

**UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO**

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

90

**SAN JOSE, COSTA RICA
1999
MAYO-AGOSTO**

**EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL DE REGULACION
DE LOS RIESGOS BIOTECNOLOGICOS**

M.Sc. Vanessa Retana Barrantes

Abogada

Profesora Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

Introducción General

Capítulo I

Biotecnología y biodiversidad: una relación conflictual

1. Las implicaciones económicas

Subpárrafo I. La trascendencia de los movimientos financieros en el mundo desarrollado

Subpárrafo II. Una preservación *ex situ* controlada por el Norte

2. Los impactos sobre el medio ambiente de la difusión de biotecnologías

Subpárrafo I. La erosión de genes

Subpárrafo II. La liberación de OGM

Subpárrafo III. Las consecuencias de la Revolución Verde

3. Las posibilidades de una regulación internacional de los riesgos biotecnológicos

Subpárrafo I. Los límites en bioseguridad de la OMC

Subpárrafo II. La CDB: La posibilidad de crear un Protocolo de Bioseguridad a nivel mundial

Capítulo II

La patentización del ser vivo y la propiedad intelectual

1. La UPOV: Hacia una asimilación al régimen jurídico de la patente

Subpárrafo I. Las particularidades del sistema de la UPOV

Subpárrafo II. Las reformas de 1991

2. La patentización del ser vivo: la extensión de la patente para la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas

Subpárrafo I. Los límites impuestos a la patentización por la Convención de Munich

Subpárrafo II. Los Estados Unidos: los líderes de la patentización del ser vivo

Subpárrafo III. La Directiva sobre la protección de las invenciones tecnológicas de 1998: un enfoque técnico a los límites de la patentización del ser vivo

Recomendaciones

Bibliografía

INTRODUCCION GENERAL

Las negociaciones que se efectuaron en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (CNUMAD) de 1992 en Río de Janeiro tenían el potencial de afectar seriamente la investigación científica y los intereses económicos que de ella dependen⁽¹⁾. En el caso de la biodiversidad, la industria biotecnológica y el marco jurídico que había regido la apropiación del germoplasma del Sur⁽²⁾ estaban claramente implicados. En efecto, cualquier negociación sobre los recursos biogénicos afectaría los intereses de este sector industrial del Norte. Como resultado de las posiciones antagónicas del Norte y del Sur y la imposibilidad de ambos bloques para ponerse de acuerdo sobre aspectos vitales, la Convención de Diversidad Biológica de las Naciones Unidas (CDB)⁽³⁾ adolece de múltiples imperfecciones. No obstante, este instrumento internacional tiene la virtud de al menos reconocer el ligamen entre biotecnología y biodiversidad, no cometiendo el mismo yerro que efectuó la Organización Mundial del Comercio (OMC), al tratar estos temas y otros, como derecho al desarrollo social y propiedad intelectual, por separado durante mucho tiempo.

-
- (1) En este sentido fue célebre el "Llamado a los Jefes de Estados y de Gobierno" –conocido también como el "Llamado de Heidelberg"– lanzado a la ocasión de la CNUMAD de 1992 por científicos de renombre mundial, entre ellos 54 Premios Nóbel. En el Llamado, los científicos esencialmente claman por no imponer límites al crecimiento económico en beneficio del establecimiento de un desarrollo sostenible. VIVIER (Emil), "Heidelberg: science sans conscience" in *Revue Combat Nature*, Limoges, Federación Nacional para la Defensa del Ambiente (FEDEN), número 99, noviembre de 1992, pp. 4-5.
 - (2) Los países en desarrollo, denominados también en forma genérica el Tercer Mundo o países menos desarrollados, son recientemente también llamados el Sur. Por su parte, los países industrializados, llamados por largo tiempo como el Primer Mundo o las naciones desarrolladas, son últimamente denominadas el Norte.
 - (3) La CDB fue negociada entre 1987 y 1992 bajo los auspicios del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (en adelante PNUMA), siguiendo el trabajo preparativo de la Organización para la Alimentación y la Agricultura (*Food and Agriculture Organization*, en adelante FAO). La Convención fue adoptada el 22 de mayo de 1992 en Nairobi y fue abierta para su firma en la CNUMAD, celebrada en Río de Janeiro del 3 al 14 de junio de 1992. En la CNUMAD fue firmada por 157 Estados y la

La CDB es un convenio marco en dos sentidos. En primer lugar, sus provisiones están expresadas en la forma de objetivos y políticas generales, dejando a sus miembros la determinación de cómo serán implementadas estas medidas. En segundo lugar, la CDB no impone objetivos específicos a alcanzar por las Partes Contratantes y, en su lugar, coloca el énfasis en la toma de decisiones a nivel nacional⁽⁴⁾.

Por su parte, Centroamérica ha sentido sin duda la necesidad de regular al menos el acceso -con fines de bioprospección⁽⁵⁾- a sus recursos biogenéticos; esta preocupación se refleja en el Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres Prioritarias en América Central⁽⁶⁾, firmado el 5 de junio de 1992 en Managua. En este instrumento regional, los Estados reafirman su derecho

Comunidad Europea, con posterioridad lo fue por 9 Estados más. Se requería de 30 ratificaciones para su entrada en vigor, lo cual sucedió el 29 de diciembre de 1993. Aunque el artículo 37 de la CDB dispone que ninguna reserva es permitida, Francia, Italia, el Reino Unido, Chile, Cuba, Suiza y Papúa Nueva Guinea efectuaron declaraciones al firmar la Convención precisando su interpretación de ciertas provisiones. La Unión Europea también efectuó una declaración al ratificar la CDB el 21 de diciembre de 1993. BIRNIE (Patricia W.) et BOYLE (Alan), *Basic Documents on International Law and the Environment*, Edit. Oxford, 1995, p. 390. Hasta 1997, 169 Estados la habían ratificado. *Signposts to Sui Generis Rights*, Genetic Resources Action International (GRAIN), 1997, p. 17.

- (4) Al respecto véase GLOWKA (Lyle), BURHENNE-GUILMIN (Françoise) SYNGE (Hugh) et al, *A Guide to the Convention on Biological Biodiversity*, IUCN The World Conservation Union, 1994, p. 1.
- (5) a bioprospección o prospección de biodiversidad puede ser definida como la búsqueda intensiva de compuestos útiles en los recursos naturales. Dicha búsqueda esta orientada hacia el descubrimiento de genomas (los genes de las plantas introducidos en los cultivos de alto rendimiento) o compuesto activos para el desarrollo de productos farmacológicos, ambos de gran relevancia económica. Los compuestos activos para el desarrollo de productos farmacéuticos pueden ser encontrados en diversas formas de vida como las plantas, los hongos, los insectos y los organismos marinos.
- (6) "Central American Presidents resolve to pass laws restricting use of resources", in *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affairs Inc., 17 juin, 1992, Vol. 15, No. 12, p. 397, de LEXIS NEXIS.

soberano sobre sus recursos biológicos⁽⁷⁾ y se proponen consolidar la conservación *ex situ*⁽⁸⁾; se trata entonces de medidas cuyo objetivo principal es controlar el acceso a los recursos biogénéticos centro-americanos⁽⁹⁾.

En su artículo 2, la CDB define la biodiversidad como la variabilidad de organismos vivos de todo origen, incluyendo los ecosistemas y los complejos ecológicos de los que forman parte. A lo anterior puede agregarse que la inconstancia de las formas de vida sobre el planeta es esencialmente el resultado de las variaciones de ácido desoxirribonucleico (ADN) en los genes. Asimismo, también de acuerdo a la definición de la Convención, pueden distinguirse tres niveles de biodiversidad: la diversidad de especies (plantas y animales, incluyendo los hongos y los microorganismos), la diversidad entre las especies, y la diversidad de ecosistemas (por ejemplo, las dunas costeras y los humedales). Debido a la dinámica con que operan los ecosistemas, la desaparición de una especie está ligada a la extinción de otras especies, con las cuales la primera se relaciona. La extinción de una especie genera entonces de una reacción en cadena.

-
- (7) Ver el artículo 2 del *Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres Prioritarias en América Central*, firmado el 5 de junio de 1992 en Managua, Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo y Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN), 1992.
- (8) Ver el artículo 27 del *Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres Prioritarias en América Central*.
- (9) Las medidas concretas favorables a la consolidación de las áreas silvestres protegidas son más limitadas y se refirieren esencialmente a la elaboración de una ley nacional para la conservación y la utilización durable de los componentes de la biodiversidad y al desarrollo de áreas de conservación fronterizas. Asimismo, en cuanto a las comunidades tradicionales y locales, sólo el artículo 7 dispone tímidamente que el conocimiento, las prácticas y las innovaciones tecnológicas desarrolladas por grupos nativos deber ser reconocidas y preservadas. Este acuerdo constituye un primer paso para determinar condiciones de acceso a los recursos genéticos de América Central, pero necesita incontestablemente de otras medidas concretas para alcanzar sus objetivos y, especialmente, requiere de una orientación certera hacia la preservación de la biodiversidad y el disfrute equitativo de sus beneficios. Al respecto ver los artículos 16 y 17, *Ibid.*

340-R
No. 90
May. - Ago, 1999
Q. 5

Por su parte, la biotecnología⁽¹⁰⁾ no es una nueva tecnología, pues ha sido utilizada durante siglos por sociedades del mundo entero. Asimismo, su aprovechamiento no está restringido a la cultura occidental, ha sido demostrado que la biotecnología ya se utilizaba en el Lejano Oriente para la fermentación de la comida y para la producción de productos lácteos en otras partes del mundo⁽¹¹⁾. Sin embargo, es el nacimiento de nuevas formas de biotecnología, la denominada biotecnología de la Tercera Generación⁽¹²⁾, el que ha cambiado la percepción y el valor de la biodiversidad. Básicamente, esta forma de biotecnología ha permitido realizar la transgresión de barreras sexuales y alcanzar mejoras sensibles en el procedimiento que inciden significativamente en su eficacia, lo cual permite a las industrias de ingeniería genética obtener beneficios de miles de millones de dólares al año. Los logros que ha permitido alcanzar la biotecnología de la Tercera Generación son fácilmente identificables. Desde un punto de vista conceptual se pueden distinguir dos tipos de impacto de las biotecnologías:

Permitir ante todo una cierta transgresión de las barreras sexuales impuestas por la naturaleza, un viejo sueño de los biólogos que despierta la mayor de las esperanzas pero también uno de los mayores miedos. Las tecnologías implicadas son : la ingeniería genética en sentido estricto (transferencia de ADN) y la fusión de protoplastos (células 'desprovistas'

-
- (10) La CDB define la biotecnología como toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos. Véase el artículo 2 de la "Convención sobre Diversidad Biológica" in *Biodiversidad : Políticas y Legislación a la luz del Desarrollo Sostenible*, San José (Costa Rica), Fundación Ambio, 1994, p. 467.
- (11) ARCHARYA (Rohini), "Patenting of Biotechnology : GATT and the Erosion of the World's Biodiversity", in *Journal of World Trade*, Vol. 72, 1991, p. 80.
- (12) Jaime PIZA explica la evolución de las denominadas tres eras de la biotecnología: "No hay nada nuevo en el hecho que los microorganismos unicelulares como las bacterias y los hongos son capaces de efectuar procesos químicos. Los primeros procesos establecidos bajo el principio que hoy se conoce como biotecnología fueron la producción de vinos y cerveza. La biotecnología moderna es un desarrollo posterior de estos procesos de fermentación. Dando a los microorganismos los materiales básicos y las condiciones óptimas, estos pueden producir una sustancia deseable en forma controlada. La primera aplicación médica de esta

de su membrana celulosa) entre plantas de especies diferentes. Globalmente se puede hablar aquí, en términos de la ingeniería genética, de innovación de producto.

Realizar mejor lo que ya se podía hacer, con economía de espacio (verbigracia, la multiplicación vegetativa *in vitro*), economía de tiempo y otro tipo de mejoras de eficacia ligadas a las nuevas cribas de selección. Son esencialmente innovaciones de procedimiento⁽¹³⁾.

No obstante, la biotecnología siempre requiere la inyección de genes de la naturaleza para realizar estos procesos. Por varias décadas, la industria farmacéutica creyó que el descubrimiento de productos naturales podía ser sustituida por la creación sintética de compuestos químicos. Sin embargo, en años recientes quedó claro que los recursos biológicos siguen siendo un punto crucial de partida para el descubrimiento de nuevos productos farmacéuticos. La biotecnología puede reproducir una molécula, mas no "inventarla"⁽¹⁴⁾.

técnica fue la producción de antibióticos penicilina a partir de hongos. Hoy, la ingeniería genética ha hecho posible que se introduzcan en las células materiales genéticos diferentes. Los micro-organismos así equipados son capaces de producir no solamente sus propias enzimas sino también proteínas específicas que ha instruido el material genético extraño. La insulina es hoy producida con esta tecnología." PIZA (Jaime), "Elementos de un Programa Global de Seguridad y Protección del Medio Ambiente" in *Biodiversidad: Políticas y Legislación a la luz del Desarrollo Sostenible*, San José (Costa Rica), Fundación Ambio, 1994, p. 421.

- (13) DUCOS (Chantal), 'Semences et Biotechnologies : une analyse économique', in *Le Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volumen 12, Ediciones Librairies Techniques Paris, 1987, p. 79. Sobre las ventajas que ha permitido la biotecnología, véase también ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, p. 80.
- (14) El Dr. Gordon CRAGG, jefe del Departamento de Productos Naturales del Instituto Nacional de Cáncer de Estados Unidos, es citado por Edgar ASEBEY y Jill D. KEMPENAAR, al comentar la relación entre el diseño racional de un producto farmacéutico y un producto natural, afirma: "ningún químico puede soñar las complejas moléculas bioactivas producidas por la naturaleza." (Traducción libre) ASEBEY (Edgar J.) et KEMPENAAR (Jill D.), "Biodiversity Prospecting: Fulfilling the Mandate of the Biodiversity Convention", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 28 : 703, 1995, p. 706.

El debate en torno a la biodiversidad abarca aspectos polémicos, complejos y en apariencia disímiles, como la no tan superada discusión en torno a la noción de patrimonio común de la humanidad aplicada a los recursos biogenéticos y bioquímicos⁽¹⁵⁾ y el surgimiento -en diversas regiones del mundo- de los derechos de propiedad intelectual comunitarios *sui generis*, como los denomina la Ley de Biodiversidad costarricense⁽¹⁶⁾. El debate relativo a los riesgos biotecnológicos es otra de las discusiones -de mucha actualidad en Europa- que atañen a la biodiversidad.

-
- (15) La noción de patrimonio común de la humanidad fue declarada, entre otros, por un diplomático maltés en las Naciones Unidas en 1967, a propósito del suelo y del subsuelo de los océanos. La teoría se consolidó, para los grandes fondos marinos situados fuera de la jurisdicción nacional, en la Convención sobre el Derecho del Mar firmada el 10 de diciembre de 1982 en Montego Bay. Los principios fundamentales que caracterizan la noción de patrimonio común de la humanidad son la prohibición de apropiación nacional por cualquier Estado, la libertad de utilización por cada Estado dentro del marco de un régimen jurídico determinado (o que, en ocasiones, debe determinarse) y la obligación de tomar en cuenta los intereses de las generaciones futuras. KISS (Alexandre), "La Forêt et le Patrimoine Commun de l'Humanité" in *Forêts et Environnement (sous la direction de Michel Prieur)*, Edit. Presses Universitaires de France, 1984, pp. 282-283. Sin embargo, esta noción es inapropiada para los recursos biológicos y biogenéticos. La noción de patrimonio común de la humanidad dominó la obtención del valioso germoplasma del Tercer Mundo hasta muy recientemente. El cambio en la calificación jurídica de la biodiversidad no fue fortuito. Los países en desarrollo, que durante muchas décadas estimaron conveniente este enfoque, fueron percibiendo que la teoría del patrimonio común de la humanidad, aplicada a los recursos biológicos, contribuía a mantener la estabilidad de un sistema económico internacional que no los compensaba por su valioso germoplasma. Asimismo, ¿por qué denominar patrimonio común de la humanidad un recurso que se ubica preponderantemente en países específicos y que en numerosas oportunidades ya ha sido objeto de mejoras por las comunidades, locales y autóctonas de los países en desarrollo? La respuesta es evidente: esencialmente, este modelo beneficiaba al mundo industrializado y se encontraba en perfecta armonía con el régimen de propiedad intelectual que regula los recursos biogenéticos y bioquímicos a nivel internacional.
- (16) Como resultado del agotamiento de la teoría del patrimonio común de la humanidad aplicada a los recursos biogenéticos -e inclusive bioquímicos, aunque esto no se desprenda claramente de la CDB- nuevas propuestas han surgido que procuran un reparto más equitativo de los beneficios

No puede abarcarse en un solo artículo todas las discusiones relativas a los riesgos biotecnológicos ni la integralidad de la normativa internacional vigente en cada región del planeta. No obstante, en esta investigación se estudiarán aquellas regulaciones internacionales que quizás tengan la mayor relevancia actual y se explicarán ciertos criterios relativos a la protección de la propiedad intelectual de indiscutible importancia en esta materia. De esta forma, en un primer capítulo se

derivados de la biodiversidad. Se trata esencialmente de la CDB de 1992, los regímenes alternativos de propiedad intelectual y los contratos de bioprospección. Los dos últimos están en proceso de combinarse debido a que, en diversos países y regiones de la zona intertropical, los acuerdos de bioprospección deberán en lo sucesivo respetar los sistemas establecidos para respetar los conocimientos y las mejoras tradicionales a los recursos fitogenéticos de las comunidades del Sur. La Ley de Biodiversidad de Costa Rica, Ley No. 7788 de 30 de abril de 1998, es relevante debido a que establece un marco participativo para determinar la naturaleza y alcances de los derechos intelectuales comunitarios *sui generis*. Asimismo, el texto prefirió el término biodiversidad a diversidad biológica en vista que el primero "refleja el pensamiento de la Subcomisión Legislativa y su manera de abordar integralmente el tema". La ley es particularmente valiosa debido a que se efectuó mediante un proceso de concertación entre distintos actores sociales, entre ellos los pueblos indígenas y el sector campesino. Esta ley estipula, en el artículo 77, que el Estado reconoce la existencia y validez de las distintas formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas mediante el uso de los mecanismos legales apropiados a cada caso específico. Por otra parte, el artículo 78 inciso 6 prohíbe expresamente patentar las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a práctica biológicas tradicionales o culturales en dominio público. Aún más, el numeral 82 establece que los derechos intelectuales comunitarios *sui generis* existen y se reconocen jurídicamente por la sola existencia de la práctica cultural o conocimiento relacionado a los recursos genéticos y bioquímicos. Tal reconocimiento implica, continúa señalando el artículo, que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial, tanto del derecho nacional como del internacional, afectarán estas prácticas históricas. La Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) será la encargada de establecer, mediante un proceso participativo con la Mesa Nacional Indígena y la Mesa Campesina a efectuarse en los 18 meses posteriores a la promulgación de la ley, los alcances y requisitos de estos derechos a efectos de su delimitación normativa. Los derechos intelectuales comunitarios *sui generis* lograrán verdaderamente consolidarse como tales si en el proceso de su delimitación y definición de sus alcances existe una participación activa de los sectores de la sociedad civil implicados.

evocará la relación conflictual entre biotecnología y biodiversidad, que involucra matices económicos y ambientales, así como la probabilidad de alcanzar una regulación internacional que regule en forma efectiva los riesgos biotecnológicos. Finalmente, en el segundo capítulo se estudiarán las implicaciones que tiene la protección que brinda el régimen de propiedad intelectual a ciertas invenciones biotecnológicas que podrían ser consideradas polémicas. La patente es la forma preferida de protección de la invención biotecnológica, este hecho se ilustrará con la evolución que han tenido ciertos sistemas y regímenes jurídicos de protección de la propiedad intelectual.

CAPITULO I

BIOTECNOLOGIA Y BIODIVERSIDAD: UNA RELACION CONFLICTUAL

Son numerosos los autores que comparan el crecimiento vertiginoso de la industria biotecnológica con la rápida disminución de la biodiversidad. En efecto, mientras la primera goza de un régimen jurídico que tiende a globalizarse cada vez más a través de la aplicación de los instrumentos internacionales y regionales que protegen las invenciones y procedimientos biotecnológicos, la protección de la biodiversidad resulta difícil con los medios legales de los que se dispone en este momento. La biodiversidad es la materia prima de la biotecnología y, paradójicamente, la biotecnología puede también modificar la biodiversidad en su medio ambiente. El marco legal puede ser y ha sido utilizado para estimular el crecimiento de la investigación y la industria biotecnológica. Sin embargo, no puede radicalizarse esta posición y afirmar que la biotecnología es la causa principal de la pérdida de biodiversidad, mas sí puede señalarse, sin temor a equivocarnos, que la biotecnología se ha convertido en un obstáculo importante para la obtención de una solución *global* a esta pérdida. Las consecuencias que generaría imponer restricciones a una industria que produce ganancias de miles de millones de dólares al año explican, en parte, esta circunstancia.

1. LAS IMPLICACIONES ECONOMICAS

El desarrollo de formas distintas de biotecnología, por las perspectivas prometedoras que ofrece, representa implicaciones económicas considerables.

Subparágrafo I. La trascendencia de los movimientos financieros en el mundo desarrollado

Las estadísticas de la Oficina Europea de Patentes (*Office Européen de Brevets*, OEB) muestran que las solicitudes de patentes en el campo de la ingeniería genética aumentaron un 600% de los años 1981 a 1985. Sin embargo, estas cifras no ocultan el retardo de la Unión Europea en el sector de la tecnología de punta en relación con sus dos principales competidores, Estados Unidos y Japón.

La amplitud de los movimientos financieros en Estados Unidos es, en efecto, muy significativa: entre 1968 y 1984, 61 firmas tomaron el control de 201 compañías productoras de semillas, sobre un total de 600 compañías inscritas en la Asociación Estadounidense de Comercio de Semillas (*American Seed Trade Association* -ASTA-). La evolución de dichas tomas de control demuestra, en esta etapa, dos tiempos fuertes en las inversiones:

- El primero de 1972 a 1975, el cual puede explicarse por una buena rentabilidad de las inversiones agrícolas en relación con los sectores afectados por la crisis petrolera (muy esquemáticamente se trata de una reorientación de la petroquímica hacia la utilización de la biomasa);
- El segundo, que va de 1978 a 1982, está ligado principalmente a las oportunidades tecnológicas abiertas por el avance de las ciencias biológicas (la primera transferencia de ácido desoxirribonucleico se efectuó en 1973 por Cohen y Boyer de la Universidad de Stanford).

La biorevolución que sucede actualmente, aún si permite mejorar la producción agrícola, ha conllevado también el aumento del grado de monopolización de la producción agrícola. El mercado más importante para las nuevas tecnologías agrícolas está ligado a las semillas y, en la actualidad, las industrias de semillas se encuentran concentradas en un 50% por el sector privado, el cual controla en consecuencia una porción importante del primer eslabón de la cadena alimentaria. Al mismo tiempo, más de un 60% del mercado mundial de pesticidas es controlado solamente por siete compañías, una mayoría de las cuales es a la vez líder del mercado de semillas. Al respecto, varios científicos han subrayado el peligro que constituye el que las mismas compañías controlen sendos mercados simultáneamente.

Por otra parte, la investigación de la resistencia genética de las plantas a las sustancias agroquímicas ha adquirido la misma importancia

que la investigación de la resistencia genética a los insectos y a las enfermedades; más de sesenta y ocho compañías y organismos internacionales laboran en el primer sector, la lógica de estas investigaciones reside en el descubrimiento de cultivos resistentes a los herbicidas para aumentar considerablemente las ventas de los primeros.

Subparágrafo II. Una preservación *ex situ* controlada por el Norte

Es la biotecnología la que ha permitido la instauración de los llamados 'bancos de genes' para resguardar el germoplasma. El interés de estos bancos es sobretudo el preservar las semillas y plantas útiles a la producción agrícola. A grandes rasgos, la preservación genética *in vitro* es lo que se denomina preservación *ex situ*, distinción que pretende diferenciar este tipo de conservación con la preservación *in situ* que, en su lugar, conserva los hábitats existentes. En 1974, el Grupo Consultor Internacional en Investigación Agrícola (*Consultative Group on International Agricultural Research*, en adelante CGIAR)⁽¹⁷⁾ estableció el Comité Internacional de Recursos Fitogenéticos (*International Board for Plant Genetic Resources*, IBPGR) con el fin específico de procurar cesar la pérdida de biodiversidad, un aspecto que a todas luces perjudica también la industria agroalimentaria. Así, el Comité es responsable de coordinar una red mundial de bancos de semillas, asistido por otras colecciones nacionales e internacionales.

A su vez, estos recursos fitogenéticos provienen en su inmensa mayoría de países en desarrollo⁽¹⁸⁾. Empero, la preservación *ex situ* es un arma de doble filo. Este tipo de conservación de biodiversidad, si bien permite preservar genes valiosos de plantas en peligro de extinción o que se ubican en ecosistemas muy amenazados, tiene varios problemas serios. Entre ellos se encuentran la generación de hibridación que no es

(17) "El CGIAR es una asociación de aproximadamente 40 agencias donantes, incluyendo agencias de ayuda gubernamental, agencias multilaterales y fundaciones privadas. Colectivamente, invierten el promedio de trescientos millones dólares anualmente para apoyar el trabajo de 18 centros de investigación agrícola en el mundo." (Traducción libre) AYAD (W. George), "The CGIAR and the Convention on Biological Diversity", in *Widening Perspectives on Biodiversity*, IUCN, 1994, Gland, Suiza y Academia Internacional del Medio Ambiente, Génova, Suiza, p. 243.

(18) De los 18 centros, 14 se encuentran en países en desarrollo. AYAD (W. George), *op.cit.*, pp. 245-246.

natural, el aislamiento de las plantas a los cambios del medio ambiente y la incapacidad resultante de éstas de adaptarse cuando se les desea reintegrar a condiciones exteriores⁽¹⁹⁾. Por lo tanto, aunque estos bancos sean útiles, no pueden reemplazar la preservación *in situ*. En este sentido, la CDB otorga también prioridad a este último tipo de conservación de la biodiversidad.

Sin embargo, los problemas más serios de estos centros son producto de su visión estrecha de la conservación biológica, la cual muestra más interés en la utilización del germoplasma que en su conservación. Estas instituciones están dedicadas al mejoramiento de las cosechas y sólo secundariamente a la conservación de la biodiversidad⁽²⁰⁾. En concordancia, los centros del CGIAR han mostrado un desinterés por los sistemas autóctonos que conservan y mejoran el germoplasma⁽²¹⁾. A lo anterior debe agregarse que estos bancos de genes están controlados por el Norte⁽²²⁾ y ha sido la costumbre no otorgar

(19) BOSSELMANN (Klaus), *op.cit.*, pp. 118-119.

(20) La situación se complica cuando se constata que la protección de la diversidad biológica depende en gran medida de agricultores y comunidades agrarias tradicionales, así como de culturas indígenas. La protección del conocimiento y el resguardo de la integridad de todas estas comunidades justifican un tratamiento jurídico distinto para los recursos biológicos.

(21) George AYAD alega que el CGIAR contribuirá a la conservación *in situ*, entre otros, estableciendo un sistema 'policultural' que promueva sistemas agrícolas que retengan una variedad de distintos cultivos tradicionales. Sin embargo, ésta no ha sido la política habitual del CGIAR como se encarga de evidenciarlo Stephen BRUSH. Este autor, refiriéndose a los centros del CGIAR, manifiesta: "La conservación *in situ* y el mantenimiento de los recursos genéticos en los campos de labranza de los campesinos han sido rechazados por los administradores de los programas de conservación de recursos genéticos." (Traducción libre) (AYAD) George, *op.cit.*, p. 248 y BRUSH (Stephen), *op.cit.*, p. 1626.

(22) "Cuando el Norte, genéticamente pobre, percibió que perdía su propia base de recursos, de la cual dependía su agricultura, comenzó a recoger las semillas del Sur y a conservarlas en "bancos de genes", que son generalmente grandes instalaciones refrigerantes. Los recursos genéticos de las plantas actualmente conservadas en estos bancos se encuentran en su gran mayoría situados en el mundo industrializado o en los centros internacionales de investigación agrícola bajo responsabilidad del CGIAR, organismo constituido por un grupo de países donantes instalado en el

ninguna remuneración al país proveedor de los recursos genéticos⁽²³⁾. Sin embargo, como resultado del artículo 15 de la CDB, los bancos de genes deberán negociar algún tipo de acuerdo con el país proveedor de los recursos, al menos para las nuevas colecciones.

Por otra parte, una tendencia relacionada con el incremento del libre comercio es el declive de los programas gubernamentales que financian la obtención de variedades de plantas para la agricultura en los países del Sur. Los programas públicos de obtención de nuevas variedades vegetales estaban usualmente orientados al desarrollo de cosechas sanas de bajo costo, que utilizaran menos fertilizantes y herbicidas⁽²⁴⁾. A *contrario sensu*, el sector agroalimentario multinacional está más interesado en la obtención de patentes y la rentabilidad de sus productos, que en su calidad. En vista que la rentabilidad y la protección de sus invenciones no son los intereses de los obtentores de nuevas variedades vegetales del sector público, estos podían desarrollar cosechas multilineares. La variabilidad inherente de las plantas multilineares implica además que las mismas no califican para la concesión de algún tipo de derecho de propiedad intelectual, sin embargo, en opinión de muchos expertos, son mejores para la actividad agraria.

2. LOS IMPACTOS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE DE LA DIFUSION DE BIOTECNOLOGÍAS

La ilustración del fenómeno conocido como la erosión de genes y las consecuencias de la introducción de organismos genéticamente modificados (OGM) en los ecosistemas permite ilustrar dos problemas ambientales generados por la utilización de biotecnologías.

Banco Mundial y contralado por el Norte. Esto representa la mitad de todas las semillas del Tercer Mundo conservadas en los Bancos de Genes del Norte." (Traducción libre) LE CLANCHE (Patrick), *La Conférence de Rio: Entre utopie et réalisme*, Memoria para el "Diplôme d'Etudes Approfondies de Sciences Politiques", presentada y defendida públicamente el 27 de setiembre de 1993, Universidad Panthéon-Assas, Paris II, 1993, p. 71.

(23) Confirmando esta apreciación, léase AYAD (W. George), *op.cit.*, pp. 248-250.

(24) En este sentido, véase BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 131.

Subparágrafo I. La erosión de genes

El sector agroalimentario depende de la roturación de áreas extensas que son enseguidas consagradas a cultivos únicos, híbridos y a la utilización de fertilizantes, herbicidas y otros productos químicos. Esta situación ha conducido a la pérdida de biodiversidad a través del fenómeno denominado erosión de genes. Aproximadamente 95% de la alimentación humana proviene solamente de una treintena de plantas, en donde además tres son masivamente cultivadas: a saber, el trigo, el arroz y el maíz, que constituyen ellas solas más de la mitad de todas las calorías consumidas por la población mundial. En abierto contraste con la dependencia en unas pocas variedades "modernas", los agricultores y las comunidades agrarias tradicionales del Tercer Mundo se caracterizan por tener un nivel sensiblemente más elevado de variedad genética en sus cultivos.

Como consecuencia de la utilización masiva de productos químicos y la extensión de la uniformidad genética a los países en desarrollo, la diversidad biológica de la zona intertropical se encuentra amenazada. Para citar sólo algunos ejemplos, en la década de 1970, los campesinos mexicanos utilizan ya cultivos híbridos de una compañía del medio-oeste estadounidense; los campesinos tibetanos cultivan cebada de una central escandinava de obtención de plantas; y los agricultores turcos plantan trigo del programa mexicano de investigación fito-genética⁽²⁵⁾. Cada una de estas áreas, anteriormente una región de una biodiversidad específica, deviene rápidamente una zona de uniformidad genética.

