



**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMA DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

MÓDULO DE PRÁCTICA PROFESIONAL

TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

**ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LA INDEMNIZACIÓN
CORRESPONDIENTE A LOS AFECTADOS POR EL USO DEL NEMAGÓN.**

Profesor: Msc. Juan Luis Giusti Soto

Estudiante: Gabriela Bolaños Sanabria

Mayo, 2015

ÍNDICE

GLOSARIO	3
INTRODUCCIÓN.....	1
TÍTULO I. ANTECEDENTES GENERALES Y NORMATIVOS REFERENTES AL USO DEL NEMAGÓN.....	5
Capítulo 1. El uso del Nemagón y sus efectos nocivos en la salud.....	5
Capítulo 2. Marco regulatorio referente al Nemagón.	8
TÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.	17
Capítulo 1. Sobre la responsabilidad Administrativa en general.	17
1. Sobre la figura de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico.....	17
1.1. La responsabilidad civil.	18
2. La Responsabilidad Administrativa.....	20
2.1 Elementos subjetivos de la responsabilidad administrativa.	25
2.2 Elementos objetivos de la responsabilidad administrativa.	27
2. 3 Relación de causalidad y fuentes de exclusión.....	28
Capítulo 2. El daño como elemento de la Responsabilidad	29
2.1 Daños a la salud.....	32
2.3 Daño a la vida en relación	34
TÍTULO III. ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY No. 8130 A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIALES REFERENTES AL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR USO DEL QUÍMICO.	37
Capítulo 1. Sobre la indemnización o el resarcimiento en general.	37
1.1 Las indemnizaciones tasadas o tarifadas.	40
Capítulo 2. Análisis de la indemnización dispuesta en la Ley número 8130.	45
2. 1 Reconocimiento de la responsabilidad estatal por el ingreso y uso del producto.	45
2.2 Daños cubiertos en la Ley No. 8130	48
2.3 Posibles beneficiarios y beneficiarias de la indemnización comprendida en la Ley No. 8130.....	50
2.4 Consideraciones acerca de la indemnización contemplada en la Ley No. 8130 .	53
2.5 Ausencia de una reparación integral en los casos de afectaciones por Nemagón.	¡Error! Marcador no definido.

CONCLUSIONES.....	63
RECOMENDACIONES.....	67
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	71
ANEXOS	76

GLOSARIO

INS	Instituto Nacional de Seguros
CCSS	Caja Costarricense de Seguro Social
Ley 8130	Ley de determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el “DBCP”
Nematicidas	Productos químicos utilizados para el control de los nemátodos
Nemátodos	Gusanos parásitos de la plantas
DBCP	Nematicida toxico comúnmente conocido como Nemagón
Nemagón	Sustancia altamente reactiva que choca contra las moléculas de ADN y puede ocasionar mutaciones genéticas.

INTRODUCCIÓN

Reseña

Durante los años sesentas y setentas se utilizó en las plantaciones bananeras de nuestro país un nematocida tóxico conocido comúnmente como DBCP o Nemagón, el cual ocasionó una serie de secuelas físicas y psicológicas en las personas que se vieron expuestas al producto, siendo una de las más frecuentes la esterilidad en los varones.

Mediante la Ley No. 8130 del 20 de setiembre de 2001, Ley de determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el “DBCP”, se dispuso como obligación del Estado indemnizar a quienes comprobaren haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo como consecuencia del empleo de dicho químico.

La solicitud de indemnización que se establece en dicho cuerpo normativo puede ser realizada no sólo por personas que hubieren trabajado de manera directa en las bananeras y que se hubieren visto expuestas al químico, sino también por cónyuges, hijos o convivientes de estos trabajadores, a quienes comúnmente se les ha denominado “trabajadores indirectos”.

Mediante el presente trabajo se pretende realizar un análisis del régimen indemnizatorio que se contempla en la Ley No. 8130, a efectos de determinar si esta puede ser definida o no como una reparación integral tanto para los afectados directos como para los indirectos. Para estos efectos, en un primer apartado se procederá a desarrollar el tema de los antecedentes generales y normativos a causa del Nemagón, su historia, su uso en Costa Rica, y la respuesta emitida por el Estado para tratar de solventar el daño causado.

En el título segundo del presente trabajo se procederá a abordar el tema de la responsabilidad del Estado, analizando los tipos de responsabilidad, los

elementos subjetivos y objetivos de la responsabilidad administrativa, el nexo de causalidad, y el daño como elemento de la responsabilidad.

En el tercer y último apartado se contempla el tema de la indemnización comprendida en la Ley No. 8130, a efecto de determinar los elementos de responsabilidad estatal que ahí se manifiestan, así como verificar si la retribución que se otorga responde de manera efectiva a un adecuado resarcimiento de los daños causados.

Problema

¿La indemnización contenida en el artículo 14 de la Ley 8130 resulta o no acorde con lo dispuesto en la Constitución Política, específicamente en lo referido al principio de responsabilidad de la Administración y acceso a la justicia?

Justificación

La investigación se desarrollará con dos fines primordiales, el primero es una cuestión de legalidad, en el tanto se pretende demostrar que la normativa que aquí se cuestiona infringe derechos y principios de índole constitucional. El segundo es un tema de justicia, aquí se busca que cada afectado reciba una indemnización particular que responda al daño sufrido, dentro del cual se evalúen no sólo las secuelas relacionadas con esterilidad sino todas aquellas otras consecuencias que pudieron haberse ocasionados a causa del uso del producto tóxico.

Tanto los afectados directos como los indirectos padecen perjuicios físicos y psicológicos severos a causa del uso de este químico, por lo cual difícilmente un resarcimiento de índole monetario –sin importar cuál sea el monto que se gire– signifique una verdadera retribución integral del daño causado, el cual en todo caso es muy difícil de calcular. En razón de lo anterior, el aporte que se pretende con la investigación es colaborar en el justo resarcimiento a las personas afectadas por el empleo del Nemagón.

Objetivos

General

1. Determinar si la indemnización correspondiente a los afectados por el uso del nematicida DBCP (Nemagón) resulta acorde al principio constitucional de responsabilidad de la Administración y al derecho fundamental de acceso a la justicia, consagrados en el artículo 41 de la Constitución Política.

Específicos

2. Examinar los antecedentes generales y normativos referentes al uso del Nemagón en Costa Rica.
3. Desarrollar el tema de la responsabilidad de la Administración y la reparación de los daños ocasionados.
4. Analizar las disposiciones atinentes a la indemnización que se otorga a través de la Ley No. 8130.

TÍTULO I.

**ANTECEDENTES GENERALES Y
NORMATIVOS REFERENTES AL
USO DEL NEMAGÓN**

TÍTULO I. ANTECEDENTES GENERALES Y NORMATIVOS REFERENTES AL USO DEL NEMAGÓN

Capítulo 1. El uso del Nemagón y sus efectos nocivos en la salud.

Los nematicidas son productos químicos utilizados para el control de los nemátodos (gusanos parásitos de la planta), dichos productos son eficaces para el combate de aquellas plagas que se presentan en la raíz, el tallo y las hojas (Jiménez, 1995:7) En la década de los cincuenta, los laboratorios de Shell Oil Company y Dow Chemical Company, observaron la efectividad de estos productos para combatir a los nemátodos; sin embargo, poco tiempo después también detectaron que su uso podía causar diferentes patologías en animales de laboratorio.

Años atrás, el uso de ciertos nematicidas ocasionó graves perjuicios a la salud de las personas expuestas a los mismos, especialmente trabajadores agrícolas. Dichas afectaciones se presentaron en nuestro país principalmente en las plantaciones bananeras, donde en las décadas sesentas y setentas se utilizó con frecuencia un pesticida con contenido tóxico, denominado comúnmente Nemagón o Fumazone. El DBCP es el ingrediente activo de estos nematicidas, clasificado por la FAO (Food Agriculture Organization) como clase AI, es decir, "extremadamente tóxico".

Al respecto, se ha señalado que el *"DBCP es una sustancia altamente reactiva que choca contra las moléculas de ADN y puede ocasionar mutaciones genéticas. Cuando esas alteraciones se producen en células sexuales, se manifiestan daños reproductivos o esterilidad, cuando ocurren en otras células, pueden desatar cáncer."* (Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, 2005) De ahí que los efectos negativos que generaba el producto poco a poco se fueran prohibiendo en diversos países.

Fue en la década de los setentas cuando en Estados Unidos se comienzan a generar los primeros reportes de problemas de esterilidad a causa del químico, en plantas de producción ubicadas en California, Arkansas, Colorado y Alabama.

En vista de lo anterior, Dow Chemical presuntamente suspendió la fabricación del producto en agosto de 1977. No obstante lo anterior, algunos autores (Giralt, 2014) señalan que esta empresa vendió "fumazone" a la Standard Fruit Company, una de las empresas que justamente se hallaba instalada en nuestro país, lo cual significó que los efectos negativos del Nemagón se continuaran generando.

Además de utilizarse en Costa Rica, hubo otros países que admitieron el uso de este producto, tales como: Guatemala, Costa de Marfil, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, Perú, Ecuador, Filipinas, Santa Lucía, Francia, Israel, República Dominicana, España, Brasil, Estados Unidos, San Vicente y Burkina Faso.

Sobre el método de aplicación de este nematicida, Abigail Sanders señala lo siguiente:

“La aplicación del Nemagón era un proceso preciso. Había dos maneras de aplicarlo: directamente a las raíces de las plantas o por riego. A causa de la fragilidad del DBCP, requería que las condiciones del clima también fueran precisas y específicas. Tenía que aplicarlo entre las seis de la noche y las seis de la mañana cuando la temperatura era de veintiséis grados o menos y el viento no tenía una velocidad más que noventa kilómetros por hora. Si hiciera más calor, el DBCP podría esfumarse o si el viento tuviera más velocidad, el químico podría entrar en el aire en vez de quedarse en las hojas de las plantas. La aplicación del Nemagón por riego era un proceso de casi dos horas. En los primeros treinta minutos solamente se aplicaba agua, después de quince minutos se aplicaba una mezcla del químico que las empresas fabricantes habían sugerido que contenía no más de una parte de millón del químico. En la última parte de la aplicación se agregaba agua para asegurar que el químico no secase las plantas” (Sanders, 2014)

Lamentablemente, los cuidados que se imponían para la aplicación del químico no necesariamente eran los que regían para los trabajadores y

trabajadores de las bananeras, quienes nunca fueron advertidas de los peligros que acarrearía el uso del nematocida, ni tampoco eran provistos del equipo necesario para disminuir al máximo los riesgos que éste podía ocasionar.

Los primeros casos que se investigaron en nuestro país se presentaron en el Hospital Calderón Guardia, cuando a mediados de los setentas fueron atendidos 52 trabajadores de bananeras ubicadas en Río Frío y Valle de la Estrella, a quienes se les realizaron estudios en urología a efectos de verificar si eran o no estériles. Habiéndose comprado dicha situación, para finales del año 1978 el producto ya había sido prohibido en el país, no obstante, era tarde para evitar los efectos negativos en la salud que este químico había generado.

La esterilidad en los varones es reconocida como una de las secuelas más graves y comunes a causa de la exposición a este producto, y diversos estudios han comprobado la existencia de una correlación positiva entre las horas de aplicación y el porcentaje de personas estériles. A su vez, se encontró una relación inversa entre las horas de aplicación y el conteo espermático, es decir *“a más aplicaciones del producto, menos densidad de espermatozoides se encontraron en las muestras de semen, lo que indica mayor severidad en la capacidad fértil de dichas personas (esterilización)”* (Jiménez, 1995:7)

En suma a lo anterior, existen otros perjuicios a la salud asociados con el uso del nematocida Nemagón, como lo son afectaciones en la piel y en las articulaciones, problemas de la vista, dolores de cabeza, e incluso abortos en el caso de las mujeres (Mora, 2014)

En este sentido, la Defensoría de los Habitantes ha señalado lo siguiente:

“De acuerdo con los antecedentes obtenidos, los controles ejercidos en el país, por el Ministerio de Salud (Salubridad Pública en ese entonces) y el Ministerio de Agricultura y Ganadería, durante el período de mayor exposición -1975 a 1979-, resultaron insuficientes e ineficientes. De esta forma el Nemagón fue registrado y autorizado en Costa Rica, sin que mediara

consideración alguna sobre su toxicidad y efectos en el ambiente, ni en los seres humanos y sin que se exigiera a las empresas productoras la adopción de medidas de seguridad e higiene para las y los trabajadores. La mezcla del producto se realizaba a mano y para su aplicación, se utilizaba un sistema de inyección manual directa en la raíz de la planta.

Los trabajadores no utilizaban mascarillas, guantes ni ropa de seguridad; quedaban entonces, expuestos a que las toxinas entraran directamente al sistema sanguíneo por el contacto con la piel y al inhalar los vapores. Es importante señalar también que la etiqueta del producto utilizado era omisa en cuanto a la información contenida en los registros originarios y no contenía indicación de uso y manejo, ni datos sobre los efectos ni las medidas de seguridad para la elaboración de la mezcla y su aplicación” (Defensoría de los Habitantes, 2008)

Las secuelas generadas a nivel de salud, y especialmente la esterilidad, trajeron consigo una serie de daños a nivel personal, social y familiar, además de procesos de estigmatización en perjuicio de algunas de las personas que se vieron expuestas al químico. Evidentemente los daños ocasionados trascienden al paciente directo, siendo que las secuelas también repercuten en el entorno familiar de la persona, al incidir en temas propios de salud sexual y reproductiva.

Capítulo 2. Marco regulatorio referente al Nemagón.

A raíz de las afectaciones generadas en Costa Rica a causa del uso del Nemagón en los años sesentas y setentas, se comenzaron a presentar una serie de movimientos de protesta de parte de los sectores afectados, quienes se vieron en la necesidad de acudir ante instancias como la Defensoría de los Habitantes, donde se recibieron gran cantidad de denuncias en torno a este tema, manifestándose al efecto lo siguiente:

“La Defensoría de los Habitantes considera que existe una responsabilidad histórica por hacer visible a las víctimas de una situación que, por decisiones de orden político y económico, no reconoció nunca el Estado costarricense. La negación de los hechos y sus secuelas, lejos de dignificar a los afectados, los ha colocado en una situación de incredulidad por parte del sector salud y la negación de todos los servicios de apoyo social contruidos por los costarricenses precisamente para garantizar que ésta, sea una sociedad solidaria”. (Defensoría de los Habitantes, 2008)

Producto de dichas gestiones, y de distintos esfuerzos y reclamos planteados por los habitantes ante la Administración, el día 24 de abril del 2001 fue firmado un primer documento en el cual se reconocía la intención del Estado en asumir su cuota de responsabilidad referente al empleo del nematocida Nemagón.

Dicho documento, denominado “Acta de Entendimiento”, fue firmado por parte del Instituto Nacional de Seguros y el Consejo Nacional de Trabajadores Bananeros (CONATRAB). En esta acta se reconocía la responsabilidad del Estado, de las empresas productoras del nematocida y de las compañías bananeras, sobre los efectos perjudiciales que la exposición al Nemagón había producido en los trabajadores.

Bajo esta premisa, en el Acta de Entendimiento se dispuso, en lo que interesa, lo siguiente:

“1. SITUACIÓN DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN:

A) El monto de la indemnización será de seiscientos ochenta y tres mil colones, una vez que se demuestre que los trabajadores afectados presentados 20.000.000 millones menos de espermatozoides en el espermograma y su condición de trabajador bananero de 1967 a 1979.

B) Dicho monto se empezará a pagar por parte del INS a partir del 11 de mayo de 2001, previo acuerdo por la Junta Directiva y hasta culminar con la realización de 2 espermogramas acordado con Conatrab. Se pagarán de primero y de una sola vez a los trabajadores que ya hayan cumplido con los requisitos establecidos ante el INS.

