimonial como la extrapatrimonial.

43 Santarelli, Fulvio Germán. Cuatificación del daño. Exposición en el Ciclo de Conferencias sobre “Responsabilidad Civil”, de 30 de mayo de 2005, desarrollada en Buenos Aires, Argentina. En: <http://www.cpacf.org.ar/doctrinas/institutos/derechocivil/fulviosantarelli.pdf> Consultada el 10 de mayo de 2010.

En caso de la valoración patrimonial del daño, se deben recurrir a los conceptos clásicos dentro del tema de responsabilidad civil de daño emergente y lucro cesante. Sin embargo, la valoración del daño social extrapatrimonial resulta mucho más compleja. Este sí resulta indemnizable, por la afectación a valores o a intereses intangibles que revisten de importancia para la colectividad a la cual se le han menoscabado.

Se admite entonces la posibilidad una estimación de su valor que permita una recomposición monetaria o bien recurriendo a otro tipo de medidas de reparación. Esto por cuanto los intereses difusos y colectivos, no tienen un valor o precio cierto y por las imposibilidades técnicas, materiales y probatorias que dificultan esta labor.

En la práctica del Derecho, se han desarrollado algunos métodos para la cuantificación de daños de carácter extrapatrimonial. Estos pueden ser de tipo directo, como por ejemplo los que intentan fijar un precio de acuerdo con el valor que se le otorga a la existencia de determinado bien colectivo o interés grupal, o los que buscan determinar un valor a los gastos que se requieren para reemplazar la función que cumple determinado bien o interés para el grupo. O bien, hay de tipo indirecto, como los que buscan el valor que le dan las personas a los intereses difusos y colectivos en general, como por ejemplo, al valor que le otorga la población al patrimonio cultural, a la hacienda pública, a la imagen del Estado, al ambiente sano y ecológicamente equilibrado u otros. Aunque estas técnicas no son enteramente precisas ni exactas, pueden facilitar la tarea de cuantificación.

Por lo anterior, resulta conveniente, además de usar estos criterios subjetivos de

valoración, el apoyarse de la experticia de peritos en distintas ramas, los cuales pueden realizar una aproximación más cercana al verdadero valor de estos intereses al considerar distintas variables.

Asimismo es de fundamental el papel activo que deben adoptar tanto el juez como las partes al momento de una pretensión por daño social, ya que deben a la hora de ejercer la acción enfocarse en los parámetros vitales en la tarea jurisdiccional para establecer las indemnizaciones en discusión. Debe evaluarse: la magnitud del daño y su posible irreparabilidad, el período durante el cual se desarrolló el hecho dañoso, las características del causante, la comunidad o grupo afectado, la vinculación económica, sentimental o cultural de la sociedad con el interés menoscabado, la previsibilidad del daño, el dolo o la culpa del agente (de ser el caso) y la posibilidad de evitar o atenuar las consecuencias del hecho dañoso, entre otros.

En la medida en que estos parámetros sean alegados por las partes y demostrados, cuando les corresponda por los medios de prueba disponibles, el juez tendrá una visión más amplia para determinar la cuantificación del daño causado a la sociedad.

5.3. Sobre la legitimación activa del daño social en nuestro sistema jurídico

Quizás uno de los temas que despierta mayores interrogantes en el daño social es quién ostenta la legitimación activa para su relamo, por los problemas que puede despertar a nivel procesal. Dicha interrogante no surge solo en nuestro país; sino también en varias jurisdicciones donde se tutela la reparación de daños de incidencia colectiva. Se da por la dificultad para establecer el sujeto o sujetos

determinados para ejercer la acción; pues por el daño resarcible es único y recae sobre el grupo; por tanto, cualquiera de los sujetos que conforman la colectividad, en principio, estaría legitimado para el ejercicio de la acción en pro del bienestar grupal, no propio. Este argumento tiene soporte, al afirmar que:

*“(...) el interés de grupo es común, no diferenciado e insusceptible de fraccionamiento. O es del grupo o no es de nadie. Porque si alguien acapara el daño en su totalidad para sí, deja de ser coparticipado y homogéneo para ser individual o plurindividual”.*⁴⁴

Como se indicó, en Costa Rica, actualmente se mantiene un sistema de legitimación restringido, donde se habilita exclusivamente a la Procuraduría General y a las asociaciones o fundaciones cuyo objeto se relacione directamente con el interés menoscabado.

Para accionar un proceso de este tipo, en la vía que sea, no solo habrá que ostentar la titularidad del interés dañado, sino también el que lo pretenda debe tener un interés en accionar, el cual no puede estar orientado al beneficio propio. Debe buscar la reparación del interés dañado, en beneficio del bienestar social, de lo contrario se incurriría en la figura del abuso de derecho.