Sin embargo, el panorama está lejos de poderse describir en blanco y negro pues la biotecnología ha producido una serie de efectos positivos en la producción agroalimentaria y en el medio ambiente. Esta tecnología ha mejorado sensiblemente la producción agrícola mundial creando variedades de plantas más resistentes. No obstante, esta mejoría sensible de la producción agrícola no implica necesariamente un aumento de la

(25) El Dr. Garrison WILKES reconoce la conexión entre la industria biotecnológica agroalimentaria y la pérdida de diversidad genética, véase BOSELMANN (Klaus), *op.cit.*, p. 129. Otro ejemplo es brindado por Curtis M. HORTON, quien evoca la situación de Indonesia. "Un caso típico lo constituye Indonesia, donde 1,500 variedades de arroz se han extinguido desde mediados de la década de 1970. Esto ha producido que el 74 por ciento de las variedades de arroz provengan de una sola planta materna. Este tipo de monocultivo genético crea una susceptibilidad uniforme a las enfermedades que podría acarrear la pérdida de cosechas enteras en cualquier momento." (Traducción libre) HORTON (Curtis M.), *op.cit.*, p. 83.

calidad del cultivo, pues la industria biotecnológica ha demostrado que sus principales preocupaciones son -lo hemos mencionado- la obtención de la más amplia protección jurídica para sus invenciones y el aumento de la producción⁽²⁶⁾. Sin embargo, la biotecnología tiene, y ha tenido, implicaciones positivas para el medio ambiente, verbigracia, los microorganismos que se utilizan en los procesos que controlan la contaminación y el tratamiento de aguas servidas.

El aislamiento de las características que son adecuadas para aumentar la productividad, como la resistencia a las enfermedades y a las plagas, y su multiplicación masiva es otra causa de la reducción de la biodiversidad. Por su parte, la desaparición de una especie se encuentra relacionada con la extinción de otro número considerable de especies, con las cuales se relaciona a través de complejas telas de araña y cadenas de alimentación. Sin embargo, y como evidencia de la complejidad de la situación, esta homogeneización de la biodiversidad ha también ocasionado consecuencias nefastas para las mismas industrias biotecnológicas. Muchas veces, cuando un cultivo transgénico ha tenido problemas de alguna índole que han provocado pérdidas a la industria agroalimentaria, ésta ha acudido a los campesinos del Tercer Mundo en busca de nuevas variedades de plantas. Mas las compañías agroalimentarias han encontrado que estos agricultores han uniformizado sus cultivos con variedades genéticamente modificadas y han dejado de cultivar las especies tradicionales, las cuales ya se han perdido⁽²⁷⁾.

(26) "Las industrias agroalimentarias multinacionales están interesadas en la patentización y aprovechamiento de sus productos, en vez de estarlo en su calidad." (Traducción libre) BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 131.

(27) El Dr. Norman MYER, también citado por Klaus BOSSELMANN, explica un caso típico de perjuicio directo a la industria agroalimentaria derivado de la erosión de genes. "Hace algunos años, uno de los más apreciados avances de la Revolución Verde, una variedad de arroz conocida como IR-8, fue golpeada por la enfermedad del Tungro en las Filipinas. Cuando los cultivadores de arroz cambiaron a otra variedad, la IR-20, este híbrido pronto demostró que era muy vulnerable a cierto tipo de virus que inhibían su crecimiento, así como a una variedad de saltamontes. Entonces los campesinos cambiaron a la variedad IR-26, un super híbrido que resultó ser excepcionalmente resistente a casi todas las enfermedades de plantas que existían en las Filipinas y a las pestes de insectos. No obstante, demostró ser muy frágil a los fuertes vientos de la isla, debido a lo cual los obtentores de plantas decidieron utilizar una variedad de Taiwan que había mostrado una inusual capacidad para soportar los vientos, sólo para descubrir que la última había sido totalmente eliminada por los agricultores de Taiwan, quienes ya habían sembrado todos los cultivos de arroz con el IR-8." (Traducción libre) BOSSELMANN (Klaus), *op.cit.*, p. 130.

Subparágrafo II. La liberación de OGM

Hoy en día, la mayoría de la transferencia de genes tiene lugar en los alimentos de base. De acuerdo a Karen GRAZIANO, las fuentes de transferencia de genes en los cultivos transgénicos incluyen las papas, el maíz y los tomates⁽²⁸⁾. Las papas, por ejemplo, reciben genes de una variedad de organismos que comprenden los pollos, las mariposas nocturnas gigantes, los virus y las bacterias. Las transferencias de genes ayudan a las papas a aumentar su resistencia a las enfermedades, a reducir el riesgo de magulladuras y a elevar su resistencia a los herbicidas. Sin embargo, los procesos transgénicos ya han ocasionado desastres no sólo a nivel del medio ambiente, sino que han también afectado la salud humana⁽²⁹⁾.

Por otra parte, la liberación de OGM, como las plantas transgénicas, en un ecosistema externo puede tener impactos significativos en detrimento del medio ambiente. Los riesgos son difíciles de predecir y, a la vez, pueden ser irreparables. La mayoría de los OGM puede reproducirse, sufrir una mutación, migrar y no se les puede reubicar –al menos no a todos– una vez que son liberados en el medio ambiente⁽³⁰⁾. Esta dificultad de predicción de los riesgos puede ilustrarse con los problemas

(28) GRAZIANO (Karen), "Biosafety Protocol: Recommendations to Ensure the Safety of the Environment", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 7 : 1, 1995, p. 184.

(29) "Los experimentos transgénicos para suministrar esteroides a los productos, o darle alimentación carnívora a los animales vegetarianos ya ha generado desastres biológicos (como el de las "vacas locas"). Es una lucha olímpica por lo más veloz, lo más alto, lo más fuerte en los productos animales y vegetales. Han utilizado la biotecnología como instrumento de ensayo productivo sin tener en consideración la salud o la vida de las personas, cuando su función debe ser, por el contrario, instrumento para alimentar sanamente a la población del mundo." ZELEDON ZELEDON (Ricardo), *El Principio de Responsabilidad Ambiental en el Derecho Agrario*, Seminario Internacional Responsabilidad por Daño Ambiental, Managua (Nicaragua) organizado por la Asociación Justicia para la Naturaleza, 2 de abril de 1997, p. 8.

(30) SINGH NIJAR Gurdial, YOKE CHEE (Ling), "The implications of the Intellectual Property Rights Regime of the Convention of Biological Diversity and GATT on Biodiversity Conservation : A Third World Perspective", in *Widening Perspectives on Biodiversity*, IUCN, 1994, Gland, Switzerland and International Academy of the Environment, Geneva, Switzerland, p. 282.

que representa para los científicos la definición de los elementos que constituyen un ecosistema, y por ende, cuál es el alcance del peligro de liberación de OGM⁽³¹⁾. Interacciones como la transferencia de genes, un aumento excesivo de una población, o bien un cambio de una planta genéticamente modificada e introducida en un ecosistema externo, pueden dañar la fauna y la flora existentes. Existen numerosos casos que documentan los prejuicios ocasionados por la transferencia de genes a ecosistemas que no son originarios⁽³²⁾. Estas apreciaciones permiten desde ya afirmar que el control de los OGM fuera del laboratorio es el aspecto más delicado e importante con que debe lidiar la normativa que regule aspectos de bioseguridad.

Subpárrafo III. Las consecuencias de la Revolución Verde

La biotecnología tiene ciertamente algunos usos que pueden beneficiar el medio ambiente, mas su acelerado desarrollo, iniciado en la década de 1970, permitió lo que en materia agraria se conoce como la Revolución Verde y ha provocado otros fenómenos como la erosión de genes, un aumento en la utilización de productos químicos y la roturación de amplias extensiones de bosque para la implantación de monocultivos. En efecto, la imposición de los monocultivos se ha agravado por la introducción de las plantas desarrolladas tecnológicamente, producidas ignorando las ventajas de las técnicas de cultivo locales, muchas veces en perjuicio de la misma agroindustria. En contraposición, las variedades autóctonas y los sistemas tradicionales de cultivo se encuentran orientados hacia el mantenimiento de la biodiversidad y no hacia el incremento de la productividad⁽³³⁾.

(31) Klaus Bosselmann afirma inclusive que es imposible determinar cuáles elementos constituyen un ecosistema. BOSELLEMAN (Klaus), *op.cit.*, p. 119.

(32) La introducción de plantas transgénicas a un ecosistema es distinta a la infiltración de especies exóticas -las cuales pueden no ser transgénicas- a ecosistemas que no son originales. Este último fenómeno ha revelado ser también altamente nocivo para los ecosistemas y la biodiversidad originales; la obstrucción de los ríos de África por el jacinto de América del sur y la erosión provocada por la introducción de conejos en Australia constituyen dos ejemplos.

(33) Al respecto, véase ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, p. 80.

La prioridad de la agroindustria es, por el contrario, el incremento de la productividad. No obstante la promoción de monocultivos, la roturación de extensas áreas de bosques para su establecimiento y el alto grado de utilización de abono y pesticidas han provocado la erosión de genes, una situación más preocupante si acaece en los centros de diversidad de la zona intertropical.

Las recursos genéticos de las plantas son la base de la agricultura productiva. La industria agroalimentaria del Norte se ha beneficiado de una fuente abundante de estos recursos ubicada en gran parte en el Tercer Mundo, lo cual ha permitido un impulso vertiginoso en su desarrollo desde el siglo pasado. El excedente en la producción agrícola en los países industrializados en un inicio fue concebido como un gran beneficio, hoy en día se ha convertido en todo un problema. Esta situación fue generada en parte por el impacto de los subsidios a la agricultura de los países miembros de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (*Organization for Economic Cooperation and Development*, OECD). Sin embargo, esta circunstancia se deriva también de la abundancia y gratuidad de los recursos genéticos de las plantas vigente desde el siglo pasado, lo cual marcó el inicio de la sistematización masiva de los cultivos agrarios. Esta ventaja hizo posible la producción de nuevas variedades, lo que a su vez permitió un progreso continuo en el manejo de las fincas agrarias⁽³⁴⁾. Actualmente, a pesar de problemas como el excedente en la producción, puede afirmarse que el Norte tiene garantizada su seguridad alimentaria, una aspiración inalcanzable para el Tercer Mundo.

La agricultura tradicional cultivó alguna vez miles de variedades de cultivos de maíz, trigo y arroz. La Revolución Verde ha aumentado la producción con el costo colateral de la pérdida de la diversidad genética y la debilidad de las plantas modificadas ante las enfermedades. Lo anterior significa que el advenimiento de una enfermedad en especies de plantas transgénicas tiene consecuencias sensiblemente más catastróficas pues puede acabar rápidamente con cultivos enteros, situación que ya ha sucedido³⁵. No obstante, en este momento no existe una regulación

(34) Al respecto véase BLIXT (Stig), "The Role of Genebanks in Plant Genetic Resource Conservation Under the Convention of Biological Diversity" in *Widening Perspectives on Biodiversity*, IUCN, 1994, Gland, Switzerland and International Academy of the Environment, Geneva, Switzerland, p. 256.

(35) "En 1970, los agricultores estadounidenses experimentaron una situación similar cuando una plaga que afectó el maíz destruyó del quince al veinte

internacional que regule estos y otros riesgos biotecnológicos. Por estos motivos, en años recientes se ha impulsado elaborar un Protocolo de Bioseguridad a nivel mundial, sin embargo, entre muchos otros temas polémicos que desata establecer tal instrumento, se discute cuál es el foro más apropiado para elaborarlo.

3. LAS POSIBILIDADES DE UNA REGULACION INTERNACIONAL DE LOS RIESGOS BIOTECNOLOGICOS

La OMC y la Conferencia de las Partes (*Conference of the Parties*, en adelante COP) de la CDB se vislumbran como dos de los foros de los que podría eventualmente emanar un regulación internacional en materia de bioseguridad.

Subpárrafo I. Los límites en bioseguridad de la OMC

La biodiversidad y su erosión, ocasionada por la biotecnología, han sido factores que no han sido adecuadamente abordados por las rondas de negociaciones del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, en adelante GATT), actualmente institucionalizado en la OMC.

El Comité sobre Comercio y Ambiente de la OMC fue instaurado poco después de la Cumbre de la Tierra en 1992. En lo que concierne las medidas fitosanitarias, los miembros de este Comité concluyeron que los Estados son libres de establecer medidas favorables al ambiente mientras éstas no constituyan un obstáculo al libre comercio⁽³⁶⁾. La posición de Estados Unidos en esta materia es muy importante por tener la industria biotecnológica más importante a nivel mundial, sin embargo, su política

por ciento de la cosecha. Las epidemias en las plantas son comunes en los cultivos del Tercer Mundo, por ejemplo, la roya que afectó al café en Sri Lanka, India y Java, y el mijo que arrasó el cultivo de perlas en la India." (Traducción Libre) BOSSELMANN (Klaus), *op.cit.*, p. 130.

(36) GUYVARCH (Aline), "Les interferences entre la protection de la biodiversité et les activités agricoles", in *Droit Rural : Aménagement Rural et Agriculture, Commerce International et Agriculture, Rôle de l'Etat en Agriculture*, Actes du 3ème Congrès de l'Union Mondiale d'Agraristes Universitaires (UMAU), 1994, p. 311.

ha sido tradicionalmente muy liberal en cuanto a la regulación de los alimentos obtenidos mediante ingeniería genética⁽³⁷⁾.

A su vez, el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias negociado en la Ronda de Uruguay del GATT autoriza a las Partes a tomar medidas destinadas a proteger la salud humana y vegetal, aún si restringen el libre comercio, únicamente en función de lo estrictamente necesario para estos fines y fundamentadas en fines y principios científicos⁽³⁸⁾. La posibilidad de utilizar el principio de prevención, que no requiere de la certeza científica para ser invocado y es fundamental en esta materia, es, en consecuencia, muy limitada. Y es que precisamente el problema es el alto nivel de incertidumbre científica que existe en cuanto a los posibles efectos de los OGM en la salud humana, vegetal y

(37) Los Estados Unidos mantienen esta posición también en su derecho interno. Al efecto, Karen GRAZIANO comenta que, en 1992, el Consejo de Competitividad de la Administración Bush públicamente apoyó la decisión de la Administración de Alimentación y Farmacología (Food and Drug Administration, FDA) de rechazar las regulaciones propuestas para los alimentos obtenidos mediante ingeniería genética. La FDA y la Administración Bush alegaron que este tipo de productos alimenticios no presentaban riesgos adicionales al resto de los productos alimenticios industrializados. Según la autora, la FDA y las Administración Bush adoptaron posiciones agresivas para que los productos alimenticios obtenidos mediante la ingeniería genética continúen sin regularse. Véase GRAZIANO (Karen), *op.cit.*, p. 190. Sobre las razones que fundamentan la oposición de los Estados Unidos a negociar aspectos de bioseguridad en el marco de la CDB, véase CHANDLER (Melinda), "The Biodiversity Convention : Selected Issues of Interest to the International Lawyer", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Vol. 4 : 119, 1993, pp. 166-168.

(38) El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias del GATT dispone: "Los Miembros se asegurarán que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, que esté basada en principios científicos y que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes (...)". Cuando la información y los testimonios científicos sean insuficientes se autoriza, en el artículo 5 párrafo 7, la aplicación provisional de una medida sanitaria o fitosanitaria, la cual debe ser revisada en un "un plazo razonable" una vez que se obtengan mayores testimonios. "*Acta Final Negociaciones Comerciales Multilaterales Ronda Uruguay*", Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica, 1994, pp. 79-82.

animal. Por otra parte, la OMC puede no ser el foro más apropiado para tratar un tema donde se requiere ponderar en su justa dimensión la desigualdad que existe entre el Tercer Mundo y el mundo desarrollado en materia tecnológica, la cual es aguda en materia de bioseguridad⁽³⁹⁾. No es un secreto tampoco que los últimos se encuentran en mayor riesgo pues ya han sido terreno de experimentación⁽⁴⁰⁾. Además, su situación es aún más delicada pues cuentan con mecanismos aún menos eficaces de control que el mundo industrializado. Al respecto, se ha señalado que las compañías transnacionales que llevan a cabo pruebas de campo en países en desarrollo deberían hacerlo según normas –con respaldo científico- acordadas internacionalmente. Estas pruebas deberían también ser sometidas a un sistema de consentimiento previamente acordado⁽⁴¹⁾.

Por este motivo, cabe preguntarse la conveniencia de discutir sobre un Protocolo de Bioseguridad en un foro cuyo fin es esencialmente la eliminación de los obstáculos al libre comercio. De acuerdo a esta perspectiva, las medidas fitosanitarias pueden constituirse como barreras no autorizadas al libre comercio en muchas ocasiones, especialmente si no están fundamentadas en una sólida prueba científica. A su vez, la lesividad de los productos derivados de la biotecnología es particularmente difícil de demostrar si se trata de sus efectos a largo plazo. Al reconocer ciertas desigualdades entre Norte y Sur, promover –aunque en forma imperfecta- la transferencia de tecnología y tener como objetivo, entre otros, la preservación de la biodiversidad, la COP de la CDB se revela como un marco más apropiado para regular este aspecto.

(39) Precisamente la transferencia de tecnología es uno de los aspectos que los países en desarrollo claman no han sido debidamente tratados en este foro.

(40) Marie-Angèle HERMITTE señala que en efecto los países en desarrollo se encuentran en riesgo de convertirse en terreno de experimentación y agrega que ésta constituye una pista de cooperación para el futuro. HERMITTE (Marie-Angèle), "La Convention sur la Diversité Biologique", in *Annuaire Français de Droit International*, Paris, Editions du CNRS, XXXVIII, 1992, p. 864.

(41) Estos aspectos, entre otros, han sido puntualizados por organizaciones de defensa de los derechos de los consumidores como *Consumers International*. DE VRIEND (Huib), "Biotechnology and Sustainable Production" in *How can Biotechnology Benefit the Environment, The report of A European Federation of Biotechnology Task Group on Public Perceptions of Biotechnology*, Londres, Taller de *The Green Alliance*, lunes 13 de enero de 1997.

Subpárrafo II. La CDB: La posibilidad de crear un Protocolo de Bioseguridad a nivel mundial

La Agenda 21 (Capítulo 16) de 1992 y la CDB mencionan la elaboración de un protocolo de bioseguridad a nivel mundial. El artículo 8(g) de la Convención establece que los gobiernos deben reglamentar los riesgos asociados a la utilización de organismos vivos modificados (OVM)⁴² que puedan tener impactos desfavorables sobre el medio ambiente. El artículo 19 indica que las Partes deben examinar si conviene adoptar un protocolo que comprenda los procedimientos apropiados para el manejo de los OVM que puedan presentar un riesgo de efectos desfavorables sobre la diversidad biológica.

En efecto, en la segunda COP de la Convención, en 1995, un proceso de negociación fue establecido para la adopción de un protocolo específico concentrado en el movimiento transfronterizo de OGM (Decisión II/5). El protocolo incluiría un procedimiento para notificar previamente al Estado que reciba los OGM. Así, un grupo Ad Hoc que trabaja sobre bioseguridad fue designado. En noviembre de 1996, la tercera COP decidió que este grupo debía finalizar su trabajo, sea el protocolo específico sobre el movimiento transfronterizo de OGM, en 1998 con carácter de urgencia. No obstante, en la cuarta COP, que se llevó a cabo del 4 al 11 de mayo de 1998 en Bratislava, el trabajo no había sido aún terminado. En esta oportunidad, las Partes acordaron concluir su labor en la quinta sesión extraordinaria de la COP que se llevará a cabo en febrero de 1999 en Cartagena y en la sexta COP. Aún hay aspectos claves sobre los cuales no hay consenso, verbigracia, los parámetros que definirán la vital valoración del riesgo.

Sin embargo, el grupo Ad Hoc que labora en bioseguridad ha podido determinar cuál será el objeto a regular por el Procolo, un aspecto sin duda difícil de precisar en el caso del movimiento transfronterizo de los OGM. Se han entonces delimitado tres situaciones:

- a) El movimiento intencional transfronterizo de OVM.
- b) El movimiento inintencional transfronterizo de OVM (por ejemplo, en el caso de semillas, tubérculos y polen).

(42) (OJO): FALTA TEXTO DE NOTA AL PIE
(OJO): FALTA TEXTO DE NOTA AL PIE
(OJO): FALTA TEXTO DE NOTA AL PIE

- c) El movimiento intencional transfronterizo de productos procesados de OVM, que contengan organismos modificados no vivientes y/o compuestos no vivientes de OVM (por ejemplo, los fragmentos de DNA)⁽⁴³⁾.

Por último, se estimó que el movimiento intencional transfronterizo de productos purificados de OVM, como las enzimas, la insulina o el aceite, no debía ser tratado por el Protocolo de Bioseguridad.

El impacto de un protocolo sobre seguridad biológica emanado de la CDB depende de las actitudes futuras de sus Partes Contratantes. En vista que el conflicto Norte-Sur ha impregnado las reuniones preparatorias, una visión global, y no territorial, deviene indispensable.

A pesar de lo anterior, aún no existe una regulación internacional sobre bioseguridad que proteja en forma efectiva tanto a los países industrializados como a los países en desarrollo, tome en consideración sus diferencias y capacidades y establezca sólidos mecanismos de cooperación. No obstante, sí existe una normativa internacional de protección de las invenciones biotecnológicas, en proceso de rápida armonización a nivel internacional, que incentiva el crecimiento de esta industria. Conviene, entonces, preguntarse acerca de la necesidad de equilibrar el peso de la balanza, instaurando regulaciones efectivas sobre los riesgos biotecnológicos. Lograr puntos de congruencia con el régimen de propiedad intelectual internacional será uno de los aspectos más difíciles de lograr, pues éste ha sido uno de los baluartes más importantes para el crecimiento de la industria biotecnológica. En efecto, alcanzar un entendimiento en cuanto a una regulación global en materia de bioseguridad es a menudo la Cenicienta de los procesos de negociación comercial internacional.

CAPITULO II

LA PATENTIZACION DEL SER VIVO Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El origen histórico de la protección jurídica de la invención humana fue estimular al inventor concediéndole algún grado de

(43) Al respecto ver los resultados del Grupo Ad Hoc en Bioseguridad de la COP de la CDB en:

<http://www.biodiv.org/biosage/bswg5/repeng/bswg5rep/html>

En general, sobre aspectos de bioseguridad relacionados con la CDB, consúltese <http://www.biodiv.org/biosafe/BIOSAFE.HTML>

exclusividad en la explotación de su invención durante un lapso de tiempo determinado. Tecnología conflictual por excelencia, la ingeniería genética ha presentado, y continúa haciéndolo, graves dificultades al derecho de la propiedad intelectual. La patente ha sido, debido principalmente a la completez de la protección jurídica que brinda, el derecho de propiedad intelectual preferido por una amplia gama de sectores industriales para sus invenciones, sean éstas un producto o un procedimiento. No obstante, en la tradición jurídica, la materia viva estaba considerada como totalmente excluida de la patentización, situación que ha cambiado muy recientemente. Las biotecnologías han introducido la vida en la esfera industrial para que sea tratada de la misma forma que otras mercancías. Esta situación presenta el riesgo adicional de concentrar en los principales promotores de la investigación biotecnológica sectores tan diversos como la producción de plantas y animales, la salud y la producción alimentaria.

1. LA UPOV: HACIA UNA ASIMILACION AL REGIMEN JURIDICO DE LA PATENTE

La evolución de la Unión para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV)⁽⁴⁴⁾, cuyo fin es precisamente el resguardo de las variedades modernas de plantas creadas mediante la ingeniería genética, demuestra una clara orientación hacia el régimen jurídico de la patente.

Subparágrafo I. Las particularidades del sistema de la UPOV

Los secretos de fábrica, las patentes de utilidad, las marcas de comercio y los derechos de autor constituyen ejemplos clásicos de derechos de propiedad intelectual, no obstante, las plantas han sido tradicionalmente excluidas de la protección de la patente en países tan

(44) La UPOV tiene sus oficinas en el edificio de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (World Intellectual Property Organization, WIPO) en Ginebra. El Director General de la WIPO actúa a la vez como Director de la UPOV, aunque los asuntos administrativos son manejados por el Secretario General de la UPOV. De una membresía de 6 países europeos cuando fue inicialmente establecida en 1961, la UPOV cuenta actualmente con 34 miembros, incluidos varios Estados del Sur. *Signposts to Sui Generis Rights, op.cit.*, p. 15.

diversos como Francia y Vietnam por distintos motivos. En primer lugar porque no son consideradas invenciones en el sentido ordinario y, principalmente, porque los monopolios en los materiales biológicos puede ser perjudiciales para la investigación y la obtención de nuevas especies⁽⁴⁵⁾. Debido a lo anterior se ha recurrido a otro sistema de propiedad intelectual específico para la protección de las plantas configurado alrededor de la UPOV, la cual administra la Convención para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 1961. Esta convención creó un nuevo modelo de propiedad intelectual para las plantas al instaurar los Derechos de Obtención Vegetal (DOV), con los que se obtienen los Certificados de Obtención Vegetal (COV).

Para obtener un DOV, las nuevas variedades de plantas deben demostrar los criterios de distinción, uniformidad y estabilidad⁽⁴⁶⁾. Por el contrario, los parámetros para la evaluación de las patentes son más estrictos: las nuevas invenciones, como los procesos microbiológicos, deben demostrar poseer novedad, actividad inventiva y carácter industrial. El DOV es además un derecho exclusivo menos completo que la patente, en vista que no impide que otro obtentor se sirva de una variedad protegida para multiplicarla seguidamente. Es lo que se llama el '*libre acceso*' a la variedades protegidas. El libre acceso correspondía a la especificidad de la creación del ser vivo y a la necesidad de los obtentores de disfrutar de una especie de reserva genética que les permitiera mejorar las variedades. Sin embargo, aunque parece lógico para el sistema de las obtenciones vegetales, el libre acceso se encuentra en abierta contradicción con la patente⁽⁴⁷⁾.

Por otra parte, el DOV es un modelo que protege toda la planta mas no sus componentes químicos. Lo anterior significa que si un componente químico fuera encontrado en una hoja de la planta protegida y éste tuviera valor farmacéutico, el DOV no generaría ningún derecho sobre un eventual producto químico.

A pesar de sus particularidades, la UPOV no se encuentra en discordancia con el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual

(45) *Ibid*, p. 12.

(46) Al respecto, véase BONET (Georges), "Le système de l'obtention végétale" in *Le Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volumen 12, Ediciones Librairies Techniques Paris, 1987, pp. 213-214.

(47) Sobre el particular, véase HERMITTE (Marie-Angèle), *Le Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volume 12, Editions Librairies Techniques Paris, 1987, p. 8.

Relativos al Comercio de la Ronda de Uruguay (ADPIC)⁽⁴⁸⁾, cuya negociación finalizó en Marrakech en 1994. En efecto, el artículo 27.3 (b) del Acuerdo permite a los miembros la exclusión de plantas y animales -siempre que no se trate de microorganismos- de la protección por medio de patentes. Ninguna sanción comercial, bajo la jurisdicción de la OMC, puede establecerse contra los países que prohíban las patentes en animales o plantas, mas cada país miembro debe brindar algún régimen de protección de propiedad intelectual para las variedades de plantas. Dicho régimen puede ser incorporado ya sea mediante su legislación interna de patentes o a través de la creación de un sistema *sui generis* 'efectivo'. Sin embargo, el ADPIC no precisa qué entiende por efectivo. Esta carencia se ha prestado lógicamente para encendidas disputas, pues en criterio de algunos sólo el sistema *sui generis* de la UPOV es efectivo, pero lo cierto es que el acuerdo ADPIC no lo señala. El sistema de la UPOV es, en consecuencia, lo que se conoce como un sistema *sui generis* de propiedad intelectual, mas no se puede afirmar, según el ADPIC, que sea el único admisible.

El objetivo primordial de la UPOV es la protección de los intereses de los obtentores de nuevas variedades de plantas transgénicas a nivel mundial a través de los DOV. La UPOV es un sistema netamente articulado por los países del Norte, el cual tuvo su origen debido a la evolución de la discusión sobre la propiedad intelectual sobre los seres vivos desarrollada en Europa⁽⁴⁹⁾. Fue sólo hasta los primeros años de 1991, cuando la presión sobre los países del Sur para que homogeneizaran su legislación de propiedad intelectual era ya muy intensa, que estos Estados empezaron a formar parte de la UPOV. Actualmente, se impulsa fuertemente que los países del Sur se

(48) A este acuerdo se le conoce también como TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) por sus siglas en inglés.

(49) Desde principios de siglo se desató una fuerte polémica en Europa -levantada por Alemania- sobre la conveniencia de otorgar patentes a productos biológicos, especialmente las variedades de plantas. Muchos grupos se oponían a la extensión del régimen de patentes. Temían que la concesión de patentes sobre las plantas conduciría a una crisis de cultivos, a inconmesurables aumentos del precio de las semillas y hasta a una falta de alimentos. Era la seguridad alimentaria la que estaba en juego. Las revisiones de la Convención de París de 1924 y de 1934 condujeron a un ensanchamiento de la definición de propiedad industrial para incluir productos biológicos. Empero, la definición no incluía las variedades de plantas. Estos factores, entre otros, incidieron en la creación de la UPOV. Al respecto, ver BOSSELMANN, *op.cit.*, pp. 121-132.

incorporen para que armonicen su legislación de propiedad intelectual con el sistema internacional de la OMC. La discusión que se suscitó en Europa sobre la conveniencia de instaurar un régimen de propiedad intelectual sobre las plantas tenía, como centro del debate, el peligro de colocar en situación de riesgo la seguridad alimentaria. En la actualidad, varios países del Sur, para quienes alcanzar la seguridad alimentaria es un anhelo vigente a pesar del fracaso de la Declaración del Derecho al Desarrollo, han también señalado que tienen este legítimo temor. Conviene destacar que las industrias biotecnológicas se encuentran en el Norte por lo que casi todos los DOV pertenecen a sus compañías.

Aquellos que se oponen al sistema de la UPOV consideran, en primer lugar, que éste promueve la producción de variedades muy similares, creadas para satisfacer la misma demanda⁽⁵⁰⁾. En efecto, las solicitudes de plantas que tengan las mismas características en cuanto a resistencia a enfermedades y pesticidas crece constantemente. En segundo lugar, la oposición a la UPOV se fundamenta en que considera que el sistema de la obtención vegetal a través de la biotecnología es una técnica científica "nueva", que merece protección, e ignora el hecho que los agricultores tradicionales de los países en desarrollo han mejorado durante siglos las variedades de plantas. En consecuencia, como los métodos de los agricultores tradicionales no son científicos se encuentran excluidos de la protección del régimen de la UPOV⁽⁵¹⁾.

Subpárrafo II. Las reformas de 1991

El 19 de marzo de 1991 la UPOV fue revisada nuevamente, bajo la presión internacional, tomando en cuenta esta vez los avances

-
- (50) Debe hacerse la salvedad que en el Derecho de la ingeniería genética no existe una condición jurídica de proximidad. "Se podría afirmar en alguna manera que, en lo que concierne a los DOV, hoy en día existen variedades parecidas o diferentes, pero no variedades cercanas. No existen un ESTATUTO JURIDICO DE LA PROXIMIDAD, como lo conocen otros derechos intelectuales." -El énfasis es del original- (Traducción libre) HERMITTE (Marie-Angèle) 'Les réponses du droit au démarquage scientifique, variétés parasites, variétés déceptives' in *La Protection de la Création Végétale, Le Critère de Nouveauté (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volume 11, Editions Librairies Techniques Paris, 1985, p. 56.
- (51) Sobre las razones que fundamentan la oposición a la protección que se confiere a los sistemas de obtención de plantas tutelados por la UPOV, léase a SHIVA, KLOPPENBURG y KLEINMAN, citados por ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, pp. 82-83.

biotecnológicos⁽⁵²⁾. A pesar que el sistema de protección de los DOV fue diseñado para que el obtentor de plantas transgénicas disfrutara de un tipo de protección que evitara las limitaciones de movilidad del material genético impuestas por el régimen de patentes, desde finales de la década pasada se discutía acerca de la conveniencia de este modelo en los países industrializados⁽⁵³⁾. El efecto de gran parte de los cambios fue, en consecuencia, el aumento de la protección brindada al cultivador de plantas al eliminar el libre acceso a las variedades protegidas. Las nuevas regulaciones permiten inclusive la concesión de patentes a las variedades de plantas ya protegidas por los DOV, en los Estados miembros que permitan este tipo de patentes.