C) Previo al pago de la indemnización, el trabajador debe firmar un finiquito mediante el cual se da por enteramente satisfecho y retira cualquier demanda interpuesta contra el instituto en los Tribunales de Trabajo por este mismo asunto". (Acta de Entendimiento, 2001)

Ahora bien, en vista de los perjuicios generados producto de la aplicación del Acta de Entendimiento, y en razón de los múltiples reclamos planteados por los afectados a causa del Nemagón, se dicta el **Decreto Ejecutivo No. 28530-MTSS** del 2 de marzo del año 2000, mediante el cual se creó la **Unidad Ejecutora Técnica**, misma que se conforma por representantes de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS), del Instituto Nacional de Seguros (INS) y de los trabajadores bananeros.

A dicha Unidad le corresponde atender y tramitar las solicitudes planteadas por las personas afectadas a causa del uso del Nemagón. Además, está llamada a crear el marco de evaluación integral sobre la exposición al BDCP, así como el marco referente a la contaminación ambiental derivada del uso de los agroquímicos, estableciendo en ambos casos los criterios e indicadores de riesgo correspondientes.

En el artículo 5 del Decreto se establecen las funciones de la Unidad Ejecutora Técnica, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- a) Elaborar un cronograma de actividades para analizar los reclamos de los extrabajadores afectados por el DBCP así como de los otros beneficiarios, que hayan sido presentados en plazo*

y forma, de conformidad con la Ley N° 8130 de 6 de setiembre del 2001.

- b) Conocer el informe técnico, no vinculante, que emita la oficina operativa, sobre la viabilidad legal del pago o la denegatoria de los reclamos administrativos presentados.*
- c) Resolver, aprobar o denegar y emitir las resoluciones respectivas sobre todos los reclamos administrativos presentados por los extrabajadores afectados por el DBCP, de conformidad con la Ley N° 8130, de 6 de setiembre del 2001 y leyes conexas.*

(Así reformado por artículo 1° del Decreto Ejecutivo N° 31123 de marzo de 2003).

Valga resaltar que este Reglamento fue reformado mediante Decreto Ejecutivo No. N° 31123-MTSS de 3 de marzo de 2003, disponiéndose que para el cumplimiento de sus funciones, la Unidad Ejecutora Técnica contaría con el apoyo de una oficina operativa que depende administrativamente del INS, la cual se ha denominado **Oficina Operativa de Afectados por el Nemagón**.

Por otro lado, en fecha 20 de setiembre de 2001 se emite la Ley No. 8130, **Ley de determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el "DBCP"**. En esta normativa se establece la obligatoriedad del Estado de indemnizar a quienes comprueben haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo a causa del uso del DBCP. En el artículo primero de este cuerpo normativo se define el daño moral objetivo como las disfunciones de la personalidad que afecten las relaciones familiares o sociales de la persona, que puedan determinarse por medio de los exámenes psicológicos pertinentes.

En el artículo 2 se establecen los requisitos u obligaciones mínimas que deben cumplir las personas que hubieren sido afectadas por el Nemagón, señalándose al efecto lo siguiente:

- a) Deben presentar el reclamo administrativo correspondiente ante la Unidad Ejecutora Técnica.
- b) Deben aportarse tanto los documentos fijados en la Ley, como los que dicha considere necesarios.
- c) Los afectados deben realizarse los exámenes físicos, de laboratorio y psicológicos, necesarios para determinar la existencia de un daño físico o moral objetivo, vinculado con el uso del DBCP o asociado a ello, según lo determine el Instituto Nacional de Seguros (INS). Para lo anterior, se establecen las siguientes tres categorías:
 - 1. Extrabajadores y trabajadores que puedan dar muestra en espermograma.
 - 2. Mujeres extrabajadoras y trabajadoras.
 - 3. Extrabajadores y trabajadores que no puedan dar muestra en espermograma.
- d) Deben permitir la realización de los estudios sociales que la unidad ejecutora técnica determine y facilitar la información que se les requiera.

Se establece además en la normativa para el análisis de espermograma –en el caso de trabajadores varones que puedan dar la muestra- se tomará en cuenta el volumen, la motilidad y la morfología, entre otros aspectos.

A las mujeres extrabajadoras y trabajadoras, las indemnizaciones se les reconocerán con base en criterios técnico-médicos, fundamentados en la propuesta de la Comisión Médica del INS, que estableció el pago de acuerdo con los años de exposición al DBCP.

Con respecto a los trabajadores y extrabajadores que por diferentes causas estén imposibilitados para proporcionar la muestra necesaria destinada al espermograma, las indemnizaciones se reconocerán de acuerdo con el resultado de los exámenes físicos, psicológicos y de laboratorio, y el tiempo de exposición al agroquímico.

Por otro lado, en el artículo 3 de dicha Ley se disponen las siguientes categorías de beneficiarios, a saber:

1. Ser o haber sido, durante el periodo comprendido entre 1967 y 1979, cónyuge de un trabajador al que el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP.
2. Ser hijo, nacido en el periodo 1967-1979, de un trabajador a quien el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP.
3. Ser compañera de un trabajador o compañero de una trabajadora a quien el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP, siempre que la relación haya ocurrido entre 1967 y 1979.
4. Haber sido trabajador durante el periodo 1967-1979 de una empresa bananera que haya utilizado el DBCP, a quien el INS no le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP y que no pueda formular el reclamo de indemnización con fundamento en la legislación de riesgos del trabajo.
5. Haber sido un trabajador en la estación experimental Los Diamantes durante el periodo de 1967 a 1979, a quien el INS no le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP.

En cuanto al trámite que debe darse a las solicitudes que se plantean por parte de los presuntos afectados a causa del Nemagón, la normativa establece que una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, la Unidad Ejecutora Técnica, mediante resolución aprobatoria, remitirá el expediente respectivo al INS en un plazo de cinco días hábiles.

Si la Unidad Ejecutora estima que no se cumplen los requisitos fijados para cada categoría, el expediente pasará al Departamento Legal del Ministerio de

Trabajo, para que se pronuncie sobre la admisibilidad de la solicitud, mediante los procedimientos administrativos correspondientes.

Si una vez recibido el expediente, el INS considera que no se presentan las condiciones de admisibilidad previstas por la ley, señalará sus objeciones y devolverá el expediente al Ministerio de Trabajo, para que proceda conforme al párrafo anterior. En caso que la solicitud sea admisible, se fijará la fecha para realizar las pruebas médicas, de laboratorio o psicológicas, que el INS considere pertinentes.

Siendo que la normativa es bastante general, y no se establece un procedimiento específico mediante el cual se deban llevar a cabo las pruebas médicas requeridas para determinar si procede o no el giro de la indemnización, se ha indicado que el INS cuenta con un margen de discrecionalidad para fijar dichos exámenes, señalándose que *“en la determinación del tipo de pruebas el Instituto se encuentra sujeto a las reglas de la ciencia o de la técnica, a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia, así como a los derechos del particular frente a ella”*. (Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-181-2003 del 16 de junio del 2003).

Sumado a lo anterior, en otro dictamen del mismo año la Procuraduría indicó lo que a continuación se transcribe:

“Así las cosas, con base en las reglas unívocas de la ciencia médica (artículo 16 de la Ley General de la Administración Pública) el ordenamiento jurídico le otorga a INS la posibilidad de elegir entre varias alternativas, siempre y cuando las pruebas que se realicen sean idóneas para comprobar el nexo causal entre el daño sufrido y el uso del Nemagón. En otras palabras, y en vista de que la discrecionalidad está sujeta a control, para lo cual la doctrina jurídico-administrativa ha desarrollado una serie técnicas, entre ellas: la de los hechos determinados, la de los conceptos jurídicos indeterminados y los principios generales del Derecho, y nuestra Ley General de la Administración Pública establece claramente, en sus

numerales 16 y 17, que ningún caso –evidentemente se incluye el supuesto del uso de potestades discrecionales- pueden dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a los principios elementales de justicia, lógica y conveniencia, ni tampoco pueden afectarse los derechos subjetivos de los justiciables, las pruebas o exámenes que elija el INS tienen que ser efectivas en la demostración del daño y del nexo causal que existe entre éste y el uso del Nemagón. No otra cosa puede desprenderse del numeral 13 de la Ley n.º 8130, cuando señala que si los estudios realizados por el INS demuestran LA EXISTENCIA DEL DAÑO FÍSICO Y/O MORAL OBJETIVO VINCULADOS CON EL USO DEL DBCP O ASOCIADO A ÉSTE, dicha institución emitirá la resolución administrativa en la que se haga el reconocimiento de la indemnización. En otras palabras, si no se realizan los exámenes, el INS no puede emitir la resolución administrativa. Así las cosas, la realización de las pruebas y de los exámenes son una CONDITIO SINE QUA NON para demostrar la existencia del daño y su vínculo causal con el uso del químico”. (Procuraduría General de la República, Dictamen No. C-213-2003 del 14 de julio de 2003)

Tal y como se desprende de lo anterior, en la normativa se otorga un marco de discrecionalidad al INS a fin que sea dicha instancia la que determine en primera instancia los exámenes que deberán practicarse a las personas que manifiesten haber sido afectados/as por el uso del Nemagón, y posteriormente, se establezca si resulta o no procedente el giro de la indemnización.

TÍTULO II.

**LA RESPONSABILIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN Y EL DAÑO
COMO ELEMENTO DE LA
RESPONSABILIDAD.**

TÍTULO II. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y EL DAÑO COMO ELEMENTO DE LA RESPONSABILIDAD.

Capítulo 1. Sobre la responsabilidad Administrativa en general.

1. Sobre la figura de la responsabilidad en el ordenamiento jurídico

En tesis de principio, es necesario indicar que el régimen jurídico de responsabilidad se rige por una premisa básica, cual es que todo aquél que cause un daño a otro está obligado a repararlo. En este principio encuentran fundamento los diversos tipos de responsabilidad, como por ejemplo penal, civil, y administrativa, cada una con sus regulaciones y particularidades propias.

En este sentido, es preciso afirmar que la responsabilidad penal es aquella que proviene de los delitos y cuasidelitos penales, los cuales están tipificados en la normativa, como acciones u omisiones que contrarían el orden social, y por ende deben ser penadas. Dichas sanción se hará efectiva a través del ejercicio de la acción penal, y una vez llevado a cabo el proceso judicial correspondiente.

Por otro lado, la responsabilidad civil es la que deriva de un hecho o una omisión que causa un daño a otro. Este hecho u omisión obliga a una persona a indemnizar o resarcir el daño sufrido por el afectado, y el mismo puede generarse por la vía contractual, extracontractual o legal, según provenga el daño del incumplimiento de un contrato, de la comisión de un delito o un cuasidelito, o de la ley, respectivamente.

Finalmente, la responsabilidad administrativa encuentra su fundamento en la responsabilidad objetiva del Estado, en la cual no se toma en cuenta el sujeto que comete el daño, sino más bien la existencia del mismo y la relación de causalidad; es decir, que el mismo se haya producido por una conducta atribuible a la Administración.

1.1. La responsabilidad civil.

Como se indicó líneas arriba, la responsabilidad civil encuentra su fundamento en el deber de resarcir todos aquellos daños que se generen en razón de una conducta u omisión que afecte intereses jurídicamente relevantes. Asimismo, el origen de este deber de restitución surge del principio general de “no dañar a los demás” (*“alterum non laedere”*) el cual implica que cualquiera que cause un daño a una persona o a sus bienes debe repararlo.

En el derecho civil coexisten tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, dependiendo del caso concreto.

La responsabilidad contractual proviene de la violación de una obligación que estuviese contenida en un contrato, entendiendo éste como el acuerdo de voluntades tendiente a crear derechos y obligaciones. Para que se configure la responsabilidad es necesario que se den dos condiciones, cuales son la falta contractual del deudor, y la relación de causalidad entre esa falta y el daño ocasionado. De constatarse ambas situaciones, se genera un deber, para la parte que incumplió, de resarcir a la parte afectada.

La responsabilidad extracontractual es la que proviene de la comisión de un delito o un cuasidelito, cometido ya sea con culpa o con dolo, y que genera un daño en la persona o propiedad de otro. Al tratarse de un deber genérico, la responsabilidad surge a partir de su inobservancia.

La responsabilidad extracontractual tiene como rasgo distintivo el involucrar dos o más sujetos que previamente no habían formulado ningún acuerdo de voluntades. El deber de resarcir surge como una obligación inmediata, consecuencia de la lesión causada al derecho ajeno. La principal diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual radica justamente en que en la primera existe un vínculo previo que se incumple, mientras que la segunda supone la ausencia de un acuerdo previo y el deber de resarcimiento surge en virtud del daño causado.

Por otro lado, en la doctrina se ha hecho la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva. Aunque esta clasificación en principio aplica tanto para la responsabilidad contractual como la extracontractual, es en ésta última donde ha adquirido una mayor relevancia.

La **responsabilidad subjetiva** se puede ubicar en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 1045 del Código Civil y 103 del Código Penal. Este tipo de responsabilidad es el fundamento con base en el cual las personas o empresas deben indemnizar, directa o solidariamente con el autor, una vez que se ha determinado la existencia de dolo o culpa. Dicho en otras palabras, si se produce el daño pero no hay culpa o dolo, o no se prueba la culpa o el dolo, entonces no surge la obligación de resarcimiento.

Para que se configure la existencia de la responsabilidad subjetiva debe haberse perpetrado un hecho antijurídico, el cual no tenga justificación alguna. Justamente, la sanción y la obligación de resarcir tienen como fundamento el haber causado un hecho que afecta intereses jurídicamente tutelados. Se obviará el resarcimiento solamente cuando medie una causal de justificación, como pueden ser el consentimiento del acto por parte del ofendido, la legítima defensa, el estado de necesidad, y el ejercicio de un derecho.

Por otro lado, la **responsabilidad objetiva**, -estipulada en artículo 1048 párrafo quinto del Código Civil- es la que se atribuye sin que concurren culpa o dolo, sino que se fundamenta en la simple existencia de un daño causado. Este tipo de responsabilidad encuentra su cimiento en la teoría del riesgo o del daño creado, con base en la cual se prescinde de la subjetividad del agente, y se enfoca solamente en el hecho que causó el efecto, para posteriormente proceder a la exigencia del resarcimiento. Es decir, en la responsabilidad objetiva sólo resulta relevante la conducta o actividad de un sujeto físico o jurídico, caracterizada por la puesta en marcha de una actividad peligrosa, o la mera tenencia de un objeto de peligro, sin tenerse en cuenta los conceptos de culpa y antijuricidad.

La responsabilidad objetiva procede sin que se tome en cuenta la culpabilidad del autor del daño, pues la mera existencia del mismo supone el deber de que haya reparación. *“La responsabilidad objetiva se conforma básicamente por tres elementos, a saber: a) el empleo de cosas que conlleven peligro o riesgo; b) causar un daño de carácter patrimonial; y c) la relación o nexo de causa efecto entre el hecho y el daño”.* (Sala Primera, 1990)

Finalmente, valga hacer una distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva, con relación a la carga de la prueba. En la primera, la carga de la prueba recae totalmente en el sujeto perjudicado, quien debe probar la existencia del daño y del nexo causal, así como la antijuridicidad del acto y la responsabilidad del sujeto. Por el contrario, para que se puede hablar de responsabilidad objetiva sólo debe demostrarse la existencia del daño causado para que se presuma la responsabilidad de la otra parte, la cual deberá demostrar la existencia de una causal de exoneración si desea eximirse de responsabilidad.

2. La Responsabilidad Administrativa.

Mientras que en la responsabilidad civil predomina el criterio subjetivo, pues para que aquélla se configure es necesario que la persona que comete la falta actúe con dolo o culpa, en derecho administrativo se emplea criterios de imputación objetivos, según los cuales existe responsabilidad tanto en los supuestos en los que la Administración actúa de manera lícita o normal, como en los cuales la actuación es ilícita o anormal –falta de servicio-. De esta manera, la responsabilidad administrativa engloba en su fundamento tanto la teoría del riesgo, cuanto el equilibrio en la ecuación patrimonial, con lo cual se procura, que aquel quien haya experimentado una lesión atribuible a un sujeto público reciba la indemnización correspondiente.