Así, una de las propuestas más importantes en cuanto a la legitimación, es la apertura de ésta para que sea coincidente con lo estipulado en el artículo 50 de la Constitución, ya que la misma Carta Magna es la que habilita la

legitimación amplia, pero no está siendo correctamente aplicado. Al respecto, señala Armijo, citando al autor Allorio, que:

*“(...) el problema de legitimación no es un problema de la teoría, sino que responde a una decisión política del legislador, pues éste, desde el momento en que aprueba la ley, señala a quién le corresponde la tutela y por consiguiente se sobreentiende la presencia del interés en la norma que lo autoriza para interponer la acción”.*⁴⁵

Es evidente que el legislador costarricense, con base en lo dispuesto por la Constitución, ha tomado la decisión política de una legitimación amplia a la hora de tutelar los daños que se causen al derecho al ambiente, el cual contiene dentro de su espectro varios intereses difusos y colectivos. No obstante, el problema ha radicado en la aplicación; pues no se ha explotado este mecanismo legal para la tutela efectiva en nuestro país de los intereses transindividuales.

La clave, en cuanto a la legitimación, radica en que cualquier sujeto que se encuentre en las condiciones anteriormente indicadas; es decir, que vea su interés difuso menoscabado por una situación de hecho, la cual a su vez le causa perjuicio junto a la colectividad; o bien, un sujeto parte de algún grupo cuyos intereses colectivos se vean mermados, pueda accionar bajo la vía correspondiente, para pretender su tutela y reclamo del daño social, cuando corresponda.

44 Galdós, Jorge Mario. Daños Colectivos. Convergencia Procesal y Sustancial. En: desarrollo.uces.edu.ar:8180/dspace/bitstream/.../420/.../Daños_colectivos.pdf. Consultada el 8 de mayo de 2010.

45 Allorio, E. Citado en: Armijo Gilbert. La Tutela Constitucional del Interés Difuso. San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., 1999. Pág. 51.

La legitimación la puede tener siempre cualquier sujeto, pero los efectos de la sentencia serán extensivos a toda la colectividad, con carácter de cosa juzgada, y se realiza la salvedad que el reclamo del daño social lo hace el individuo en representación de la colectividad afectada, nunca en beneficio personal. Por esto último, torna de gran importancia en estos procesos, el otorgamiento de medidas opcionales de reparación, distintas de una valoración pecuniaria del daño, orientadas a la restitución del bien o interés dañado y en beneficio de la colectividad.

Una postura similar es la que se sostiene, según Artavia, en el Proyecto de Código Procesal General, ya que en este:

“(...) se mantiene el concepto clásico de legitimación, pero eliminando esa conceptualización para el caso de los intereses de grupo, al establecer que ‘salvo los intereses de grupo, en todos los casos deberá mediar un interés directo, inmediato, personal, actual y cierto’ [...]. Se distingue desde el inicio la tutela de los intereses difusos y colectivos o gremiales. Los difusos podrán ser ejercidos indistintamente por cualquiera en interés de la colectividad. Los colectivos pertenecientes a un grupo determinados de personas o referidos a un sector de la sociedad, podrán ser ejercidos por personas, grupos, organizaciones, asociaciones con no menos de 30 personas o instituciones públicas, y que en todo caso tengan por objeto o estén vinculadas de manera directa y actual a esos intereses, que

*además resultaren perjudicadas por el hecho u omisión violatorio del interés colectivo”.*⁴⁶

Claramente, la legitimación se verá siempre sujeta a una materia tutelable, relacionada con los intereses grupales, tales como la salud, el medio ambiente, la ecología, la prevención de desastres, la conservación de especies, valores históricos, arquitectónicos y arqueológicos, los bienes de uso público, los recursos naturales, los derechos de los consumidores, entre otros.⁴⁷

5.4. Sobre la apertura de nuevos mecanismos para su reclamo

Partiendo del panorama expuesto, necesaria la apertura de nuevos mecanismos judiciales por medio de los cuales pueda reclamarse el daño social junto con su efectiva e integral reparación.

Especialmente, es necesaria cuando de los intereses difusos se trata; en cuanto a los colectivos, siempre existe la posibilidad de que asociaciones, fundaciones u organizaciones legalmente constituidas planteen la acción por tener un objeto relacionado en forma directa el interés menoscabado. Sin embargo, en lo que a los intereses difusos se refiere la necesidad es mayor, por no contar los titulares con una posibilidad similar.

Respecto de los mecanismos para el acceso a la tutela de los intereses difusos, se pueden distinguir dos: uno de ellos es la tutela

46 Artavia B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: GIDI, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Primera Edición. México: Editorial Porrúa México, 2003. Pág 572.