La Convención revisada también extendió la protección a las importaciones y a las exportaciones, así como a las cosechas recogidas, aumentando considerablemente el poder del detentor de un DOV. Así, el nuevo DOV se asimiló más a la patente. No obstante, eliminando el libre acceso a las plantas protegidas se coloca a los recién llegados a la industria en situación de dependencia respecto a los obtentores precedentes⁽⁵⁴⁾. Igualmente, conviene destacar el artículo 14 (1), el cual derogó el *privilegio del agricultor*⁽⁵⁵⁾ contenido en la UPOV original, aunque los países miembros pueden introducirlo o mantenerlo en sus legislaciones nacionales.

Los derechos de obtención vegetal establecen derechos de propiedad sobre los recursos biológicos, consecuentemente su intención

-
- (52) El tratado original de 1961 fue enmendado en 1972, 1978 y 1991. Sin embargo, la Convención de 1991 de la UPOV no está en vigencia aún. Se requiere de 5 países para su ratificación, dos de los cuales deben ser nuevos miembros de la Unión. Debido a lo anterior, la Convención vigente es aún la de 1978, aunque los países miembros pueden implementar las provisiones de 1991 a nivel nacional si así lo desean.
- (53) Sobre el particular, véase ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, p. 75.
- (54) Georges BONET advertía desde 1987 sobre los riesgos que implica para el medio científico y para la seguridad alimentaria la implantación de un sistema de patente en la UPOV, especialmente si es una patente de procedimiento. BONET (Georges), "Le système de l'obtention végétale" in *Le Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volume 12, Editions Librairies Techniques Paris, 1987, p. 219. Véase también ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, p. 83.
- (55) El privilegio del agricultor permitía a estos utilizar las semillas de la cosecha para los cultivos siguientes. BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 125 y ACHARYA (Rohini) *op.cit.*, p. 75.

biotecnológicos⁽⁵²⁾. A pesar que el sistema de protección de los DOV fue diseñado para que el obtentor de plantas transgénicas disfrutara de un tipo de protección que evitara las limitaciones de movilidad del material genético impuestas por el régimen de patentes, desde finales de la década pasada se discutía acerca de la conveniencia de este modelo en los países industrializados⁽⁵³⁾. El efecto de gran parte de los cambios fue, en consecuencia, el aumento de la protección brindada al cultivador de plantas al eliminar el libre acceso a las variedades protegidas. Las nuevas regulaciones permiten inclusive la concesión de patentes a las variedades de plantas ya protegidas por los DOV, en los Estados miembros que permitan este tipo de patentes.

La Convención revisada también extendió la protección a las importaciones y a las exportaciones, así como a las cosechas recogidas, aumentando considerablemente el poder del detentor de un DOV. Así, el nuevo DOV se asimiló más a la patente. No obstante, eliminando el libre acceso a las plantas protegidas se coloca a los recién llegados a la industria en situación de dependencia respecto a los obtentores precedentes⁽⁵⁴⁾. Igualmente, conviene destacar el artículo 14 (1), el cual derogó el *privilegio del agricultor*⁽⁵⁵⁾ contenido en la UPOV original, aunque los países miembros pueden introducirlo o mantenerlo en sus legislaciones nacionales.

Los derechos de obtención vegetal establecen derechos de propiedad sobre los recursos biológicos, consecuentemente su intención

(52) El tratado original de 1961 fue enmendado en 1972, 1978 y 1991. Sin embargo, la Convención de 1991 de la UPOV no está en vigencia aún. Se requiere de 5 países para su ratificación, dos de los cuales deben ser nuevos miembros de la Unión. Debido a lo anterior, la Convención vigente es aún la de 1978, aunque los países miembros pueden implementar las provisiones de 1991 a nivel nacional si así lo desean.

(53) Sobre el particular, véase ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, p. 75.

(54) Georges BONET advertía desde 1987 sobre los riesgos que implica para el medio científico y para la seguridad alimentaria la implantación de un sistema de patente en la UPOV, especialmente si es una patente de procedimiento. BONET (Georges), "Le système de l'obtention végétale" in *Le Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volume 12, Editions Librairies Techniques Paris, 1987, p. 219. Véase también ACHARYA (Rohini), *op.cit.*, p. 83.

(55) El privilegio del agricultor permitía a estos utilizar las semillas de la cosecha para los cultivos siguientes. BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 125 y ACHARYA (Rohini) *op.cit.*, p. 75.

es limitar su disponibilidad al establecer derechos de propiedad intelectual sobre las plantas obtenidas mediante biotecnología. El tratado de 1978 coronó los DOV como la única forma factible de protección de las variedades de plantas, disposición que fue confirmada en la Convención de 1991⁽⁵⁶⁾. De la misma forma, los países miembros sí pueden otorgar tanto un DOV como una patente para la misma especie de planta, sea el mismo régimen vigente para las plantas en Estados Unidos⁽⁵⁷⁾.

Esta situación ha demostrado ser perjudicial para los países en desarrollo y sus comunidades agrarias tradicionales, entre otros motivos, porque la bioprospección para obtener las nuevas variedades genéticamente modificadas se efectúa muchas veces sobre las variedades tradicionales. Posteriormente, los agricultores de estos países tendrán muchas veces que pagar por sus propias plantas genéticamente modificadas. Este es un motivo por el cual los países menos desarrollados rechazan que el germoplasma sea removido de su territorio sin alguna forma de compensación, descontento que generó el movimiento que culminó con el fallido Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogénéticos, bajo la égida de la FAO⁽⁵⁸⁾, y con la CDB, negociada bajo

(56) La UPOV también ha desarrollado una impresionante campaña para convencer a los países en desarrollo que unirse a este tratado es la única e ideal forma de cumplir con el requerimiento del ADPIC de tener un sistema *sui generis* efectivo para proteger las variedades de plantas. *Signposts to Sui Generis Rights, op.cit*, p. 16.

(57) En efecto, los Estados Unidos son los líderes en la concesión de patentes sobre seres vivos. En este país se puede conceder, a una misma variedad de planta, tanto una patente normal –bajo la ley estándar de patentes– como por una patente especial para plantas –bajo la legislación específica que regula las patentes en las plantas–, o bien, ambas. Aunque tardíamente en comparación con otros Estados del Norte, en Francia, desde la década de 1980, se escuchan voces que también propugnaban también por una libre escogencia para el cultivador de plantas entre el régimen de patentes y el sistema de la UPOV. Véase con esta postura a GUTMANN (Ernest), “Les modalités de la protection des innovations dans le domaine de la création végétale, Le système du brevet et ses limites” in *Le Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volume 12, Editions Librairies Techniques Paris, 1987, p. 209.

(58) El desencanto de los países en desarrollo, con respecto al injusto marco predominante en la época en que prevalecía la teoría del patrimonio común de la humanidad, generó un movimiento que culminó con la adopción de la Resolución 8/83 de la FAO. Dicha resolución dictaminó

“Uno de los peores efectos de la Revolución Verde, además de la extensión de la utilización de agroquímicos a los países en desarrollo, ha sido la diseminación de la uniformidad genética a través de los monocultivos. Lo que una vez fue concebido como una forma de

(59)

étnicas cuyos derechos fundamentales se ven frecuentemente atropellados parte de las élites de gobierno y, más bien, a menudo pertenecen a minorías campesinos? Debe recalcar que los agricultores tradicionales no forman beneficiarse: acaso es una agencia gubernamental o una organización de financieramente a su sostenimiento y a que no está claro quién debe compañías y los Estados del mundo desarrollado no han contribuido Hasta el momento el Fondo ha sido inoperante debido, en parte, a que las debía ser financiado por los países e industrias biotecnológicas del Norte. estableció un Fondo Internacional para los Recursos Fitogenéticos que de los agricultores tradicionales. Con el fin de retuir este conocimiento, se pura y llanamente, sino que ha habido una inversión de ingenio e inventiva genes utilizados por las industrias biotecnológicas no son *'materna prima'* y reproducción de los recursos fitogenéticos. Se deduce, entonces, que los países en desarrollo, por su histórica labor en la preservación, mejoramiento derechos de los campesinos y pueblos tradicionales, especialmente de los de los agricultores. Los derechos de los agricultores reconocen los legítimos por el sistema de la UPOV, al tiempo que innovaba declarando los derechos acordada. Esta reconoció los derechos de los creadores de plantas, regidos 1989, la emisión de otra resolución que contenía una interpretación de contenido. La imposibilidad de una conciliación genova en mayo de naciones industrializadas hicieron del Compromiso una declaración vacía sistemas de propiedad intelectual. A su vez, las reservas efectuadas por las desarrollado estimó en suma que el Compromiso constituía un asalto a sus dimensiones que fue denominado la 'Guerra de las Semillas'. El mundo perjudicaba sus derechos de propiedad privada. El conflicto adquirió tales que la resolución constituía atacaba los derechos de propiedad intelectual y feróz oposición de los países desarrollados. En efecto, estos consideraron incluía también a las variedades modificadas genéticamente, provocó una interpretación extensiva del patrimonio común de la humanidad, que de la humanidad, también lo eran los inventarios genéticos especiales, incluye las 'líneas de elite' y 'de creadores contemporáneos'. Esta esencialmente que aunque los recursos fitogenéticos eran un bien común

los auspicios del PNUMA. Conviene acotar que los intentos por reconocer, principalmente a los agricultores tradicionales del Tercer Mundo, su importante contribución a la agroindustria han sido, no obstante, infructuosos. Lo anterior, en perjuicio mismo de la biodiversidad pues, al no incentivar los sistemas tradicionales de mejoramiento de plantas, la consecuencia inmediata es la extensión de la erosión genética, un importante riesgo biotecnológico⁽⁵⁹⁾.

2. LA PATENTIZACION DEL SER VIVO: LA EXTENSION DE LA PATENTE PARA LA PROTECCION JURIDICA DE LAS INVENCIONES BIOTECNOLOGICAS

La rápida evolución de la patentización del ser vivo constituye, como se ha apuntado, uno de los mayores temores que despierta los avances de la ingeniería genética. Por sus implicaciones morales, políticas y económicas, este tema despierta un enorme recelo en un sector importante de la población que lo señala abiertamente como un riesgo biotecnológico. Durante este siglo, ha habido un movimiento continuo hacia la propiedad absoluta de las invenciones a través de los derechos de propiedad intelectual, especialmente las patentes de utilidad. La posición de vanguardia en esta área ha pertenecido a los Estados Unidos, lo cual se demuestra con la amplia protección jurídica de la que gozan las patentes que protegen seres vivos derivados de la ingeniería genética. Sin embargo, algunos países desarrollados, como Francia, no son tan abiertos en cuanto a este tema y muestran aún en sus legislaciones obstáculos, que nacen del resguardo del orden público y la bioseguridad, a la patentización de los seres vivos. La evolución de la patentización de los organismos biológicos demuestra que, al menos en Europa, la situación no ha sido siempre tan clara en favor de la patentización del ser vivo.

Subparágrafo I. Los límites impuestos a la patentización por la Convención de Munich

La Convención Europea de Patentes, o Convención de Munich, fue firmada en 1973 y entró en vigor en 1978 ; las plantas y los animales estaban excluidos del campo de la patentización según el artículo 53. Esta disposición no se aplicaba a los procesos microbiológicos pues ellos sí eran juzgados como patentables. Cuando la Convención Europea de Patentes fue firmada en 1973, sus Estados ya habían adoptado el sistema *sui generis* de la UPOV para la protección de las variedades de plantas, preferido sobre el esquema de protección de las patentes.

terminar la hambruna en el Tercer Mundo se ha vuelto contra éste. Sí ha logrado el objetivo fijado por las compañías de la agroquímica en términos de expandir el mercado para sus semillas y productos químicos.” (Traducción libre) BOSSELMANN, *op.cit.*, p. 130.

La invención de un proceso microbiológico dado no es entonces patentable si no reúne las tres condiciones bien conocidas y aún requeridas por el derecho de patentes: novedad, actividad inventiva y carácter industrial.

La exclusión de las plantas y los animales contenida en la Convención Europea de Patentes ha estado sometida a una constante presión por el desarrollo de la biotecnología y el deseo de aquellos que financian los proyectos de investigación de tener la protección más amplia para sus esfuerzos innovadores. Si se le agrega a esta situación el deseo de la Unión Europea de sobreponerse a su retardo en relación con Estados Unidos y Japón, se pueden explicar las modificaciones que resultaron de la Directiva relativa a las invenciones biotecnológicas adoptada el año anterior, la cual será pronto evocada.

Estos ejemplos permiten demostrar que existen dos tendencias generales en el mundo desarrollado en lo que concierne a los organismos biológicos durante este siglo : el alcance de la protección jurídica de las patentes se ha extendido para satisfacer los avances biotecnológicos y el control de las patentes se internacionaliza y se uniformiza para que el cultivador de plantas o el inventor biotecnológico puedan solicitar la protección no sólo en su propio país sino también dentro de los países signatarios de las convenciones relativas a la propiedad intelectual.

Subpárrafo II. Los Estados Unidos: los líderes de la patentización del ser vivo

La situación de la patentización de los organismos biológicos en los Estados Unidos es más clara. La posición de este país a principios de siglo era la misma que la de los Estados europeos : los organismos vivos no podían ser patentados. El gobierno de los Estados Unidos, confrontado a un reconocimiento creciente de la importancia del *lobby* de los cultivadores de plantas y queriendo proteger la industria nacional, hizo votar la Ley de Patentización de Plantas (*Plant Patent Law*) en 1930. Esta ley, distinta a la ley estándar de patentes, protegía las plantas que tenía una reproducción asexual. Después una nueva ley de 1970, la Ley de Protección de las Variedades de Plantas (*Plant Variety Protection Law*), acordó brindar una protección similar a la de la patente a aquellas plantas que tuviera una reproducción sexual. En el plano jurisprudencial, en 1980 la Corte Suprema de los Estados Unidos innovó con el caso decisivo *Chakrabarty (Diamond v. Chakrabarty)*, 447 U.S. 303 (1980). En este asunto la Corte Suprema consideró que una patente podía otorgarse a un organismo vivo, en este caso una bacteria genéticamente

modificada, bajo la ley estándar de patentes. La importancia radica en que se permitió patentar organismos vivos bajo la ley usual que protege las invenciones que carecen de vida, equiparándo los primeros a, por ejemplo, los aparatos mecánicos.

Sin duda alguna, para pasar de microorganismos a organismos más complejos había sólo un paso. En efecto, pocos años después, esta decisión, que subrayó que el ser vivo podía ser patentado bajo la ley general, condujo al caso revolucionario *Ex parte Hibberd* (*Ex parte Hibberd*, 227 U.S.P.Q. 443 (1985)). Esta vez la Corte decidió que podía concederse una patente a una planta de maíz que contenía una inyección importante de aminoácidos. Esta jurisprudencia sostiene que las plantas, las semillas y los cultivos de tejidos pueden ser protegidos a la vez por la ley general de patentes y por la legislación específica relativa a la protección de plantas. Los cultivadores de plantas pueden en consecuencia patentar una nueva variedad de planta bajo las dos leyes a partir del momento en que satisfagan los criterios requeridos. En otra palabras, un técnico biotecnológico puede patentar no importa qué tipo de organismo vivo si éste cumple con las condiciones para patentar una invención mecánica.

El reconocimiento de esta patentización de los seres vivos iniciado por la decisión Chakrabarty brindó un fundamento jurídico seguro a las inversiones industriales en el área de biotecnologías. Algunos consideran que la certeza de la patentización ha permitido a los industriales abandonar la política del secreto en beneficio de aquella del depósito. Sin embargo, esta situación ha permitido también la apropiación de ciertas formas de vida por parte de particulares. Diversos organismos internacionales y organizaciones han advertido que esto puede resultar contraproducente a los intereses de los países del Sur y a la seguridad alimentaria; podrían también generarse circunstancias cuyo único límite previsible será el respeto de los derechos humanos. De todas formas, esta seguridad jurídica ha permitido a los Estados Unidos consolidar su posición dominante en la carrera biotecnológica internacional.

La acelerada evolución de la patentización del ser vivo en Estados Unidos no ha tenido descanso. Una célula humana fue patentada por primera vez en 1984, eran células cancerosas obtenidas de un paciente leucémico. En 1988, el primer animal fue patentado; se trataba de un ratón, utilizado para la investigación científica, que portaba el gen del cáncer humano. En 1991, el Instituto Nacional de Salud de este país solicitó una patente para la estructura de 337 fragmentos de genes humanos y, en 1992, el Instituto depositó una patente por 2,375 genes adicionales. La primera de estas solicitudes fue rechazada por la Oficina de Patentes y Marcas Comerciales. Sin embargo, el Instituto modificó la solicitud y, con posterioridad, la volvió a presentar ante esta oficina.

Estas decisiones jurisprudenciales explican el primer lugar de Estados Unidos en el campo de la protección de las invenciones biotecnológicas: por una parte, el ser vivo puede ser patentado; por otra, las variedades de plantas pueden no sólo ser protegidas bajo el régimen estándar de patentes sino que también bajo el régimen particular de protección de plantas citado. Este último aspecto será retenido por el ADPIC negociado bajo los auspicios de la OMC y firmado en Marrakech en 1994. No obstante, como se evocará más adelante, la Unión Europea podría pronto arrogarse ese anhelado primer lugar, al parecer vital para estimular la inversión en biotecnología, en la protección jurídica que se otorga a los organismos vivos.

Los criterios para registrar plantas son más flexibles en la legislación estadounidense sobre la protección de las plantas y en los DOV que bajo el régimen de patentes. De la misma forma, ninguno de los dos sistemas proporciona tanta protección para el innovador que las patentes de utilidad. Este razonamiento permite comprender la evolución hacia una protección más amplia, a través de la patente, de las invenciones biotecnológicas en la Unión Europea.

Subparágrafo III. La Directiva sobre la protección de las invenciones tecnológicas de 1998: un enfoque técnico a los límites de la patentización del ser vivo

El 29 de agosto de 1997, la Comisión adoptó su proposición modificada de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas⁽⁶⁰⁾. Casi un año después, en julio de 1998, dicha proposición fue finalmente adoptada deviniendo la Directiva 98/44/EC, conocida también como la directiva de patentes sobre la vida. No obstante, hubieron cambios sustanciales de la proposición modificada de directiva al texto que fue definitivamente votado, en general las variaciones implicaron una eliminación progresiva de los obstáculos éticos que se habían esgrimido acerca de la patentización de los organismos vivos en los órganos implicados en el proceso legislativo de la Unión Europea. Estas diferencias conciernen principalmente la aceptación de la patentización de las invenciones

(60) "Proposition Juridique des Inventions Biotechnologiques, proposition modifiée de directive adoptée par la Commission des Communautés européennes le 29 août 1997" in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, Editions Législatives, Año 4, Boletín 52 (13 de setiembre de 1997), envío n° 12-97, pp. 8763-8784.

biotecnológicas derivadas de la manipulación genética, como las plantas, los animales y los genes y las estructuras de genes humanos.

La Directiva 98/44/EC fue fundada sobre el artículo 100A del tratado fundador de la Comunidad Europea, lo cual significa que se privilegia el criterio técnico-comercial ya que el primer objetivo de esta regla es facilitar la circulación de mercancías. Esta directiva va entonces en dirección de la consolidación del mercado común europeo. Sin embargo, debe también anotarse que, con este artículo 100, la Comunidad se confiere una competencia indirecta en materia ambiental.

De acuerdo a su preámbulo, la Directiva es un intento de armonizar las reglamentaciones nacionales del sector biotecnológico en la Unión Europea. Al mismo tiempo, revela la comentada importancia que esta armonización tiene para estimular las inversiones en el campo tecnológico. En efecto, con la nueva Directiva, la Unión Europea se coloca a la vanguardia en materia de patentización del ser vivo, lo cual revela su interés por colocarse en la punta de la carrera biotecnológica.

El ADPIC de la OMC y la CDB son especialmente citados como instrumentos que pueden obligar a los Estados miembros, independientemente de la directiva, aún cuando ambos instrumentos son a menudo contradictorios. No obstante, en vista que la directiva se encuentra fundamentada en el artículo 100A del tratado fundador, es posible predecir que prevalecerá el ADPIC. Esta referencia se impuso además al Parlamento debido a que algunos hubieran aceptado con placer, especialmente en lo que concierne la materia biológica de origen humano, separarse de la necesidad de respetar el ADPIC.

El artículo 4 de la proposición modificada de directiva se refería a aquéllo que no es patentable, era así para las variedades vegetales, las razas animales y para los procedimientos esencialmente biológicos para la obtención de vegetales o animales. En otras palabras, de acuerdo a la proposición modificada de directiva, las variedades vegetales continuaban entonces siendo protegidas por los DOV, por el contrario, las razas animales seguían siendo excluidas de la patentización. La Cámara de Recursos Técnicos de la Oficina Europea de Patentes tenía al respecto una opinión contraria, pues había acordado patentes para las nuevas variedades de plantas. Fue esta postura la que finalmente prevaleció en el texto definitivo de la Directiva y, aún más, se abarcó también a los animales y a los métodos utilizados para modificar genéticamente a los organismos.

Mas no todos los Estados de la Unión consideraron apropiada esta posición. Recuérdese además que la naturaleza jurídica de los DOV evolucionó considerablemente en la última Convención UPOV, asemejándose mucho a las patentes, por lo que podría también estimarse que

la desprotección de las invenciones de este sector biotecnológico no constituía mayor problema. El gobierno holandés, el cual además votó en contra de la extensión de la protección jurídica de la patente para las plantas y los animales, presentó una demanda ante la Corte Europea de Justicia en octubre para cancelar esta directiva⁽⁶¹⁾. Sus razones son diversas. Entre otras, y haciendo entonces la salvedad que no se evocarán todas ellas, en criterio del Ministro de Economía holandés, esta directiva viola los tratados internacionales y los derechos humanos elementales. Por ejemplo, el artículo 1(2) de la Directiva niega a los miembros la oportunidad de elegir si pueden excluir ciertas invenciones biotecnológicas de la protección brindada por la patente, posibilidad que sí otorga el comentado Artículo 27(3)(b) del ADPIC. Otro de los argumentos se fundamenta en el hecho que las leyes sobre patentes de los Estados Miembros están casi totalmente armonizadas con la Convención Europea de Patentes discutida previamente. Y, en consecuencia, la clarificación de la protección de las invenciones biotecnológicas, el principal objetivo de la Directiva 98/44/EC según su preámbulo, debería derivarse de la implantación de la Convención Europea de Patentes y no de un nuevo instrumento jurídico.

El artículo 5 toca lo que fue el corazón del debate en los órganos legislativos de la Unión Europea. En las discusiones en el seno de las distintas comisiones del Parlamento, pronto fue evidente que todo proceso de calificación que excluyera de la patentización al cuerpo humano debía olvidarse. La Directiva permite así patentar genes de origen humano. Recordemos que en Estados Unidos miles de genes humanos y sus estructuras se encontraban en proceso de patentarse. Este aspecto, la patentización del cuerpo humano, también fue impugnado por el gobierno holandés debido a que se estimó contrario a los derechos humanos.

La Directiva presentará dificultades en su incorporación a la legislación interna de los países miembros de la Unión. Verbigracia, el enfoque de la patentización de los elementos del cuerpo humano retenido por el legislador francés cuando modificó el artículo L.611-17 del Código de la Propiedad Intelectual, por la Ley número 94-653 del 29

(61) Al respecto véase "Netherlands files suit to cancel EU patenting of plants and animals", Agence France Press (cable), 19 de octubre de 1998; "Dutch take EU biotech patent law to European Court", Reuters (cable), 20 de octubre de 1998; Emmott (Steve) "Action brought on 19 October 1998 by Kingdom of the Netherlands against European Parliament and Council of the European Union" in *Official Journal of the European Communities*, 5 de diciembre de 1998.

de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, es muy distinto al de la Directiva pues ésta privilegia la dimensión técnica. Por el contrario, el legislador francés se coloca bajo la égida del orden público y las buenas costumbres para determinar que el cuerpo humano, sus elementos y sus productos, así como el conocimiento de la estructura total o parcial de un gen humano, no pueden, en tanto tales, ser objeto de patentes. La ley francesa parece privilegiar entonces un enfoque más ético.

El Parlamento agregó a la proposición inicial de directiva dos ejemplos significativos de invenciones contrarias al orden público o las buenas costumbres, y por ende, excluidos de la patentización: uno de ellos concierne las invenciones relativas al clonaje reproductivo humano, el otro los métodos conforme a los cuales se manipulan los embriones humanos. La exclusión de estos ejemplos sí fue retenida por la Directiva.

La Directiva se inscribe en parte dentro del cuadro de esta preocupación moral que tiende a actualizarse y que, en el caso particular de las invenciones biotecnológicas que se relacionan con elementos de origen humano, podrían lesionar los derechos humanos. No obstante, su enfoque es más bien técnico y, evidentemente, ciertas cuestiones éticas delicadas fueron relegadas para estimular y, según su texto, dar certidumbre jurídica a la inversión biotecnológica. En el fondo parece que se querían eliminar los obstáculos a la patentización del ser vivo que había impuesto la Convención Europea de Patentes.

En la actualidad, la Comisión de la Unión Europea está impulsando una propuesta para revisar la Directiva 90/220, relativa a la diseminación voluntaria de OGM, en lo que concierne el nivel de protección, la evaluación científica y el rol de los comités implicados con el manejo de los OGM. Existe también la posibilidad de redactar regulaciones sobre el etiquetado de los OGM, las cuales, para algunos Comisionados como la holandesa Ritt BJRREGAARD, deberían ser obligatorias⁽⁶²⁾. Recuérdese que, a nivel nacional, se han establecido en algunos países de la Unión, normas que disponen el etiquetado de productos que contienen OGM o sus derivados.

RECOMENDACIONES

La participación de la sociedad civil en distintas esferas de los aspectos relativos de la bioseguridad es uno de los factores que contribuirían a hacer más transparente y confiable los mecanismos de

(62) "Environmental Council" in *The Week in Europe*, revista de la representación del Reino Unido en la Comisión Europea, 6 de marzo de 1997, documento enviado por Internet.

control de los riesgos biotecnológicos. No obstante, la cuestión de cómo democratizar la toma de decisiones políticas en asuntos complejos y que abarcan los rápidos desarrollos científicos y tecnológicos enfrenta el problema clásico de cómo conciliar la ciencia y la política. Entre los dispositivos de participación que se han instaurado, principalmente en países europeos como Alemania y Holanda—y cuyo grado de eficacia varía—, se incluyen:

- los comités de ética —creados con el fin de aliviar el peso generado por la toma de decisión política en aspectos sensitivos de la bioética y a los que se ha acusado de más bien limitar las discusiones políticas—;
- las conferencias de consenso —un procedimiento similar al debate público francés— ;
- la confección participativa de las políticas y de los procedimientos de evaluación de tecnología —a través de comités de asesoría gubernamental— ;
- y las convenciones o acuerdos voluntarios entre organizaciones no gubernamentales, compañías y gobierno. Este último procedimiento merece una discusión más amplia debido a que, al menos en el caso holandés, ha demostrado ser la forma más efectiva de lograr la participación pública. Las regulaciones ambientales en Holanda están en efecto elaboradas en un ochenta por ciento por este tipo de convenciones. Por ejemplo, existe una convención en el campo de la biotecnología para el etiquetado de productos que contienen OGM, así como otros acuerdos elaborados con esta industria acerca del uso restringido de cosechas genéticamente modificadas, como la soya. Sin embargo, Ir René VON SCHOMBERG indica que, aunque efectivas, la utilización de estas convenciones depende de las reales relaciones de poder entre la industria y las organizaciones ambientales y de consumidores, así como de un ambiente sociocultural donde las fuerzas antagónicas estén abiertas a la negociación⁽⁶³⁾.

Por otra parte, existe una enorme variedad de grupos involucrados y preocupados por el desarrollo y aplicación de las tecnologías genéticas. El derecho a la información que reclaman distintas organizaciones

(63) Para una discusión más amplia de estos procedimientos de participación, véase VON SCHOMBERG (Ir René) y KLUVER (Lars), sendos reportes en "How can Biotechnology Benefit the Environment, The report of A European Federation of Biotechnology Task Group on Public Perceptions of Biotechnology", *op.cit.*

ambientales y de consumidores es una de las peticiones esenciales, y que precisamente ha llevado a tomar medidas como el mencionado etiquetado de los productos que contienen OGM⁽⁶⁴⁾. La preocupación del consumidor europeo está principalmente relacionada con la carne animal en cuyo proceso de obtención se han involucrado procesos de ingeniería genética, en vista del escándalo desatado con la enfermedad de las «vacas locas» y, en segundo término, sus inquietudes se concentran en los vegetales. En diversas encuestas que se han efectuado en Nueva Zelanda y Japón⁽⁶⁵⁾, el público manifiesta su preocupación debido a que estiman que la tecnología derivada de la ingeniería genética no es, en su criterio, ética, interfiere con la naturaleza y está asociada con resultados inciertos y posible daño ecológico y ambiental, así como a daños a la salud humana. También existe preocupación sobre una eventual utilización inapropiada de esta tecnología⁽⁶⁶⁾.

El derecho ambiental se encuentra estrechamente vinculado con la democratización de la toma de decisiones en el ámbito administrativo. Esta conciencia ha despertado fuertemente en las sociedades de los países del Norte, no así en la mayoría de los países en desarrollo. El caso de Centroamérica y, por supuesto, de Costa Rica, no constituye una excepción. Nótese que esta situación está muy relacionada con el grado de desarrollo del derecho a la información, así como de procedimientos jurídicos que fomenten la participación ciudadana en las decisiones públicas que conciernen el medio ambiente y, por ende, brinden un grado de responsabilidad a los distintos sectores involucrados en la adopción de las políticas de bioseguridad. Al estar estos mecanismos de participación poco o nada perfeccionados, lógicamente la información sobre los riesgos biotecnológicos y la adopción de eventuales controles

(64) El etiquetado ha reflejado ya una dura realidad: los productos que no contienen OGM -derivados muchos de ellos de lo que se conoce en Europa como agricultura biológica- son significativamente más caros que aquellos que sí los poseen. Lo anterior ha significado que son los estratos más altos de la población los que están en capacidad de disfrutar de productos libres de OGM.

(65) Véase al respecto MACER (Darryl), "General Ethic Concerns, and Environmental and Regulatory Issues" in *Impacts of Biotechnology in Agriculture and Food in Developing Countries*, International Council of Scientific Unions, COSTED, 1992, documento enviado por Internet.

(66) Cabe anotar que los datos relativos a la percepción que de la biotecnología tienen los consumidores en los países en desarrollo son exiguos.

sobre estos continuarán fuera del ámbito de influencia y, peor aún, no serán conocidos por importantes sectores de la sociedad⁽⁶⁷⁾.