En un inicio y hasta finales de la Edad Media, el Monarca ejercía sus poderes casi de manera absoluta, justificando sus actos en un supuesto origen divino. En vista de ello, el Estado era considerado jurídicamente irresponsable por cualquier daño causado. Esta situación cambió radicalmente con la venida de la

Revolución Francesa, la cual instauró un nuevo orden político, y determinó dos principios básicos en el régimen actual de responsabilidad de la Administración, cuales son la inviolabilidad de la propiedad y la igualdad ante las cargas públicas.

De esta forma el régimen de responsabilidad administrativa fue evolucionando, de manera que actualmente en la mayoría de Constituciones Políticas del mundo occidental se encuentra consagrado dicho régimen. La existencia de un Estado Social de Derecho necesariamente supone un protagonismo de la Administración en la modificación de las condiciones económicas y sociales de las personas, lo cual a su vez amerita que la actividad administrativa se diversifique en procura de lograr el cumplimiento de los objetivos estatales. Esta ampliación incrementará las posibilidades de que la actuación administrativa, ya sea por exceso o por omisión, genere daños que deban ser asumidos a través del instituto de la responsabilidad.

Así, para que exista responsabilidad por parte del Estado, necesariamente debe comprobarse la existencia de un daño que hubiere afectado la integridad física, moral o patrimonial de una persona, así como el nexo causal que permita atribuir una determinada conducta a un sujeto, que en este caso sería la propia Administración.

En el caso de Costa Rica, si bien el principio de responsabilidad no se halla expresamente estipulado en la Carta Magna, puede inferirse del espíritu del constituyente, y principalmente de la lectura del artículo 9, donde se establece que el Gobierno de la República es popular, representativo, participativo, alternativo y **responsable**. Asimismo, el artículo 41, donde se establece el derecho a una justicia pronta y cumplida, ha sido considerado como fundamento básico de la responsabilidad administrativa y civil, pues en dicho numeral se busca garantizar el acceso a la jurisdicción y a obtener una tutela judicial efectiva.

La Sala Constitucional ha reconocido que la responsabilidad de las administraciones públicas por el ejercicio de la función administrativa forma parte de la concepción constitucional de éstas. Además, se ha relacionado este principio

con el Estado Social y Democrático de Derecho, dados los fines a los que propende un régimen de responsabilidad administrativa. Así las cosas, los señores Magistrados de este honorable Tribunal han señalado lo siguiente:

“De modo general, la responsabilidad administrativa tiene por función básica la reparación o resarcimiento de las lesiones antijurídicas causadas a un administrado (víctima o damnificado) en su esfera patrimonial o extrapatrimonial por un ente público en el ejercicio de la función administrativa. Uno de sus fines clásicos y tradicionales es servir de control o garantía para las situaciones jurídicas sustanciales de los administrados que sean lesionadas por un ente público en el ejercicio de sus competencias o en la prestación de los servicios públicos expresamente asignados por la Constitución o la ley”. (Sala Constitucional, 2004)

Tal como se desprende de lo anterior, la responsabilidad administrativa encuentra su fundamento en la responsabilidad objetiva del Estado, en la cual no se toma en cuenta el sujeto que comete el daño, sino más bien la existencia del mismo y la relación de causalidad; es decir, que éste se haya producido por una conducta atribuible a la Administración. La Sala ha desarrollado ampliamente el término de responsabilidad objetiva, mediante el cual se dispone que la Administración está llamada a responder por todo daño, sea por funcionamiento normal o anormal, acto lícito o ilícito. En este sentido, se señala lo siguiente:

“Tal como se indicó líneas atrás, en el Derecho Administrativo se utilizan criterios objetivos de imputación de la responsabilidad. Esto obedece a que la Administración es una persona jurídica que carece de la voluntad para cometer las acciones dañosas, por lo que en muchos casos es difícil concretizar o individualizar la responsabilidad. Pero ello no significa que la Administración no pueda causar daños con su accionar, es por esta razón es que se le responsabiliza objetivamente. Ahora bien, esta responsabilidad se presenta aún por conducta lícita de la administración, en virtud del principio de igualdad

en el sostenimiento de las cargas públicas, de manera que si un administrado sufre un daño o perjuicio por conducta lícita de la Administración, que no está obligado a soportar, la Administración está obligada a resarcir el daño. Aún con mayor razón, cuando el daño es provocado por conducta ilícita del ente público, de conformidad con el artículo 41 constitucional y la Ley General de la Administración Pública, existe la obligación del Estado de pagar por la lesión causada. En ese sentido, las causas de justificación no tienen una mayor relevancia en el Derecho Administrativo, a lo sumo, son tomadas en consideración a efecto de establecer una responsabilidad conjunta con el administrado". (Sala Constitucional, 2009)

De lo transcrito es posible observar que en aquellos casos en los que la Administración ocasiona, mediante acción u omisión, un daño a los particulares, estos últimos tienen derecho a percibir el resarcimiento correspondiente. Asimismo, la doctrina ha reconocido que la existencia de un daño puede generar consecuencias lesivas no sólo para la víctima sino también para aquellas personas unidas por algún lazo de consanguinidad o afinidad, quienes poseen la facultad de reclamar para sí mismos una compensación por esta afectación. (Hutchinson, 2008)

Por otra parte, en el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública se dispone que la Administración debe responder por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero.

Con esta disposición legal se transforma el eje central de la responsabilidad, ya que la misma gira entorno a la víctima, independientemente del sujeto que produjo el daño. La víctima no está obligada a señalar a un sujeto específico para que la indemnización surta efecto, pues existirá responsabilidad de la Administración siempre que su funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo, cause un daño que la víctima no tenga el deber de soportar, ya sea patrimonial o extrapatrimonial.

“No interesa entonces la naturaleza de la conducta o su resultado pues aún en los supuestos de funcionamiento legítimo y normal, en los que no existe ilicitud en el comportamiento, se produce una consecuencia dañosa, que siempre que tenga como datos característicos una intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados, es de obligada reparación, salvo factores eximentes. Por ende, como ha señalado esta Sala, tal antijuricidad a la que se hace referencia como sustrato y presupuesto global e imprescindible para la responsabilidad, es cosa distinta e independiente del parámetro de imputación utilizado por el Sistema Jurídico, pues aún en el evento de un régimen objetivo (que excluya los elementos subjetivos de la culpa y dolo, para dar paso a una simple transferencia económica dirigida a restaurar el desequilibrio producido en la igualdad de las cargas públicas), hay antijuricidad, en la medida en que la norma declara la obligación existente bajo el presupuesto implícito de una lesión contraria a Derecho, que no debe ser soportada por la víctima. Esa reiterada antijuricidad estará siempre presente en el daño indemnizable, bien sea por funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo”. (Sala Primera, 2008)

La responsabilidad por conducta lícita o funcionamiento normal se configura cuando ésta deriva de un acto formal, tal y como la promulgación de un reglamento, o de una actuación material en condiciones normales, como por ejemplo la construcción de una carretera. Ambos actos, si bien fueron instituidos conforme a derecho, pueden generar un daño a un administrado o grupo de ellos, quienes estarían legitimados para exigir una indemnización.

Por su parte, la responsabilidad por conducta ilícita o funcionamiento anormal deriva de un acto administrativo que contraviene lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, o bien de la no prestación de un servicio, o de la prestación del mismo en condiciones anormales. *“En resumen, lo que puede ser calificado de conducta lícita o ilícita de las administraciones públicas es su actividad formal,*

en tanto que las actuaciones materiales u omisiones formales y materiales pueden calificarse de funcionamiento normal o anormal". (Jinesta, 2005:72)

La obligación compensatoria existe inclusive ante daños ocasionados por sus funcionarios públicos durante el desempeño de sus tareas o en razón del cargo que ocupan, con fundamento en lo que se establece en el artículo 191 de la Ley General de la Administración Pública, donde se relaciona la responsabilidad objetiva del Estado con las actuaciones de sus servidores, cuando valiéndose del cargo o de las oportunidades que el mismo les proporciona, causan daños a un tercero.

2.1 Elementos subjetivos de la responsabilidad administrativa.

- La Administración.

La Administración, o el ente público propiamente dicho, es el sujeto causante del daño. Para que proceda el cobro de la indemnización por el daño causado es necesario que se presenten varios requisitos. En primer lugar, el hecho que produjo el daño debe darse dentro del marco de una situación propia del Derecho Administrativo. Seguidamente, para que el daño se pueda retribuir al afectado, basta con que el mismo se haya producido a raíz de la intervención de un funcionario público, o por la mera actividad desarrollada por la Administración.

Asimismo, el ente público que cause la lesión antijurídica al afectado será el responsable patrimonial directo, no obstante, de acuerdo a lo que se establece en el artículo 201 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración es solidariamente responsable con el funcionario público, por lo cual el damnificado puede dirigirse también contra este último para reclamar la retribución correspondiente.

- El Funcionario Público

En el artículo 111 de la Ley General de la Administración Pública se indica que servidor o funcionario público es la persona que presta servicios a la Administración a nombre y por cuenta de ésta, en razón de un acto válido y eficaz de investidura, con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva.

Dado que la Administración actúa a través de sus funcionarios públicos, éstos últimos serán siempre los autores de la lesión antijurídica, no obstante, van a ser solidariamente responsables si el lesionado los señala como tal, lo cual implica que él o los servidores públicos fueron debidamente identificados como autores del daño, y que actuaron con dolo o culpa grave. Sumado a lo anterior, es importante tomar en cuenta que:

“Se entiende que si la actividad dañosa es realizada por el funcionario o agente absolutamente al margen de las funciones del cargo, queda excluida la imputación de la misma a la Administración. Sin embargo, no se excluye el deber de indemnizar cuando el agente realice actos u actuaciones que perjudiquen directa e injustificadamente a terceros, siempre que esas actuaciones se hayan dado a consecuencia -condición sine qua non- del cargo que ostenta dentro de la organización administrativa”. (Procuraduría General de la República, 2005)

Esto significa que en todos aquellos supuestos en los cuales el funcionario ejerza labores que estén vinculadas con la actividad del ente público, aún de forma indirecta, podría generarse responsabilidad para la Administración, y eventualmente, para el propio funcionario que ocasionó el daño.

- El Administrado.

El administrado es el sujeto pasivo, quien puede tratarse de una persona física o jurídica, que sufre un perjuicio a causa de un acto u omisión por parte de

un ente público. No obstante, el afectado también podría ser el ente público cuando tiene que asumir solidariamente la responsabilidad con el funcionario, o cuando el funcionario directamente causó el daño a la propia Administración.

2.2 Elementos objetivos de la responsabilidad administrativa.

- Derecho a exigir un resarcimiento.

El derecho fundamental resarcitorio encuentra asidero en el artículo 41 de la Constitución Política, donde se establece que ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Asimismo, se estipula que debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

La Sala Constitucional ha desarrollado ampliamente este principio, indicando en reiterada jurisprudencia que las personas tienen derecho a acceder a la vía judicial, así como a que se les brinde respuesta en un plazo razonable. No obstante lo anterior, no se ha desarrollado de manera tan amplia lo referente al derecho fundamental resarcitorio, según el cual, el administrado que ha sufrido una lesión por parte un ente público –mediante acción u omisión administrativa– tiene la posibilidad de exigir el resarcimiento o retribución de los daños sufridos. Sobre el particular, Jinesta Lobo indica lo siguiente:

“El derecho fundamental al resarcimiento se hace efectivo y real con la sentencia estimatoria que le impone una condena de hacer, no hacer o de dar al ente público obligado, puesto que, antes de ese momento existe una pretensión resarcitoria. De ahí que el texto constitucional en el artículo 41, luego de enunciarlo establece que a las personas que ocurran a la ley y a los tribunales para encontrar reparación a sus injurias y daños “Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Cuando se produce la lesión antijurídica el damnificado tiene el

hipotético y abstracto derecho fundamental al resarcimiento, el cual, extraordinariamente puede ser satisfecho con el cumplimiento voluntario de la Administración Pública responsable en la vía administrativa previa merced al privilegio de la autotutela declarativa y ejecutiva de ésta, sin embargo si ésta no lo respeta u observa el administrado debe impetrar justicia para su reconocimiento efectivo y forzoso". (Jinesta Lobo, 2005)

De conformidad con lo anterior, es posible afirmar que todo aquél que sufra un agravio atribuible a la Administración puede acudir a la vía judicial a reclamar el giro de la retribución correspondiente. Evidentemente, la consagración de este derecho implica un deber correlativo para el Estado de brindar un resarcimiento en aquellos casos en que se compruebe que sus actuaciones causaron un perjuicio que afectó al administrado, en cuanto se ocasionó un perjuicio a un bien jurídicamente tutelable.

- Obligación de resarcir

Como se indicó anteriormente, la posibilidad del administrado de exigir el resarcimiento por un daño achacable a un sujeto de derecho público va de la mano con la obligación de la Administración de reparar los daños y perjuicios, ya sea de forma voluntaria o forzosa –mediante resolución judicial-. Para que surja esta obligación deben presentarse varios requisitos, a saber: *“una actuación u omisión imputables a la Administración Pública, 2) una lesión antijurídica que el administrado o víctima no tiene el deber de soportar y 3) una relación directa e inmediata de causa a efecto entre la actuación u omisión administrativas y la lesión antijurídica”.* (Jinesta Lobo, 2005)

2. 3 Relación de causalidad y fuentes de exclusión

La relación de causalidad es el nexo que existe entre el hecho o la omisión productora del daño y la consecuencia que el mismo generó al sujeto o sujetos afectados. Este vínculo entre causa y efecto debe ser directo e inmediato. La

Administración solamente quedará exenta de resarcir el daño si media alguna causa de exoneración, cuales son la fuerza mayor, la culpa de la víctima o el hecho de un tercero (Artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública).

La fuerza mayor es: *“el hecho extraño al autor y fuerza de su control, de acaecimiento irresistible o inevitable, que se erige en impedimento invencible o no superable para el nacimiento o el cumplimiento de la obligación”* (Ortiz, 2002:294) La fuerza mayor es un hecho que, sea o no previsible, no se puede evitar, por lo cual cuando media un hecho de este tipo no es posible achacarle responsabilidad a la Administración, dado que el daño causado escapa de su esfera de acción. Sin embargo, si a causa de un acto de fuerza mayor se genera un daño para el administrado que la propia Administración pudo haber evitado, tal y como sería la reparación de un puente de previo a que ocurra un temblor que lo destruya por completo, entonces eventualmente sí podría generarse responsabilidad administrativa.

La culpa de la víctima también elimina la posibilidad de atribuirle a la Administración el ser la causante exclusiva y directa del daño generado, pues implica que el propio afectado incurrió en una falta que provocó una lesión en su persona, bienes o patrimonio, por lo cual el ente público queda exento de responsabilidad. La falta de la víctima debe analizarse en razón del hecho generador de la lesión, puesto que si no existe claridad al respecto, se debe determinar proporcionalmente la participación de cada uno de los sujetos involucrados, para posteriormente calcular la indemnización que corresponda.

Finalmente, por hecho de un tercero se entiende el hecho atribuible a un sujeto (persona física o jurídica), que no tiene ningún vínculo de subordinación con respecto a la Administración, y que generó una lesión antijurídica de magnitud tal que inhibe o restringe cualquier posibilidad de sentar responsabilidades en contra de la Administración.

Capítulo 2. El daño como elemento de la Responsabilidad

El daño es un requisito necesario para que pueda hablarse de responsabilidad por parte del Estado. Para que exista responsabilidad debe existir una conducta que genere alguna afectación física, moral o patrimonial a una persona, que resulte atribuible a la Administración.