47 Artavia B, Sergio. La protección de los intereses de grupo en el Proyecto de Código Procesal General de Costa Rica. En: Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Idem. Pág 573.

pública del interés difuso y el otro, responde a la tutela colectiva de éstos. En cuanto al primero, la tutela de los intereses difusos se confía legalmente a órganos o entes públicos trascendiendo la esfera individual, lo cual no implica que estos sean los titulares del interés menoscabado y jurídicamente tutelable, sino que actúan como representantes de la colectividad ejerciendo la acción. En cambio, la tutela colectiva propugna por una legitimación más abierta para accionar en beneficio de la colectividad y responde de esta forma a nuevas maneas de protección de este tipo de intereses, las cuales se han implementado en otros países, como Estados Unidos, España, México y Brasil.⁴⁸

Justamente, en virtud de esta tutela colectiva se han venido desarrollando otros mecanismos que responden de manera más eficaz a las exigencias y necesidades sociales. Un ejemplo de ello, son las acciones colectivas o de clase, para la tutela de intereses y reclamos de daños de esta naturaleza.

No obstante, en nuestro país, tales figuras no se encuentran contenidas en la legislación, e incluso la Sala Constitucional ha sostenido que no son admisibles. Al respecto, dicha Sala indica, en el contexto del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional que:

“(...) no se ha admitido la tesis de que se permite la acción popular en esta materia, entendida como ‘(...) toda posibilidad de accionar en esta vía sin requerimiento del todo la vinculación con el asunto principal’

*y se ha exigido a los accionantes demostrar que se encuentran en alguna de las causales para la acción directa de inconstitucionalidad regladas en los párrafos segundo y tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional”.*⁴⁹

Pese a los criterios jurisprudenciales vigentes en nuestro país, las acciones colectivas o populares son una herramienta de suma relevancia para la tutela colectiva de los intereses difusos y colectivos. Aunque no se encuentran reguladas ni aceptadas jurisprudencialmente, este es un paso que debería darse, no solo para la protección de dichos intereses sino también para el reclamo del daño social.

5.4. Sobre la inclusión de acción colectiva o popular en el ordenamiento jurídico costarricense como medio para el reclamo del daño colectivo

Ante el panorama presentado es evidente que en nuestro país se perfila como necesaria la inclusión de acciones más completas y efectivas para el resguardo de los intereses grupales, ya para el reclamo de reparación por daño social; ya que no existe una sistematización de normas sobre procesos colectivos, aunque si están presentes algunos artículos en diversos cuerpos normativos donde se tutelan los intereses de grupo.

Un mecanismo que puede resultar útil a este fin, como ya ha sido probado en otras jurisdicciones, son las acciones colectivas o

48 Armijo Gilbert, supra nota 45, Pág. 52 a 61.

49 Voto N° 1634-1990 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el mismo sentido ver : Voto N° 550-1991 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, y Voto N°4705-1993 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica.

populares, las cuales son el medio procesal para la protección de los derechos o intereses difusos y colectivos. Se pueden definir como aquella:

“(...) acción propuesta por un representante (legitimación) en la defensa de un derecho colectivamente considerado (objeto del proceso) cuya inmutabilidad en la autoridad de la sentencia alcanzará a un grupo de personas (cosa juzgada). En la acción colectiva los derechos de grupo son representados en juicio por un representante y la sentencia será respecto a toda la controversia colectiva, alcanzando a los miembros titulares del derecho de grupo”.⁵⁰

La anterior definición engloba las características esenciales de este tipo de acciones y son la realización de un solo litigio, donde el derecho o interés bajo discusión o menoscabado pertenece a un grupo de personas y una sentencia vinculante para todos los integrantes de ese grupo. Es decir,

se da una dimensión colectiva del sujeto, de la causa y del objeto.

Asimismo, dentro de las ventajas de esta acción se pueden mencionar sus características, indivisibilidad del bien jurídico, existencia de un grupo, dificultad para precisar los afectados, dimensión social y unidad de la causa;⁵¹ las cuales colocan a las acciones colectivas como un medio idóneo para interponer una acción por daño social. Son un mecanismo judicial simple, por medio del cual se garantiza el acceso a la justicia, al otorgar una legitimación más amplia para promover los reclamos en pro de la tutela de los intereses y bienes colectivos.

En nuestro país, la inclusión de un mecanismo judicial de esta índole, vendría a llenar un vacío que existe actualmente. Pues, se ajusta a las necesidades propias de un proceso en el cual se tiene por objeto el juzgamiento de la responsabilidad para la obtención del daño social. Sin embargo, por el momento nuestro sistema jurídico deberá conformarse con los mecanismos existentes actualmente para procurar su reparación.

50 Gidi, Antonio. El concepto de acción colectiva. En: Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un Código Modelo para Iberoamérica. Primera Edición. México: Editorial Porrúa México, 2003. Pág 15.

51 Maurino, Gustavo; Nino, Ezequiel, y SIGAL, Martín. Las acciones colectivas: Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial Lexis Nexis, 2005. Pág 170 – 174.