A todas luces resulta claro que, en cuanto a este aspecto, ha resultado controversial ponderar si debe privilegiarse el resguardo del secreto industrial o permitir su divulgación en ciertos casos en aras de la seguridad biológica. Esta disyuntiva se refleja en la Directiva 90/313 CEE sobre la *libertad* de acceso a la información en materia ambiental⁽⁶⁸⁾. A pesar que el instrumento utiliza el término *libertad* de acceso a la información -se trata de aquella información detenida por los organismos públicos o privados que tengan responsabilidades públicas en materia ambiental- y establece como objetivo el asegurarla, uno de los motivos de rechazo de la petición de acceso a la información es precisamente el resguardo del secreto comercial e industrial, protección que comprende la propiedad intelectual. El Parlamento europeo había dispuesto algunas excepciones, relacionadas con el resguardo de la seguridad ambiental y que finalmente no fueron retenidas por la Directiva, a esta protección jurídica.

Sin pretender ser exhaustivos en el análisis de la normativa costarricense, la Ley de Protección Fitosanitaria⁽⁶⁹⁾, en el artículo 5 inciso q), atribuye al Servicio Fitosanitario del Estado regular el movimiento, comercialización y producción de los OGM y sus productos. Mas esta legislación -tal vez sea una de sus grandes desventajas- no sólo comprende los riesgos biotecnológicos, enfocados en el control de OGM, sino que también abarca numerosos temas de índole fitosanitaria, como la lucha contra las plagas en la agricultura. Es decir, los riesgos biotecnológicos es uno de los grandes temas que abarca la Ley en discusión, la cual deja para su respectivo reglamento⁽⁷⁰⁾ aspectos esenciales como el control de OGM dentro y fuera de laboratorio y no estipula la necesaria distinción entre ambos tipos de manejo.

(67) La *incidencia* de los resultados de los mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones es un aspecto que debe ser cuidadosamente ponderado y que en la actualidad es tal vez el problema más debatido por la doctrina de los países más avanzados en la materia.

(68) Esta directiva fue publicada en el *Journal Officiel des Communautés Européennes* No. L158 del 23 de junio de 1990, p 1.

(69) Ley No. 7664 de 8 de abril de 1997, in *Código Ambiental (compilador Ricardo Zeledón)*, San José, Edit. Porvenir, 1998, p. 197.

(70) El reglamento ya fue emitido, se trata del Decreto 26921-MAG publicado en La Gaceta número 98 del 22 de mayo de 1998.

La propagación de OGM fuera del laboratorio es, en todas las legislaciones sobre la materia, sujeta a un control más estricto. Esta necesaria diferenciación -entre manejo recluso en el laboratorio y propagación intencional de OGM- se efectúa, por ejemplo, en las tres directivas europeas sobre manejo de OGM: una abarca su utilización confinada, otra su diseminación voluntaria en el medio ambiente y la última trata la protección de los trabajadores contra los riesgos derivados de la exposición a agentes biológicos⁽⁷¹⁾. Esta misma distinción, como lógica aplicación de las Directivas, es efectuada por la ley francesa que regula el control de OGM⁽⁷²⁾.

El artículo 40 de la ley costarricense crea la Comisión Técnica en Bioseguridad, no obstante, su integración, atribuciones y funciones son también definidas en el reglamento. Sería importante que esta Comisión estuviera integrada, en condiciones de paridad, no sólo por científicos y funcionarios gubernamentales, sino también por grupos de la sociedad civil, como organizaciones ambientales no gubernamentales y agrupaciones de consumidores⁽⁷³⁾, tal y como lo hacen distintas legislaciones europeas en esta materia. Sin embargo, no es así, pues el Reglamento dispone que la Comisión será integrada solamente por funcionarios gubernamentales y científicos. Finalmente, aunque la ley no contempla una mención sobre la obligatoriedad de acatamiento para el Servicio Fitosanitario del principio de precaución, menos aún del principio de prevención, esencial en materia de bioseguridad en criterio de muchos científicos⁽⁷⁴⁾, en nuestro criterio dichos principios deben ser aplicados pues así lo estipula el artículo 11 de la Ley de Biodiversidad.

(71) Se trata, en su orden, de las Directivas 90/219 CEE (utilización confinada), 90/220 CEE (diseminación voluntaria), ambas en el *Journal Officiel des Communautés Européennes* No. L117 del 8 de mayo de 1990, pp. 1 y 15. La Directiva sobre seguridad laboral es la número 90/679, *Journal Officiel des Communautés Européennes* No. L374 del 31 de diciembre de 1990, p 1.

(72) ROMI (Raphaël), *Droit et Administration de l'Environnement*, segunda edición, Montchrestien, 1997, pp. 297-308.

(73) Brindar participación pública en una comisión de esta naturaleza no es nuevo para la legislación ambiental costarricense. Recuérdese la integración de la CONAGEBIO en el caso de la Ley de Biodiversidad No. 7788 de 30 de abril de 1998, que además, es una normativa mucho más precisa y no adolece de la remisión sistemática al reglamento de aspectos vitales. En *Código Ambiental (compilador, Ricardo Zeledón)*, Edit. Porvenir, 1998.

(74) Al respecto ver ROMI (Raphaël), *op.cit.*, p. 297, cita 161..

En efecto, este artículo de la Ley de Biodiversidad dispone que los principios discutidos⁽⁷⁵⁾, entre otros, deben ser utilizados cuando se aplica esta ley y ella contiene un capítulo, el tercero, consagrado a las garantías de seguridad ambiental.

Es claro que existe una parte importante de la población europea que no está cómoda con algunas de las aplicaciones de la ingeniería genética. Esto se demostró con el reciente debate sobre el maíz y la soya transgénicos, discusión que llevó en algunos países al polémico etiquetado de los productos que contienen OGM. Para estos grupos, el hecho que los beneficios de la biotecnología serán en el largo plazo superados por los riesgos, no es tan certero.

En el caso de Costa Rica y Centroamérica, urge abrir el debate más allá de los estrechos confines actuales del gobierno y las organizaciones científicas, universitarias y de investigación en ingeniería genética. Cabe además recalcar que la Comisión de la Comunidad Económica Europea concluyó que es necesaria la elaboración de un cuadro reglamentario *comunitario* para el manejo del riesgo biotecnológico, única forma, en su criterio, de lograr un resultado satisfactorio en bioseguridad⁷⁶. Igual reflexión puede efectuarse para el caso de Centroamérica; el enfoque regional en bioseguridad es también imperativo. Sin embargo, para lograr esto, deben también consolidarse y crearse nuevos mecanismos de flujo de información y de participación ciudadana que democratizen la toma de decisiones en materia ambiental, y específicamente de bioseguridad. Por supuesto, también debe haber disposición de las compañías, los agentes gubernamentales y los investigadores de escuchar y aceptar una amplia gama de opiniones que podrían incidir en su trabajo.

(75) Sin embargo, la ley no los contempla propiamente como principios, sino como criterios de aplicación de esa normativa.

(76) BOUDTNT (Joël), "L'encadrement juridique du risque biotechnologique", in *L'Actualité juridique du Droit Administratif*, París, 20 de junio de 1991, p. 441. s

BIBLIOGRAFIA

OBRAS GENERALES

- BIRNIE (Patricia W.) et BOYLE (Alan). *Basic Documents on International Law and the Environment*, Londres, Edit. Oxford, 1995, 688 p.
- ROMI (Raphaël). *Droit et Administration de l'Environnement*, segunda edición, París, Edit. Montchrestien, 1997, 517 pp.
- PRIEUR (Michel). *Droit de l'Environnement*, tercera edición, París, Edit. Dalloz, 916 pp.
- QUOC DINH (Nguyen). *Droit International Public*, quinta edición, París, Edit. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1317 pp.

OBRAS ESPECIFICAS

- BILDERBEEK (Simone) (édit.) et al. *Biodiversity and International Law, The Effectiveness of International Environmental Law (Edited by Simone Bilderbeek, Netherlands National Committee for the IUCN)*, Amsterdam, Edit. Ios Press, 1992, 213 p.
- CALVO MONNEY (Carmen) et al. *Droit Rural : Aménagement Rural et Agriculture, Commerce International et Agriculture, Rôle de l'Etat en Agriculture*, Actas del Tercer Congreso de la Unión Mundial de Agraristas Universitarios, 1994, 784 pp.
- FRANCIONI (Francesco), SCOVAZZI (Tulio) et al, *International Responsibility for Environmental Harm*, Londres, Edit. Graham & Trotman, 1991, 499 p.
- Global Biodiversity, Status of the Earth's Living Resources (a report compiled by World Conservation Monitoring Centre)*, Londres, Edit. Chapman and Hall, 1992, 585 p.
- GLOWKA (Lyle), BURHENNE-GUILMIN (Françoise) SYNGE (Hugh) et al. *A Guide to the Convention on Biological Biodiversity*, Gland, IUCN The World Conservation Union, 1994, 161 p.
- HERMITTE (Marie-Angèle) et al. *La Protection de la Création Végétale, Le Critère de Nouveauté (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volumen 11, Paris, Editions Librairies Techniques, 1985, 159 p.
- HERMITTE (Marie-Angèle) et al. *e Droit du Génie Génétique Végétal (sous la direction de Marie-Angèle Hermitte)*, Volumen 12, Paris, Editions Librairies Techniques, 1987, 253 p.

- KLEMM (Cyrille de), SHINE (Clare). *Biological Diversity Conservation and the Law, Legal Mechanisms for Conserving Species and Ecosystems*, Gland, IUCN The World Conservation Union, 1993, 292 p.
- KRATTIGER A.F., McNEELY, W.H., LESSER K.R. *et al*(eds.). *Widening Perspectives on Biodiversity*, Gland, IUCN The World Conservation Union e International Academy of the Environment, 1994, *xvi* & 473 pp.
- PRIEUR (Michel) *et al.* *Forêts et Environnement (sous la direction de Michel Prieur)*, Paris, Edit. Presses Universitaires de France, 1984, 310 p.
- REID (Walter), SITTENFELD (Ana), LAIRD (Sarah A.), JANZEN (Daniel) *et al.* *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*, Baltimore, World Resources Institute (WRI), 1993, 341 p.
- Report of the Third Global Biodiversity Forum 1995: Jakarta, Indonesia (4-5 November)*, Gland, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), 1996, 166 pp.
- Report of the Global Biodiversity Forum: UICN Headquarters, Gland, Switzerland (7-9 October 1993)*, Gland, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), 1994, 115 pp.
- SALAZAR (Roxana), CABRERA (Jorge) *et al.* *Diversidad Biológica y Desarrollo Sostenible*, San José, Euroamericana de Ediciones, 1993, 100 pp.
- SALAZAR (Roxana), CABRERA (Jorge), LOPEZ MORA (Alvaro) editores. *Biodiversidad : Políticas y Legislación a la luz del Desarrollo Sostenible*, San José, Fundación Ambio, 1994, 508 pp.
- SHIVA (Vandana). *Biopiracy : The Plunder of Nature and Knowledge*, Boston, Edit. South End Press, 1993, pp. 65-85.
- Signposts to Sui Generis Rights*, GRAIN (Genetic Resources Action International), 1997, 73 pp.
- TROUET (A.), DE BETHUNE (M.P.). *Maîtrise des risques en biotechnologie, Forum Européen (Grenoble 24-26 avril 1989)*, Paris, Editorial Technique et Documentation, 1990, 281 p.
- WOLD (Chris). *The Biodiversity Convention and Existing International Agreements : Opportunities for Synergy*, Washington, The Humane Society of the United States and Humane Society International, juin 1995, 18 pp.

REVISTAS Y ARTICULOS

- ACHARYA (Rohini). "Patenting of Biotechnology : GATT and the Erosion of the World's Biodiversity", in *Journal of World Trade*, Vol. 72, 1991, pp. 71-87.
- ASEBEY (Edgar J.) et KEMPENAAR (Jill D.). "Biodiversity Prospecting : Fulfilling the Mandate of the Biodiversity Convention", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 28 : 703, 1995, pp. 703-754.
- BETSCH (J-M). "Sur quelques aspects scientifiques relatifs à la protection des écosystèmes, des espèces et de la diversité biologique", in *Revue Juridique de l'Environnement*, Société Française pour le Droit de l'Environnement, numéro 4, 1991, pp. 443-451.
- BEURIER (Jean-Pierre). "Le Droit de la Biodiversité", in *Revue Juridique de l'Environnement*, Société Française pour le Droit de l'Environnement, No. 1-2/1996, pp. 5-28.
- "Biotechnologie et Génie Génétique", in *La Lettre Juris-classeur de l'Environnement*, décembre de 1997, p. 2.
- BODANSKY (Daniel M.). "International Law and the Protection of Biological Biodiversity", in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 28 : 623, 1995, pp. 623-634.
- BOSELTMANN (Klaus). "Plants and Politics: The International Regime Concerning Biotechnology and Biodiversity", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Universidad de Colorado, vol. 7 : 1, 1995, pp. 111-148.
- BOUDANT (Joël). "L'encadrement juridique communautaire du risque biotechnologique" in *L'Actualité Juridique du Droit Administratif*, Paris, 20 de junio de 1991, pp. 439-447.
- BRUSH (Stephen B.). "Farmer's Rights and Genetic Conservation in Traditional Farming Systems", in *World Development*, Londres, Pergamon Press Ltd., 1992, Vol. 20, No. 11, pp. 1617-1630.
- CAILLAUX Z. (Jorge), MOORE (Patricia). "UNCED and Agenda 21 : A View from Peru", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Universidad de Colorado, Vol. 4 : 177, 1993, pp. 177-196.
- "Central American Presidents resolve to pass laws restricting use of resources", in *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affairs Inc., 17 de junio de 1992, Vol. 15, No. 12, p. 397, de LEXIS NEXIS.

CHANDLER (Melinda). "The Biodiversity Convention : Selected Issues of Interest to the International Lawyer", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Universidad de Colorado, Vol. 4 : 119, 1993, pp. 141-175.

COHEN (Sheldon), DOWNES (David). *The Biodiversity Action Network, A Paper Prepared for the Global Biodiversity Forum (October 7-9, Gland, Switzerland)*, Biodiversity Action Network (Bio-Net), 8 pp.

COHEN (Sheldon), DOWNES (David). *The Second Meeting of the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity (CDB): Results, Analysis and Options for NGO Follow Up Action (21 December 1995)*, Biodiversity Action Network (Bio-Net), 22 pp.

"Deal between drug firm and Costa Rica called example of what a treaty would do", *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affairs Inc., 17 de junio 1992, Vol. 15, No. 12, p. 398, de LEXIS NEXIS.

"Déclaration Finale (New York, 26 septembre 1997), 21e réunion annuelle des ministres des Affaires étrangères du G77", in *Documents d'Actualité Internationale*, Paris, Ministerio de Asuntos Extranjeros, bimensual número 24, 15 de diciembre de 1997, pp. 879-887.

DOWNES (David R.). "New Diplomacy for the Biodiversity Trade : Biodiversity, Biotechnology, and Intellectual Property Rights in the Convention on Biological Diversity", in *Touro Journal of Transnational Law*, vol. 4, 1993, pp. 1-31.

GLOWKA (Lyle). "Second Conference of the Parties", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 26, número 2-3, mai 1996, pp. 71-75.

GLOWKA (Lyle). "The Next Rosy Periwinkle Won't Be Free : Emerging Legislative Frameworks to Implement Article 15", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 6, diciembre de 1997, pp. 441-458.

GRAZIANO (Karen M.). "Biosafety Protocol : Recommendations to Ensure the Safety of the Environment", in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, Universidad de Colorado, vol. 7 : 1, 1995, pp. 179-211.

HERMITTE (Marie-Angèle). "La Convention sur la Diversité Biologique" in *Annuaire Français de Droit International*, Paris, Editions du CNRS, XXXVIII, 1992, pp. 844-870.

- HOPE (Shand). "Human Nature: Agricultural Biodiversity and Farm-Based Food Security", in
<http://193.43.36.7/WAICENT/FAOINFO/SUSTDEV/Epdirect/Epre0040.htm>
- HORTON (Curtis M.). "Protecting Biodiversity and Cultural Biodiversity Under Intellectual Property Law : Toward a New International System" in *University of Oregon Journal of Environmental Law and Litigation*, Universidad de Oregon, número 10, número 2, 1995, documento de LEXIS NEXIS.
- HURST (Peter). "Agro-Biodiversity : A WWF Perspective", in *Biodiversity Bulletin*, Biodiversity Action Network (Bio-Net), agosto de 1996, Vol. 1, número 2, p. 9.
- Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Innovations and the Convention on Biological Diversity*, Indigenous People's Biodiversity Network (IPBN), at <http://www.ecouncil.ac.cr/rio/focus/report/english/ipbn.htm>
- KATSEK (Jens). "Genetically Engineered Food on Everyone's Plates ?", in *Link (Biodiversity/Biotechnology Issue)*, Amsterdam, Amigos de la Tierra, octubre-diciembre de 1995, número 69, 1995, p. 14.
- KING (Steven R.), CARLSON (Thomas J.). *Biological Diversity, Indigenous Knowledge, Drug Discovery and Intellectual Property Rights : Creating Reciprocity and Maintaining Relationships*, Shaman Pharmaceuticals, 1993, 27 pp.
- KISS (Alexandre), "The Common Concern of Mankind", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 4, août 1997, pp. 244-247.
- KOESTER (Veit). "The Biodiversity Conservation negotiation process and somme comments on the outcome", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 1, enero de 1997, pp. 175-192.
- KLEMM (Cyril de) et GLOWKA (Lyle). "International Instruments, Processes and Non-Indigenous Species Introduction", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 26, número 6, noviembre 1996, pp. 247-254.
- LAKE (Rob). "Financing Biodiversity Conservation", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 1, enero de 1997, pp. 172-175.
- LANG (Wilfried). "Trade and Environmental Progress in the World Trade Organization", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 4, agosto de 1997, pp. 275-281.

- LESKIEN (Dan). "Tripping over Genetic Resources", in *Link (Biodiversity/Biotechnology Issue)*, Amsterdam, Amigos de la Tierra, octubre-diciembre de 1995, número 69, 1995, p. 15.
- MARGULIES (Rebecca L.). "Protecting biodiversity : recognizing international intellectual property rights in plant genetic resources", in *Michigan Journal of International Law*, Universidad de Michigan, Vol. 14 : 322, invierno de 1993, pp. 322-356.
- "Ministerial Declaration of the Group of 77, UNCTAD IX , Midrand, April 28, 1996" in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 26, número 5, octubre de 1996, pp. 235-237.
- "New measure would cover extraction of genetic resources from rain forest", in *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affairs Inc., 15 de julio de 1992, Vol. 15, No. 14, p. 460, de LEXIS NEXIS.
- "Patenting the Neem Tree", in *Link (Biodiversity/Biotechnology Issue)*, Amsterdam, Amigos de la Tierra, octubre-diciembre, 1995, número 69, 1995, p. 16.
- "Protection provided in international pacts seen as best framework for 'bioprospecting'", in *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affairs Inc., 16 de junio de 1993, Vol. 16, No. 12, p. 453, de LEXIS NEXIS.
- REID (Walter). "The United States Needs a National Biodiversity Policy", in *World Resources Institute Issues and Ideas*, Baltimore, World Resources Institute (WRI), febrero, 1992, pp. 1-11.
- RIBEIRO (Silvia). "Seeds of Life", in *Link (Biodiversity/Biotechnology Issue)*, Amsterdam, Amigos de la Tierra, octubre-diciembre de 1995, número 69, pp. 4-5.
- SIHANYA (Bernard). *Technology Transfer, intellectual property rights and biosafety: strategies for implementing the Convention on Biodiversity*, Mombasa, Public Law Institute, 1994, 8 pp.
- SOBERON GARRIDO (Ricardo). "Estado, Recursos Naturales, Pueblos Indígenas y Derechos Humanos", in *Boletín de la Comisión Andina de Juristas*, Lima, Comisión Andina de Juristas, número 26, setiembre, 1990, pp. 31-40.
- SUTHERLAND (Craig), CRAIG (Donna), POSEY (Donna). "Emerging New Legal Standards for Comprehensive Rights" in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 1, enero de 1997, pp.13-30.

"Third Session of the Conference of the Parties", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 1, enero de 1997, pp. 4-9.

"UNCTAD: Environmental, International Competitiveness and Development, Conclusions and Recommendations", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 26, número 1, enero de 1996, pp. 35-36.

"U.S., Central American countries sign Sustainable Development Pact" in *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affairs, Inc., 14 de diciembre de 1994, Vol. 17, No. 25, p. 1025, de LEXIS NEXIS.

VERHOOSSEL (Gaëtan). "International Transfer of Environmentally Sound Technology : The New Dimensions of an Old Stumbling Block" in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 6, diciembre de 1997, pp. 470-486.

VIVIER (Emil). Heidelberg: science sans conscience" in *Revue Combat Nature*, Limoges, Fédération Nationale pour la Défense de l'Environnement (FEDEN), número 99, noviembre de 1992, pp. 4-5.

WOLD (Chris), DOWNES (David). "Biodiversity Prospecting : The Rules of the Game" in *Bioscience*, Vol. 44 : 381, juin 1994, pp. 381-383.

YOKE LING (Chee). "Biodiversity Treaty Gears Up for Implementation" in *Third World Resurgence*, número 53/54, enero de 1995, pp. 2-5.

TEXTOS OFICIALES

a) América Central

Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres Prioritarias en América Central, firmada el 5 de junio de 1992 en Managua (Nicaragua), a la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo y la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN), 1992, 13 pp.

b) Costa Rica

Código Ambiental (compilado por Ricardo Zeledón), San José, Edit. Porvenir, 1998, 328 pp.

Decreto 26921-MAG publicado en *La Gaceta* número 98 del 22 de mayo de 1998.

"Third Session of the Conference of the Parties", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 1, enero de 1997, pp. 4-9.

"UNCTAD: Environmental, International Competitiveness and Developpement, Conclusions and Recommendations", in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 26, número 1, enero de 1996, pp. 35-36.

"U.S., Central American countries sign Sustainable Development Pact" in *International Environmental Reporter*, The Bureau of National Affaires, Inc., 14 de diciembre de 1994, Vol. 17, No. 25, p. 1025, de LEXIS NEXIS.

VERHOOSSEL (Gaëtan). "International Transfer of Environmentally Sound Technology : The New Dimensions of an Old Stumbling Block" in *Environmental Policy and Law*, The International Council of Environmental Law (ICEL), Volumen 27, número 6, diciembre de 1997, pp. 470-486.

VIVIER (Emil). Heidelberg: science sans conscience" in *Revue Combat Nature*, Limoges, Fédération Nationale pour la Défense de l'Environnement (FEDEN), número 99, noviembre de 1992, pp. 4-5.

WOLD (Chris), DOWNES (David). "Biodiversity Prospecting : The Rules of the Game" in *Bioscience*, Vol. 44 : 381, juin 1994, pp. 381-383.

YOKE LING (Chee). "Biodiversity Treaty Gears Up for Implementation" in *Third World Resurgence*, número 53/54, enero de 1995, pp. 2-5.

TEXTOS OFICIALES

a) América Central

Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y la Protección de Areas Silvestres Prioritarias en América Central, firmada el 5 de junio de 1992 en Managua (Nicaragua), a la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo y la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN), 1992, 13 pp.

b) Costa Rica

Código Ambiental (compilado por Ricardo Zeledón), San José, Edit. Porvenir, 1998, 328 pp.

Decreto 26921-MAG publicado en *La Gaceta* número 98 del 22 de mayo de 1998.

c) Unión Europea

Directivas 90/219CEE y 90/220 CEE, ambas en el *Journal Officiel des Communautés Européennes* No. L117 del 8 de mayo de 1990, pp. 1 y 15.

Directiva 90/313 CEE, , *Journal Officiel des Communautés Européennes* No. L158 del 23 de junio de 1990, p 1.

Directiva 90/679 CEE, *Journal Officiel des Communautés Européennes* No. L374 del 31 de diciembre de 1990, p 1.

"Proposition Juridique des Inventions Biotechnologiques, proposition modifiée de directive adoptée par la Commission des Communautés européennes le 29 août 1997" in *Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies*, Editions Législatives, Año 4, Boletín 52 (13 de setiembre de 1997), envío n° 12-97, pp. 8763-8784.

LITERATURA MONOGRAFICA

"Acta Final Negociaciones Comerciales Multilaterales Ronda Uruguay", Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica, 1994, 448 pp.

BEURIER (Jean-Pierre). *Recueil de Conventions Internationales*, Faculté de Droit et des Sciences Politiques, Universidad de Nantes, DEA de Droit Public Général et de Droit de l'Environnement, 1998, 338 pp.

LE CLANCHE (Patrick). *La Conférence de Rio : Entre utopie et réalisme*, Mémoire pour le Diplôme d'Etudes Approfondies de Science Politique, présenté et soutenu publiquement le 27 septembre 1993, Universidad Panthéon-Assas, Paris II, 1993, 86 pp.

RETANA BARRANTES (Vanessa). *Biotechnologie et Biodiversité de la Zone Intertropicale*, Mémoire pour le Diplôme d'Etudes Approfondies de Droit Public Général Option Droit de l'Environnement, présenté et soutenu publiquement le 24 juin 1998, Universidad de Nantes, 1998, 86 pp.

ZELEDON ZELEDON (Ricardo). *El Principio de Responsabilidad Ambiental en el Derecho Agrario*, Seminario Internacional Responsabilidad por Daño Ambiental, Managua (Nicaragua) organizado por la Asociación Justicia para la Naturaleza, 2 de abril de 1997, 16 pp.

**DERECHO URBANISTICO, DERECHO AMBIENTAL
Y LA TECNICA AUTORIZATORIA**

Dr. Virgilio F. Calvo Murillo
Profesor Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica



SUMARIO:

1. Generalidades
2. La autorización como requisito previo y necesario de una actividad
 - 2.a) La autorización operativa o programática
3. Derecho urbanístico y protección del medio ambiente
 - 3.a) Ley de Planificación Urbana
 - 3.b) Ley de Construcciones
 - 3.c) Reglamento para el control nacional de fraccionamientos y urbanizaciones
4. Conclusiones

1. GENERALIDADES

La preocupación por la protección del medio ambiente cobra cada día más importancia en el mundo de hoy, sobre todo en los países industrializados. El mantenimiento del equilibrio ecológico en beneficio del hombre como especie se proyecta, igualmente, en la conservación del contorno natural necesario para su ciclo vital.

La preocupación apuntada cobra más importancia, si se estudian ejemplos de elementos que, como el agua, cada día escasea más en sus reservas; y, se hace cada vez más costosa su captación, traslado y distribución; además de exigir complejos procesos de depuración antes y después de ser utilizada.

Es explicable en consecuencia la existencia de empresas que producen y suministran a las demás, elementos o dispositivos reductores de la contaminación. La Ciencia Jurídica, en vista de del panorama, ha debido regular, en mayor o menor medida de acuerdo a los diferentes ordenamientos, las causas productoras de contaminación. Y, es definitivo que las regulaciones surgidas han sido influenciadas por criterios de política económica.

Pueden citarse como temas de influencia, los siguientes: a) las variables políticas y económicas en juego; b) el grado de autoridad de los poderes públicos sobre los sectores productivos; c) la concientización de la comunidad con el problema; d) las finalidades que desde el punto de vista social, en cada caso se consideren prevalentes, e) la orientación de política económica de tipo locacional; ya que, no se puede proteger el medio ambiente sin una política racional de ordenación del territorio.

Podría decirse que el Derecho Ambiental es la protección que el ordenamiento jurídico da al sistema ambiental, con el fin de mantenerlo equilibrado para beneficio del hombre como especie y la conservación del contorno natural necesario para su ciclo vital;⁽¹⁾ y, que Derecho Urbanístico es la parte del Derecho Administrativo que se dirige a ordenar adecuadamente el territorio mediante los correspondientes instrumentos planificatorios. Como medio de política estatal, debe asegurar y garantizar la dimensión humana de la ciudad y del territorio, en conjunto;⁽²⁾ que de acuerdo a la moderna sociología es presupuesto fundamental para un libre y completo desarrollo de la personalidad del individuo.

(1) Puede verse, Arroyo Gómez. *La Problemática del Medio Ambiente*, en Documentación Administrativa Española, No. 140. 1971 y, Porras Zuñiga, A. *Derecho Ambiental en Costa Rica*, Revista Judicial, No. 20, Junio de 1981.

(2) Calvo Murillo, Virgilio. *Normas Urbanísticas y Planificación*, Revista Judicial, No. 2, Diciembre 1976.

Ambos tipos de Derechos, por tanto, tienen innegables bases comunes y proyecciones similares en beneficio del individuo y la comunidad.

Prueba de esto, es el *Informe Chadwick* (Inglaterra 1839), que estudió las miserables condiciones de los obreros durante la época de la Revolución Industrial; es el punto de arranque del Derecho Urbanístico encaminado a regular convenientemente la disposición de los alcantarillados, el suministro de agua potable, la concepción de calles, los patios y parques como elementos de aireación y ventilación, la separación de viviendas e industrias y, el establecimiento de estándares higiénicos mínimos en las viviendas.⁽³⁾

Interesa, a continuación, por la estrecha conexión que tiene con el Derecho Urbanístico y el Derecho Ambiental, hacer un enfoque de la técnica autorizatoria que se ejercita a través de "la licencia"; y, que constituye requisito de validez de la conducta del particular.

2. LA AUTORIZACION COMO REQUISITO PREVIO Y NECESARIO DE UNA ACTIVIDAD

Se ha dicho en forma certera que la autorización es hoy un acto mediante el cual la Administración consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al mismo tiempo la situación jurídica correspondiente.⁽⁴⁾ La más nueva doctrina, admite la existencia de autorizaciones que confieren verdaderos derechos y obligaciones nuevos a los particulares y, que se dirigen a verificar si el interés que persigue la persona que la solicita es, o no, conforme con un interés público distinto y eventualmente contrapuesto al primer cuya protección corresponde a la oficina que autoriza (o rechaza la petición).⁽⁵⁾

La autorización hoy día, ha visto crecer el ámbito propio de su aplicación a actividades que, como la económica, hacen que su papel no sea el de un simple contralor negativo; y, que más bien se dirija a orientar

(3) García de Enterría E. y Parejo Alfonso L. *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, p. 34 y 35, 1979.

(4) García de Enterría E. y Fernández, T. *Curso de Derecho Administrativo*, T. II. Civitas, Madrid, p. 123, 1977.

(5) Ortiz Ortiz, E. *Propiedad, Empresa e Intervención Pública en Costa Rica*. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 35, p. 132, Mayo-Agosto 1978.

la actividad autorizada en relación con objetivos previamente programados, como sería el ejemplo de lo que el gran maestro italiano Massimo Severo Giannini⁽⁶⁾ ha denominado "autorizaciones programáticas", que crean un vínculo personal de dirección y por ende de vigilancia entre el particular y la Administración, al contrario de lo que sucedía en el antiguo concepto de autorización. Creo importante, dentro de la amplia gama de autorizaciones existentes hoy, referirme al tipo citado, ya que es el que se aplica singularmente en el ámbito de los Derechos objeto de este trabajo.

2.a) La autorización operativa o programática

Como se dijo líneas atrás, además de la función primaria de control orienta la actividad del particular en relación con programas previamente fijados de tipo sectorial; lo que hace que vaya acompañada de especiales condiciones, que son impuestas con el fin de garantizar la adecuación de la conducta a los objetivos previamente fijados, o sea, a los fines públicos.

Como obvia consecuencia, el incumplimiento de las condiciones citadas da lugar a sanciones y, eventualmente también, a la revocación de la autorización concedida; y, que de acuerdo a una consolidada jurisprudencia española, dicha facultad revocatoria tiene como único límite, que se hayan agotado todas las posibilidades de corrección y adaptación de la actividad autorizada a las nuevas circunstancias y a las nuevas normas.⁽⁷⁾

Dentro de este tipo de autorizaciones pueden citarse específicamente la licencia de apertura y funcionamiento de establecimientos o actividades potencialmente nocivos o peligrosos para las personas o las cosas, las relativas a garantizar y salvaguardar la riqueza forestal, las dirigidas a satisfacer exigencias sanitarias de la población, las relativas a permisos dentro del ámbito de la planificación urbana, entre otras.