Aún y cuando los términos “daño” y “perjuicio” en términos generales son tratados como sinónimos, la doctrina ha señalado que desde la perspectiva del derecho administrativo no son conceptos idénticos, indicando al efecto lo siguiente:

“El daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (Bénoit, 1998:594)

Por su parte, en la jurisprudencia costarricense se han diferenciado ambos conceptos, indicándose que *“el daño constituye la pérdida irrogada al damnificado (damnum emergens), en tanto el perjuicio está conformado por la ganancia o utilidad frustrada o dejada de percibir (lucro cesans), la cual era razonable y probablemente esperable si no se hubiese producido el hecho ilícito”*. (Sala Primera, 1992)

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que en sentido jurídico, el daño se constituye como todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial de la persona (damnificado), el cual provoca la privación de un bien jurídico, situación que no se hubiera presentado de no haber acaecido el hecho dañoso.

Siendo que no cualquier daño genera una obligación de resarcir, no basta con invocarlo, sino que debe demostrarse tanto su existencia como el nexo de

causalidad referente a la conducta u omisión del ente responsable. En la jurisprudencia costarricense se han venido señalando una serie de características que deben confluír para que un daño sea tenido como “resarcible”, a saber:

- Debe ser cierto, real y efectivo, no puede estar basado en conjeturas.
- Debe existir una lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo.
- Deberá ser causado por un tercero, y subsistente, esto es, sí ha sido reparado por el responsable o un tercero (asegurador) resulta insubsistente.
- Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño.

Sumado a lo anterior, es menester señalar que existen diversos tipos de daños, entre los cuales es posible señalar el daño **material** y el **corporal**. El primero es el que incide sobre las cosas o bienes materiales que conforman el patrimonio de la persona, en tanto el segundo repercute sobre la integridad corporal y física. Esta distinción surgió en el Derecho Romano, pues se distinguía entre el daño inferido a las cosas directamente (*damnum*) y el que lesionaba la personalidad física del individuo (*injuria*).

Por otro lado, en el **daño patrimonial** el menoscabo generado resulta ser valorable económicamente, es decir, cuando se produce un menoscabo valorable en dinero. El daño patrimonial puede referirse tanto a daños materiales como corporales.

En contraposición a lo anterior, el **daño moral**, conocido también como daño incorporal, extrapatrimonial o de afección, se configura cuando hay una lesión a la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, es decir, *“cuando la valorización en dinero no tiene la base equivalente que caracteriza a los patrimoniales porque afecta a elementos o intereses de difícil valoración pecuniaria, que en la práctica son de variado carácter heterogéneo y que se caracterizan por no ser patrimoniales”* (Sala Primera, 1987)

Dentro de la categoría de daño moral se encuentra el daño moral subjetivo, el cual se presenta cuando hay una afectación a las condiciones anímicas del individuo (por ejemplo disgusto, desánimo o desaprobación) y el daño moral objetivo, el cual se manifiesta ante la lesión de un derecho extrapatrimonial pero que genera consecuencias económicamente medibles, como podría ser por ejemplo un abogado que, a causa del daño moral infringido, pierde su clientela. (Sala Primera, 1992)

Ahora bien, para efectos del presente trabajo interesa hacer una breve referencia a dos conceptos clave como son, el daño a la salud, y el daño a la vida en relación.

2.1 Daños a la salud

Si bien el derecho a la salud no se halla expresamente regulado en la Constitución Política, el mismo se constituye como una derivación del derecho fundamental a la vida, al cual, el artículo 21 le otorga un valor superior y un reconocimiento expreso dentro del ordenamiento jurídico.

Sumado a lo anterior, el derecho a la salud se halla consagrado en diversos instrumentos internacionales, tal como la Declaración Universal de Derechos Humanos, misma que establece en su artículo 25 que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure su salud “y el bienestar y en especial la alimentación, vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”. En similar sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, numerales 7 y 11, señalan que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica. Sumado a lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su numeral 12 establece el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental.

Con el paso del tiempo, el concepto de salud como ausencia de enfermedad, se ha ido superando para dar cabida a una definición mucho más integral. La Organización Mundial de la Salud (OMS) lo define como un estado completo de bienestar físico, mental, espiritual, emocional y social, y no solamente como la ausencia de enfermedades. Por ello, la atención de la salud contempla una amplia gama de servicios, que incluyen desde la prevención de las enfermedades, hasta la protección ambiental, el tratamiento, la rehabilitación, y en suma todo aquello que busque mejorar la calidad de vida de las y los habitantes.

De este modo, y en virtud de la relevancia y el reconocimiento que se le ha otorgado dentro del ordenamiento jurídico al derecho a la salud, es que cualquier afectación o daño atribuible a la Administración que ocurra en su perjuicio y que por ende acarree afectaciones físicas o psíquicas en las personas, genera responsabilidad y un deber de resarcimiento por parte del Estado.

Ahora bien, es importante señalar que la jurisprudencia ha reconocido el resarcimiento del daño corporal a la víctima, e incluso el lucro cesante, sin embargo el daño mismo a la salud –entendido como daño funcional- generalmente no se repara, es decir, no se hace un reconocimiento de este de manera autónoma.

A menudo el daño corporal es confundido con las consecuencias pecuniarias, las cuales son más sencillas de reconocer en el caso de incapacidades laborales, no así cuando se trata por ejemplo de amas de casa o de personas menores de edad. Sin embargo, generalmente en ninguno de los casos se reconoce el daño a la salud como un costo independiente, es decir, no se toma en cuenta el bien sobre el que recae el daño o el menoscabo que la lesión produce, obligando así a la víctima a que lo soporte pese a que no existen dudas sobre su existencia. (Saavedra, 2011: 647)

Por otra parte, es importante señalar que no se debe equiparar el daño corporal con el daño a la salud, ya que este segundo es más amplio, y además de daños a la integridad física, engloba también daños a la persona como un todo, e

incluso a su integridad física. En este sentido, diversos Tribunales a nivel internacional han venido reconociendo la autonomía del daño a la salud como un daño autónomo e independiente, que no sólo debe valorarse en función de sus consecuencias pecuniarias, es decir, el lucro cesante.

2.3 Daño a la vida en relación

El daño a la vida en relación es un tipo de daño inmaterial, que originalmente estaba vinculado con el daño fisiológico, no obstante este concepto resultaba insuficiente.

Este tipo de daño puede definirse como *“un nuevo concepto para reparar daños que van mucho más allá de lo material y de lo moral y que tocan fibras sensibles como la imposibilidad de la víctima de volver a realizar aquellas actividades que se consideran rutinarias y que por el daño causado se le negarán de por vida; por ejemplo, el hecho de no poder volver a una reunión social, un comerciante al que se le hizo perder su buen nombre, no poder desarrollar una actividad deportiva o hasta la más sencilla de las actividades que no pueda volver a realizar por culpa del daño”* (Hutchinson, 2008: 34)

Tal como se desprende de lo anterior, este tipo de daño reconoce las afectaciones que se generen en perjuicio de la interioridad de la víctima e incluso a sus familiares, así como las dificultades de relacionarse con su grupo social. Bajo este entendido, no refiere solamente a una lesión corporal, sino también a alteraciones en el orden de vida en general.

Sumamente vinculado con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido incorporando el concepto “daño al proyecto de vida”, que engloba aquellas afectaciones a la más importante dimensión de la libertad ontológica en que consiste el ser humano.

La Corte IDH sostiene que es posible causar un daño al proyecto de vida ya sea frustrándolo, retardando su concreción o menoscabándolo en alguna medida, señalando la existencia de afectaciones impuestas *“en forma injusta y arbitraria,*

con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses” (Corte IDH, 1997)

En suma, lo que se reconoce no es el daño fisiológico como tal sino la pérdida del disfrute de la vida, pérdida que se generó a partir de ese menoscabo. Asimismo, valga señalar que se distingue del daño moral en el tanto este último afecta la esfera afectiva o emocional, mientras que aquel lesiona la esfera afectiva o emocional, impidiendo a la persona desarrollarse en su plan de vida y con los demás, deteriorando su sociabilidad y obligándolo a cambiar sus hábitos personales.

TÍTULO III.
ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN
CONTEMPLADA EN LA LEY No. 8130

TÍTULO III. ANÁLISIS DE LA INDEMNIZACIÓN CONTEMPLADA EN LA LEY No. 8130 A LA LUZ DE LOS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES Y JURISPRUDENCIALES REFERENTES AL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y EL RESARCIMIENTO DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR USO DEL QUÍMICO.

Capítulo 1. Sobre la indemnización o el resarcimiento en general.

En términos generales es posible afirmar que el principio rector de la evaluación de los daños es el de la *restitutio in integrum*. En este sentido, la Administración está obligada a reparar integralmente el daño sufrido por el administrado, en aras de no causar empobrecimiento injusto o enriquecimiento ilícito para el damnificado. Valga recordar que en materia de derecho público, la responsabilidad no es punitiva sino compensatoria o resarcitoria.

De igual modo, es importante dejar claro que no existe una “fórmula mágica” que permita evaluar los perjuicios de manera totalmente satisfactoria. Por ello, al interponer una demanda el actor debe incluir la mayor cantidad de elementos probatorios en aras de procurar la cuantía pretendida, mientras que al Juez le corresponderá utilizar los elementos necesarios para llegar a la valoración ideal de la *restitutio in integrum*.

Sobre el tema de la indemnización, la Procuraduría General de la República ha señalado lo siguiente:

III.- EN ESPECÍFICO, SOBRE EL DAÑO Y EL DERECHO A OBTENER INDEMNIZACION.

La regulación contenida en la Ley General de la Administración atinente a los supuestos en que cabe indemnización del daño distingue dos vertientes principales:

En primer término, la actividad ilícita o anormal de la Administración (artículos 190, 191 y 192) supone una transgresión del Ordenamiento Jurídico, lo cual a su vez genera que el reclamo por la lesión sufrida comprenda no sólo el daño como tal, sino que, además, el perjuicio correspondiente (en relación con el artículo 10.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción). Generalmente, se relaciona la ilicitud en referencia al incumplimiento de normas del Ordenamiento Jurídico aplicables a la Administración, mientras que la anormalidad se predica de un examen atinente a la actividad material o de prestación de servicios de aquella.

En segundo término, la responsabilidad por conducta lícita y funcionamiento normal supone una específica valoración de la lesión que causa el actuar de la Administración. En este supuesto, el daño es calificado de "especial", ya sea por la "pequeña proporción de afectados" o bien "por la intensidad excepcional de la lesión". (Artículo 194 de la Ley General). Deberá entenderse, por contradicción con la anterior definición de anormalidad, que en este caso el ajuste que haya hecho el agente causante a los parámetros de buen funcionamiento y cumplimiento de las disposiciones normativas y de otra índole que incidan en su conducta no han logrado impedir que el daño se consuma y, además, que tal daño es tan ajeno a la generalidad de resultados que obliga a la indemnización del mismo". (Procuraduría General de la República, 1997)

Acerca del tema de la indemnización que se genera a partir de una conducta lícita o funcionamiento normal, es importante señalar que el definir la intensidad del daño no es del todo pacífico, y existe un margen de indeterminación el cual le corresponderá al Juez solventar.

Asimismo, valga señalar que en el sistema jurídico costarricense sólo es admisible la reparación a través de dinero o pecuniaria, no como en otros sistemas en los cuales se admite la compensación en especie.

Por otra parte, los montos que se otorguen con carácter indemnizatorio necesariamente deben ser actualizados al momento en que se fije la indemnización, a efectos de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. La sola realización del pago por el mismo valor nominal que se aportó en el cálculo de la demanda le significaría un perjuicio a la víctima, ya que estaría recibiendo una menor cantidad efectiva en términos reales. En este sentido, Jinesta Lobo indica lo siguiente:

“En lo tocante a la indemnización en dinero, ante los fenómenos de la devaluación monetaria e inflación, ese aspecto temporal adquiere un papel relevante, tanto en lo referido al momento de la valoración como de su pago. En tal sentido los instrumentos o mecanismos receptados por el ordenamiento jurídico para la actualización o revalorización de las obligaciones pecuniarias serán sumamente importantes para garantizar una reparación integral y justa y para evitar que el damnificado, por su falta de aplicación, sufra un sacrificio especial que no tiene la obligación de soportar. De modo que, en nuestro criterio, la falta de aplicación de los mecanismos o instrumentos de actualización o reajuste de una indemnización por responsabilidad administrativa, causa una lesión antijurídica adicional que eventualmente, también puede ser reclamada”
(Jinesta, 2005: 114)

Tal como se desprende de lo anterior, parte de una justicia retributiva significa que las indemnizaciones que se otorguen a efecto de compensar los perjuicios causados, en este caso por la Administración, sean actualizadas al momento que se concedan, a efecto de que se brinde un resarcimiento justo.

Sumado a lo anterior, es importante tomar en cuenta que cuando el administrado reclama en sede jurisdiccional el resarcimiento de los daños por conducta lícita o ilícita o el funcionamiento normal o anormal de las administraciones públicas, en su demanda procede a estimar una cuantía respecto a los daños y perjuicios causados, no obstante esta suma no constituye un límite o un impedimento para el juzgador, quien perfectamente puede otorgar un monto superior al estimado por el actor, sin que esto constituya *ultra petita*.

1. 1 Las indemnizaciones tasadas o tarifadas.

Tal como se ha venido señalando a lo largo de este trabajo, el Estado está en la obligación de responder por todo daño que cause a partir de su actividad lícita o ilícita, ya sea en el ámbito contractual o extracontractual. Sin embargo no siempre resulta posible para el administrado el hacer efectiva esta responsabilidad Estatal, por ejemplo, en los casos en que opera la prescripción.

Es por ello que en algunas ocasiones, ante el reconocimiento de la existencia de situaciones excepcionales que ameritan un resarcimiento por parte del Estado, se opta por establecer indemnizaciones tasadas o tarifadas como mecanismo de protección a los derechos de los particulares. En este sentido, señala la doctrina lo siguiente:

“Uno de los fundamentos principales que justifican la utilización de este sistema de responsabilidad tarifada se encuentra en la necesidad de dar respuesta a situaciones excepcionales que el conjunto de la población, por medio de sus representantes, considera necesario resarcir, aun cuando estuvieran prescritas las acciones pertinentes para procurar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por el Estado. En estos casos, se entiende que no es ético ni justo que dichas situaciones queden al margen de una reparación, pero como ésta no se puede hacer efectiva por los cauces procesales ordinarios, entonces el legislador define los parámetros para su procedencia” (Vincenti, 2008: 596)

Así, por principio general las indemnizaciones se obtienen a partir de la interposición de un proceso judicial dentro del cual se fijará el monto correspondiente al daño causado por parte del Estado. Sin embargo, existen casos en los cuales la indemnización no resultará procedente por haber transcurrido el tiempo de la prescripción, por lo cual, los Congresos optan por emitir normativa que reconozca la responsabilidad estatal por los daños ocasionados, y establezca los correspondientes parámetros de resarcimiento.

En suma a lo anterior, este tipo de instrumentos también pueden atender a una especie de previsión por parte del Estado que, a sabiendas de que se dio una situación que provocó daños y perjuicios en los particulares, opta por anticiparse a la interposición de demandas y largos procesos judiciales, emitiendo una normativa que tutele la seguridad de las víctimas y se ajuste al principio de seguridad jurídica.

En este sentido, las razones que llevan al Estado a acudir al instituto de la responsabilidad tarifada pueden responder tanto a la necesidad de atender a las víctimas, como a la obligación de reparar los daños y perjuicios causados. Este reconocimiento necesariamente debe hacerse a través de una Ley de la República, para lo cual el Poder Legislativo debe determinar las condiciones y los requisitos para que opere el resarcimiento, así como el contenido y modalidad de las indemnizaciones.

Uno de los temas más delicados y controversiales respecto a este tipo de indemnizaciones es el *quantum* de la reparación, el cual usualmente se determina con base en una escala salarial o un tope máximo proporcional al daño causado (Vincenti, 2008: 605)

Sobre el particular, algunos autores han señalado que existen problemas de constitucionalidad respecto a las indemnizaciones globales y fijas establecidas por ley. De acuerdo con lo que señala Jinesta Lobo, estas indemnizaciones contravienen lo dispuesto en los artículos 41 y 43 de la Constitución Política, ya que impiden que las personas afectadas acudan ante los Tribunales para que se les otorgue una indemnización justa e integral. (Jinesta, 2005: 135)

En este sentido, es importante resaltar que una de las características que distingue el régimen de las indemnizaciones tasadas o tarifadas, y que usualmente se incorpora dentro de los diversos instrumentos normativos que las contemplan, es que el beneficiario no tendrá posibilidad de plantear acciones judiciales para exigir una retribución por el mismo concepto que dispone la ley.