En todos casos, no sólo se sujeta al particular administrado a condiciones especiales, como se dijo, sino que además se le sujeta a una potestad de ejercicio futuro, que doctrinariamente se admite, es distinta de la que da base a la autorización; pero que en igual forma es consecuencia de ésta, por haber un alto grado de interés público involucrado en la actividad autorizada que hace necesaria esa

(6) Giannini, M.S., *Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, I, II, p. 1099, 1970.

(7) García De Enterría E. y Parejo Alfonso L, *op. cit.*, p. 127.

permanente sujeción y control. Como muy bien lo ha expuesto un ilustre tratadista italiano⁽⁸⁾ "...*La tutela del interés público puede exigir una constante y activa injerencia de la Administración Pública sobre la actividad autorizada para poder adecuarla, momento a momento, a ese mismo interés...*".

Interesa destacar, finalmente, que las legislaciones de los países industrializados que en forma más completa han regulado la protección del medio ambiente, dentro de la técnica autorizatoria referida comprenden igualmente: a) protección de aguas interiores; b) evacuación y depuración de aguas residuales; c) lo relativo a embalses y pantanos; d) aguas marítimas, por ejemplo en relación con la construcción de buques petroleros y la contaminación de las aguas por hidrocarburos, etc; e) contaminación atmosférica por vehículos automotores; f) calefacciones; g) prevención de ruidos; h) sustancias polucionantes que son vertidas en las aguas de los ríos, i) niveles de inmisión (máximos tolerables de sustancias tóxicas en la atmósfera) y niveles de emisión (cuantía de vertidos potencialmente dañinos en períodos determinados), etc.

Con el panorama anterior, corresponde ahora hacer un estudio de las disposiciones contenidas en instrumentos de Derecho Urbanístico, que se refieren igualmente al ámbito propio del Derecho Ambiental.

3. DERECHO URBANISTICO Y PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE

El Derecho Urbanístico costarricense tiene como instrumento legal básico de regulación a la Ley de Planificación Urbana⁽⁹⁾; sin embargo, también interesa comentar las disposiciones de la Ley de Construcciones⁽¹⁰⁾ y, del Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones⁽¹¹⁾ que sirven a intereses comunes de la ordenación urbanística y la protección del medio ambiente.

(8) Franchini, F. *Le Autorizzazioni Amministrative Constitutive di Rapporti Giuridiche fra L'Amministrazione e i Privati*, Giuffrè, Milano, p. 60. 1957.

(9) Número 4240 de 15 de Noviembre de 1968.

(10) Número 833 del 2 de noviembre de 1949 y sus reformas.

(11) Aprobado por el INVU, el 5 de junio de 1973.

3.a) Ley de Planificación Urbana

El *artículo 3*, se refiere a los elementos necesarios que debe contener el Plan Nacional de Desarrollo Urbano; los incisos f) y g) se refieren como parte de los servicios públicos a disposiciones atinentes a abastecimiento de agua, drenajes pluviales y sanitarios, y, de igual manera a la conservación y el disfrute racional de los recursos naturales, reservas forestales y elementos de la vida silvestre.

El *artículo 16*, inciso f) regula los elementos del plan regulador de ámbito municipal y, contiene previsiones relativas a sistemas e instalaciones de cañerías, alcantarillados sanitarios y pluviales, recolección y disposición de basuras.

El *artículo 20* a los reglamentos del Plan Regulador: estos son "reglas procesales" o instrumentos de aplicación de dicho plan, el artículo en comentario indica lo que dichos reglamentos deben promover; en lo que interesa, se refiere, en los incisos a), e) y f), a la protección contra la proximidad de usos prediales molestos o peligrosos, servicios públicos satisfactorios y, a la reserva suficiente de espacios de uso público.

El *artículo 36* especifica que se negará el visado de planos relativos a fraccionamiento de áreas sujetas a control, si los lotes carecen de servicios indispensables.

El *artículo 40* impone la obligación del fraccionadores y urbanizadores de ceder áreas para usos públicos, para dedicarse a vías, parques y facilidades comunales; lo que no puede exceder del cuarenta y cinco por ciento del total a fraccionar o urbanizar.

El *artículo 56* se refiere al Reglamento de Construcciones; e indica que el mismo debe contener reglas relativas a salubridad en estructuras o edificaciones.

El *artículo 58* dispone que no se permitirán obras de construcción, si se fueran a construir más de una casa en lotes en cabida menor al mínimo establecido (inciso 4).

3.b) Ley de Construcciones

El *artículo 14* dispone la obligación de que los predios deben conservarse en buenas condiciones de salubridad y no causar inseguridad o molestia, mediante la obligación del propietario de hacer desaparecer los motivos perturbadores. Y, caso de omisión, la Municipalidad procede a realizar lo propio con el fin de que ese predio, en el caso de servir acceso a otros, tenga los servicios, anchura y demás requisitos de ley.

El *artículo 30* prohíbe colocar anuncios en los árboles de parques o jardines con el fin de no deteriorarlos; y, obviamente, aunque no lo diga el artículo, para que cumplan su función dentro del marco de protección del ambiente.

El *artículo 37* establece la obligación de conservar en buen estado los parques y jardines; igualmente prohíbe destruir prados, arbustos o árboles que en esos parques y jardines estén sembrados; maltratar o molestar animales silvestres (que sirvan para mantener el equilibrio ecológico); y, hacer uso diferente de los jardines y prados.

El *artículo 38* "prohíbe estrictamente" arrojar basura, desperdicios o cualquier otra clase de objetos en parques, jardines y prados; con el fin de conservar su buen aspecto y, la vida de las plantas. Y, aunque la norma no lo diga en forma expresa, busca, igualmente evitar la contaminación ambiental a través de la apuntada prohibición.

El *artículo 68* regula la localización de los establecimientos molestos; indica que mientras no existan leyes de planificación y zonificación, estará a criterio de la Municipalidad.

Como se indicó líneas atrás, actualmente con la vigencia de la Ley de Planificación Urbana, es ésta a través del Plan Regulador (*artículo 20* inciso a) y, mediante el Reglamento de Zonificación (*artículo 25*), la que regula lo referente a zonas especiales que soportan reservas en cuanto al uso (como es el caso de los establecimientos o usos prediales molestos, inconvenientes o peligrosos); igualmente cabría citar el caso de regulación especial de sitios con recursos naturales renovables, que por su innegable importancia requieren un tratamiento especial.

Los *artículos 69 a 73* se refieren a los establecimientos malsanos o insalubres. Al respecto, dicta las siguientes pautas:

- a) Deben situarse fuera de las poblaciones y en los lugares expresamente señalados;
- b) Las sustancias desprendidas en forma de polvo, gases, etc, que puedan dañar la salud, deberán ser tratadas en forma adecuada antes de ser lanzadas al exterior;
- c) Prohibición de dar curso libre a las aguas residuales de desechos industriales, en los siguientes supuestos:
 - c.1) Cuando sean perjudiciales a la salud del hombre o animales;
 - c.2) Cuando por su composición química, en cuanto a proporción, o, su temperatura ataquen el sistema de atarjeas establecido,
 - c.3) Cuando perjudique tierras destinadas a la agricultura;
- d) Los otros desechos industriales deben ser alejados, de tal manera que no perjudiquen la salud;
- e) Prohibición de establecer habitaciones o viviendas, en las zonas expresamente señaladas para industrias insalubres.

Como se puede apreciar, son normas bastante completas, en cuanto a regulación de elementos contaminantes y, su tratamiento y ubicación. Desgraciadamente, es lo cierto que no se aplican; ya que de haberse hecho, no existiría tanto elemento contaminante en nuestro medio ambiente. Como muchas veces sucede, existen regulaciones que podrían ser freno eficaz a hipótesis deformantes; pero que, por razones muy variadas no se aplican.

3.c) Reglamento para el control nacional de fraccionamientos y urbanizaciones

Es de anotar, inicialmente, que este reglamento emitido por el Instituto Nacional de Vivienda y Urbanismo, se aplica en defecto de regulación reglamentaria municipal expresa; sirve, por tanto, como directriz general o modelo a seguir.

En la vida práctica, las municipalidades que tienen reglamento propio es casi siempre el mismo dictado por el INVU que se adopta casi a la letra.

Este reglamento es un cuerpo técnico de normas referidas a la construcción en diversos aspectos; por ejemplo: acueducto, pluviales, cloacas, densidad de población, uso de terrenos y, obras de infraestructura (acueductos, hidrantes, cloacas; que no conviene analizar detenidamente por ser materia ajena a las pretensiones de este trabajo.

Sin embargo el capítulo referente a Normas Ordinarias y sus Condiciones Generales, establece algunos principios importantes, que es bueno citar:

- a) Para urbanizar o fraccionar los terrenos deben seguirse las directrices de los organismos competentes y el plan regulador;
- b) Debe tomarse en cuenta, dentro de las características del terreno, las condiciones topográficas, geológicas y ecológicas del sitio;
- c) Que el diseño geométrico sea acorde con las condiciones naturales del terreno a desarrollar y de sus inmediaciones;
- d) Que los lotes que se originen sean de tamaño aceptable, con frentes adecuados a vías públicas, etc.
- e) Que tales lotes tensen los servicios indispensables;
- f) Que los terrenos estén libres de afectaciones; o que, de lo contrario estas puedan conciliarse con el desarrollo propuesto.

Esta norma tiene su fundamento en los artículos 28 y 30 de la Ley de Planificación ya citada, que establecen la prohibición de aprovechar o dedicar terrenos, edificios, etc, a usos incompatibles con la zonificación. Por tanto, los usos ya existentes no conformes con la misma deben

hacerse constar, con el fin de erradicarlos cuando las circunstancias lo permitan.

Como consecuencia de lo anterior, un uso no conforme, sólo podrá transformarse en otro compatible o concordante con la zonificación.

4. CONCLUSIONES

La protección del medio ambiente y, el consiguiente mantenimiento del equilibrio ecológico beneficia al ser humano como especie y, conserva del contorno natural necesario para su ciclo vital.

La Ciencia Jurídica ha debido tomar cartas en el asunto, a través de regulaciones tendientes a lograr esos propósitos, y en su tarea ha sido influenciada por criterios de política económica.

La relación existente entre Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental se pone de manifiesto si observamos que, no se puede proteger el medio ambiente, sin una política racional de ordenación del territorio. Ambos, por tanto obedecen a bases comunes y fines iguales: la elevación de la condición del hombre como especie, el aseguramiento de la dimensión humana de la ciudad y el territorio y, la existencia de un medio ambiente sano basado en un equilibrio ecológico.

Tanto el Derecho Urbanístico como el Derecho Ambiental dan entrada al particular, en la realización de una actividad, a través de la autorización operativa o programática, que implica tener por supuestas ciertas condiciones, que garantizan la adecuación de la conducta del autorizado a fines de antemano fijados; por lo que tal conducta puede ser adecuada momento a momento por una exigencia de la tutela del interés público.

A través de la autorización, en la modalidad indicada, los países más industrializados, que son los que han sentido más de cerca la necesidad de regular y así evitar la contaminación ambiental, han dado novedosas legislaciones comprensivas de una gran variedad de materias; que, de no ser reguladas generarían, muy probablemente factores y elementos contaminantes del medio ambiente.

Finalmente, a través de la Ley de Planificación Urbana, Ley de Construcciones y, el Reglamento para el Control Nacional de Fraccionamientos y Urbanizaciones, principales instrumentos jurídicos de regulación de la materia urbanística en nuestro país, se ha puesto de manifiesto, que existen muchas disposiciones aplicables a la materia regulada por el Derecho Ambiental, que tienen su base en instrumentos de Derecho Urbanístico. Con esto, se pone una vez más en claro las finalidades comunes a que tienden la nuevas ramas jurídicas, aun no del todo desarrolladas en nuestro medio denominadas Derecho Ambiental y Derecho Urbanístico.

LA FISCALIZACION SUPERIOR DE LA HACIENDA PUBLICA COMO GARANTIA DE LOS HABITANTES⁽¹⁾

Máster Ronald Hidalgo Cuadrá⁽²⁾
Abogado costarricense

-
- (1) El presente estudio se basa en la conferencia impartida en el "Seminario sobre la protección jurídica de los Habitantes", organizado por la Defensoría de los Habitantes del 24 al 28 de agosto de 1998.
- (2) Gerente asociado. División de Asesoría y Gestión Jurídica de la Contraloría General de la República.

SUMARIO:

- I. Aspectos Generales
- II. El principio democrático y la fiscalización superior de la Hacienda Pública
- III. De la fiscalización de legalidad formal a la rendición de cuentas por la gestión sustantiva
- IV. El papel de la información al ciudadano
- V. La disipación de fronteras entre lo público y lo privado

I. Aspectos Generales

Existe un derecho fundamental del ciudadano para exigir cuentas de su gestión al funcionario público y, correlativamente, un deber por parte del servidor público de dar cuentas de la forma en cómo ha administrado los recursos públicos con miras a la satisfacción de las necesidades públicas.

Este deber de dar cuentas, que se conoce recientemente bajo el término "*responsabilidad*",⁽³⁾ se encauza en diversos mecanismos establecidos por nuestro régimen constitucional, como la interpelación a los Ministros de Gobierno, el informe presidencial, o las comisiones especiales de investigación, mecanismos que se encuentran asignados a Asamblea Legislativa, como titular originario de las funciones de control sobre la actividad de la administración activa.

Tratándose de Hacienda Pública, su vigilancia se encuentra depositada, por expresa disposición constitucional, en la Contraloría General de la República como órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, por lo que ésta participa, indudablemente, de la legitimación democrática de que goza el Poder Legislativo, al cual queda reservada una función de control político.

La tarea de la Contraloría General de la República, con el perfil constitucional de órgano auxiliar de la Asamblea Legislativa, nada tiene que ver la tutela de los intereses del sujeto pasivo de la fiscalización; sino que lo que está de por medio es el funcionamiento de un mecanismo por el cual la sociedad pueda evaluar cómo se han administrado los recursos públicos que ha confiado a sus funcionarios. Se fiscaliza, por tanto, en representación del ciudadano y en nombre de un interés general, al cual no puede sobreponerse el mero interés administrativo, según el numeral 113 de nuestra Ley General de la Administración Pública (en adelante LGAP).

Esta premisa es fundamental y se refleja en muchas de las atribuciones de la Contraloría General de la República. Veamos algunos casos. En primer término, una tarea fundamental de la Contraloría General es contribuir a la regularidad del ordenamiento jurídico que regula la administración financiera del Estado, rol que posee desde el

(3) "... el deber de responder ante una autoridad superior por recursos a su cargo y/o una misión u objetivo encargado y aceptado." Así: WESBERRY, James P. *Un modelo de administración financiera para América Latina* (SIMAFAL). En Revista **El Control Público**, Salta, Secretariado Permanente de Tribunales de Cuentas de la República Argentina, Año XXIV, enero-abril, 1998, pág. 53.

preciso momento en que es auxiliar de un órgano como la Asamblea Legislativa, sino que posee un importante ingrediente de control de constitucionalidad, el cual se ejerce, fundamentalmente, por el mecanismo de impugnación directa de las normas y actos inconstitucionales ante la Sala Constitucional o incluso en sede contencioso administrativa respecto de los actos de alcance general. En segundo lugar, sus informes y recomendaciones no responden, necesaria y exclusivamente, a atender un interés institucional del sujeto fiscalizado; no son estudios que se solicitan con la misma intención con que se contrata una auditoría externa; sino que la fiscalización responde a una tutela objetiva del interés general. En tercer lugar, la responsabilidad, civil o administrativa, por actos contra el ordenamiento que rige la Hacienda Pública que puede imponer la Contraloría General de la República, responde a una filosofía distinta de la mera responsabilidad disciplinaria que pueda exigirse al funcionario público como trabajador, ya que la infracción de las normas y prácticas en materia de Hacienda Pública afecta principios y valores de mayor rango por lo que la normativa en el tema de corrupción y responsabilidad por el uso de los fondos públicos no la encontraremos en textos propios de la relación de servicio y puede ser impuesta no sólo por el superior sino por un órgano ajeno a esa relación jerárquica.⁽⁴⁾ En cuarto lugar, el Órgano Contralor posee una potestad reglamentaria, no sólo en lo relativo a su régimen de organización interna, sino que puede emitir normativa relacionada con la Hacienda Pública sin que por

(4) La Sala Constitucional, en su Voto No. 16-95 de las 15:45 horas del 3 de enero de 1995, al conocer de una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 6 de la Ley de la Administración Financiera y 273 del Reglamento de la Contratación Administrativa vigente en ese entonces, se refirió al tema de la potestad del Órgano Contralor para imponer sanciones en los siguientes términos:

“No hacemos frente a un atentado a la autonomía administrativa de las instituciones autónomas porque la relación aquí objetada entre la Contraloría General de la República y éstas no corre entre administraciones activas, una de las cuales se inmiscuiría inconstitucionalmente en un ámbito propio de la otra. La Contraloría es administración no activa, fiscalizadora o vigilante. La interpretación del accionante, compartida en parte por la Procuraduría General de la República, parte de una premisa débil: asume que la autonomía administrativa es incompatible con órdenes en materia de personal, como si entre la institución autónoma cuyo funcionario ha sido investigado y la Contraloría se estuviera estableciendo una relación jerárquica, cuando lo que hay es un control de legalidad financiera de las actuaciones de un

ello se invada la potestad del Poder Ejecutivo para reglamentar las leyes.⁽⁵⁾ Asimismo, en quinto lugar, posee una legitimación procesal objetiva para actuar ante los Tribunales de la República para la defensa y salvaguarda de la Hacienda Pública la cual no se ha entendido como una legitimación limitada a coadyuvar en la pretensión de la Administración Pública demandada o actora, sino con miras a constituirse en un

funcionario, una actividad materialmente jurisdiccional. Por lo demás, después de señalar algunos cometidos de la Contraloría General de la República la Constitución Política nos remite a los deberes y atribuciones que "las leyes le asignen" (artículo 184, inciso 5). Junto a la lista de competencias del artículo 184, el análisis de atribuciones constitucionales de la Contraloría no puede dejar de lado la central tarea que el Constituyente le encargó: "auxiliar a la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública" (artículo 183). Quedaría menguada la efectividad de esta disposición constitucional con relación al vasto mundo de las instituciones autónomas si se interpretara que el ordenamiento está inhibido de habilitar a la Contraloría para investigar malos manejos de fondos en esas instituciones y eventualmente exigir la sanción del responsable (artículos 115 de la Ley de Administración Financiera de la República y 273 del Reglamento de la Contratación Administrativa). Por último, acierta la Contraloría cuando sostiene que **esas potestades no son disciplinarias en estricto sentido –limitadas a la relación de servicio– sino inseparables de la fiscalización de la ejecución de los presupuestos nacionales y de las instituciones autónomas**" (Lo destacado no es del original).

A nivel de la jurisdicción contencioso administrativa, es interesante apreciar que los Tribunales son proclives a admitir el incidente de suspensión del acto administrativo en casos de sanciones administrativas de funcionarios públicos. Pero a pesar de esta tendencia, el Tribunal Superior de la materia al conocer un incidente por el cual el interesado pretendía enervar una sanción establecida por la Contraloría General de la República, estimó en resolución No. 253-97 de 14:40 del 18 de julio de 1997 que el interés público se encontraba especialmente involucrado en un caso de corrupción, por lo que se inclinó a la ejecución del acto y no a su suspensión "... como resultado de la absoluta necesidad de evitar en lo posible la imagen de tolerancia de actos imprudentes en el ejercicio de la función pública".

- (5) Así lo ha considerado la Sala Constitucional en materia de la liquidación de los gastos electorales de los partidos políticos en su Voto No. 980-91 de las 13:30 horas del 24 de mayo de 1991 (Considerando XLIV) y en el Voto No. 5825-97 de las 14:06 horas del 19 de setiembre de 1997, en cuanto a las normas pertinentes para la liquidación de gastos de viaje y hospedaje.

verdadero auxiliar en la función jurisdiccional, por cuanto el interés de las partes –incluido el de la propia Administración demandada– puede no ser compatible con una tutela apropiada de los fondos públicos. Por último, los alcances de sus atribuciones tienen una ampliación que desborda el mismo concepto de Administración Pública por cuanto se ejerce también sobre sujetos de Derecho Privado en cuanto administren o custodien fondos públicos, sin que ello conlleve ningún roce constitucional.⁽⁶⁾

De esta forma la fiscalización antepone el interés meramente institucional o incluso del interés personal de un administrado en particular, para colocarse como resguardo del régimen constitucional y del interés general. Lógicamente, no puede encontrarse una llana aplicación de la Administración Pública de los criterios del Órgano Contralor que no se ajusten a sus fines institucionales. Tal es el caso de los impuestos que poseen un destino particular situación en que la posición de la Contraloría General de la República ha sido la de exigir el cumplimiento de ese destino, fijado por la ley ordinaria que ha establecido el tributo. Mientras tanto, el Poder Ejecutivo estima que ello afecta la facultad que tiene para decidir la forma de asignar los recursos según las necesidades de la colectividad, aspecto que, a su juicio, es el acto de administración más elemental y que no puede llevar a cabo por la forma reglada en que debe formular el presupuesto.⁽⁷⁾

(6) Al respecto: Voto No. 2430-94 de las 15:00 del 25 de mayo de 1994 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

(7) El criterio de la Contraloría General de la República ha sido claro. Una cosa es el principio de “caja única” y otro es el principio de “no afectación de ingresos”. Por el primero de estos principios se exige que todos los ingresos y los pagos sean canalizados por una sola dependencia (la Tesorería Nacional); el principio de no afectación de ingresos lo que proclama es que todos los recursos públicos se dedicarán a satisfacer el conjunto de obligaciones sin reconocer prioridad de ningún gasto sobre determinada fuente de ingresos de tal forma que los fondos que se hayan en caja única satisfacen las necesidades de gasto por igual. A juicio de la Contraloría General de la República es que la intención del Constituyente de 1949, de acuerdo con las claras intervenciones del Diputado Facio Brenes, nunca fue la de incluir el principio de no afectación de ingresos como norma expresa en la Constitución Política. La discrepancia ha pasado ahora al plano judicial al someterse a consideración de la Sala Constitucional la determinación de si existe vicio en las leyes que asignan destinos específicos a los impuestos.

La Contraloría General de la República constituye, entonces, el freno y contrapeso legislativo en el campo de la administración financiera del Estado⁽⁸⁾ y al propio tiempo, es el mecanismo constitucional que hace efectivo el derecho fundamental del administrado para exigir una rendición de cuentas sobre los fondos públicos. Este control posee las siguientes características:

- a) *Superior*, en la medida en que posee no sólo rango constitucional sino que tanto las mismas normas constitucionales que han previsto la existencia de la Contraloría General de la República, sirven de parámetro para ejercer ese control;
- b) *Independiente*, por cuanto el ordenamiento constitucional no distingue ni califica el sistema de fiscalización que debe adoptar, permitiendo ejercer un amplio margen de posibilidades que van desde la tradicional auditoría financiera, hasta las modernas concepciones de evaluación del desempeño, además de que el Órgano Contralor definirá por sí mismo la organización que mejor se ajuste a la satisfacción de sus metas y objetivos por medio de los reglamentos de organización y servicio que emita;
- c) *Excluyente*, por la base constitucional que posee, ya que ningún órgano puede arrogarse facultades similares a las que posee ni tampoco puede establecerse una instancia revisora de sus actuaciones en vía administrativa, salvo, claro está, el sometimiento a los Tribunales de la República; y
- d) *Democrático*, en tanto ha de hacer prevalecer el interés del ciudadano en la gestión pública, titular último y definitivo de la soberanía y no el mero interés institucional o administrativo.

Claro está que nuestra exposición se hace a partir de la premisa de que esa fiscalización de la Hacienda Pública se efectúa en un Estado Social y Democrático de Derecho. Cada día con mayor frecuencia venimos escuchando si la democracia es sustentable en el caso de que no pueda controlar la corrupción. Se esconde detrás de esta reflexión un

(8) En palabras del Diputado Constituyente Facio Brenes "...la Contraloría es el freno y contrapeso legislativo en la ejecución y liquidación del presupuesto". Así: Actas de la Asamblea Nacional Constituyente de 1949. Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1957, Tomo III, acta No. 162, página 421.

serio dilema: corrupción en democracia versus probidad en dictadura. Esta cuestión es planteada por quienes no tienen en su memoria lo que significa una dictadura en materia de probidad, según lo afirmara el Auditor General de la Nación de Argentina, Dr. Enrique Paixao,⁽⁹⁾ al calor de una reciente reforma constitucional. La concentración del poder de la dictadura no es más que una ampliación de las posibilidades para atentar contra el patrimonio público.

De ahí la importancia en destacar la forma en cómo gravita la fiscalización superior de la Hacienda Pública dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho.

II. El principio democrático y la fiscalización superior de la Hacienda Pública

La existencia de una Administración Pública legalizada, organizada desde y conforme a la ley, cuya principal función es procurar la satisfacción del interés general, dentro de los límites que la ley le indica y con el debido respeto de los derechos fundamentales del ciudadano, es una concepción que tiene hondas raíces en la Revolución Francesa y en los movimientos de independencia en América. Una breve referencia a estas ideas, que son el soporte de nuestros regímenes constitucionales, es fundamental.

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, escrita el 4 de julio de 1776 por la pluma de Jefferson, leemos que los hombres nacen iguales en dignidad y sobre la existencia de derechos inalienables a la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad y que para garantizar estos derechos es "... que se instituyen gobiernos entre los hombres, que derivan sus justos poderes del consentimiento de los gobernados. Siempre que una forma de gobierno llega a ser destructiva de esos fines, el pueblo tiene derecho a instituir un nuevo Gobierno que se funde en dichos principios y a organizar sus poderes en aquella forma que garantice mejor su seguridad y felicidad".⁽¹⁰⁾ Poco tiempo después, el 26

(9) "... dictadura no significa probidad, en todo caso, significa silencio, que no es lo mismo que probidad. La ausencia de información no es lo mismo que ausencia de delito. [...] Si el poder corrompe, y esto ocurre también en las democracias, el poder absoluto que sólo serán las dictaduras, corrompe de modo absoluto". Así: "Democracia contra Corrupción". Conferencia Internacional sobre los problemas de Fraude en los Gobiernos. Caracas. Contraloría General de la República de Venezuela, 1997, pág. 291:

(10) *The Book of Great American Documents*. American History Research Associates, 1987, pág. 15. Traducción libre.

de agosto de 1789, la Asamblea Nacional de Francia, expone solemnemente una "Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano". En ella se establece, con una sorprendente identidad de aspiraciones, que los hombres nacen libre e iguales en derechos; tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión (Artículo 1); que toda soberanía reside, esencialmente, en la Nación, sin que ningún grupo o individuo pueda ejercer una autoridad que no emane de ella (Artículo 3); que la ley es la expresión de la voluntad general y que, todo lo que ella no prohíbe no puede serle impedido (Artículos 5 y 6); se establece *el derecho de toda sociedad de exigirle cuentas a los servidores públicos* (Artículo 15). Asimismo, declara que una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni establecida la separación de los poderes, carece de Constitución (Artículo 16).

Se trata, pues, del Estado de Derecho, frase que, por reiterada, va perdiendo su verdadero valor. El Estado de Derecho es aquél que tiene al Derecho como el factor fundamental integrante de su esencia, en el que el orden jurídico da razón de ser al poder y lo delimita en su ejercicio, especialmente para salvaguardar los derechos fundamentales del ciudadano y la división de poderes.

Este concepto suele ser adicionado con una connotación que mate la protección a la propiedad privada y la libertad económica, favoreciendo el intervencionismo estatal, mediante técnicas de fomento y servicios asistenciales, en favor de quienes más lo necesitan.

Dentro de este esquema de pensamiento, que conduce al Estado Social de Derecho, nos interesa hacer especial énfasis en el peso que tiene el principio democrático para entender los verdaderos alcances del concepto "Estado de Derecho" y dotarlo de un nuevo vigor, de acuerdo con la contribución inicial de los revolucionarios franceses y norteamericanos.⁽¹¹⁾

La autoridad pública vale en tanto se constituya conforme con el Derecho, pero al propio tiempo, ha de servir los intereses generales de los ciudadanos. Se trata de la existencia de un gobierno cuya legitimidad tiene como base no sólo mecanismos electorales de amplia base popular, sino que, una vez investido de las prerrogativas que el ordenamiento jurídico le asigna, cumpla con la mayor eficacia el cometido esencial de toda comunidad jurídicamente organizada: el bien común.

(11) PIZA ESCALANTE, Rodolfo. *Legitimación democrática en la nueva justicia constitucional de Costa Rica*. En: **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Editora Jurídica de Colombia, 1995, pág. 117.

Como podemos ver no se trata sólo de la mera sumisión del Estado a la ley, sino de una idea más amplia, que desborda la tarea tradicional del Derecho de constituirse en mecanismo de resguardo y protección de los derechos subjetivos e intereses legítimos del ciudadano, pues va más allá, hasta el punto de poder enlazar normas constitucionales por las cuales podemos entrever un verdadero derecho fundamental del ciudadano a contar con un gobierno que atienda con propiedad sus cometidos más básicos (seguridad, salud, educación, justicia, etc.).

Por ello, el gran reto del Derecho Administrativo de nuestros días no se agota en conjurar la arbitrariedad, propósito en que día a día se han perfeccionado los mecanismos procesales; sino que ha de ponerse atención a otra faceta menos atendida, cual es la de constituirse en el agente fundamental para una Administración Pública más eficiente que atienda las necesidades de la sociedad, con pleno ajuste a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia. A fin de cuentas, la ineptitud de la autoridad es, hoy en día, el más franco embate contra los derechos del administrado.

Nuestro régimen constitucional no es ajeno a este planteamiento, todo lo contrario. Cuando se dice en la Carta Fundamental que el Gobierno es alternativo, representativo y responsable (artículo 9), no se está diciendo, solamente, que hay elecciones cada cuatro años, sino que el Gobierno tiene el imperativo de representar, con efectividad y acierto, al ciudadano en sus urgencias más apremiantes y que es responsable de esa tarea. Los funcionarios públicos son simples depositarios de la ley y no pueden arrogarse facultades que la ley no les conceda y la ley no es más que la expresión de la voluntad general, de la misma forma que el administrador no puede apartarse de los términos de su mandato (artículo 11). El Estado ha de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza según leemos en el artículo 50 constitucional, pero descarta como un posibilidad tolerable, el logro del bienestar del "mayor número", sino que se trata del bienestar de todos los habitantes. El Poder Ejecutivo lo ejercen el Presidente y los Ministros de Gobierno, pero bien se encarga de recordar el Constituyente que lo hacen "*en nombre del Pueblo*" (artículo 130), no como una mera formalidad, sino con una evidente intención de destacar el profundo contenido de ese mandato e indica como deber expreso de estos funcionarios velar por el "*...buen funcionamiento de los servicios y dependencias administrativas*" (artículo 140, inciso 8). Asimismo, la existencia de un estatuto de servicio civil se consagra no ya para solventar, únicamente, los problemas derivados de aplicar criterios políticos en el nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, sino que establece la norma constitucional otra cara de la moneda que es

frecuentemente marginada y es que el servicio civil tiene como finalidad *garantizar la eficiencia* de la Administración, aspiración que está claramente inscrita en el numeral 191 constitucional.

Todo poder político requiere, entonces, ser un poder jurídico para valer como autoridad legítima, como Estado de Derecho, o sea, como aquél en que el ordenamiento jurídico confiere una estructura a una comunidad política. Pero también tiene el imperativo de atender con propiedad las demandas de los ciudadanos; en otras palabras, puede perder legitimidad por ser un poder ejercido ineficientemente o en provecho personal de sus detentadores.

Este "principio de eficiencia" forma parte ineludible de los parámetros con que la Contraloría General de la República ha de llevar a cabo la fiscalización superior de la Hacienda Pública. Es, en efecto un control de legalidad, pero dotado de un alcance de fondo muy profundo, como veremos, y partiendo de una visión integral del ordenamiento jurídico.

La existencia de una entidad como la Contraloría General de la República deriva el principio general de Derecho de que todo aquel que le encarga a otro una tarea se encuentra obligado a rendir cuentas de su gestión.⁽¹²⁾ En esa medida, le concierne velar por la forma en cómo la Administración Pública utiliza los recursos que la sociedad le ha confiado.

En el Derecho Privado el esquema de la representación es más básico. Existe un apoderado que ha de velar por los intereses con diligencia, como si se tratara de él mismo, y ceñirse a las previsiones contenidas en el poder que se le ha dado.

(12) El artículo 116 de la Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica del 25 de enero de 1825 estableció un Tribunal de Cuentas para examinar las que deben rendir los Jefes de las rentas principales, el cual funcionó con alteraciones e incluso se suprimió. Posteriormente, por Ley No. 8 del 26 de mayo de 1922 se creó una Oficina de Control, cuyas atribuciones fueron recogidas en la Constitución de 1949, para contrastar todos los gastos de la Administración Pública. Estaba a cargo de un Jefe nombrado por el Poder Legislativo y de auxiliares nombrados por el Poder Ejecutivo. Por Ley No. 6 del 26 de mayo de 1924 se reformó la Constitución Política de 1871, una vez restablecida su vigencia en 1919, para incluir, en el artículo 82, la creación de un Centro de Control, encargado de velar por que los gastos se ajustaran a la fijación presupuestaria y vigilar, debidamente, las rentas nacionales y demás entradas y salidas de fondos de la República. Dicho Centro estuvo a cargo de un Jefe de nombramiento del Poder Legislativo, debiendo presentar al Congreso un informe, junto con los Secretarios de Estado.

1. La administración financiera pública tradicional se estableció con un marcado énfasis en la legalidad de gasto, de acuerdo con el mandato p \acute treo contenido en el presupuesto y la vigilancia sobre los responsables del manejo de los fondos y bienes en prevenci \acute on o castigo de los delitos cl \acute asicos contra la Hacienda P \acute blica (peculado y malversaci \acute on). No hay responsabilidad por el incumplimiento de metas y objetivos, en suma, del plan que el presupuesto refleja financieramente.

Son muy numerosos los problemas que tenemos en nuestra Administraci \acute on P \acute blica. Aun cuando su identificaci \acute on desborda los prop \acute ositos de nuestra exposici \acute on, podr \acute amos se \acute alar tan solo algunos:

El cumplimiento del mandato que se otorga al funcionario p \acute blico viene a desembocar en algo que se denomina "principio de legalidad". De esta forma el funcionario entiende que debe ser muy cauto en las decisiones que toma, poniendo como base ese principio y por ende, su preocupaci \acute on principal ser \acute a evitar todo quebranto normativo, aun a pesar del acierto de su intenci \acute on. Bien sabemos que la gesti \acute on p \acute blica no debe entenderse como un pasivo sometimiento al principio de legalidad. Indudablemente, preocupa m \acute s a un Gobierno asegurarse un \acute ndice determinado de credibilidad ciudadana acerca del cumplimiento efectivo de sus objetivos que el n \acute mero de contiendas judiciales que pierde.

III. De la fiscalizaci \acute on de legalidad formal a la rendici \acute on de cuentas por la gesti \acute on sustantiva

Pero en el caso de las funciones que realiza el Estado la perspectiva es diferente. El funcionario p \acute blico ha de atender, no a las precisas instrucciones de un mandato, sino que es el ordenamiento jur \acute dico el que asume ese papel cuando se trata de la administraci \acute on de recursos p \acute blicos, ordenamiento que tiene que empear a conocer y a comprender en sus complejidades. Asimismo, el "inter \acute s p \acute blico", es una noci \acute on que no le resulta esclarecedora para determinar cu \acute ales son las necesidades colectivas y establecer prioridades para su atenci \acute on. La f \acute rmula precisa que utiliza nuestra Ley General de la Administraci \acute on P \acute blica en su art \acute culo 113 que expresa que el servidor p \acute blico deber \acute a desempe \acute nar sus funciones de manera que satisfagan el inter \acute s p \acute blico el cual ser \acute a considerado como la expresi \acute on de los intereses individuales coincidentes de los administrados, resulta una norma muy rica para el jurista, pero no dice nada al funcionario p \acute blico o por lo menos no le interesa mucho lo que pueda desarrollarse de su aplicaci \acute on.

Pero en el caso de las funciones que realiza el Estado la perspectiva es diferente. El funcionario público ha de atender, no a las precisas instrucciones de un mandato, sino que es el ordenamiento jurídico el que asume ese papel cuando se trata de la administración de recursos públicos, ordenamiento que tiene que empezar a conocer y a comprender en sus complejidades. Asimismo, el "interés público", es una noción que no le resulta esclarecedora para determinar cuáles son las necesidades colectivas y establecer prioridades para su atención. La fórmula precisa que utiliza nuestra Ley General de la Administración Pública en su artículo 113 que expresa que el servidor público deberá desempeñar sus funciones de manera que satisfagan el interés público el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados, resulta una norma muy rica para el jurista, pero no dice nada al funcionario público o por lo menos no le interesa mucho lo que pueda desarrollarse de su aplicación.

III. De la fiscalización de legalidad formal a la rendición de cuentas por la gestión sustantiva

El cumplimiento del mandato que se otorga al funcionario público viene a desembocar en algo que se denomina "principio de legalidad". De esta forma el funcionario entiende que debe ser muy cauto en las decisiones que toma, poniendo como base ese principio y por ende, su preocupación principal será evitar todo quebranto normativo, aún a pesar del acierto de su intención. Bien sabemos que la gestión pública no debe entenderse como un pasivo sometimiento al principio de legalidad. Indudablemente, preocupa más a un Gobierno asegurarse un índice determinado de credibilidad ciudadana acerca del cumplimiento efectivo de sus objetivos que el número de contiendas judiciales que pierde.

Son muy numerosos los problemas que tenemos en nuestra Administración Pública. Aún cuando su identificación desborda los propósitos de nuestra exposición, podríamos señalar tan solo algunos:

- i. La administración financiera pública tradicional se estableció con un marcado énfasis en la legalidad de gasto, de acuerdo con el mandato pétreo contenido en el presupuesto y la vigilancia sobre los responsables del manejo de los fondos y bienes en prevención o castigo de los delitos clásicos contra la Hacienda Pública (peculado y malversación). No hay responsabilidad por el incumplimiento de metas y objetivos, en suma, del plan que el presupuesto refleja financieramente.

- ii. Hay un desenganche psicológico del funcionario público en relación con la tarea que debe cumplir.⁽¹³⁾ La relación servicio público/cliente, en lugar de hacerse más estrecha y directa es un circuito cerrado entre las oficinas de planificación y el servidor público. La satisfacción real de las demandas de los beneficiarios finales de la gestión pública es una muy aspiración distante.
- iii. Lo anterior es terreno propicio para la proliferación de tramitaciones que sólo se justifican en sí mismas, sin ninguna pertinencia para el servicio público que se presta.
- iv. El presupuesto no es una herramienta de planificación de la actuación administrativa, que sirva para una apropiada evaluación del desempeño de la organización y la dote de transparencia. El ciudadano no sabe cuánto dinero se gasta, en qué se gasta o si las metas que esos recursos financian se lograron en condiciones de economía eficiencia y eficacia. El Presupuesto de la Administración Central es un ejemplo: este documento no separa con claridad el gasto corriente (presupuesto ordinario) del gasto de capital (presupuesto extraordinario), cada programa tiene una introducción que no es más que reiteraciones que se hacen año tras año sobre las funciones de la cartera ministerial a que se refiere ese programa, muchas partidas no describen en qué deben ser gastadas (asignaciones globales), etc. El presupuesto no es más que una mera cuenta de ingresos versus gastos que se equilibra forzada e indiscriminadamente, con bonos.
- v. Ausencia de una cultura de rendición de cuentas. A pesar de que la rendición de cuentas es un concepto que ya posee antecedentes en la Colonia y sus raíces se pierden en la Grecia clásica, nuestro servidor público manifiesta cierta extrañeza, en el mejor de los casos, por tener que rendir explicación, por más leve que sea, en relación con la forma en que se desempeña. Las demandas de organismos como la Contraloría General de la República o la Defensoría de los Habitantes se entienden como intromisiones burocráticas que hay que tolerar o evadir, sin entender que estas funciones se realizan por órganos de amplia legitimación

(13) MARTÍN-RETORTILLO Y BAQUER, Sebastián. *El reto de una Administración racionalizada*. Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1983, pág. 22.

democrática, o sea, en nombre del ciudadano y que las explicaciones que debe dar no forman parte del quehacer propio del cargo.

- vi. Irracionalidad del sistema retributivo de los funcionarios públicos. Lo cual tiene la deshonrosa virtud de generar distorsiones que pueden afectar la adecuada atención del cometido asignado. Un ejemplo de ello es la existencia de retribuciones, con naturaleza salarial, sufragadas por organismos ajenos a la Administración Pública, a favor de funcionarios públicos con la finalidad de hacer más atractivo el puesto, lo cual produce una inconveniente falta de transparencia sobre la retribución de un cargo público.
- vii. Finalmente, la existencia de una marcada tendencia a controlar la función administrativa (actos y conducta material) en términos de legalidad, sea en sede administrativa o judicial.

Nos interesa detenernos en este último punto. El control judicial que ejerce nuestra jurisdicción contencioso administrativa es meramente revisor del acto administrativo, no de conductas objetivamente ilícitas y reprochables. Además, como se sabe, es un control lento y caro. El punto de contacto del juez contencioso administrativo con la Administración queda reducido a atender un interés particular dentro del marco que el legislador ha diseñado que no da cabida a una legitimación más amplia, en procura de una evaluación de la conducta administrativa más amplia.

Los problemas de corrupción se ventilan por medio de la posibilidad de anular por "desviación de poder", lo cual no conduce a lograr que se realice o reponga la conducta debida, sino a borrar la que es antijurídica; mucho menos hay censura de autoridad o funcionario alguno.⁽¹⁴⁾

Por ello, los casos de corrupción más severos se conocen sólo en sede penal, no en sede contencioso administrativa a pesar del rastro de

(14) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *La corrupción y los problemas del control de las administraciones públicas*. En: **La Corrupción Política**, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pág. 194. Esta autor acusa la dificultad en la prueba de la desviación de poder, según criterios regurosos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español lo que aparejó una aplicación muy restrictiva de esta causa de ilegalidad de las decisiones administrativas.

actuaciones espúreas dejado por el funcionario infractor (actos administrativos viciados, contratos ilegales o simulados, etc.). A veces es un problema de legitimación procesal ya que las actuaciones irregulares no han producido un perjuicio, directo e individualizable, y quien ha derivado beneficios es el menos interesado en que sean anulado y, por ende, nunca se le exige el reintegro. A veces es un problema de las limitaciones que posee el juez contencioso; es frecuente ver que la función administrativa es dotada de una apariencia de legalidad pero en el fondo persiguen un resultado que el ordenamiento jurídico no tolera, hay colusión o conflicto de intereses. Este "fraude de ley" no parece ser un vicio revisable por el juez contencioso-administrativo. De igual forma, la valoración del ejercicio de potestades discrecionales ha de ser objeto de discusión para su correcto y necesario control.⁽¹⁵⁾

En el ámbito de Contraloría General el panorama es similar. Tradicionalmente las Contralorías o Tribunales de Cuentas han orientado sus actividades bajo los conceptos derivados del control de legalidad y de la auditoría financiera, lo cual se traduce en un juicio, meramente formal, de conformidad con un esquema de naturaleza normativa. No puede dejarse de lado que este esquema ha sido retroalimentado por los mismos organismos encargados del control: la Administración reglamentada es más fácil de controlar, es más previsible, por lo que no hay más que comparar el parámetro contable o jurídico para dictar un juicio de conformidad o disconformidad con la "regla".

La actividad de la fiscalización no ha de pretender alcanzar el Nirvana por la contemplación de un orden por el orden mismo. Tampoco es una expedición arqueológica cuyos resultados, más que contribuir a una optimización de la actividad del programa que se está evaluando, lo que hace es confirmarle al ciudadano las razones por las cuales no creer en el Gobierno.

Ninguna organización moderna, pública o privada, posee actualmente evaluaciones basadas, únicamente en un control de legalidad. El juicio de legalidad no nos dice nada sobre la efectividad de

(15) Los mecanismos de control judicial de la discrecionalidad merecen ser revisados, pero no puede abogarse por un control desmedido, pues de lo que se trata es de eliminar la arbitrariedad y la desidia administrativa, pero no sustituir a las Administraciones Públicas en sus decisiones, paradigma básico de todo mecanismo de control. Formalmente ya nada escapa de la vigilancia de los tribunales, pero la labor de administrar no es del Derecho Administrativo ni de abogados. Al respecto: NIETO, Alejandro. *La "nueva" organización del desgobierno*. Barcelona, Editorial Ariel S.A., segunda reimpresión, 1998, págs. 188-193.

los logros alcanzados por la organización, si sus tareas tuvieron pertinencia para el ciudadano y, en suma, si sus necesidades fueron satisfechas.

Esto ha de empujarnos a enfocar la concepción del control gubernamental hacia una evaluación integral del desempeño la actividad del Estado, más allá de un juicio formal de legalidad o de conformidad con una auditoría financiera; claro está, con los efectos y alcances que permite nuestro régimen constitucional.

La fiscalización de la Hacienda Pública persigue la subordinación de la administración financiera, en todos los aspectos, al ordenamiento jurídico, incluido el principio de eficiencia. Si el órgano administrativo actúa en el ejercicio de potestades públicas utilizando pobremente sus poderes en decisiones inconvenientes o inoportunas, parece igualmente insensato afirmar que tales decisiones, si bien inoportunas, son ajenas al control.

Como se destacó líneas atrás, nuestro régimen constitucional no deja de lado la "responsabilidad" del Gobierno, la cual no se refiere a aspectos meramente disciplinarios o penales, sino que pudimos apreciar que es un concepto más profundo.

A nivel legal, se ha llegado a un justo medio, en la medida que puede haber un reproche de legalidad si se incumplen principios elementales de lógica, justicia o conveniencia o bien normas unívocas de la ciencia o de la técnica, según los artículos 16 y 158 de la LGAP. Estas normas han de tranquilizar a quienes de alzan en contra de la posibilidad de admitir un control más allá de una legalidad formal y vacía; a fin de cuentas, el reproche a una conducta inoportuna siempre será un control de legalidad por la infracción al artículo 16 citado por una conducta en la que la discrecionalidad ha perdido su dimensión.

La evaluación integral de la Administración Pública, no ya el "control", busca determinar si el Gobierno ha obtenido valor por el dinero que ha invertido, si los sistemas de gestión financiera y general son efectivos y los controles internos eficientes, si los estados financieros son razonables, si el presupuesto se ha elaborado en forma técnica, transparente y constitucional y si los planes, programas y proyectos que el presupuesto incorporó con claridad se han ejecutado de manera efectiva, eficiente y económica.

Y ¿porqué proponer esta forma de evaluar al Gobierno? La razón es muy sencilla: La experiencia nos indica que el virus de la corrupción no se reproduce en condiciones de eficiencia. Dotar a la Administración Pública de mecanismos para optimizar el logro de sus metas es, en muchos casos, favorecer su inmunidad a la corrupción.

Si volvemos la mirada a las entidades que mantienen cierto estándar de eficiencia, nos percataremos, casualmente, que son aquellas en que los problemas de corrupción son fácilmente despejados.

Lo anterior no quiere decir que la Contraloría General de la República abandone por completo las competencias legales y constitucionales que ha venido ejerciendo. El control de legalidad mantiene su pertinencia. No podríamos dejar de examinar la legalidad financiera de la Administración Pública bajo el pretexto de que los resultados de su gestión ha sido conveniente, o por haber alcanzado las metas propuestas.

Asimismo hay control de legalidad en la protección de los intereses legítimos y derechos subjetivos de los administrados, como pueden ser los problemas de nulidad de los actos administrativos a que se refiere del numeral 173 de la Ley General de la Administración Pública, 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República,⁽¹⁶⁾ o con ocasión de los recursos que conoce por la vía jerárquica impropia en materia de contratación administrativa.

De lo que se trata es de llevar la fiscalización de la Hacienda Pública a la justa dimensión que demanda el principio democrático, la cual no se agota en un examen de conformidad jurídica.

Pero no es sólo de modificar los mecanismos de control sino también la actitud psicológica del funcionario público sobre lo que se espera de él, de su comprensión de su cometido en una sociedad moderna. También es modificar la visión que la sociedad tiene pues a los oídos del ciudadano parece más grave imputar un acto ilegal que su supuesta inoportunidad. Se aplaude una buena gestión, pero a ninguno de nosotros se nos ocurre averiguar si los costos están justificados.⁽¹⁷⁾

(16) Artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública establece, en lo conducente:

“Artículo 173.- 1. Cuando la nulidad absoluta de un acto declaratorio de derechos fuere evidente y manifiesta, podrá declararse por la Administración en la vía administrativa sin necesidad de recurrir al contencioso de lesividad señalado en los artículos 10 y 35 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa previo dictamen de la Procuraduría General de la República.

Cuando la nulidad verse sobre actos administrativos directamente relacionados con la Hacienda Pública, el dictamen favorable deberá rendirlo la Contraloría General de la República. (...)”

(17) “Hay una dificultad bastante generalizada en captar que la corrupción más costosa y de mayores efectos negativos en muchos de nuestros países

IV. El papel de la información al ciudadano

La fiscalización tiene que poseer, de la misma manera que la actividad sustantiva que es fiscalizada, pertinencia y sentido para el ciudadano. Al ponerse en manos del Poder Legislativo y de la sociedad civil, información oportuna, relevante y confiable y, fundamentalmente, clara, sobre la forma en cómo impacta el uso de los fondos públicos en áreas tan medulares como la salud, la seguridad o la protección al ambiente, se rescata su rol como destinatario final de la actividad estatal y por ende, como titular definitivo de la rendición de cuentas.

La información que produce la amplísima gama de funciones que desempeña la Contraloría General de la República ha de llevarnos a entender que la misma no debe ser apreciada sólo como un instrumento dirigido a detectar irregularidades, perseguir responsables o anular actos administrativos. Ese es, posiblemente, el lado más conocido de sus

es la ineficiencia en general y en los servicios y gestión pública en particular. Esta corrupción normalmente (al igual que el favoritismo con los parientes y amigos) no se considera como tal y convive pacíficamente con la buena conciencia de los que la ejercen. Así se explica que haya una aceptación resignada de parte de la población y unas prácticas de "derecho adquirido" por parte de cientos de miles de funcionarios consistentes en cobrar sin trabajar, dar ordinariamente mala calidad en el servicio, nombrar incapaces para los cargos, mantener personal innecesario, ser habitualmente impuntuales, dejar que las cosas se pierdan y se deterioren ... y otras muchas características de la ineficiencia que todos podríamos seguir enumerando. De ordinario la gente no percibe que la falta de preparación competente, la poca laboriosidad y precisión y el descuido en producir un servicio o un bien de calidad, sean causantes de los terribles males de una población maltratada por falta de justicia, seguridad, servicios de salud y de educación apreciables." Así: UGALDE, Luis. *Ética contra corrupción*. En: **Democracia contra corrupción**, Conferencia Internacional sobre los Problemas de Fraude en los Gobiernos, Caracas, 1997, pág. 136.

Por su parte el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, No. 7428 del 7 de setiembre de 1994, dispone en lo que interesa:

"Artículo 28.- Declaración de nulidad. Dentro del ámbito de su competencia, la Contraloría General de la República, de oficio o por reclamo del titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo, podrá declarar la nulidad absoluta que advierta en todos los actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos; todo sin perjuicio de las obligaciones que, conforme a la Ley General de la Administración Pública y a la Ley de la Administración Financiera de la República, correspondan a la administración activa."

corporación, de la manera más objetiva, eficiente y razonable (artículo 92), sin que los gastos administrativos puedan superar el 40% de sus ingresos ordinarios (artículo 93) y que obliga al alcalde municipal a rendir cuentas a los vecinos del cantón mediante un informe de labores ante el Concejo municipal para ser discutido y aprobado en la primera quincena de marzo (inciso g del artículo 17).

La información presupuestaria que existe sobre el sector municipal, para citar sólo un caso es considerable y es pública.

Igual acontece con las organizaciones no gubernamentales que reciben fondos públicos. La experiencia de la Contraloría General de la República al auditar estas organizaciones, ha puesto en evidencia muy serias debilidades y actos inconvenientes. En su momento, la cuantía de recursos públicos entregados a muchas de estas asociaciones o fundaciones las colocó en una situación privilegiada para ocuparse de problemas comunales en condiciones casi de monopolio –incluso frente a las potestades del municipio del cantón–, con un margen amplísimo de libertad para escoger los medios para atenderlas y con un régimen jurídico, previo a nuestra Ley Orgánica, debilitado en cuanto a la responsabilidad que podía demandarse. No se puede pensar en una situación que ejemplifique mejor los ingredientes básicos para que se propicien conductas corruptas.⁽¹⁹⁾

Pero es rara la presencia de una comunidad organizada en procura de información sobre la forma en cómo se emplearon los fondos entregados para una finalidad concreta.

Por otra parte, la afirmación de que el procedimiento administrativo no es un mecanismo de democratización de la actividad administrativa,⁽²⁰⁾ parece confirmarse en la práctica. La realidad que observa la Contraloría General de la República es una notoria ausencia ciudadana en los procedimientos administrativos que se refieren a la responsabilidad de funcionarios públicos o relativos a la declaratoria de nulidades absolutas, evidentes y manifiestas de actos declaratorios de derechos subjetivos, a pesar de la mayor legitimación que concede la LGAP.

(19) CORRUPCION = MONOPOLIO + ARBITRIO – RESPONSABILIDAD. Así: KLITGAARD, Robert. *Controlando la Corrupción*. La Paz, Editorial Quipus, 1990, pág. 83.

(20) DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*. Madrid. Editorial Civitas S.A. 1992, primera edición, pág. 181.

Es preciso reconocer que el marco general del procedimiento administrativo que ese texto legal establece no parece contemplar la presencia de un ciudadano como parte cuando su interés sea el de informarse sobre la forma en cómo va a dar explicaciones un funcionario sobre el uso que ha dado a los fondos públicos que se le han confiado. El acceso al expediente administrativo es limitado y la interpretación de las reglas en torno a esa tensión publicidad-secreto se ha inclinado a favor de éste último extremo, en aras de proteger los derechos fundamentales de quienes figuran como presuntos res-ponsables al darse participación a terceros que pueden cobijar otras intenciones, y en suma, entorpecer el curso de la investigación.⁽²¹⁾ Pero por otro lado, que la comparecencia dentro de un procedimiento administrativo ordinario en la cual un funcionario público ha de responder a cargos concretos por actos presuntamente indebidos, sea secreta y no pueda asistir ningún ciudadano o el mismo denunciante, no parece ser una práctica transparente, dentro de los límites de lo razonable y con resguardo de los derechos de las partes.

La necesidad de revisar la posibilidad de potenciar la participación ciudadana en la fiscalización de la Hacienda Pública juega en una doble vía: Primeramente, ha existir una adecuada comprensión de lo que el ciudadano puede exigir de la Contraloría General de la República ya que existe información confidencial, se formulan exigencias que exceden el ámbito de su competencia o desnaturalizan sus funciones. Por otra parte, el Órgano Contralor ha de realizar esfuerzos para que su estructura y procesos den lugar a esa participación.⁽²²⁾ Tal vez, el volumen o la áridex técnica de documentos financieros, desestime a cualquier particular

(21) Sobre el tema ha señalado la Sala Constitucional: "En el caso que nos ocupa, el recurrente no es parte en el proceso administrativo del cual solicita información, y tampoco acredita tener un interés legítimo en la resolución del asunto. En consecuencia, alega que por su condición de denunciante y abogado, está legitimado para obtener la información requerida sobre el expediente administrativo DGAJ-026-98. Al respecto, en reiterados pronunciamientos se ha indicado, que la condición de denunciante o de abogado, por si solas, no faculta a los terceros para tener libre acceso los expedientes (sic) en que se tramitan procesos administrativos, pues es necesario acreditar al menos un interés legítimo que se relacione con la pretensión procesal ..." (Voto No. 6437-98 de las 10:45 horas del 4 de setiembre de 1998).

(22) Parece verdad de perogrullo que es necesario reiterar en América Latina, que si no funcionan los canales democráticos mínimos de participación y

para acercarse; pero de alguna manera la información sobre la forma en que se lleva a cabo la administración financiera de los recursos públicos, ha de ser "traducida" a la sociedad por parte del Órgano Contralor, que no es más que el enlace entre el funcionario público y el ciudadano.

V. La disipación de fronteras entre lo público y lo privado

Los negocios del Estado y los negocios privados siempre han tenido puntos de contacto en aspectos tales como la contratación de obras públicas, la adquisición de bienes y servicios, etc.

Sin embargo, las reformas que se llevan a cabo en nuestros países abren la posibilidad para que casi todo campo de acción, anteriormente reservado a las distintas Administraciones Públicas, sea ahora ejecutado por entidades privadas. La recaudación de tributos, la constitución de fideicomisos con recursos públicos, las transferencias de fondos o subvenciones a organizaciones no gubernamentales, contratación de servicios no sustantivos (vigilancia, aseo, etc.), cuentas corrientes en bancos no estatales, y la entrega de la explotación de servicios públicos por particulares bajo las modalidades de concesión, gestión interesada, etc., son apenas una muestra de las formas que adquieren impulso en busca de eficiencia.

Paralelamente, la sociedad civil asume directamente la satisfacción de sus necesidades más apremiantes, en temas que, tradicionalmente, han sido estatales. La educación, la seguridad, y hasta la administración de justicia, han sido reorientadas, disminuyendo, sensiblemente, la participación pública en estos ámbitos.

Obviamente, esta tendencia tiene consecuencias sobre los procesos de administración financiera pública, que fueron diseñados en función de un esquema que parte de que son los servidores públicos los responsables de llevarla adelante. Ahora deberán rediseñarse para contemplar la naturaleza de Derecho Privado de los nuevos actores que,

control ciudadano de la administración pública, difícilmente podrían tener éxito alguno, todos y cuantos demás instrumentos y controles estatales de la administración puedan concebirse: Contralorías, Tribunales de Cuentas, Tribunales administrativos y hasta judiciales pueden de hecho quedar minimizados en su significación y utilidad concreta, sin participación ciudadana, sin parlamento, sin prensa, sin libertad". Así: GORDILLO, Agustín A., *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*. Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1981, pág. 20.

en nombre del Estado o en cumplimiento de un compromiso contractual, administran recursos públicos, ejecutan funciones al servicio de la comunidad o explotan servicios pertenecientes al Estado.

Si bien debemos ser cautos en impulsar reformas legislativas constantemente como única solución los problemas de nuestra Administración Pública, es preciso admitir la necesidad de procurar una serie de disposiciones relativas a la tutela de los derechos e intereses legítimos del administrado en relación con los actos de estos nuevos agentes.

El esquema tradicional de impugnación y control judicial de los actos de la Administración Pública, previsto en nuestra Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, deberá comprender estas tendencias. Igual acontece con el tema de la responsabilidad civil que pueda demandarse; nuestra Ley General de la Administración Pública consagró un régimen de responsabilidad civil de la Administración Pública que ha alcanzado el mayor grado de desarrollo concebible en nuestros días, señalando una responsabilidad civil directa y objetiva, por funcionamiento normal y anormal. ¿Qué régimen será el aplicable a estos nuevos actores cuya carta de nacimiento está en el Derecho Privado, régimen al que resulta aplicable un sistema de responsabilidad menos favorable al administrado? Y en cuanto a la propia Administración Pública ¿habría que atribuirle una culpa en la vigilancia o en la elección del concesionario o entidad subvencionada?

En cuanto a la esfera de competencia de la Contraloría General de la República, estos cambios han impactado la labor de fiscalización, la cual pasa a ser más indirecta en relación con los procesos operativos de la entidad, para ejercer, usando un símil bancario ilustrativo, un control "de segundo piso". A saber: evaluar los sistemas de control y la eficiencia con que éstos funcionan en las dependencias gubernamentales que ejercen controles especializados en la Hacienda Pública, especialmente cuando las tareas o servicios públicos llegan a manos del ciudadano por medio de concesionarios u organizaciones no gubernamentales.

Pasando a otro aspecto sobre la disipación de fronteras entre lo público y lo privado, hemos de referirnos a los conflictos de interés, para señalar la importancia de una revisión del régimen preventivo.

Nuestra legislación civil, prohíbe al mandatario comprar lo que se le ha ordenado vender y a vender de lo suyo al mandante.⁽²³⁾ Pero cuando pasamos a la esfera pública es preciso, indudablemente, ser más

(23) Artículo 1263 del Código Civil.

sutiles. El peso del Estado en la vida económica de una nación es innegable. El Gobierno despliega una ingente actividad como titular de fondos en cuentas bancarias, es el primer consumidor de bienes y servicios, patrono de un porcentaje importante de la población económicamente activa, prestador de servicios en condiciones monopolísticas, tercero de ineludible relación en materia de comercio internacional, y poseedor de un patrimonio difícilmente equiparable en el Sector Privado por la cuantía y lo estratégico (telecomunicaciones, refinadoras de petróleo), por no ser más exhaustivos.

La influencia que da el ejercicio de un alto cargo puede ser usada, para intereses ajenos a los intereses del Estado, aunque se disfracen de tales, situación que refrena nuestra Constitución Política en su artículo 49.⁽²⁴⁾ Pero no podemos quedarnos ahí, por la infinidad de situaciones y la gravedad de los efectos que tiene la actuación de un funcionario que se ha colocado en una situación de conflicto. Los casos van desde la petición de empleo en una empresa en la cual el funcionario solicitante ha intervenido en el procedimiento de un contratación, pasando por interpretaciones inconvenientes –por su generosidad– del régimen de dedicación exclusiva. Precisamente, la materia de empleo público es, frecuentemente, donde vemos fructificado un conflicto de intereses. Baste con señalar que en muchos instrumentos de negociación laboral colectiva no es fácil ver separado el interés patronal del interés privado de los funcionarios que ejercen cargos de representación en la entidad.

La Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997, impone a nuestro país el

(24) “(...) La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos”. Para nuestro tema, merece también una especial referencia lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley General de la Administración Pública, La cita de su texto es de innegable pertinencia:

- “1. *El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses coincidentes de los administrados.*
2. *El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto.*
3. *En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia.”*

compromiso de desarrollar, legislativamente, las normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas, señalando que dichas disposiciones deberán estar orientadas a prevenir el conflicto de intereses (Artículo III).

Nuestra normativa sobre los temas a que se refiere esa Convención, como el conflicto de intereses, el enriquecimiento ilícito, el soborno transnacional, la protección al denunciante de buena fe, los mecanismos que estimulen la participación de la sociedad civil en la rendición de cuentas a los servidores públicos, las consecuencias para el particular que se relaciona de mala fe con la Administración Pública, etc., o es inexistente, muy candorosa, o se ha tornado inoperante.

No hay que olvidar que el Derecho es el único instrumento con que cuenta el Estado para influir en los propios valores sociales. Indudablemente, el sistema jurídico es el traductor de las concepciones éticas de una sociedad, pero al mismo tiempo, es el cauce para impulsar mecanismos de corrección en los valores que permitan la viabilidad de una conducta deseada.⁽²⁵⁾ De ahí la importancia de rescatar el papel de la ley como agente de transformación en nuestras naciones.