De este modo, el principal problema de las indemnizaciones tasadas es que equiparan todos los daños sin hacer mayor distinción, lo cual podría significar que se cubran daños que no han sido debidamente acreditados, o que no se indemnicen daños efectivamente sufridos por las personas afectadas.

En la jurisprudencia costarricense el tema de las indemnizaciones tasadas no ha sido muy desarrollado. Algunas sentencias en materia laboral han abordado el asunto, señalando que la determinación de estas sumas fijas en la normativa no resultan inconstitucionales, así como tampoco resulta inconstitucional la imposibilidad de acudir ante los tribunales para reclamar una indemnización adicional por concepto de daño moral. En este sentido, la Sala Segunda ha indicado lo siguiente:

XIX.- Así las cosas, no es posible, conceder, como una cuestión adicional o independiente de las indemnizaciones, ya tarifadas en el propio Código de Trabajo, reparación por daño moral en el caso de que el patrono realice un despido sin atribución de falta o atribuyendo una causal de las señaladas en el artículo 81 y que, en el respectivo proceso, no la llegue a demostrar. Con ello no se violenta el principio recogido en el artículo 41 de la Constitución Política, según se alega en el recurso que ahora se examina; de que, ocurriendo a las leyes, ha de encontrarse reparación para las injurias o daños a los intereses materiales y morales, pues no es que se esté desconociendo la procedencia de indemnizaciones, en este último campo, sino y únicamente aplicando un sistema tarifado que pretende, a través de fijaciones establecidas con base en criterios objetivos, cubrir todos los daños y los perjuicios (virtuales o

presuntivos) que pueda acarrear un despido. No es posible argumentar que, el sistema de Código de Trabajo, cubre únicamente los daños y perjuicios de tipo material, derivados del rompimiento del contrato, pero no el daño de orden moral; dado que el Código no hace discriminación alguna, en la aplicación del sistema, y hacerla resultaría contrario al método mismo escogido por el legislador, cuyo espíritu, según se explicó, fue el de crear, para conveniencia de todas las partes involucradas en la cuestión, un sistema cierto y limitado, sin ninguna discusión, acerca de la existencia y de la extensión de los extremos indemnizables; de donde resulta que, la tesis, es inaceptable; pues, en el fondo, llevaría al quebranto de la ley". (Sala Segunda, 1996)

Bajo este orden de ideas, los jueces laboristas han indicado que esta forma resarcitoria se basa en una presunción que no admite prueba en contrario, tanto de la existencia como de la extensión del daño o del perjuicio, fijado de antemano en función de una tarifa preestablecida. Se ha señalado además que este es un sistema propio de lo laboral y que acarrea ventajas para el trabajador, quien se ve exento de la compleja labor probatoria, así como de la incertidumbre y la inversión de tiempo y recursos que conlleva un proceso judicial.

Por otro lado, la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta con una jurisprudencia de la Sala Segunda, la cual disponía la posibilidad de indexar los montos dinerarios de los derechos laborales pretendidos en una demanda de trabajo, sin que esta posibilidad hubiere sido pactada previamente por las partes (es decir de modo extraconvencional) y sin que existiera normal legal que lo habilite. En tal virtud, la Sala Constitucional señaló lo siguiente:

“VII.- PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES SOBRE LOS QUE SE FUNDAMENTA LA INDEXACIÓN EXTRA CONVENCIONAL EN MATERIA LABORAL. Tal y como se indicó en el considerando anterior, la Sala Segunda de la Corte

Suprema de Justicia, al dictar la tesis jurisprudencial consultada, se fundamenta en varios principios y derechos de raigambre constitucional. Así, en primer término, nótese que la referida jurisprudencia se encuentra totalmente acorde con lo señalado en el ordinal 41 constitucional, el cual establece que Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. De este modo, se prepondera el derecho constitucional a que cada ciudadano -en este caso, en su condición de trabajador-, obtenga una tutela judicial cumplida y efectiva. El acceso a la jurisdicción previsto en este precepto constitucional, se convierte en un derecho instrumental para asegurar forzosamente el goce y ejercicio del derecho resarcitorio del damnificado, cuando el sujeto obligado a la reparación incumpla voluntariamente con la respectiva obligación. Sin duda alguna, si al trabajador no se le restituye lo que se le adeuda por parte de su patrono (por concepto de los extremos laborales reclamados), no se le estará efectuando una reparación plena e íntegra de los daños cometidos en su perjuicio, de conformidad con lo que dispone el numeral 41 de la Carta Magna. Debe de existir, entonces, una reparación total de los daños causados, traduciéndose éstos a valor presente”. (Sala Constitucional, 2012)

Tal como es posible afirmar, en términos generales la jurisprudencia se ha abocado al análisis de las indemnizaciones tasadas en materia laboral, y no ha encontrado roces de constitucionalidad pues se considera que este tipo de disposiciones son beneficiosas para el trabajador. De igual modo, se ha dispuesto por parte de las y los señores jueces constitucionales que es factible indexar las indemnizaciones a tiempo presente, aún y cuando no exista ley habilitadora o pacto expreso que lo establezca, ya que esta indexación busca garantizar una

plena y adecuada reparación en virtud de los daños y perjuicios causados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 constitucional.

Capítulo 2. Análisis de la indemnización dispuesta en la Ley número 8130.

2. 1 Reconocimiento de la responsabilidad estatal por el ingreso y uso del producto.

De conformidad con lo señalado en el título primero del presente trabajo, en el año 2001 la Asamblea Legislativa de Costa Rica emitió la Ley No. 8130, Ley de determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el "DBCP", mediante la cual se reconoció expresamente -y por primera vez en un instrumento de rango legal- la responsabilidad del Estado al haber permitido el ingreso y el uso de un producto sumamente nocivo para la salud de las personas. En este sentido, en la exposición de motivos del proyecto de ley que dio base a este cuerpo normativo se dispuso lo siguiente:

“La existencia de la responsabilidad del Estado puede ser analizada desde una doble perspectiva:

- a) El Estado autorizó el ingreso del producto, sujetándolo a un determinado momento, mediante Decreto Ejecutivo, al cumplimiento de condiciones preventivas para la salud de quienes lo operaron.*
- b) Normativamente, el Estado se encuentra obligado a la inspección de los lugares de trabajo para hacer cumplir las normas respectivas.*

De esa forma, la autorización de ingreso de un producto tóxico que luego fue prohibido por los efectos que causa y la omisión de vigilar por las estipulaciones que el propio Estado había establecido en torno al producto, conforman una posible responsabilidad del Estado por no ejecutar adecuadamente deberes que el ordenamiento jurídico le impone” (Asamblea Legislativa, 2001:6)

No obstante lo anterior, es importante señalar que la aprobación de esta ley no fue del todo pacífica, pues algunos Diputados cuestionaron que fuera el Estado el que asumiera el pago de estas indemnizaciones, siendo que, en su criterio, la principal responsabilidad en torno a las afectaciones generadas a causa del producto debía recaer en las empresas y compañías que utilizaron estos productos. A modo de ejemplo, en el marco de la discusión del proyecto de ley, el Diputado Otto Guevara Guth manifestó lo siguiente:

“Si en el uso de algún químico que una compañía le da a sus trabajadores, para que estos lo apliquen, si en ese uso, hubo daños a estas personas que lo aplicaban, esta compañía tiene una responsabilidad con sus trabajadores. Vean que la responsabilidad [es] de la compañía y no del resto de los costarricenses. Si alguien daña a otra persona, éste es responsable con las víctimas, con los afectados.

Ese es un principio básico del derecho, donde el que dañe la propiedad de otro, tiene que pagar, indemnizar restituir [a] la víctima del daño que le ocasionó. Hasta ahí estamos bien.

(...)

Lo que me preocupa es que en algún momento en esta exposición de motivos, el gobierno diga: “Yo gobierno, soy responsable, fui negligente por haber autorizado el ingreso al país de un producto tóxico, para su aplicación por personas que podía traerles algún tipo de consecuencia”.

Quienes redactaron este proyecto dicen ¡bueno!, el gobierno tiene alguna responsabilidad. Vean ustedes que la responsabilidad Estatal –si es que la hay- no le corresponde a un ministro determinarla. Esa responsabilidad le corresponde a los tribunales de justicia determinarla, si se determina que el gobierno es responsable, entonces, se incluirá una partida en el presupuesto respectivo para

poder cumplir con esas obligaciones” (Asamblea Legislativa, 2001: 59)

No obstante las manifestaciones externadas por algunos diputados como don Otto Guevara, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado era inminente, ya que existió una falta de servicio achacable a las autoridades administrativas que permitieron la distribución, venta y uso del químico, pese a las existencias de estudios a nivel internacional que acreditaban su peligrosidad. En este sentido, desde el momento en que se tuvo noticia de los efectos dañinos del producto, la Administración debió impedir su ingreso, y de haberlo hecho así las consecuencias habrían sido mucho menores.

Valga recordar que la existencia de un Estado Social de Derecho necesariamente supone un protagonismo de la Administración en la modificación de las condiciones económicas y sociales de las personas, lo cual a su vez genera que la actividad administrativa se diversifique en procura de lograr el cumplimiento de los objetivos estatales. Esta ampliación significará también mayores posibilidades de que la actuación administrativa, ya sea por exceso o por omisión, genere daños que deban ser asumidos a través del instituto de la responsabilidad.

En términos generales, los poderes públicos son responsables por los daños causados en el ejercicio de su actuación, lo que a su vez acarrea el derecho que asiste a los particulares de ser indemnizados por toda lesión que sufran respecto a sus bienes, su integridad o sus derechos, siempre que dicha lesión sea producto del funcionamiento de los servicios públicos.

En los casos referentes al Nemagón, el legislador optó por reconocer en una normativa específica el derecho de las y los afectados –directos o indirectos- de acudir ante el INS a fin de solicitar una indemnización que en cierta medida viniera a solventar los daños sufridos en perjuicio de estas personas, a partir justamente de la falta de servicio generada por la autorización de ingreso y uso de este producto tan nocivo para la salud.

Asimismo, tal como lo ha reconocido la Procuraduría General de la República, el régimen de responsabilidad dispuesto en la Ley No. 8130 no impide que otros sujetos de derecho privado, como lo son justamente las empresas bananeras que utilizaron el producto, indemnicen a las y los trabajadores afectados, pues la indemnización que otorga el Estado no cubre ni extingue las responsabilidades que pudiesen imputársele a las compañías bananeras que utilizaron el nematocida DBCP. De igual modo, la indemnización no se encuentra condicionada por el hecho de que las compañías bananeras para las que trabajaban los afectados los hubiesen indemnizado o no, así que en este sentido no habría impedimento alguno para que el Estado otorgue el resarcimiento que contempla la normativa. (Procuraduría General de la República, 2012)

2.2 Daños cubiertos en la Ley No. 8130

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley No. 8130, el Estado otorgará una indemnización a quienes comprueben haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo a causa del uso del DBCP.

A través del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, el Estado debe necesariamente resarcir las lesiones o daños que afecten a las y los administrados.

Entratándose del daño corporal o físico, este suele afectar intereses patrimoniales del damnificado y ganancias frustradas si el daño le impide realizar sus ocupaciones habituales, de modo que al momento de otorgarse la indemnizaciones, debe tomarse en cuenta no sólo los daños corporales causados, sino también las consecuencias de este (gastos médicos, tratamientos posteriores, prótesis, medicamentos, etc) (Sala Primera, 1992)

En este sentido, es importante señalar que en el artículo 2 del Reglamento a la Ley No. 8130 –aprobado recientemente, como en adelante se referirá- se define el daño físico como los efectos adversos sobre la capacidad reproductiva del individuo a consecuencia de haber sido utilizado el producto en el país.

Sobre el particular, es importante indicar que pese a la existencia de doctrina en el ámbito médico que reconoce que el uso de este químico también puede generar otro tipo de perjuicios en las personas, como lo son afectaciones en la piel y en las articulaciones, problemas de la vista, y dolores de cabeza (Mora, 2014), la normativa vigente en nuestro país solamente ha tutelado el resarcimiento vinculado con la esterilidad, sin siquiera brindarles la oportunidad de demostrar la existencia de un daño distinto a este, lo cual podría contravenir el principio de responsabilidad del Estado que consagra el derecho de la constitución, siendo que el resarcimiento se otorga solamente con base en la comprobación de esterilidad que se practica a través de un espermograma, reconociendo de manera implícita que este es el único daño físico resarcible a causa del DBCP.

Por otro lado, el mismo numeral primero de la ley reconoce el pago por concepto de “daño moral objetivo”, definiendo este como *“las disfunciones de la personalidad que afecten las relaciones familiares o sociales de la persona, originadas como consecuencia del DBCP y que puedan determinarse por medio de los exámenes psicológicos pertinentes”*.

Sobre el particular, es importante resaltar que el tema del resarcimiento del daño moral no ha sido algo pacífico en el Derecho de Daños, siendo que en un principio este daño ni siquiera era reconocido, pues al tratarse de una lesión extrapatrimonial, que normalmente supone una perturbación injusta en las condiciones no físicas del individuo, por lo cual no resulta de fácil cuantificación, y ha sido necesario un desarrollo jurisprudencial y doctrinal al respecto para proceder con su reconocimiento en términos económicos.

Por otra parte, llama la atención que la norma solamente reconozca la existencia del daño moral objetivo. Valga recordar que este daño refiere a consecuencias económicamente medibles -como los daños en el honor, la honestidad o la dignidad- que generen una afectación en el patrimonio (por ejemplo, la mala fama de un Abogado que le genere pérdida de clientes) mientras que el daño moral subjetivo hace referencia a situaciones como disgusto, desánimo, desesperación o pérdida de satisfacción de vivir.

Sin embargo, pareciera que al definir el concepto de daño moral objetivo el legislador lo asocia con las afectaciones que se presenten en el plano social de las personas, lo cual en realidad podría tenerse por daño moral subjetivo, o incluso vincularse con el llamado daño a la vida en relación, mismo que refiere no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino que de manera más general, a los cambios bruscos y relevantes en las condiciones de una persona, y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana.

Por ello, nuevamente es menester cuestionarse si la referencia al daño moral objetivo resulta suficiente para reconocer la generalidad de las afectaciones ocasionadas en el ámbito personal de quienes trabajaron en las bananeras, pues parece que la sola definición se queda corta ante la enorme cantidad de situaciones, físicas y personales, que han tenido que afrontar las personas víctimas del Nemagón.

2.3 Posibles beneficiarios y beneficiarias de la indemnización comprendida en la Ley No. 8130.

En el artículo 3 de la Ley No. 8130 se establecen las categorías generales de personas que podrían resultar indemnizadas a causa de la exposición al químico, a saber:

- 1) Cónyuges de trabajadores a los que el INS les haya reconocido el derecho a una indemnización por el uso del DBCP.
- 2) Hijos nacidos en el periodo 1967-1979, de un trabajador a quien el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización
- 3) Compañero o compañera de alguien a quien el INS haya indemnizado.
- 4) Trabajadores de empresas bananeras durante el periodo 1967-1979
- 5) Trabajadores en la estación experimental Los Diamantes durante el periodo de 1967 a 1979

Por su parte, en el artículo 2 de la Ley No. 8130 se definen tres categorías de personas que hayan trabajado directamente en las bananeras y que podrían solicitar una indemnización a causa del DBCP:

- a) Extrabajadores y trabajadores que puedan dar muestra en espermograma.
- b) Mujeres extrabajadoras y trabajadoras.
- c) Extrabajadores y trabajadores que no puedan dar muestra en espermograma.