Para finalizar, quisiera hacer cita de un pensamiento que prologa una obra de don Tomas Soley Güell⁽²⁶⁾ que puede ilustrar el papel de la Contraloría General de la República:

“Un pueblo se halla siempre guiado por un pequeño número de hombres; librar del error a esos pocos hombres, equivale a librar al pueblo entero y prepararle mejores destinos”.

(25) SABÁN GODOY, Alfonso. *El marco jurídico de la corrupción*. Madrid, Editorial Cívitas, S.A., 1991, pág. 58.

(26) *Elementos de Ciencia Hacendaria*, San José, Soley & Valverde Editores, 1934.

CONTRATACION PUBLICA INTERNACIONAL

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez^(*)
Catedrático de la Universidad de Costa Rica
Profesor de Contratación Pública;
y, de Derecho Administrativo

(*) Apartado postal 944, Y Griega 1011 San José (Costa Rica)
E-mail jorgerp@hotmail.com
Telfax (506) 259-4844; telfax (506) 250-1160.

SUMARIO:

Introducción

I. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

1. Avisos de adquisiciones
2. Registro de oferentes
3. Garantías
4. Finalidad de la evaluación de ofertas
5. Errores y omisiones subsanales
6. Rechazo de las ofertas
7. Plazo entre la convocatoria y la apertura de las ofertas
8. Plazo para el análisis y evaluación de las ofertas
9. Adjudicación
10. Firma del contrato
11. Medios de selección del contratista público
12. Principios de la contratación administrativa

II. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

1. Carteles, pliego de condiciones o invitación a participar
2. Registro de oferentes
3. Garantías
4. Errores y omisiones subsanables
5. Rechazo de las ofertas
6. Plazo entre la convocatoria de ofertas y su apertura
7. Adjudicación
8. Medios de selección del contratista público
9. Impugnación
10. Principios de la contratación administrativa

III. TRATADO DE LIBRE COMERCIO MEXICO-COSTA RICA

1. Carteles, pliegos de condiciones o invitación a participar
2. Registro de oferentes
3. Garantías
4. Errores y omisiones subsanables
5. Rechazo de las ofertas
6. Plazo entre la convocatoria de ofertas y su apertura
7. Adjudicación
8. Medios de selección del contratista público
9. Impugnación
10. Principios de la contratación administrativa

IV. TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LOS GOBIERNOS CENTRO-AMERICANOS Y EL GOBIERNO DE REPUBLICA DOMINICANA

1. Trato nacional y no discriminación
2. Carteles, especificaciones técnicas
3. Principios reguladores
4. Procedimientos de impugnación
5. Procedimientos de compra
6. Solución de controversias

V. ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO

1. Carteles, pliegos de condiciones, invitación a participar
2. Registro de oferentes
3. Garantías
4. Errores y omisiones subsanables
5. Rechazo de las ofertas
6. Convocatoria y apertura de ofertas
7. Adjudicación
8. Medios de selección del contratista público
9. Impugnación
10. Principios de la contratación administrativa

**VI. LEY MODELO DE LA COMISION DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
27° período de sesiones, 1994**

1. Carteles, pliegos de condiciones, invitación a participar
2. Garantías
3. Presentación, evaluación de ofertas
4. Rechazo de ofertas
5. Adjudicación
6. Medios de selección del contratista público
7. Impugnación

VII. BREVE NOTA SOBRE EL DERECHO EUROPEO COMUNITARIO

VIII. ESPAÑA

1. Pliego de condiciones
2. Garantías
3. Presentación de proposiciones
4. Procedimiento de selección del contratista público
5. Figuras (formas) procedimentales
6. Uso de parte de la Administración de procedimientos y formas

IX. MEXICO

1. Pliego de condiciones o bases
2. Oferentes
3. Garantías
4. Medios de selección del contratista público
5. Concurso desierto

X. COLOMBIA

1. Pliego de condiciones o de referencia
2. Oferentes
3. Medios de selección del contratista público
4. Principios de la contratación pública
5. Licitación desierta
6. Adjudicación

XI. BRASIL

1. Cartel, pliego de condiciones
2. Medios de selección del contratista público
3. Fases del procedimiento licitatorio
4. Adjudicación
5. Recursos

XII. REPUBLICA DOMINICANA

1. Pliego de condiciones
2. Derecho a presentar ofertas
3. Procedimientos de compra
4. Licitación pública
5. Licitación por invitación
6. Licitación restringida
7. Contratación directa
8. Subasta o remate
9. Prohibición de fraccionamiento
10. Precalificación

XIII. NICARAGUA

XIV. ARGENTINA

A MODO DE CONCLUSION

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

INTRODUCCION

Por contratación pública internacional entenderemos aquí las normas de algunos organismos supranacionales o países han establecido en esta materia. Haremos una indicación breve de algunos aspectos que deseamos resaltar.

I. BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO

1. Avisos de adquisiciones

Estos avisos, son los carteles o pliegos de condiciones. Tiene por objeto notificar a los interesados, con la debida anticipación, acerca de las posibles adquisiciones.

El contenido de estos avisos presenta, entre otros:

- la descripción del objeto licitado y las condiciones de la licitación
- lugar donde se retiran los documentos de la licitación
- el borrador del contrato
- la oficina en la cual se pueden entregar las ofertas
- la autoridad que adjudicará
- lugar, día y hora en que se abrirán las ofertas

2. Registro de oferentes

El Banco acepta este registro como una forma de precalificación de los oferentes.

3. Garantías

i. De mantenimiento, de participación o de seriedad

Esta garantía, aval o caución se refiere a la seriedad de la oferta, a su mantenimiento, a su participación en el concurso.



ii. *Ejecución o de cumplimiento*

Esta caución respalda la ejecución del contrato administrativo.

4. Finalidad de la evaluación de ofertas

La evaluación de las propuestas, plicas u ofertas, deberá inclinarse hacia la adjudicación de la oferta más ventajosa. Además del precio, se deben tomar en cuenta otros factores, los cuales se indicarán en cuanto a su respectiva ponderación.

5. Errores y omisiones subsanables

Los documentos de la licitación deben distinguir entre errores y omisiones subsanables y los que no lo son. Estos errores y omisiones no deben afectar el principio de que las ofertas deben ajustarse sustancialmente a los documentos de la licitación. Por supuesto, es una omisión no subsanable no firmar la oferta, o el no presentar una determinada garantía.

6. Rechazo de las ofertas

La Administración puede rechazar las ofertas.

7. Plazo entre la convocatoria y la apertura de las ofertas

Debe existir un plazo de tiempo entre la convocatoria a participar en la licitación (invitación a concurrir) y el acto de apertura de las ofertas. Ello significa que dentro de este plazo o lapso de tiempo, se pueden presentar las ofertas.

8. Plaza para el análisis y evaluación de las ofertas

Las ofertas se estudiarán y analizarán dentro del plazo respectivo para ese fin, con el objetivo de adjudicar a la mejor propuesta.

Este análisis sobre las ofertas comprenderá, por ejemplo:

- que estén debidamente firmadas
- tengan la garantía de seriedad o de participación
- cumplan con las condiciones y requisitos pedidos en el aviso de participación (cartel)
- comparación de propuestas

9. Adjudicación

Se adjudicará la oferta más conveniente, se ajuste sustancialmente a los documentos de la licitación y a las normas apropiadas de responsabilidad y capacidad financiera. Equivale a la aceptación de la propuesta o plica del licitador (oferente) por parte de la Administración Pública (licitante).

10. Firma del contrato

El procedimiento de licitación se completa con la firma del contrato entre el adjudicatario y la Administración Pública.

11. Medios de selección del contratista público

a. Licitación pública: procedimiento formal y competitivo por el cual se solicitan, reciben, evalúan y se seleccionan ofertas para la adquisición de bienes, obras, servicios, adjudicándose el contrato a la propuesta más ventajosa; aquí hay que hacer la indicación que cuando el documento del BID dice la "oferta más ventajosa", añaden que es la más baja o barata (menor precio) Pero hay que entender que, de acuerdo a este documento, se entiende que se adjudica la oferta más baja en precio, en el entendido de que por supuesto cumple con el cartel.

b. Licitación privada: es una figura similar a la licitación pública, pero las invitaciones se hacen en forma expresa a determinadas empresas y no por anuncio público (como en la licitación pública). En general, se aplican a esta figura los mismos principios y políticas de la

licitación pública, salvo lo relativo a publicidad y a márgenes de preferencia, que no proceden.

c. Contratación directa: consiste en la contratación de una empresa determinada, sin ninguna competencia.

Se habla de **contrato por administración**, cuando el propio Estado es el que realiza la ejecución de la obra, mediante sus propios recursos.

12. Principios de la contratación administrativa

- concurrencia, competencia libre y abierta, acceso a la invitación a participar en el llamado de la contratación.
- transparencia: mecanismo para contrarrestar la aparición de los mecanismos de corrupción
- publicidad
- posibilidad de impugnar decisiones en el proceso de la negociación y durante la ejecución del contrato (reclamo, protesta, impugnación, rechazo u otra manifestación de disconformidad)
- eliminación de prácticas corruptivas, como el soborno, fraude, colusión, extorsión, cohecho, coacción
- cumplimiento de los más altos niveles éticos en el proceso de la contratación y en su ejecución

II. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMERICA DEL NORTE

Este convenio entró en vigencia el primero de enero de 1994 y sirvió de matriz al respectivo firmado entre México y Costa Rica, por ello la redacción de ambos -en los aspectos que destacamos- es prácticamente la misma.

1. Carteles, pliego de condiciones o invitación a participar

La invitación a participar en el concurso o licitación se hace mediante el instrumento llamado bases de la licitación, pliego de condiciones o cartel

Su contenido incluye, por ejemplo:

- descripción de la naturaleza y cantidad de bienes o servicios que vayan a adquirirse
- indicación de si la licitación es abierta o selectiva
- la dirección a la cual se debe remitir la oferta y la fecha límite para su recepción
- dirección de la autoridad que adjudicará el contrato
- plazos para la recepción de ofertas (*artículos 1011, 1013*)

2. Registro de oferentes

La Administración podrá elaborar una lista permanente de oferentes (proveedores) (*artículos 1010; 1011*).

3. Garantías

El cartel establecerá las garantías financieras respectivas (*artículo 1010*).

4. Errores y omisiones subsanables

Se admite la corrección de estos aspectos, siempre y cuando no afecten la esencia de la oferta o que discriminen entre los oferentes (proveedores), (*artículo 1015*).

5. Rechazo de las ofertas (declaratoria de desierto el concurso)

La Administración Pública podrá declarar desierto el concurso por razones de interés público (*artículo 1015*).

6. Plazo entre la convocatoria de ofertas y su apertura

La Administración fijará el plazo para presentar las ofertas y la apertura de ellas (*artículos 1010 y 1012*).

7. Adjudicación

El adjudicatario debe cumplir con el cartel, que ofrezca el precio más bajo o sea la más ventajosa de acuerdo con los criterios específicos de evaluación indicados en el cartel (*artículo 1015*).

8. Medios de selección del contratista público

a. Licitación abierta: en la que las personas interesadas pueden presentar ofertas.

b. Licitación restringida: la Administración se comunica individualmente con los potenciales oferentes (proveedores) (*artículo 1017*).

c. Licitación selectiva: Los oferentes que pueden participar son solo aquellos a los cuales la Administración invita expresamente (*artículos 1016; 1025, definiciones*).

9. Impugnación

Existirán mecanismos de impugnación de los procedimientos de la contratación, con el fin de que los concursos sean justos, imparciales y abiertos (*artículo 1017*).

10. Principios de la contratación administrativa

- máxima competencia posible
- no discriminación
- acceso a la documentación de la licitación
- justicia, imparcialidad
- impugnación en vía administrativa (*artículos 1017, 1018, 1019*).

Se hace la observación de que, por supuesto, la vía judicial está abierta para los recursos correspondientes.

III. TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE MEXICO Y COSTA RICA (aprobado por Ley 7474 del 20 de diciembre de 1994)

Como ya se indicó este convenio está montado sobre el respectivo del NAFTA, razón por la cual –en los puntos en que demostramos interés– la redacción es prácticamente la misma.

1. Carteles, pliego de condiciones o invitación a participar

La invitación a participar en el concurso o licitación se hace mediante el instrumento llamado bases de la licitación, pliego de condiciones o cartel.

Su contenido incluye, por ejemplo:

- descripción de la naturaleza y cantidad de bienes o servicios que vayan a adquirirse
- indicación de si la licitación es abierta o selectiva
- la dirección a la cual se debe remitir la oferta y la fecha límite para su recepción
- dirección de la autoridad que adjudicará el contrato
- plazos para la recepción de ofertas (*artículos 12-11, 12-14, 12-15*)

2. Registro de oferentes

La Administración podrá elaborar una lista permanente de oferentes (proveedores) (*artículo 12-12*).

3. Garantías

El cartel establecerá las garantías financieras respectivas (*artículo 12-14*).

4. Errores y omisiones subsanables

Se admite la corrección de estos aspectos, siempre y cuando no afecten la esencia de la oferta o que discriminen entre los oferentes (proveedores), (*artículo 12-15*).

5. Rechazo de las ofertas (declaratoria de desierto el concurso)

La Administración Pública podrá declarar desierto el concurso por razones de interés público (*artículo 12-15*).

6. Plazo entre la convocatoria de ofertas y su apertura

La Administración fijará el plazo para presentar las ofertas y la apertura de ellas (*artículos 12-13, 12-15*).

7. Adjudicación

El adjudicatario debe cumplir con el cartel, que ofrezca el precio más bajo o sea la más ventajosa de acuerdo con los criterios específicos de evaluación indicados en el cartel (*artículo 12-15*).

8. Medios de selección del contratista público

a. Licitación abierta: en la que las personas interesadas pueden presentar ofertas (*artículo 12-09*).

b. Licitación restringida: la Administración se comunica individualmente con los potenciales oferentes (proveedores) (*artículo 12-16*).

c. Licitación selectiva: Los oferentes que pueden participar son solo aquellos a los cuales la Administración invite expresamente (*artículos 12-01, 12-09, 12-12*).

9. Impugnación

Se establecen mecanismos de impugnación en vía administrativa para proceder a las impugnaciones respectivas (*artículo 12-17*).

Se hace la observación de que, por supuesto, la vía judicial está abierta para los recursos correspondientes.

10. Principios de la contratación administrativa

- máxima competencia posible (*artículos 12-12*)
- no discriminación (*artículos 12-04, 12-09*)
- acceso a la documentación de la licitación (*artículo 12-19*)
- justicia, imparcialidad (*artículo 12-17*)
- impugnación en vía administrativa (*artículo 12-17*)

IV. TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE LOS GOBIERNOS CENTROAMERICANOS Y EL GOBIERNO DE REPUBLICA DOMINICANA

(Nuestro país lo ratificó mediante Ley N° 7882 de 1999)

La propuesta de este convenio internacional establece lo siguiente:

1. Trato nacional y no discriminación

Las partes se comprometen a dar un trato nacional y no discriminatorio a los oferentes de las otras partes contratantes (*artículo 12.03*).

2. Carteles, especificaciones técnicas o bases

El documento de bases de la contratación contendrá la información uniforme necesaria para facilitar a todos los oferentes la preparación de sus ofertas en igualdad de condiciones (*artículo 12.01*).

Las especificaciones técnicas no deben obstaculizar innecesariamente el comercio y la competencia (*artículo 12.07*).

Estos pliegos contendrán las condiciones generales, especificaciones técnicas; y, los requisitos para calificar, comparar y adjudicar las ofertas (*artículos 12.01, 12.07 y 12.09*).

3. Principios reguladores

Los principios reguladores de la contratación administrativa son, entre otros: libre comercio, competencia, transparencia, publicidad, impugnación (*artículo 12.09*).

4. Procedimientos de impugnación

Se permitirá la impugnación en la vía administrativa y en la sede jurisdiccional, de conformidad con la legislación nacional de las partes (*artículo 12.11*).

5. Procedimientos de compra

Cada parte aplicará su legislación en materia de procedimientos de compra (*artículo 12.08*).

6. Solución de controversias

Se resolverán de acuerdo a lo establecido en este convenio (*artículo 12.12*).

V. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Acuerdo de Marrakech, firmado el 15 de abril de 1994. Entró en vigor 11 de enero de 1996.

1. Carteles, pliegos de condiciones, invitación a participar

En esencia presenta la misma redacción ya conocida de los documentos indicados (*artículos IX, XII*).

2. Registro de oferentes

Indicaciones similares a las ya conocidas supra (*artículos VIII, X*).

3. Garantías

Mismas pautas de lo ya apuntado (*artículo XII*).

4. Errores y omisiones subsanables

Indicaciones similares a las ya conocidas en los anteriores documentos (*artículo XIII*).

5. Rechazo de ofertas

Indicaciones similares a lo ya observado en los documentos anteriores (*artículo XIII*).

6. Convocatoria y apertura de ofertas

Indicaciones ya conocidas en los documentos anteriores (*artículos XI, XII, XIII*).

7. Adjudicación

Pautas ya sabidas de los documentos anteriores (*artículos XII, XIII*).

8. Medios de selección del contratista público

Indicaciones ya conocidas en los anteriores documentos (*artículos VII, IX, X, XI, XV*).

9. Impugnación

Indicaciones ya sabidas de los documentos anteriores (*artículo XX*).

10. Principios de la contratación administrativa

Mismos principios ya conocidos (*artículos X, XVII, XX*).

VI. Ley modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI), aprobada en su 27° periodo de sesiones, sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios (1994).

1. Carteles, pliegos de condiciones, invitación a participar

Presenta una redacción y contenido semejante a los documentos ya indicados (*artículos 8, 25, 27, 28, 37, 38, 48, 50*).

2. Garantías

Se refiere a cauciones de seriedad, participación y de ejecución o cumplimiento (*artículos 2, 27, 32, 36*). Guarda similitud con lo expresado en los anteriores documentos.

3. Presentación, evaluación de ofertas

Los artículos que se refieren a las propuestas u ofertas son *25, 27, 30, 31, 33, 34, 39*.

4. Rechazo de ofertas

La Administración puede rechazar las ofertas y declarar desierto el concurso (*artículos 12, 15, 27*).

5. Adjudicación

Esencialmente, guarda similitud con lo señalado en los documentos anteriores (*artículos 8, 34, 36, 39, 51*).

6. Medios de selección del contratista público

Igualmente, guarda similitud con las indicaciones hechas en los documentos anteriores (*artículos 16, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 47*).

7. Impugnación

Básicamente, contiene las líneas establecidas en los anteriores documentos (*artículos 27, 52, 53, 54, 55*).

José Antonio Moreno Molina nos informa que este texto está concebido como un instrumento para sentar las bases uniformes en el ámbito de los contratos públicos a todos aquellos Estados que, por una razón u otra, carecen de una normativa y experiencia adecuadas en esta materia. Esta "ley modelo" no tiene naturaleza contractual ni aspira a convertirse en tratado internacional; es decir, carece de toda fuerza vinculante para los Estados. Se trata de un "modelo" susceptible de inspirar legislaciones estatales (**Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español**, Madrid: Mc Graw Hill, 1996, págs. 42, 43).

VII. DERECHO EUROPEO COMUNITARIO

Moreno Molina nos dice que en el **Derecho europeo comunitario** los principios que guían esta contratación pública son:

- *transparencia, objetividad, competencia, la no discriminación en razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios*

con el fin de establecer un **Derecho común de la contratación pública en la Unión Europea**, mediante las *Directivas comunitarias* que disciplinan pormenorizadamente las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios (idem, págs. XXI, XXIII, 121).

El Derecho comunitario europeo no pretende instaurar un derecho público de la contratación, sino tan solo un derecho que garantice la publicidad, la no discriminación en la contratación y que defienda la libre competencia en el mercado. Le es indiferente que el régimen de los contratos sea público o privado; o, que la jurisdicción competente sea la contencioso administrativa o la civil (José Luis Piñar Mañas, "El derecho comunitario de la contratación pública", en la obra colectiva **Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas**, Madrid: Civitas, 1996, págs. 50, 51).

VIII. ESPAÑA

Ley 13 del 18 de mayo de 1995 de contratos de las administraciones públicas

1. Pliegos de condiciones

Pliegos de cláusulas administrativas generales (artículo 49) cláusulas administrativas particulares (artículo 50) y prescripciones técnicas (*artículo 52*).

2. Garantías

Provisionales

En los procedimientos abiertos y restringidos convocados por la Administración sobre contratos comprendidos en esta ley, será necesario acreditar una garantía provisional equivalente al 2% del presupuesto del contrato (*artículo 36*).

Definitivas

Los adjudicatarios de los contratos regulados en esta ley, están obligados a constituir una garantía definitiva por el importe del 4% del presupuesto de aquéllos (*artículo 37*).

3. Presentación de proposiciones

Las proposiciones u ofertas serán secretas, se sujetarán al pliego de cláusulas. Su presentación presume la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas, sin salvedad alguna (*artículo 80*).

4. Procedimiento de selección del contratista público

a. Abierto: todo empresario interesado podrá presentar una proposición.

b. restringido: sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios seleccionados expresamente por la Administración, previa solicitud de los mismos.

c. negociado: el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido par la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios (*artículo 74*).

5. Figuras (formas) procedimentales:

Subasta y concurso

Tanto en el procedimiento abierto como el restringido, la adjudicación al licitador (oferente) podrá efectuarse por **subasta o por concurso**.

La subasta versará sobre el tipo expresado en dinero, con adjudicación al licitador que, sin exceder de aquél, oferte (ofrezca) el precio más bajo.

En el **concurso** la anjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto (*artículo 75*).

6. Uso de parte de la Administración de procedimientos y formas:

Los órganos contratantes de la Administración utilizarán normalmente la **subasta y el concurso** como *formas* de adjudicación.

El **procedimiento negociado** sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente ley para cada clase de contrato (*artículo 76*).

En todo caso, deberá justificarse en el expediente, la elección del **procedimiento y forma** utilizados (*artículo 76*).

IX. MEXICO

Ley de adquisiciones y obras públicas del 30 de diciembre de 1993.

1. Pliegos de condiciones o bases

Las convocatorias o bases para participar en contratos públicos se publicarán en el Diario Oficial de la Federación, en un diario de circulación nacional y en un diario de la entidad federativa donde haya de ser utilizado el bien, prestado el servicio o ejecutada la obra (*artículo 32*).

2. Oferentes

Todo interesado que satisfaga los requisitos de la convocatoria y las bases de la licitación, tendrá derecho a presentar su proposición (oferta) (*artículo 34*).

3. Garantías

a. seriedad de las ofertas (proposiciones)

b. cumplimiento del contrato (*artículo 38*).

4. Medios de selección del contratista público

a. licitación pública

b. por invitación restringida:

* invitación a cuando menos tres oferentes (proveedores)

* adjudicación directa (*artículo 28*)

5. Concurso desierto

La Administración Pública podrá declarar desierto una licitación cuando las posturas presentadas no reúnan los requisitos de las bases de la licitación o sus precios no fueren aceptables (*artículo 47*).

X. COLOMBIA

Ley 80 del 28 de octubre de 1993.

Estatuto general de contratación de la Administración Pública.

1. Pliegos de condiciones o de referencia

Incluirán las cláusulas que deben cumplir los oferentes (*artículos 24, 30*).

2. Oferentes

Las ofertas o propuestas deben sujetarse a lo indicado en los pliegos de condiciones (*artículo 30*).

3. Medios de selección del contratista público

a. Licitación pública: la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccione entre ellas la más favorable.

b. Concurso: cuando el objeto del contrato consiste en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados (*parágrafo del artículo 30*).

c. contratación directa (*artículo 24*).

4. Principios de la contratación pública

- * **transparencia:** la escogencia del contratista se efectuará siempre por medio de licitación o concurso públicos, salvo en los casos expresos en que procede la contratación directa (*artículo 24*).
- * **Economía:** se seleccionará a la propuesta más favorable a la Administración (*artículo 25*).
- * **Responsabilidad:** existirá responsabilidad sobre funcionarios y particulares en este procedimiento (*artículo 26*).

- * ecuación financiera del contrato (*artículo 27*).
- * buena fe, igualdad, equilibrio entre prestaciones y derechos (*artículo 28*).
- * deber de la selección objetiva del contratista (*artículo 29*).

5. **Licitación desierta**

La declaratoria de desierta la licitación o el concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en el acto administrativo respectivo en forma detallada las razones que han conducido a esta decisión (*artículo 25*).

6. **Adjudicación**

Recaerá sobre la propuesta más ventajosa para la Administración (*artículo 30, parágrafo*).

XI. **BRASIL**

Ley 8666-1993.

1. **Cartel, pliego de condiciones**

Es el instrumento de la convocatoria al proceso licitatorio (*artículo 40*).

2. **Medios de selección del contratista público**

- **conurrencia:** cualquier interesado puede participar (*artículos 17, 19, 22*).
- **tomada de precios:** participación de oferentes registrados (*artículo 22*).
- **convite:** participan los interesados registrados e invitados expresamente, en un mínimo de tres (*artículo 22*).

- **concurso:** cualquier interesado puede participar para hacer trabajos técnicos, científicos o artísticos (*artículo 22*).
- **subasta:** cualquier interesado puede participar en la venta de bienes de la Administración (*artículos 19, 22*).
- **contratación directa:** se contrata de modo directo con el interesado (oferente) que la Administración seleccione (*artículo 26*).

3. Fases del procedimiento licitatorio

- publicación del cartel
- recibo y apertura de ofertas
- estudio y clasificación de las propuestas
- adjudicación a la mejor oferta clasificada (*artículo 40 a 43*).

4. Adjudicación

Se adjudica a la oferta que quedó mejor clasificada (*artículo 50*).

5. Recursos

Hay recursos administrativos para ejercer el control sobre el proceso licitatorio (*artículo 109*).

XII. REPUBLICA DOMINICANA

1. El pliego de condiciones

Indicará expresamente los factores que se utilizarán para la elección y el valor asignado a cada factor (*parágrafo I del artículo 13, artículo 16*).

2. Derecho a presentar ofertas

Ese derecho lo tendrán todos aquellos que cumplan con los requisitos respectivos (*artículo 17*).

3. Procedimientos de compra

Las contrataciones para el suministro de bienes y servicios se realizarán por licitación pública, licitación restringida, contratación directa y subasta o remate, según corresponda, de acuerdo con los montos de las contrataciones (*artículo 1*).

4. Licitación pública

Procede cuando pueden presentar oferta todos los interesados (*artículo 3*).

5. Licitación por invitación

Procede cuando solo tienen derecho a presentar oferta aquellos proveedores (oferentes) que han sido especialmente invitados (*artículo 4*).

6. Licitación restringida

Procede cuando la Administración (licitante) selecciona a los oferentes que considere que están en mejores condiciones de responder a sus requerimientos (*artículo 5*).

7. Contratación directa

Procede cuando se trate de compras de menor cuantía (*artículo 6*).

8. Subasta o remate

Se aplicará en las negociaciones con adjudicación al oferente (licitador) que ofrezca el precio más bajo, lo cual deberá quedar expresamente indicado en el expediente correspondiente (*artículo 10*).

9. Prohibición de fraccionamiento

No podrá fraccionarse un contrato con el objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento y la forma de adjudicación (artículo 8).

10. Procedimiento de urgencia

En casos de compras y contrataciones cuya adjudicación sea preciso acelerar para evitar lesiones al interés público, daños graves a las personas o irreparables a las cosas, se podrá prescindir de una o de todas las formalidades de los procedimientos establecidos (*artículo 11*). La Contraloría General de la República deberá autorizar (previamente) el uso de este procedimiento (*artículo 12*).

11. Precalificación

Cuando se considere favorable para una mejor elección del contratista (proveedor), la Administración podrá promover una etapa de precalificación, como parte de la licitación pública o de la licitación por invitación, a fin de seleccionar previamente a los participantes (oferentes), de acuerdo con sus condiciones particulares (*artículo 13*).

XIII. NICARAGUA

Ley Nº 323, de contrataciones del Estado
(La Gaceta 3 y 4 de enero del 2000)

1. El pliego de condiciones

El pliego de bases y condiciones de la licitación incluirá toda la información necesaria para que el interesado pueda formular válidamente su oferta (*artículo 27*).

2. Medios de selección de contratista público

- a. licitación pública
- b. licitación por registro
- c. licitación restringida
- d. compra por cotización (*artículo 25*).

3. Adjudicación

La licitación se adjudicará mediante resolución motivada (*artículo 40*). Igualmente, se podrá declarar desierta la licitación (*artículo 42*).

4. Derechos del Estado

El Estado tiene diversas prerrogativas: modificar unilateralmente el contrato, imponer sanciones, suspender o resolver el convenio, etc. (*artículo 100*).

5. Derechos de los contratistas

Los contratistas tienen varios derechos: plena ejecución de lo pactado, al reajuste de precios, pago de intereses legales, etc. (*artículo 103*).

6. Recursos administrativos

Los oferentes tienen los recursos administrativos de impugnación; y, de nulidad ante la Contraloría General de la República (*artículos 106 y 108, respectivamente*).

Nota: La Contraloría General de la República tiene rango constitucional (*artículo 154 de la Carta Magna: es el organismo rector del sistema de control de la administración pública*).

XIV. ARGENTINA

1. *Pliego de bases y condiciones:* contiene las cláusulas legales, comerciales y técnicas del futuro contrato.
2. *Principios:* competencia, concurrencia, igualdad, publicidad, transparencia.
3. *Medios de selección del contratista público:*
 - licitación pública
 - licitación privada
 - concurso público (de antecedentes): selecciona la persona que reúne la mejor aptitud técnica, científica, cultural, artística, económico-financiera
 - remate público o subasta
 - contratación directa

4. *Adjudicación*: se selecciona la oferta más idónea; no necesariamente la de más bajo precio, ya que se ponderan los otros elementos de una propuesta.
5. *Perfección del contrato*: con la adjudicación efectuada por la Administración
6. *Orden de compra*: contiene las estipulaciones básicas de la contratación, la forma de pago establecida, plazo fijado para la apertura de la carta de crédito; lugar, forma y plazo de entrega.

(Fuente: Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, T. 2, 1998, capítulo XII y *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, capítulo VII; Roberto Dromi, *Licitación pública*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995; Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999).

A MODO DE CONCLUSION

I. A nivel de los instrumentos jurídicos internacionales (Naciones Unidas, Organización Mundial del Comercio, Derecho Europeo Comunitario, Tratado de Libre Comercio, Banco interamericano de Desarrollo) se nota una clara tendencia hacia la protección de estos principios:

- competencia
- no discriminación
- publicidad
- información
- libertad de mercado

De momento, no les interesa si –a nivel local o nacional– el contrato que hace el Estado está regido por el derecho público o el derecho privado; y, si la jurisdicción de los tribunales es el contencioso administrativo o el civil.

El interés de estos organismos e instrumentos internacionales citados, es el favorecer la libertad y la concurrencia en el mercado capitalista.

II. Por lo que corresponde a la legislación nacional de los países que hemos citado, se observa lo siguiente:

- prevalece la concepción del derecho público (contratación administrativa pública).
- los principios que orientan esta negociación son muy similares y reflejan las pautas propias de un sistema económico capitalista y de su respectivo Estado de Derecho.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

Abreu, Adilson. **Aspectos jurídicos da licitação** (Sao Paulo. Ed. Saraiva, 1992).

Alvarez Gendin, Sabino. **Los contratos públicos** (Madrid: Reus, 1934).

Doctrina jurídica de los contratos públicos del Estado y de la Administración Local (Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1969).

Ariño Ortiz, Gaspar. **Teoría del equivalente económico** (Madrid: Instituto de Estudios Administrativos, 1968).