Podría indicarse que la categorización contenida en el artículo 2 responde a las clases 4) y 5) contempladas en el artículo 3 de la Ley, es decir, a los afectados directos. La definición de estas categorías de afectados directos obedece precisamente al hecho de que la indemnización que se otorga tiene como principal objetivo resarcir los daños físicos causados por el tema de la esterilidad. Por ello, al existir un parámetro de carácter objetivo y cuantificable como es el espermograma, por ello mismo se ha “simplificado” para la Administración otorgar la indemnización por este concepto a los hombres, dejando de lado la remuneración a las mujeres.

En cuanto al tema de la indemnización a los afectados directos varones – que es la que primordialmente ha venido reconociendo hasta ahora el INS- es importante indicar que la Sala Constitucional declaró con lugar un recurso de amparo planteado en torno a una omisión atribuible al Estado, respecto a la obligatoriedad de realizar los exámenes médicos correspondientes a efectos de determinar la procedencia o no de la indemnización contemplada en la Ley No. 8130. En este sentido, se consideró que existía violación a lo dispuesto en el artículo 41 constitucional, de conformidad con lo que de seguido se señala:

“Por otro lado, tal y como ha reiterado este Tribunal, no es el administrado el que debe cargar con las deficiencias de la Administración. Así las cosas, estima esta Sala que en estos casos si bien es cierto, la accionada ha realizado diversas acciones tendentes a realizar el proceso requerido para dar respuesta a las solicitudes objeto del presente amparo, lo cierto del caso es que la misma por falta de exámenes no se ha concluido, a pesar de que el asunto si bien no es de fácil determinación tampoco representa una complejidad en los procedimientos iniciados por los amparados que

justifique un retraso de más de un año y en algunos casos mucho más, plazos que considera esta Sala son irrazonables y desproporcionados, por ende lesivo de los derechos fundamentales de los amparados. En razón de lo anterior, lo procedente es declarar con lugar el recurso, para que en el improrrogable término de dos meses, la recurrida realice los exámenes y cualquier otra acción necesaria para resolver en definitiva la solicitud de los amparados”
(Sala Constitucional, 2010)

Tal como resulta posible apreciar, el uso y la consecuente exposición al químico en las bananeras se dio en la década de los setentas, no siendo hasta el año 2001 que el Estado costarricense emite una normativa de rango legal para solventar esta situación, es decir, se dispuso una indemnización que en todo caso ya venía demorada.

Por otra parte, si bien la intención del legislador fue establecer un procedimiento de retribución claro y ágil, en la práctica han existido situaciones que no han hecho más que dilatar el proceso, por ejemplo la referida en la transcripción anterior, donde la Sala resolvió un recurso de amparo a causa de la dilación en resolver y practicar los exámenes médicos requeridos.

En materia del Nemagón, el Estado ha faltado a sus obligaciones que dan vigencia al derecho a una justicia pronta, cumplida y sin denegación a través del tiempo con las personas afectadas. Esto se evidencia al tomar en cuenta que la exposición al químico se presentó durante las décadas sesentas y setentas, y no fue sino hasta el año 2000 que se empezó a dictar normativa al respecto, y se comenzaron a constituir las instancias administrativas a las cuales les correspondería atender las gestiones planteadas por los afectados. Es decir, desde el origen del problema hasta el momento que se contó con una respuesta por parte del ordenamiento jurídico trascurrieron más de treinta años, lo cual ya de por sí constituye un rezago bastante importante.

Ahora bien, si se considera que al día de hoy, trece años después de dictada la ley aún se están tramitando las solicitudes de indemnización planteadas por los extrabajadores de las bananeras, y que ni siquiera se han comenzado a tramitar las gestiones presentadas por los afectados indirectos, resulta más que evidente que los plazos que han mediado en la atención de este asunto han excedido todo parámetro de razonabilidad, con la consecuente violación al principio que se ha señalado.

Sobre el tema de los afectados indirectos, es menester señalar que ante la desidia de la Administración en emitir un reglamento que regulara el trámite a seguir en estos casos, la Defensoría de los Habitantes interpuso un recurso de amparo el cual fue declarado con lugar (Sala Constitucional, 2014) ordenando así al Poder Ejecutivo emitir una disposición normativa de carácter reglamentario en aras de disponer el procedimiento correspondiente.

En tal virtud, el Presidente de la República y el Ministro de Trabajo emitieron el Reglamento a la Ley No. 8130 a través del Decreto N° 38737-MTSS publicado en La Gaceta No. 231 del 1° de diciembre de 2014 el cual incorporó el tema de la evaluación integral, a efectos de cubrir el daño moral, no obstante esta disposición aún no se ha implementado.

2.4 Consideraciones acerca de la indemnización contemplada en la Ley No. 8130.

En el artículo 14 de este instrumento normativo se establecen los parámetros de indemnización correspondientes a cada categoría de beneficiario, **disponiendo como monto mínimo la suma de seiscientos ochenta y tres mil colones (¢683.000,00)**, indexado a la fecha en que se hará efectivo el pago de la respectiva indemnización a cada solicitante. Valga señalar que esta disposición se estableció mediante reforma realizada a través de la Ley No. Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006, por cuanto, de previo a dicha modificación, se disponía que el monto señalado era más bien un tope máximo para el otorgamiento de la

indemnización, situación que representaba una seria limitación para las personas afectadas.

Al revisar el expediente legislativo que dio base a esa reforma, no se encuentra mayor discusión de fondo ni se desprende que la modificación obedeciera a una intención de eliminar las indemnizaciones tasadas. Independientemente de ello, lo cierto del caso es que el tope máximo pasó a ser un tope mínimo, abriéndose la posibilidad para que el INS otorgue un monto mayor al dispuesto en la normativa. Que esto suceda en la práctica, es tema distinto.

Llama la atención que pese a haberse eliminado la existencia de un tope máximo, se mantuvo en la norma la posibilidad de indexar la suma, lo cual hasta cierto punto es una contradicción, tal como se advirtió en la Comisión de Redacción de la Asamblea Legislativa por parte del Diputado Méndez Zamora:

“El texto sustitutivo que fue presentado por el diputado Merino del Río se aprobó con un problema y eso es lo que quisiera que se me aclare. Artículo 14: Los parámetros para establecer la indemnización son los siguientes: (...) antes de esto decir que la norma decía: “En ningún caso el monto total de la indemnización, aquí dijo “el monto total de la indemnización que se reconozca será superior”

Si la palabra en ningún caso se hubiera mantenido es idéntico a la norma original, pero al haber eliminado en ningún caso abre esto y todo lo demás es un sin sentido. Porque se dice que en ningún caso la indemnización será, perdón el monto total de la indemnización dice la moción de texto sustitutivo, que se reconozca de conformidad con esta ley será superior a la suma de seiscientos ochenta y tres mil colones, todo lo demás no tiene sentido porque se habla de tabla de indexación, o sea para que una tabla de indexación, cuando el monto no tiene límites, las tablas de indexación es cuando la ley en

el año 2006 fija una suma y las indemnizaciones van a ser en el 2020” (Asamblea legislativa, 2006)

Si bien el señalamiento hecho por el Diputado tenía total fundamento, la etapa en la cual se hallaba ese momento el expediente ya no facultaba a realizar cambios en el fondo, por lo cual se optó por dejar el texto de esa forma, con un monto mínimo y la indexación.

Por otra parte, se mantuvo en el texto del numeral 14 que en los casos contemplados dentro de las categorías 1, 2 y 3 señaladas líneas arriba –afectados indirectos- la suma por concepto de indemnización no podrá exceder de un sesenta por ciento (60%) del monto indicado anteriormente. De igual forma, se señala que en aquellas personas que solamente hayan sufrido daño moral objetivo, serán indemnizadas con una suma no mayor al cuarenta por ciento (40%) de la suma señalada.

Dentro del marco regulatorio referente al tema del Nemagón se consagra el derecho que poseen los extrabajadores de bananeras que se vieron expuestos al producto tóxico para que, previa constatación del daño mediante la realización de los exámenes correspondientes, puedan tenerse como beneficiarios del monto que dispone la normativa. De igual forma, se establecen como beneficiarios los esposos, hijos y convivientes de hecho, al considerarse de manera atinada que estas personas también podrían haberse visto perjudicadas de manera indirecta por las secuelas causadas por el químico.

El legislador consideró que los esposos, convivientes o hijos de aquellas personas a las que se les hubiere reconocido una indemnización a causa de haber sido expuestos al Nemagón, también debían tenerse como titulares acreedores de una indemnización que, aunque evidentemente no repara los daños causados, vendría en cierto modo a significar una especie de retribución en virtud del perjuicio causado en su salud física y/o mental, y por ende, en su vida familiar y social.

No obstante lo anterior, se instauró en la norma un tope o limitante al momento de fijar las indemnizaciones para estos afectados, señalando así que el monto correspondiente al resarcimiento no podría exceder el 40 o el 60 por ciento de la suma fijada para los afectados directos, según se trate de daño moral, o daño físico para los llamados “afectados indirectos”.

Si se tiene que la finalidad que se persigue con la figura de la responsabilidad administrativa es justamente restituir en la esfera patrimonial del afectado los daños injustamente sufridos por el administrado, no resulta acorde al principio de responsabilidad el fijar una indemnización tasada, la cual al estar limitada en la normativa, no hace distinción entre un daño y otro, e impide resarcir por porcentajes mayores a los expresamente previstos, aún y cuando los daños ocasionados pudieren ser superiores a los que se reconocen mediante el giro de la indemnización

A manera de ejemplo, téngase el perjuicio ocasionado a la esposa de un trabajador de bananeras expuesto al Nemagón, quien fue diagnosticado como estéril y no pudo procrear hijos con ella. Los daños ocasionados a la salud de su conyugue son más que palpables, y difícilmente el giro de una única suma, por demás insuficiente, podrá restituir si quiera una parte de estos daños. Pero la situación se torna aún más compleja cuando se considera que en este caso no sólo se generó una afectación a la salud, sino que también, se imposibilitó a esta pareja de su derecho a tener hijos. Esta imposibilidad, lejos de producirse por razones naturales, males congénitos o cualquier otro tipo de enfermedad, se generó en buena parte a causa de la desidia del propio Estado, que pese a todos los riesgos que se generan producto del manejo de químicos y plaguicidas, obvió las precauciones, autorizando su uso y omitiendo todo tipo de controles respecto al mismo.

Por ello, si bien en términos generales la legislación responde a este principio de responsabilidad Estatal por el cual deben resarcirse los daños causados a los afectados por el uso del Nemagón, este resarcimiento debe darse de manera efectiva, y los montos girados deben corresponder a los daños

efectivamente causados, situación que difícilmente se da cuando la misma legislación fija topes máximos a los cuales debe estar sujeto el resarcimiento, sin que se entren a valorar las particularidades de cada caso concreto.

En el caso de los afectados indirectos a causa del Nemaqón, el perjuicio ocasionado trasciende las cuestiones estrictamente físicas, al tratarse de un daño inmaterial, no cuantificable, que sin embargo pudo haber incidido gravemente en la dinámica social o familiar, o en el desarrollo integral o emocional de la persona.

No obstante lo anterior, las indemnizaciones fijas y globales dispuestas en la normativa, tal como es el caso de la Ley 8130, suponen un grave vicio de inconstitucionalidad al violentar lo dispuesto en el artículo 41 constitucional, en el tanto no distingue entre un daño y otro, y así como pueden otorgar indemnizaciones excesivas, también podrían no cubrir daños sufridos por la víctima, lo cual evidentemente representaría un perjuicio al derecho de acceso a la justicia.

En este orden de ideas, resulta importante mencionar que mediante resolución No. 2008-13436, la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 16 de la Ley 8130, en el cual se dispone la exclusión de dicha normativa a los trabajadores que ya hubieren sido indemnizados por el INS por haber sido afectados por el DBCP o a los que tuvieran reclamos presentados por este concepto con fundamento en la legislación de riesgos del trabajo. En este voto, la Sala hizo referencia a la indemnización que contempla la Ley No, 8130, en los siguientes términos:

“SOBRE EL MONTO DE INDEMNIZACIÓN PARA PERSONAS AFECTADAS POR EL NEMAGÓN.

(...)

Así las cosas, a partir de la reforma promulgada en noviembre del 2006, se estableció que el monto de indemnización podría sería mayor a ¢683.000.00, en virtud de la indexación del mismo. En otras palabras, la reforma permite que el monto establecido como

parámetro, sea indexado o adecuado a la actualidad económica que se presente al momento en que se paga la indemnización. En ese sentido, resulta claro que la citada ley establece el mismo monto de indemnización que había sido establecido por el INS desde el 2001, sin embargo, permite que a la fecha éste sea adecuado a la realidad económica, por lo que la norma debía permitir que el monto fuese mayor para poder aplicar esa indexación”

Sin embargo, interesa resaltar que en el marco de dicha resolución, el Magistrado Jinesta Lobo plantea la nota que de seguido se consigna:

*“Si bien es cierto concuro con el voto de mayoría, no puedo dejar de advertir que las indemnizaciones globales y fijas, suponen un grave problema de constitucionalidad, puesto que, constituyen una forma de quebrantar lo dispuesto en los artículos 41 y 43 de la Constitución, en cuanto le impiden, indirectamente, a los damnificados y al sujeto responsable acudir ante los tribunales de República o a los medios de solución alternativa de conflictos (conciliación, mediación o arbitraje) a reclamar una indemnización justa e integral. El principal reparo de estas indemnizaciones es que imposibilitan una valoración casuística pues, se parte de la idea que a todos los perjudicados se les causa el mismo daño y que este tiene la misma intensidad y las mismas consecuencias, por lo que pueden, eventualmente, cubrir daños que no han sido debidamente acreditados (indemnización arbitraria y excesiva), o dejar de indemnizar daños sufridos por la víctima (denegación de justicia)”.
(Sala Constitucional, 2008)*

Tal como se ve, el propio Magistrado Jinesta ha reconocido los serios problemas de inconstitucionalidad que presentan las indemnizaciones tasadas como la que se fija mediante el artículo 14 de la Ley 8130, siendo que regulan un monto máximo de resarcimiento que no necesariamente corresponde con la realidad y con los daños efectivamente causados, ocasionándose aquí un perjuicio

mayor contra la víctima quien ya de por sí, tuvo que haber sufrido a causa de la conducta u omisión Estatal que provocó el daño, para que además, vea violentado su derecho fundamental de acceso a la justicia.

Tal como se señaló líneas arriba, uno de los efectos más claros que ha producido el Nemagón es la esterilidad, entendiendo por ella la incapacidad de una pareja para lograr la concepción tras un año de relaciones sexuales sin medidas anticonceptivas. Independientemente de si la esterilidad sea atribuible a la mujer o al hombre, cuando una pareja desea tener hijos y se presenta esta condición, los perjuicios y las afectaciones emocionales van a ser asumidas por ambos miembros de la pareja.

En el caso del Nemagón, si bien se reconoce el esfuerzo estatal en constituir una vía para clarificar el trámite a seguir y el resarcimiento a otorgar a todas aquellas personas que se hubieren visto afectadas a causa del nematocida, lo cierto del caso es que fijar una indemnización tasada que no admite distinción ni valoración particular de los casos, podría significar el otorgamiento de un reconocimiento que no cubre el daño a la salud efectivamente causado, lo cual significa una clara afrenta a los principios constitucionales aquí esbozados.

2.5 Ausencia de una reparación integral en los casos de afectaciones por Nemagón.

La Corte Interamericana de derechos humanos ha venido desarrollando el principio de reparación integral, indicando que es un principio de obligatorio cumplimiento para los Estados Americanos que son parte de la Convención Americana. Esto implica el restablecimiento de la situación anterior, cuando sea posible, la reparación de las consecuencias, la indemnización y el establecimiento de una serie de medidas que permitan restituir el daño causado y las medidas que buscan evitar su repetición. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2002)

Por otro lado, la Resolución 60/147 de la Organización de Naciones Unidas constituye el instrumento internacional dentro del sistema universal de protección de derechos humanos de mayor idoneidad en materia del principio de reparación integral, pues fue creado por la Asamblea General de la ONU con el fin de establecer los principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

En Costa Rica la situación que enfrentan los afectados por el Nemagón, desde hace décadas constituye un claro ejemplo en el que el Estado no ha establecido mecanismos de reparación acordes con los principios regulados en instrumentos y principios de derechos humanos; pese a la responsabilidad directa que le genera el hecho de haber permitido y autorizado el uso de este químico.

Además de los problemas prácticos que representa superar toda la tramitología administrativa que imponen la ley y los reglamentos, las indemnizaciones llegan –cuando llegan- de forma extemporánea, y sin contemplar los excesivos plazos que el Estado ha tenido a su disposición para resolver un problema que en su génesis fue generado por su propia inacción.

Por otra parte, en la normativa actual no se incluyen medidas de rehabilitación para las personas que fueron afectadas física y psicológicamente, ya que el Estado centra su atención únicamente a un resarcimiento económico muy bajo, y deja de lado el reconocimiento de daños morales que deben ser reparados desde la perspectiva de la atención a la persona en donde se incorporen sus afecciones físicas y mentales.

Finalmente, en lo que respecta a la garantía de no repetición, el Estado no ha implementado de manera efectiva mecanismos de prevención y de control en lo que corresponde a la fiscalización de químicos altamente peligrosos para la salud de las personas, no solamente en lo que respecta a la importación del producto, sino también por la falta de controles en el campo de la salud ocupacional y que hace dudar sobre las medidas de seguridad que se deben garantizar a los

trabajadores y en el accionar del Ministerio de Trabajo en dicho campo de carácter preventivo.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

- i. El caso del Nemaqón es uno de esos casos que no deberían ocurrir nunca en un Estado, pues producto de una serie de fallas atribuibles tanto a las empresas bananeras como a la Administración, se utilizó un producto tóxico durante varios años como nematocida, generando una afectación terrible no sólo para la salud, sino para los planes de vida de los trabajadores y trabajadoras de las bananeras, ya que su consecuencia más grave fue la esterilidad.
- ii. En virtud de esta falta en la prestación de servicio atribuible al Estado, se activó el régimen de responsabilidad administrativa el cual, como quedó más que manifiesto a lo largo del trabajo, es un régimen bastante amplio con base en el cual se debe retribuir todo daño que se cause al administrado.
- iii. El país tomó una decisión que, aunque demorada, de cierta manera vino a significar una luz en el oscuro camino de las personas afectadas por el Nemaqón, ya que a través de la Ley No. 8130 se pretendió disponer de un procedimiento para otorgar las indemnizaciones, a través del cual se pudiera evitar la inversión en tiempo y recursos que significaría para ambas partes discutir este tema en sede judicial. Sin embargo, la práctica suele distar de la letra de la ley, y es ahí donde se generan afectaciones a los derechos fundamentales de las y los habitantes.
- iv. Respecto a la hipótesis planteada en torno a si la indemnización significa o no una reparación integral que responda a los principios de responsabilidad del Estado y acceso a la justicia, considero que la misma fue comprobada de manera parcial. En este sentido, es importante hacer una diferenciación entre afectados directos y afectados indirectos, para señalar que con la reforma que operó a la Ley No. 8130 en el año 2006, se eliminaron los

topes máximos de la indemnización para afectados directos. Esto significa que, al menos en la teoría, la Unidad Operativa de Afectados por el Nemagón podría otorgar indemnizaciones superiores a las fijadas en la norma, procurando que la retribución pueda solventar en cierta medida las muchas afectaciones que se generaron a causa del químico.

- v. No obstante lo anterior, la reforma no operó igual para afectados indirectos, siendo que se mantuvieron los porcentajes tasados respecto a la suma que señala la ley. Esto en franca violación de los derechos e intereses tutelados en favor de cónyuges, convivientes, hijos e hijas de afectados directos, quienes evidentemente también sufrieron un perjuicio, aunque no físico, sí en el plano moral, y en su posible plan de vida.
- vi. Ahora bien, al hacer este trabajo pude tener una mayor comprensión de la magnitud del tema y verificar que el país tiene una deuda histórica con esta población. Han habido varios recursos de amparo interpuestos por la falta de respuesta atribuible a la administración, que en ocasiones tarda años en atender las solicitudes planteadas por los afectados directos, muchos de los cuales mueren sin recibir el monto requerido.
- vii. Por ello, aunque la intención del legislador fue justamente facilitar el trámite de la indemnización y retribuir en cierta medida los daños ocasionados a causa del químico, lo cierto del caso es que en la práctica las y los afectados tienen que lidiar con una serie de obstáculos para arribar a una suma que a fin de cuentas resulta sumamente baja, y que en muy poco los retribuye y les hace justicia.
- viii. Asimismo, hay una serie de falencias de carácter operativo que hacen nugatorio el derecho de las personas perjudicadas, como lo es por ejemplo el caso de los afectados indirectos quienes, pese a que ya se atendió la orden de la Sala y se elaboró un reglamento para regular el trámite de

pago, aún continúan a la espera de que el Estado les brinde una solución de carácter integral.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

Una vez culminado el análisis propio del presente trabajo de investigación, se considera que resulta necesario y recomendable modificar la Ley No. 8130 para que responda de manera más efectiva al cumplimiento de los derechos de las y los afectados directos e indirectos a causa del Nemagón. En tal virtud, se propone la presentación de un proyecto de ley que contemple las siguientes reformas:

Artículo 1. Redacción actual

El Estado indemnizará a quienes comprueben haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo, como consecuencia de haber sido utilizado en el país el producto "1.2 dibromo, 3 cloropropano", conocido como DBCP.

Para los efectos de esta Ley, se entenderán como daño moral objetivo las disfunciones de la personalidad que afecten las relaciones familiares o sociales de la persona, originadas como consecuencia del DBCP y que puedan determinarse por medio de los exámenes psicológicos pertinentes.

Quienes pretendan obtener esta indemnización deberán cumplir lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento y acatar las disposiciones tomadas por la unidad ejecutora técnica referida en el Decreto Ejecutivo N° 28530, de 2 de marzo del 2000.

Artículo 1. Redacción propuesta

El Estado indemnizará a quienes comprueben haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo, o un daño a la vida en relación, como consecuencia de haber sido utilizado en el país el producto "1.2 dibromo, 3 cloropropano", conocido como DBCP.

(Se suprime el segundo párrafo pues la definición no corresponde)

Quienes pretendan obtener esta indemnización deberán cumplir lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento y acatar las disposiciones tomadas por la unidad ejecutora técnica referida en el Decreto Ejecutivo N° 28530, de 2 de marzo del 2000.

Artículo 14. Redacción actual

Los parámetros para establecer la indemnización son los siguientes:

a) Cuando se compruebe solo un daño moral objetivo, el monto de la indemnización no podrá ser superior a un cuarenta por ciento (40%) del monto indicado en el párrafo final de este Artículo.

b) Cuando se compruebe solo daño físico, el monto de la indemnización será el siguiente:

1. En los casos de las categorías 1, 2 y 3 del Artículo 3, el monto de la indemnización no podrá exceder de un sesenta por ciento (60%) del monto indicado en el párrafo final de este Artículo.

2. En los casos de las categorías 4 y 5 del Artículo 3, el monto de la indemnización será igual al que le corresponda cancelar al INS, en aplicación de la legislación de riesgos del trabajo.

El monto total de la indemnización que se reconozca de conformidad con esta Ley, será superior a la suma de seiscientos ochenta y tres mil colones (¢683.000,00), determinada según el estudio actuarial elaborado por el INS, en el que se consideró el salario devengado por los trabajadores bananeros calculado al valor actual. Este monto deberá ser indexado conforme al índice de precios al consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, desde la fecha de entrada en vigencia de esta Ley hasta la fecha en que a cada persona afectada se le haga efectivo el pago de la respectiva indemnización.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 1° de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

Artículo 14. Redacción propuesta

Los parámetros para establecer la indemnización son los siguientes:

a) Cuando se compruebe sólo un daño moral objetivo, será igual o superior ser superior a la suma de seiscientos ochenta y tres mil colones (¢683.000,00).

b) Cuando se compruebe solo daño físico, el monto de la indemnización será el siguiente:

1. En los casos de las categorías 1, 2 y 3 del Artículo 3, el monto de la indemnización será igual o superior a un sesenta por ciento (60%) del monto otorgado al afectado trabajador o trabajadora afectada.

2. En los casos de las categorías 4 y 5 del Artículo 3, el monto de la indemnización será igual al que le corresponda cancelar al INS, en aplicación de la legislación de riesgos del trabajo.

Lo demás queda igual, no obstante es importante señalar que el otorgamiento de una única suma por un monto tan bajo no resulta proporcional a los daños y perjuicios sufridos a causa del químico, por lo cual una revisión del monto podría ser necesaria.

Artículo 20. Redacción actual

Autorizase a la CCSS para que fortalezca al personal de salud encargado de efectuar los diagnósticos de los afectados por el DBCP, así como la atención de los daños ocasionados a la salud por este producto, en los diferentes niveles de atención.

Artículo 21. Redacción actual

Autorizase a la CCSS para que promueva la coordinación interinstitucional necesaria, a fin de facilitar la suscripción de convenios con instituciones públicas o privadas, orientados a atender la problemática de los afectados por el DBCP.

Redacción propuesta para ambos artículos.

A efectos de garantizar de manera efectiva una reparación integral de los daños y perjuicios causados por el Nemagón, se recomienda cambiar a una redacción imperativa en ambas disposiciones normativas: “La CCSS deberá...”

FUENTES DE INFORMACIÓN

Sentencias o resoluciones

- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 49, San José, a las 15 horas 30 minutos del 22 de mayo de 1987.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 354, San José, a las 10 horas del 14 de diciembre de 1990.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No.112, San José, a las 14 horas 15 minutos del 15 de julio de 1992.
- SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 213, San José, a las 08:20 horas del 25 de marzo de 2008.
- SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 110, San José, a las 10:00 horas del 17 de abril de 1996.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 2166, San José, a las 12:26 horas del 27 de febrero de 2004.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 5207, San José, a las 14:55 horas del 18 de mayo de 2004.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 13436, San José, a las 14:34 horas del 03 de setiembre de 2008.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 14025, San José, a las 14:43 horas del 1° de setiembre de 2009.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 012771, San José, a las 08:39 horas del 30 de julio de 2010.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 14891 de las 02:30 horas del 24 de octubre de 2012.
- SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia No. 15108 de las 09:05 horas del 12 de setiembre de 2014.

- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. C-175-97 del 18 de setiembre de 1997.
-
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. C-181-2003 del 16 de junio del 2003.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 326 del 16 de setiembre de 2005.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Dictamen No. 199 del 20 de agosto de 2012.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso No. 11154 María Elena Loayza Tamayo Vs Perú. Sentencia de fecha 17 de setiembre de 1997.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso Trujillo Orozco Vs. Bolivia. Sentencia de fecha 27 de febrero de 2002.
- CONSEJO CENTROAMERICANO DE PROCURADORES DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de los días 05 y 06 de mayo del 2005, San José.

Libros

- Bénéoit, Francis-Paul (2011) “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé”. En: Saavedra Becerra, Ramiro. “La responsabilidad extracontractual de la Administración Pública” Editorial Ibañez, Bogotá, Colombia.
- Hutchinson, Tomás (2008). “El daño a la vida en relación, una nueva tipología del perjuicio”
- Jiménez Céspedes, Jorge Norman. (1995). “Plaguicidas y salud en las bananeras de Costa Rica” ASEPROLA, San José, Costa Rica.
- Vincenti, Rogelio (2008). “Responsabilidad Tarifada del Estado”. En: Varios autores. “Responsabilidad del Estado” Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

- Jinesta Lobo, Ernesto. (2005). “Tratado de Derecho Administrativo” 1 ed. Biblioteca Jurídica Dike, Costa Rica.
- Ortiz Ortiz, Eduardo. (2002) “Tesis de Derecho Administrativo” Tomo III. Editorial Stradtman, San José, Costa Rica.
- Informe Anual de Labores de la Defensoría de los Habitantes, período 2008-2009.

Internet

- Giralt Bermúdez, María de los Ángeles. “La problemática ética del uso del DBCP en Costa Rica”. Universidad de Costa Rica, 1996. [Fecha de consulta: 1º de julio de 2014] Disponible en:
<http://inif.ucr.ac.cr/recursos/docs/Revista%20de%20Filosof%C3%ADa%20UCR/Vol.%20XXXIV/No.%208384/La%20Problematica%20etica%20del%20uso%20del%20DBPC%20en%20Costa%20Rica.pdf>
- Sanders, Abigail. “La calamidad del Nemaqón: víacrusis de los bananeros en la búsqueda de la justicia” SIT Graduate Institute, 1995. [Fecha de consulta: 1º de julio de 2014] Disponible en:
http://digitalcollections.sit.edu/isp_collection
- Mora Solano, Sindy. “Agroquímicos y sufrimiento ambiental: reflexiones desde las ciencias sociales”. Universidad de Costa Rica, 2014. [Fecha de consulta: 1º de julio de 2014] Disponible en:
<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/reflexiones/article/download/13754/13084>.

Expedientes Legislativos

- Asamblea Legislativa. Expediente No. 14357, correspondiente a la Ley No. 8130.
- Asamblea Legislativa. Expediente No. 15331, correspondiente a reformas a la Ley No. 8130.

Normativa

- Asamblea Constituyente (1949) “Constitución Política de la República de Costa Rica” del 8 de noviembre de 1949.
- Asamblea Legislativa (1885) “Código Civil” del 19 de abril de 1885.
- Asamblea Legislativa (1970) “Código Penal” del 4 de mayo de 1970.
- Asamblea Legislativa (1943) “Código de Trabajo” del 27 de agosto de 1943.
- Asamblea Legislativa (2001) “Ley de determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el "DBCP" del 20 de setiembre de 2001.
- Poder Ejecutivo (2000) Decreto Ejecutivo No. 28530-MTSS del 2 de marzo del año 2000.
- Poder Ejecutivo (2003) Decreto Ejecutivo No. 31123-MTSS de 3 de marzo de 2003.
- Poder Ejecutivo (2014) Decreto No. 38737-MTSS del 27 de noviembre de 2014.

Entrevista

- Richmond Solís, Luis Alejandro. Lunes 4 de mayo de 2015. Intervenciones de la Defensoría de los Habitantes respecto al tema del Nemagón.

ANEXOS

ANEXOS

Anexo No. 1. Entrevista efectuada al señor Luis Alejandro Richmond Solís, Director del Área de Control de Gestión Administrativa de la Defensoría de los Habitantes, el día lunes 4 de mayo de 2015.

1.- ¿En la Defensoría de los Habitantes se reciben denuncias vinculadas con el tema del Nemagón?

Sí, las denuncias que son admisibles se trasladan al Área de Control de Gestión Administrativa, donde se les da trámite y generalmente se solicita información a la Oficina Operativa.

2.- Aproximadamente ¿Cuántas denuncias relacionadas con el Nemagón se reciben por año en la Defensoría?

Han habido “picos” en la recepción de denuncias, por ejemplo en el año 2008 cuando se generó una situación entre el INS y la CCSS, pues ninguna de las instituciones estaba realizando los espermogramas, en ese momento se recibieron bastantes denuncias. Actualmente la cantidad ha bajado, alrededor de seis denuncias por año.

3.- ¿Qué tipo de reclamos plantean las y los habitantes sobre este tema?

El tema principal del cual se quejan los habitantes es la falta de resolución por parte de la Oficina Operativa, es decir, la ausencia de respuesta y la falta de cumplimiento al principio de justicia pronta y cumplida en sede administrativa.

Otro tema que se reclama es el resultado que arrojan los espermogramas, pero en estos casos la Defensoría no puede intervenir pues es materia técnica, propia de los médicos.

De igual forma, reclaman la falta de claridad sobre los procedimientos, la falta de resarcimiento respecto al daño psicológico, y la ausencia de mecanismos impugnatorios.

4.- ¿Algunas de las denuncias presentadas guardan relación directa con el tema de la indemnización?

Siendo que el monto de la indemnización y los porcentajes están definidos en la Ley, las y los habitantes no denuncian tanto ese aspecto, sino más que todo el rechazo por el resultado del espermograma, lo cual como ya se indicó es un tema meramente técnico.

5.- ¿La Defensoría de los Habitantes ha realizado algún tipo de análisis respecto a la normativa que regula el tema del Nemagón?

Efectivamente, la Defensoría emitió un criterio respecto a un proyecto de ley propuesto por el ex Diputado José María Villalta, quien propuso que se indemnizara a la población por el solo hecho de exposición al químico por un monto único indexado y no por exámenes de espermograma. Si bien la Defensoría compartió las consideraciones esbozadas en la exposición de motivos, se opuso al proyecto por cuanto se consideró que esta reforma no promovía soluciones de fondo a la falta de operatividad del sistema.

Por otro lado, recientemente la Sala declaró con lugar un recurso de amparo interpuesto por la Defensoría a favor de los casi 12000 afectados indirectos, quienes a través de todos estos años han visto negado su derecho legal a una indemnización, ante la respuesta por parte del INS aduciendo la falta de reglamentación. En virtud de esta intervención, la Sala ordenó al Poder Ejecutivo emitir el Decreto de marras, mismo que fue publicado en diciembre del año anterior.

Actualmente el problema es que en el reglamento se dispuso un “sistema integral de evaluación”, otorgando un plazo de tres meses para su implementación, pero a

la fecha el mismo no se ha creado. Es decir, pese a la existencia de un instrumento normativo, los problemas de operatividad y el incumplimiento se mantienen.

6.- ¿Considera usted que el monto de indemnización contemplado en la Ley No. 8130 responde al principio de responsabilidad del Estado y al principio de justicia?

No, porque en realidad los montos se otorgan por una única vez, y son sumas muy bajas que no resultan proporcionales a los daños causados.

Es importante indicar que en este tema se extraña una reparación integral del daño, en los términos que se ha desarrollado este concepto dentro del derecho internacional.

El Nemagón causó no sólo daños físicos sino también daños a los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado “proyecto de vida”, es decir, a la expectativa que las personas afectadas tenían, solas o en pareja, de reproducirse, tener hijos, llevar una vida sana. Muchas de estas personas vieron truncados sus sueños de ser padres pues el producto los dejó estériles, y este daño va mucho más allá de la afectación al organismo, y al ser una suma tan baja esto no se reconoce.

Asimismo, no hay una atención integral para las personas afectadas, pues se ha comprobado que las afectaciones a la salud no son sólo por temas de esterilidad. Tampoco se ha brindado tratamiento psicológico para sobrellevar esta situación.

7.- ¿Cuáles cambios implementaría usted para mejorar el sistema de indemnizaciones por Nemagón que rige actualmente?

Buscaría reforma la Ley vigente, disponiendo nuevos montos y porcentajes de indemnización más elevados. Trataría de mejorar la tramitología del reclamo, haciéndola más simple y rápida, para así reducir los tiempos de espera de la retribución. Y además procuraría instaurar un marco más fuerte de atención, con mayor participación del INS y la CCSS.

Anexo No. 2. Ley No. 8130 “Determinación de beneficios sociales y económicos para la población afectada por el "DBCP" del 20 de setiembre de 2001.

CAPÍTULO I

Indemnizaciones

Artículo 1º—El Estado indemnizará a quienes comprueben haber sufrido un daño físico y/o moral objetivo, como consecuencia de haber sido utilizado en el país el producto "1.2 dibromo, 3 cloropropano", conocido como DBCP.

Para los efectos de esta Ley, se entenderán como daño moral objetivo las disfunciones de la personalidad que afecten las relaciones familiares o sociales de la persona, originadas como consecuencia del DBCP y que puedan determinarse por medio de los exámenes psicológicos pertinentes.

Quienes pretendan obtener esta indemnización deberán cumplir lo dispuesto en esta Ley y su Reglamento y acatar las disposiciones tomadas por la unidad ejecutora técnica referida en el Decreto Ejecutivo N° 28530, de 2 de marzo del 2000.

Artículo 2º—Las personas a que se refiere el Artículo anterior deberán cumplir las siguientes obligaciones mínimas:

- a) Presentar, ante la unidad ejecutora técnica, un reclamo administrativo.
- b) Aportar tanto los documentos fijados en esta Ley como los que la unidad ejecutora técnica considere necesarios.
- c) Realizarse los exámenes físicos, de laboratorio y psicológicos, necesarios para determinar la existencia de un daño físico o moral objetivo, vinculado con el uso del DBCP o asociado a ello, según lo determine el Instituto Nacional de Seguros (INS). Para lo anterior, se establecen las siguientes tres categorías:
 1. Extrabajadores y trabajadores que puedan dar muestra en espermograma.
 2. Mujeres extrabajadoras y trabajadoras.
 3. Extrabajadores y trabajadores que no puedan dar muestra en espermograma.

En el caso de extrabajadores y trabajadores que puedan dar muestra en espermograma, en dicho examen deberán tomarse en cuenta, para su análisis, el volumen, la motilidad y la morfología, entre otros aspectos.

A las mujeres extrabajadoras y trabajadoras, las indemnizaciones se les reconocerán con base en criterios técnico-médicos, fundamentados en la propuesta de la Comisión Médica del INS, que estableció el pago de acuerdo con los años de exposición al DBCP.

Con respecto a los trabajadores y extrabajadores que por diferentes causas estén imposibilitados para proporcionar la muestra necesaria destinada al espermograma, las indemnizaciones se reconocerán de acuerdo con el resultado de los exámenes físicos, psicológicos y de laboratorio, y el tiempo de exposición al agroquímico.”

(Así reformado el inciso c) por el artículo 1º de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

d) Permitir la realización de los estudios sociales que la unidad ejecutora técnica determine y facilitar la información que se les requiera.

Artículo 3º—Para efectos de esta Ley, se establecen las siguientes categorías:

1. Ser o haber sido, durante el periodo comprendido entre 1967 y 1979, cónyuge de un trabajador al que el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP.
2. Ser hijo, nacido en el periodo 1967-1979, de un trabajador a quien el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP.
3. Ser compañera de un trabajador o compañero de una trabajadora a quien el INS le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP, siempre que la relación haya ocurrido entre 1967 y 1979.
4. Haber sido trabajador durante el periodo 1967-1979 de una empresa bananera que haya utilizado el DBCP, a quien el INS no le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP y que no pueda formular el reclamo de indemnización con fundamento en la legislación de riesgos del trabajo.
5. Haber sido un trabajador en la estación experimental Los Diamantes durante el periodo de 1967 a 1979, a quien el INS no le haya reconocido el derecho a una indemnización, en razón de haber sido afectado por el uso del DBCP.

Artículo 4º—Quienes acrediten su pertenencia a la primera categoría, deberán aportar los siguientes documentos:

- a) Certificación que compruebe que al cónyuge se le reconoció el derecho a una indemnización a cargo del INS, por haber sido afectado por el uso del DBCP.
- b) Certificación en la que se acredite la unión matrimonial en el lapso de tiempo indicado.

Artículo 5º—Para acreditar la pertenencia a la segunda categoría, deberán aportarse los siguientes documentos:

- a) Certificación que compruebe que a alguno de sus progenitores se le reconoció el derecho a una indemnización a cargo del INS, por haber sido afectado por el uso del DBCP.
- b) Certificado de nacimiento.

Artículo 6º—Para acreditar la pertenencia a la tercera categoría, la unidad ejecutora técnica o quien ella designe, realizará un estudio para determinar esa condición; con este propósito, se utilizarán los parámetros de admisibilidad establecidos en los Reglamentos de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) para otorgar los beneficios que corresponde a esa Institución en los casos de unión de hecho.

Además, deberá aportar certificación que compruebe que al compañero o la compañera se le haya reconocido el derecho a una indemnización a cargo del INS por haber sido afectado por el uso del DBCP.

Artículo 7º—La pertenencia a la cuarta categoría podrá acreditarse mediante la presentación de prueba documental o testimonial, obtenida con observancia del Artículo 300 de la Ley General de la Administración Pública. En estos casos, deberán constar los testimonios de al menos cuatro extrabajadores que hayan laborado en la misma empresa bananera, en la misma época en que lo hizo el trabajador gestionante. Además, será requisito indispensable que la CCSS, por medio de certificación, indique que el trabajador gestionante no aparece laborando para ninguna otra empresa por el tiempo indicado en la prueba testimonial.

La calificación sobre la pertinencia de esta prueba será responsabilidad de la unidad ejecutora técnica, que para su reconocimiento podrá hacer las constataciones que estime necesarias, incluso mediante la recepción de pruebas adicionales.

Artículo 8º—Para acreditar la pertenencia a la quinta categoría, deberá aportarse certificación expedida por la CCSS en la que conste la condición de trabajador del Estado y el tiempo laborado entre 1967 y 1979.

Los solicitantes que no puedan probar su condición de trabajadores del Estado de conformidad con este Artículo, podrán plantear su solicitud según lo dispuesto para la cuarta categoría en el Artículo 7 de esta Ley.

Artículo 9º—Las solicitudes y los documentos requeridos deberán ser entregados en la oficina de la Unidad Ejecutora Técnica, como se describe a continuación:

a) En los casos de las categorías 1, 2 y 3 del artículo 3º de esta Ley:

1. Cuando el INS le haya reconocido a un trabajador el derecho a la indemnización y este sea requisito para admitir la solicitud, esta deberá presentarse en un plazo de seis meses a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta reforma.

2. Cuando el INS le reconozca el derecho a la indemnización a un trabajador, con posterioridad a la fecha de publicación de esta Ley, y el reconocimiento sea requisito para admitir la solicitud, esta deberá presentarse en un plazo de seis meses, contado a partir del día siguiente a la firmeza del acto que reconozca tal derecho.

b) En los casos de las categorías 4 y 5 del artículo 3º de esta Ley, la solicitud podrá presentarse, en cualquier momento, a partir de la publicación de esta Ley.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

Artículo 10.—Verificado el cumplimiento de los requisitos, la unidad ejecutora, mediante resolución aprobatoria, remitirá el expediente respectivo al INS en un plazo de cinco días hábiles.

Si la unidad ejecutora estima que no se cumplen los requisitos fijados para cada categoría, el expediente pasará al Departamento Legal del Ministerio de Trabajo, para que se pronuncie sobre la admisibilidad de la solicitud, mediante los procedimientos administrativos correspondientes.

Recibido el expediente, si el INS considera que no se presentan las condiciones de admisibilidad previstas por la ley, señalará sus objeciones y devolverá el expediente al Ministerio de Trabajo, para que proceda conforme al párrafo anterior.

Artículo 11º.—Recibido el expediente administrativo, se fijará la fecha para realizar las pruebas médicas, de laboratorio o psicológicas, que el INS considere pertinentes.

Artículo 12.—El INS efectuará las pruebas referidas en el Artículo anterior. Para estos efectos, se autoriza a dicha Institución para que tome las medidas pertinentes con el objeto de garantizar la celeridad de tales pruebas.

Artículo 13.—Una vez comprobado lo establecido en el artículo 2º de esta Ley, la unidad ejecutora técnica dictará una resolución administrativa, en la que fijará el monto de la indemnización para cada uno de los trabajadores y las trabajadoras y remitirá, de inmediato, el expediente al INS para su pago correspondiente. En caso contrario, se procederá a ordenar el archivo del expediente.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

Artículo 14.—Los parámetros para establecer la indemnización son los siguientes:

a) Cuando se compruebe solo un daño moral objetivo, el monto de la indemnización no podrá ser superior a un cuarenta por ciento (40%) del monto indicado en el párrafo final de este Artículo.

b) Cuando se compruebe solo daño físico, el monto de la indemnización será el siguiente:

1. En los casos de las categorías 1, 2 y 3 del Artículo 3, el monto de la indemnización no podrá exceder de un sesenta por ciento (60%) del monto indicado en el párrafo final de este Artículo.

2. En los casos de las categorías 4 y 5 del Artículo 3, el monto de la indemnización será igual al que le corresponda cancelar al INS, en aplicación de la legislación de riesgos del trabajo.

El monto total de la indemnización que se reconozca de conformidad con esta Ley, será superior a la suma de seiscientos ochenta y tres mil colones (¢683.000,00), determinada según el estudio actuarial elaborado por el INS, en el que se consideró el salario devengado por los trabajadores bananeros calculado al valor actual. Este monto deberá ser indexado conforme al índice de precios al consumidor, determinado por el Instituto Nacional de Estadística y Censos, desde la fecha de entrada en vigencia de esta Ley hasta la fecha en que a cada persona afectada se le haga efectivo el pago de la respectiva indemnización.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 1º de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

Artículo 15.—Autorízase al INS para que, con los recursos que generan sus utilidades anuales, cancele las indemnizaciones establecidas en esta Ley. Asimismo, se le autoriza para que, del monto que le corresponde pagar anualmente por concepto de impuesto sobre la renta, deduzca los recursos destinados al pago de estas indemnizaciones.

(Así reformado por el artículo 1º de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

Artículo 16.—Excluyese de la aplicación de estas disposiciones a los trabajadores que ya hayan sido indemnizados por el INS por haber sido afectados por el DBCP o los que, a la fecha de vigencia de esta Ley, tengan reclamos presentados por este concepto, con fundamento en la legislación de riesgos del trabajo.

CAPÍTULO II

Pensiones

Artículo 17.—La Unidad Ejecutora Técnica creada mediante el Decreto Ejecutivo N° 28530, de 2 de marzo del 2000, presentará a la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), la lista de los trabajadores afectados por el DBCP y le solicitará el estudio de los que requieran la aprobación de una pensión del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Dicha Institución tramitará esas solicitudes de acuerdo con los reglamentos vigentes y procurará la mayor celeridad en los trámites. En igual forma, la CCSS tramitará las solicitudes para el Régimen no Contributivo de Pensiones que le remita la Unidad Ejecutora Técnica.

(Así reformado por el artículo 1° de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)

Artículo 18.—La unidad ejecutora técnica podrá presentar a la CCSS los listados de los trabajadores afectados por el DBCP que requieran la revisión de sus pensiones, contributivas o no contributivas, con el fin de que dicha Institución resuelva lo pertinente, de conformidad con la normativa aplicable y procurando la mayor celeridad de los trámites.

CAPÍTULO III

Prestación de servicios médicos

Artículo 19.—A las empresas empleadoras de los trabajadores afectados por el uso del DBCP, el Estado les cobrará el subsidio que esta Ley otorga, como parte del impuesto sobre la renta, dentro de los tres periodos de renta siguientes a la promulgación de la presente Ley.

Esta norma afecta solo a las empresas que usaron el DBCP a sabiendas de su carácter dañino, de conformidad con la experiencia, la información sobre el producto y las normas internacionales vigentes.

Artículo 20.—Autorízase a la CCSS para que fortalezca al personal de salud encargado de efectuar los diagnósticos de los afectados por el DBCP, así como la atención de los daños ocasionados a la salud por este producto, en los diferentes niveles de atención.

Artículo 21.—Autorízase a la CCSS para que promueva la coordinación interinstitucional necesaria, a fin de facilitar la suscripción de convenios con instituciones públicas o privadas, orientados a atender la problemática de los afectados por el DBCP.

Rige a partir de su publicación.

Transitorio único.—A partir de la publicación de esta Ley, la CCSS deberá realizar una revisión de los reglamentos vigentes del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y del Régimen no Contributivo de Pensiones, a fin de determinar la viabilidad de adecuar, a las condiciones particulares de las personas afectadas por el DBCP, los requisitos establecidos en dicha normativa para obtener una pensión.

(Así adicionado por el artículo 2º de la Ley N° 8554 del 19 de octubre de 2006)