Audy, Jean Marie; Ducos, Robert. **Droit Administratif** (Paris: Dalloz, 1986).

Bancomext. **Cómo participar en una licitación pública en América Latina** (México: Bancomext, 1997).

Barbe, José et al. **Contratación administrativa** (Montevideo: FCU, 1989).

Bendeck, Jorge et al. **Comentarios al nuevo régimen de contratación Administrativa** (Medellín: Eds. Dike, 1994).

Betancurt, Jaime. **Nuevo estatuto general de la Contratación Administrativa** (Medellín: Dike, 1997).

Betancur, Jaime. **Los contratos estatales** (Bogotá: Ed. G. Ibáñez, 1996).

Blanc, Joan et al. **Introducción a la ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Martial Pons, 1995).

Boquera Oliver, José María. **La selección de contratistas** (Madrid: Instituto de Estudios Públicos, 1963).

Borrajó, Ignacio. **El intento de huir del Derecho Administrativo** (Madrid: revista REDA, No. 78, 1993).

Brewer-Carias, Allan. **Contratos administrativos** (Caracas: Ed. Jurídica Venezolana, 1992).

Buslema, A.; y, S. **I contratti della pubblica amministrazione** (Padova: Cedam, 1987).

Cassagne, Juan Carlos (director) **Derecho Administrativo** (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998).

El contrato administrativo (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999).

La intervención administrativa (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

- Chapus, René. **Droit Administratif** (Paris: Montchrestien, 2 tomos, 1998).
- Chevallier, Jacques. **L'Etat de Droit** (Paris: Montchrestien, 1992).
- Cianflone, Antonio. **L'Appalto di opera pubbliche** (Milano. Giuffré, 1988).
- Coase, Ronald H. **The firm, The Marquet and The Law** (Chicago: The University of Chicago Press, 1988).
- Essays on Economics and Economists** (Chicago: The University of Chicago Press, 1994).
- Cobrero, Eduardo. **La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia** (Madrid: Civitas, 1998).
- Correa-Freitas, Rubén. **La reforma del régimen de compras del Estado** (Montevideo: Eds. Amalio Fernández, 1991).
- Cortiñas-Peláez, León (coordinador). **Introducción al derecho administrativo** (México: Porrúa, 1994).
- Fundamentos del Derecho Económico** (México: Ed. Porrúa. 1998).
- Coscolluela, Luis. **Manual de derecho administrativo** (Madrid: Civitas, 1996).
- De Carrera, Francisca. **El Estado de derecho como sistema** (Madrid: Instituto de Estudios Constitucionales, 1996).
- De Laubadère, André; Moderne, Frank; Devolvé, Pierre. **Traité des Contrats Administratifs** (Paris: LGDJ 1984).
- De Laubadère, André. **Traité Théorique Contrats Administratifs** (Paris: LGDJ 1956).
- Traité Élémentaire de Droit Administratif** (Paris: LGDJ, 1970-71, 3 tomos).
- De Laubadère, André, J.C. Venezia, Y. Gaudemet. **Droit administratif** (Paris: LGDJ, 16 éd. 1999).
- Del Piaggio, Carlos. **Manual de contratación administrativa** (Montevideo: Ed. Universitaria. Tomo I. 1996).
- De Solas, José María. **Contratos administrativos y contratos privados de la Administración** (Madrid: Tecnos. 1990).
- Del Saz, Silvia. **La huida del derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, Nº 133, 1994).
- De Vicente, Ricardo. **Los antes intermedios en las leyes de procedimiento y de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).

Dromi, José R. **Derecho administrativo** (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997).

La licitación pública (Buenos Aires: Astrea, 1985).

Entrena Cuesta, Rafael. **Consideraciones sobre la teoría general de los contratos administrativos** (Madrid: Revista de Administración Pública, Nº 24, 1957).

Escola, Héctor. **Tratado de los contratos administrativos** (Buenos Aires: Depalma, 1977).

Fernández de Velasco, Recaredo. **Los contratos administrativos** (Madrid: Librería de Victoriano Suárez, 1927).

Fernández, Tomás Ramón. **De la arbitrariedad de la Administración** (Madrid: Civitas, 1997).

Franco, Omar. **La contratación administrativa** (Bogotá: Eds. Abogados librería, 1994).

Fuertes, Mercedes. **El contratista y el subcontratista ante las administraciones públicas** (Madrid: Marcial Pons, 1997).

García de Enterría, Eduardo. **La figura del contrato administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, Nº 41, 1963).
(Director) **Revista Española de Derecho Administrativo** (Madrid: Civitas, Nos. 1 a 100, CD-ROM, 1999).

García de Enterría; Eduardo; Tomás Ramón Fernández. **Curso de derecho administrativo** (Madrid: Civitas. Revista de Occidente, 2 tomos, 1974; y, Civitas, 2 tomos, 1999).

García Oviedo, Carlos; Enrique Martínez Useros. **Derecho administrativo** (Madrid: Ed. EISA, T. II, 1968).

García-Trevijano, José Antonio. **Tratado de derecho administrativo** (Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 3 tomos, 1970).

Aspectos de la administración económica (Madrid: Revista de Administración Pública, Nº 12, 1953).

García-Trevijano, Ernesto. **El régimen de las garantías en la contratación administrativa** (Madrid: Civitas, 1997).

Garrido Falla, Fernando. **Dictamen sobre las concesiones de ferrocarriles del Atlántico en Costa Rica** (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 12, 1971).

Tratado de Derecho Administrativo (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, Vol. II, 1974).

- Giannini, Massimo Severo. **Diritto Amministrativo** (Milano Giuffré, 1988).
- Gimeno, José. **El control de la contratación pública** (Madrid: Civitas, 1995).
- Gómez-Ferrer, Rafael et al. **Comentarios a la Ley de contratos de las administraciones públicas** (Madrid: Civitas, 1996).
- Gordillo, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, 3 tomos).
- Después de la reforma del Estado** (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998).
- El método en Derecho** (Madrid: Cívitas, 1997).
- Guerrero, Omar. **Privatización de la administración pública** (Bruxelles: Revista internacional de ciencias administrativas, vol. 57, No. 1, 1990).
- Horgué, Concepción. **La modificación del contrato administrativo de obra** (Marcial Pons. 1997).
- Laguna de Paz, J.C. **La renuncia de la Administración Pública al Derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 136, 1995).
- López-Elías, Pedro. **Aspectos jurídicos de la licitación pública en México** (México: UNAM, tesis de doctorado en Derecho, 1998).
- El contrato administrativo de compraventa internacional de alimentos** (México: UNAM, tesis de licenciatura en Derecho, 1985).
- Lucero, Manuel. **La licitación pública** (México: Porrúa, 1993).
- Justen Filho, Marcial. **Comentarios a lei de licitacoes e contratos** (Rio de Janeiro. Ed. Aide, 1994).
- Marienhoff, Miguel. **Tratado de derecho administrativo** (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, T. III, 1983).
- Madrigal, Héctor. **Licitación pública** (Buenos Aires: Depalma, 1975).
- Martin-Retortillo, Lorenzo. **De la gestión interesada a las cláusulas de interesamiento** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 36, 1961).
- Martin-Retortillo, Sebastián. **Reflexiones sobre las privatizaciones** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).
- Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 140, 1996).
- Martínez, José. **¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas?** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 144, 1997).

- Medauar, Odete. **Derecho administrativo moderno** (Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998).
- Melgarejo, Pedro. **Compendio de contratos públicos** (Madrid: Imprenta Antonio Mayoral, 1764).
- Ministerio de Comunicaciones. **Thesaurus de contratos del Estado** (Bogotá: Telecom, 1990).
- Montoro, Miguel. **Contratos atípicos** (Madrid Escuela Nacional de Administración Pública, 1969).
- Monedero, José. **Doctrina del contrato de Estado** (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1977).
- Morano-Devillek, Jacqueline. **Cours de droit administratif** (París: LGDJ, 1997).
- Moreno, Oscar **Contratos administrativos** (Madrid Instituto de Estudios Políticos, 1978; Cívitas, 1998).
- Naranjo, Carlos. **Estatuto general de la contratación de la Administración Pública**. (Medellín: Ed. Señal, 1994).
- Nieto, Alejandro. **Corrupción en la España democrática** (Barcelona: Ariel, 1997).
- La “nueva” organización del desgobierno** (Barcelona: Ariel, 1996).
- El derecho administrativo sancionador** (Madrid: Tecnos, 1993).
- Nieves Borrego, Julio. **La gestión interesada en el Derecho Administrativo Español** (Madrid: Revista de Administración Pública No. 26, 1958).
- Ortega, Luis. **El reto dogmático del principio de eficacia** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).
- Ortiz, Eduardo. **Tesis de derecho administrativo** (San José: Ed. Stradtmann, 1998).
- Palacio, Juan. **La contratación de las entidades estatales** (Medellín: Ed. Sánchez R. 1997).
- Parada, Ramón. **Derecho administrativo** (Madrid: Marcial Pons, 1990).
- Parejo, Luciano et al. **Manual de derecho administrativo** (Barcelona: Ariel, 1998).
- y Juan Santamaría. **Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo** (Madrid: ed. Ramón Areces, 1989).
- Parra, William. **Las contrataciones estatales** (Bogotá. Ed. G. Ibáñez, 1996).
- Diccionario de contratación administrativa** (Bogotá: Imprenta del Departamento Administrativo del Servicio Civil, 1989).

- Pinar, José L. **Privatización de las empresas públicas** (Madrid: Revista de Administración Pública, No. 133, 1994).
- Pouyand, Dominique. **La nullité des contrats administratifs** (Paris: LGDJ, 1991).
- Ribeiro, Roberto. **Contratos administrativos** (Sao Paulo Malheiros, 1996).
- Richer, Laurent. **Droit des contrats administratifs** (Paris: LGDJ, 1999).
- Rodríguez, Gustavo. **Nuevos contratos estatales** (Bogotá. Ed. Willaes, 1994).
- Rojas, Magda Inés. **La nueva caracterización de la concesión de obra pública** (San José: Imprenta Nacional, Revista Parlamentaria, agosto 1998).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. **La licitación pública en Costa Rica** (San José: Universidad de Costa Rica, 1975).
- Los contratos del Estado** (San José: Universidad Estatal a Distancia, 1993).
- Documentos de trabajo para una reforma parcial a la Ley de contratación administrativa** (San José: comisión coordinada par el diputado Lic. Ovidio Pacheco, 1998).
- Acción de inconstitucionalidad contra la Ley de contratación administrativa y su reglamento** (San José: Sala Constitucional, voto 998-98).
- El proyecto de Ley de contratación administrativa** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 78, 1994).
- La Ley de contratación administrativa, su reglamento y la Sala Constitucional** (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 83, 1997).
- Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 171 de la Ley del Banco Central** (San José: Sala Constitucional. Voto 5947-98).
- El Estado de Derecho y el Derecho procesal Administrativo** (San José: Revista de la Contraloría General de la República, No. 10, 1970).
- Aeropuertos y contratos** (San José; *La Nación*, 21 octubre 1998).
- Constitución política y bienes públicos.** San José: *Al Día*, 12 noviembre 1998).
- La concesión del aeropuerto** (San José: *La República*, 20 noviembre 1998).
- Licitación para aeropuerto** (San José: *La Nación*, 28 diciembre 1998).
- Contratos y aeropuertos (Sala Constitucional y contratación administrativa** (San José: EUNED, 1999).
- Derecho Administrativo General** (San José: EUNED, 1999).

- Rouviere, Jean. **Les contrats administratifs** (Paris: Dalloz, 1930).
- Sainz de Robles, Federico. **Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo** (Madrid: revista Tapia, N° 92, 1997).
- Sánchez, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial** (Madrid. Tecnos, 1995).
- Sandoval, Marleny. **Nuevo régimen de contratación estatal** (Bogotá: Eds. Doctrina y ley, 1994).
- Santamaría Pastor, Juan. **Fundamentos del Derecho administrativo** (Madrid: Ed. Ramón Areces, 1991).
- Sayagues Laso, Enrique. **La licitación pública**. (Montevideo: Acali, 1978).
- Solano, Javio. **Contratación administrativa** (Bogotá: Ed. Librería del profesional, 1997).
- Sosa Francisco. **El contrato público de suministro** (Madrid: Civitas, 1996).
- Sundfeld, Carlos. **Licitacao e contrato administrativo** (Sao Paulo: Malheiros, 1994).
- Vedel, George. **Derecho administrativo** (Madrid: Aguilar, 1980).
- Villalta, Francisca. **Garantías para contratar con la administración pública** (Granada: Cemci, 1996).
- Villar, Francisco. **Privatización de servicios públicos** (Madrid: Tecnos, 1993).
- Villar Palasí, José Luis. **Lecciones de contratación administrativa** (Madrid: Universidad Complutense, 1969).
- Vinyoles, Miguel. **La adjudicación de los contratos públicos** (Madrid: Civitas, 1995).
- Zanobini, Guido. **Corso di Diritto Amministrativo** (Milano: Giuffré, 1958).

Páginas Web

www.un.org	Naciones Unidas
www.undcp.org	Naciones Unidas
www.wto.org	Organización Mundial del Comercio
www.iadb.org	Banco Interamericano de Desarrollo
www.alca-ftaa.iadb.org	
www.nexos.co.cr	
www.comex.go.cr	
www.worldbank.org	Banco Mundial
www.imf.org	Fondo Monetario Internacional
www.findlaw.com	

**SUSPENSION DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA
Y PROCESO ABREVIADO
UN PROBLEMA DE CONSTITUCIONALIDAD**

Alonso Salazar

Licenciado en Derecho
Especialista en Ciencias Penales
Profesor Asociado de la Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

SUMARIO:

- a) Consideraciones previas
- b) Suspensión del procedimiento a prueba
- c) Proceso abreviado
- d) Inaplicabilidad de la suspensión del procedimiento a prueba y del proceso abreviado
- e) Propuesta de *lege ferenda*

a) Consideraciones previas

Al estilo del famoso⁽¹⁾ escritor colombiano, Gabriel García Márquez en su Libro Crónica de una Muerte Anunciada, encabezo este breve comentario por su conclusión. La Suspensión del Procedimiento⁽²⁾ a Prueba y el Proceso Abreviado, contenidos en los numerales 25 a 29 y 373 a 375 del Código Procesal Penal,⁽³⁾ respectivamente, son inconstitucionales. La pregunta que trataré de contestar en estas breves reflexiones, es el por qué de tal afirmación.

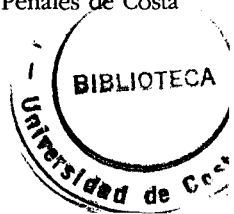
Es menester anunciar, que personalmente no estoy en desacuerdo con dichos procedimientos, y su utilización muchos provechos puede acasionar, no solo al imputado y víctima, sino para los posibles involucrados en un proceso penal como testigos y partes civiles, tanto como para los que directamente intervienen como agencias del poder estatal como el Ministerio Público, Defensores Públicos y Juez; sin embargo, por beneficioso que resulte un procedimiento, el mismo no tiene razón de ser, al menos en un Estado Democrático y de Derecho como el nuestro, si en pos de su utilización se sacrifica la Constitución Política, con el significado que ello implica y sin entrar en consideraciones acerca del valor de las normas de rango constitucional, pues no es esa la idea en este análisis.

El problema planteado se ubica en el párrafo 4 del artículo 25 CoPP que reza:

“Para el otorgamiento del beneficio, sera condición indispensable que el imputado admita el hecho que se le atribuye”.

Lo anterior en relación con la suspensión del procedimiento a prueba y, en su caso en relación con el Procedimiento Abreviado, el

- (1) Pero desde luego, guardando las distancias del caso, y sin pretender de ninguna manera comparación con tan ilustre escritor.
- (2) Acerca de la crítica por la utilización del término *procedimiento* y no *proceso*, como técnicamente se considera más apropiado, véase Houed Vega, Mario, *La Suspensión del Proceso a Prueba, Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal* (obra colectiva), 1996. Publicado por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 147 ss.
- (3) Ley 7594 del 10 de abril de 1996 en adelante CoPP.



inciso a) del artículo 373 CoPP, al señalar que se aplicará el procedimiento cuando:

“a) El imputado admita el hecho que se le atribuye y consienta la aplicación de este procedimiento”.

Ambos textos transcritos contravienen de manera evidente y podría decirse hasta grosera, el artículo 36 de la Constitución Política, pues este señala que nadie está obligado a declarar en su contra y, es que precisamente, las normas citadas son una obligación para el imputado de declarar en su contra. En el caso de la suspensión del procedimiento a prueba, el legislador le dio a esa declaración el matiz de “condición indispensable”, con lo cual pone aun más de manifiesto el roce constitucional apuntado.

Houed, citando a DE OLOZABAL⁽⁴⁾ hace una adecuada distinción entre la probation y la diversión, institutos del derecho anglosajón a la cual remito al interesado. Interesa destacar, que la diferencia fundamental entre ambos institutos, radica en el hecho de que la probation consiste en una suspensión de la condena y la diversión una suspensión del proceso, esto es, sin que medie la demostración de culpabilidad del imputado. Por ello en el caso de la probation, de faltarle a las condiciones impuestas por el tribunal que la otorgó, la consecuencia sería la imposición de la pena, mientras que en su caso, el incumplimiento de las condiciones impuestas por medio de la diversión, implica el retorno al proceso, con el objetivo de determinar tanto la existencia del hecho, su antijuridicidad, así como la culpabilidad del imputado.⁽⁵⁾

Corresponde ahora, formular la pregunta de si las cuestionadas normas son necesarias para aplicación de ambos institutos. Mi opinión, y con ello me expongo a la crítica, es que no, pues en ambos casos se puede aplicar la ley, sin la admisión del hecho atribuido. Más bien, pareciera que esa admisión del hecho, responde más a un interés diabólico del legislador, por conocer la “verdad formal”, pues en última

(4) DE OLOZABAL. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e. Ver Houed, p. 150, nota al pie 12.

(5) La constitución del delito como un hecho típico, antijurídico y culpable, es aceptada en nuestro medio. En ese sentido se puede ver Castillo González, Francisco, *La participación en el derecho penal costarricense*, 1993, p. 45 s.

instancia no es más que eso, puesto que sin la realización del proceso judicial y la valoración de la prueba, no se tiene certeza del conocimiento de la "verdad real" y más aún, con la celebración del juicio, no se llega más que al conocimiento de la "verdad judicial", pues muchas veces se limita la acusación por defectos en su elaboración o bien, ausencia o defectos en la incorporación de la prueba, etc. Con esto, el proceso judicial como tal, queda muy lejos de ser un proceso por medio del cual se pueda realmente descubrir la verdad, y queda más en una mera satisfacción a través de lo que denominare, el descubrimiento de lo suficiente, que haga capaz de mantener válido e incólumne un razonamiento jurídico condenatorio; digo, condenatorio, pues la absolución (que procede aun por duda), conciliación (por acuerdo entre víctima y ofendido, avalado por un Juez), o las demás formas de terminación del proceso, no necesariamente y en la mayoría de los casos, conllevan al descubrimiento de la verdad judicial, mucho menos a la realidad.

b) Suspensión del procedimiento a prueba

¿Por qué no es necesaria la admisión del hecho para la suspensión del procedimiento a prueba, si precisamente lo que se desea por este medio, no es demostrar la culpabilidad del acusado, la cual de hecho se presume? Más aún, la suspensión procede sin que medie acusación, lo cual obliga al Ministerio Público a describir el hecho que le *imputará* al supuesto acusado, hasta ese momento inexistente (aunque el Código dice *imputa*, es un hecho futuro, ver párrafo 3 art. 25 CoPP), sino que por el contrario, lo que el instituto persigue, es dar a quien se presume que cometió un hecho sancionado por una ley penal, en los supuestos en que de ser encontrado culpable, en su caso, y de conformidad con la ley aplicable, procediera la suspensión condicional de la pena art. 59 y 60 del Código Penal,⁽⁶⁾ la oportunidad de reparar el daño causado por el

(6) Este parece ser un *lapsus calami* del legislador, pues el Código Penal costarricense hace referencia no a la suspensión condicional de la pena, sino a la condena de ejecución condicional, situaciones que a mi manera de ver son diferentes, pues técnicamente una cosa es suspender condicionalmente la pena y otra es la ejecución de la pena de forma condicional. En principio, el problema radica en que el legislador, quizás para minimizar la reacción negativa del instituto que se introdujo por la nueva legislación, trató de hacer alguna relación con la condena de ejecución condicional, y por ello no advirtió la disonancia. En todo caso,

delito.⁽⁷⁾ Con esa redacción, no cabe duda que incluso, existen roces constitucionales con la presunción de inocencia contenida en el artículo 39 de la Constitución Política.⁽⁸⁾ Ahora bien, si se presume cometedor del delito y además se da por sentado, que el hecho que se presume cometido por el (la) acusado (a), es un delito, para qué se exige de manera indispensable, que el presunto delincuente admita que lo es? ¿Qué rol juega esa declaración? Digo que ninguno, está de más. Por otro lado, el sin sentido de tal exigencia, se pone de manifiesto cuando el párrafo 8 del art. 25 CoPP, establece que en caso de no prosperar la

el significado de la frase, debe entenderse en que la suspensión del procedimiento a prueba, procede cuando concurren los supuestos estipulados en los artículos 59 y 60 del Código Penal, para el otorgamiento de la condena del ejecución condicional, de otra forma no tendría sentido.

- (7) No entro aquí en mayores cuestionamientos, simplemente dejo planteada la duda, de cuál delito habla el Código, si en este momento procesal no existe más que un hecho supuestamente configurativo de un delito y un presunto responsable. El delito se configura, de acuerdo con la opinión mayoritaria por un hecho típico, antijurídico y culpable, el cual en este momento procesal no se ha configurado, solo existe de manera presunta.
- (8) No se entra a considerar, que las medidas contempladas en el artículo 26 CoPP, si se consideran estrictamente como penas, serían inconstitucionales, pues resultan impuestas sin proceso, pues el mismo se suspende. Violación más evidente del Debido Proceso, sería difícil de encontrar. Acerca del rango constitucional de la presunción de inocencia veáse Llobet Rodríguez, Javier, *La Prisión Preventiva* (límites constitucionales) 1997. En este sentido es importante señalar lo que apunta Houed: "Muchas de estas reglas de conducta que se incorporaron en el Código Procesal Penal, como posibles obligaciones que el tribunal puede imponer al imputado como condición para otorgarle el beneficio de la suspensión del proceso a prueba y cuyo cumplimiento en un determinado plazo resulta indispensable para que se pueda extinguir la acción penal, han sido ya objeto de estudio por parte del legislador costarricense. Esto por cuanto muchas de ellas **se contemplan como penas alternativas a la prisión, de tal manera que ofrecen otras opciones para sancionar a los responsables de la comisión de un delito sin que se descriminalice una conducta**" p. 154 y 155, nota 21. No obstante más adelante señala: "Se ha criticado al instituto de la suspensión del proceso a prueba esencialmente por cuanto algunos sostienen que se afectaría el debido proceso y el principio de inocencia. Sin embargo, tal como se indicó anteriormente, esta objeción resulta salvada **si se tiene presente que las reglas de conducta que se imponen al imputado durante el período de prueba no son penas, sino son simplemente requisitos que, si se cumplen adecua-**

suspensión o de reanudarse el proceso, la admisión del hecho, no constituye una confesión.⁽⁹⁾

Para MAIER⁽¹⁰⁾ el fundamento de la exigencia es de orden práctico, se trata de impedir que el imputado deje de cumplir con las medidas impuestas, con lo cual por el transcurso del tiempo, las pruebas que originalmente existían en su contra desaparezcan o se destruyan. Se plantean dos objeciones al respecto, una en cuanto a si la manifestación del imputado resulta de la coacción por obtener el beneficio y la otra sobre la validez de la acusación que se formula sobre la confesión del imputado. A las dos observaciones se da respuesta, adecuada a mi modo de ver, pues en el primer supuesto se afirma que la coacción no sólo puede ser controlada por el juez, sino que por el defensor del imputado, a la segunda objeción se responde con el argumento de que la misma ley prevee que esa declaración no puede ser considerada como una confesión.⁽¹¹⁾ No obstante, el problema no radica en lo apuntado, sino que por el contrario, el problema se centra en el hecho de que, no es una obligación del imputado, ni mucho menos del Juez (que fue precisamente lo que se quiso eliminar con la introducción del modelo acusatorio)⁽¹²⁾ el constituir la prueba en contra del imputado, sino que

damente y se vence el plazo, darán paso a la extinción de la acción penal. No pueden ser consideradas penas bajo ningún concepto por cuanto la imposición de la pena requiere la determinación previa de la culpabilidad del individuo", p. 159 y anteriormente el mismo autor indicó: ***"a diferencia de la condena de ejecución condicional, la prueba no determina una pena, ya que por razones obvias ésta sólo puede imponerse después de un juicio previo"***, p. 152. El resaltado no es del original. La pregunta es pues, ¿cuál es la naturaleza jurídica de esas medidas, son o no penas alternativas? Dejo planteada la duda, por no ser el objeto de este estudio, baste por el momento, con el comentario al inicio de esta cita.

- (9) Si eso no es una confesión, entonces ninguna manifestación del imputado lo es, pues en esencia misma, la confesión no es ni más ni menos que la admisión del hecho.
- (10) Citado por Houed, p. 153, nota 20.
- (11) Lo cual ya se apuntó es un sin sentido de la ley, ver supra nota al pie N° 9.
- (12) Ver Sáenz Elizondo, María Antonieta, *El procedimiento Abreviado*, Reflexiones sobre el Nuevo Código Procesal Penal (obra colectiva), 1996. Publicado por la Corte Suprema de Justicia y la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, p. 812 ss.

corresponde al Ministerio Público que es el ente acusador y que además participa de la audiencia convocada por el juez una vez formulada la acusación. Consecuentemente, si no hay pruebas, no hay acusación y sin acusación no hay suspensión del procedimiento, pues no hay procedimiento. El supeditar el otorgamiento del beneficio por razones de orden práctico como señala MAIER es premiar la mala actuación del ente acusador, en detrimento de las garantías constitucionales del imputado.

Por otra parte, y pasando al plano práctico, si bien es cierto, el Juez no puede basar su resolución en la manifestación del imputado como único elemento de convicción (en el caso de que se revoque la prueba por incumplimiento), una circunstancia está clara, la mente humana no puede olvidar de manera consciente, un pensamiento, por más que se desee olvidar, es absolutamente imposible de lograrlo de manera deseada, la única forma de olvido conocida por el hombre (a no ser debida a deficiencias mentales) es la involuntaria, cuanto más se desee olvidar un hecho, más presente se tiene, por consiguiente, la manifestación del imputado de haber cometido el hecho, realizada de manera libre y voluntaria, no puede ser psicológicamente apartada por el Juez en el momento de valorar el sumario y en definitiva pesará sobre la resolución final, pues en caso de duda, la misma no radicará en la autoría, sino en la prueba, puesto que la autoría ha sido confesada y solo resta establecer la responsabilidad del imputado.

No es válido en pos de la justificación de esa “confesión” del imputado, el argumento de que lo que se acepta es la especie fáctica planteada en la acusación fiscal, pero que tal hecho no implica necesariamente la aceptación de la responsabilidad penal.⁽¹³⁾ Lo anterior por dos circunstancias básicas: a) Lo que se juzga en el proceso penal son hechos, sus consecuencias jurídicas se derivan de la calificación jurídica, que un determinado ordenamiento le asigna a esos hechos. El Código Penal costarricense no exige que el sujeto acepte las consecuencias derivadas de un hecho, más aún, la imposición coactiva de la sentencia penal, se deriva de la no aceptación de las consecuencias del delito por parte del autor. El dolo se define en nuestro código como: “obra con dolo quien quiere la realización del hecho, tipificado, así como quien la acepta, previéndola al menos como posible”.⁽¹⁴⁾ Si el conocimiento de las consecuencias jurídicas del hecho, no es requisito para la realización del tipo penal, basta la aceptación de la realización del hecho típico de

(13) Ver Chinchilla Calderón, Rosaura. *Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución*. Revista de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997, Año 9, N° 14, p. 99.

(14) Art. 34 del Código Penal.

manera dolosa, para hacerse acreedor de la pena impuesta en el tipo, esto es técnicamente, confesar el hecho".⁽¹⁵⁾ b) La aceptación de la responsabilidad penal no es una facultad del imputado, sino que por el contrario es una consecuencia de su conducta, por lo tanto, no es el imputado quien decide si acepta o no las consecuencias jurídicas del tipo,⁽¹⁶⁾ sino el Juez, quien le asigna al comportamiento del imputado, de acuerdo con un juicio de reproche por su conducta antijurídica, determinadas consecuencias previstas en la ley con anterioridad a la realización del hecho.

c) **Proceso Abreviado**

En cuanto al Proceso Abreviado, la situación es aun mas grave, pues el establecer el inciso a) del art. 373 CoPP, que el imputado debe admitir el hecho⁽¹⁷⁾ para solicitar un proceso de ese tipo, eso es como "entrar a un pleito de pistoleros, manos arriba". En este caso, ya no se trata de una fase previa del procedimiento,⁽¹⁸⁾ sino que por el contrario, se trata del inicio de la fase condenatoria, pues qué sentido puede tener

- (15) En legislaciones como la Alemana, Cfr. Art. 16 StGB (Strafgesetzbuch), Código Penal Alemán, se exige que el sujeto conozca las circunstancias que pertenecen legalmente al tipo para configuración del delito, de lo contrario se excluye el dolo, pero en ningún caso se exige el conocimiento de las consecuencias legales derivadas del hecho. Cfr. con Roxin, Claus, Strafrecht AT, 3. Aufl., 1997, § 12, I, Rdn. 4, Jakobs AT, 2. Aufl., 1993, 8. Abschn., Rdn. 15 ff., Jeschek/Weigend AT, 1996, § 29, III, ss., Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, p. 52 ss. por ejemplo.
- (16) En situaciones normales, para la imposición de una sanción penal, basta con el conocimiento de la existencia de la norma jurídica (lo cual se presume, pues existe la presunción jurídica de conocimiento de la ley de forma universal, como una manifestación de Seguridad Jurídica) y el conocimiento de cuándo se da el caso regulado por ella. Cfr. Jakobs, *El sistema de Conocimiento y Desconocimiento de la Norma en Problemas capitales del derecho penal moderno*, Libro Homenaje a Hans Welzel, hammurabi, José Luis Depalma/Editor 1998, p 59.
- (17) Esto es un contrasentido, puesto que por su naturaleza, en el proceso abreviado pretende que se busque un trámite acelerado a través de un mero esquema, prescindiendo del aspecto dialéctico en virtud de una situación particular que lo permita, *sin menoscabar garantías constitucionales...* Sáenz, p. 816. El resaltado no es del original.
- (18) Como si lo es en el caso de la suspensión del proceso a prueba.

la solicitud de un proceso abreviado, cuando el hecho es atípico o media una causa de justificación o exculpación. En esos supuestos, con proceso abreviado o sin él, si la causal es procedente y debe ser alegada, en caso de no hacerse, el proceso abreviado en nada beneficia al imputado, pues eso solo puede suceder por un error judicial en virtud del principio de iura novit curia,⁽¹⁹⁾ ya que el juez debió advertir en su caso que el hecho no era típico, o la existencia de la causa de justificación o exculpación, aun y cuando ni el defensor o el Ministerio Público la hubieren apuntado.⁽²⁰⁾

¿Tendrá algún sentido la admisión del hecho para la aplicación del proceso abreviado? De nuevo la respuesta es no. La razón de ser de un proceso abreviado, radica en la simplicidad del caso que se pretende juzgar.⁽²¹⁾ Así las cosas, no se puede supeditar la tramitación de un asunto a la aceptación del imputado⁽²²⁾ del hecho atribuido, pues eso no es simplicidad, sino más bien una fórmula simplista que pretende traspasar la obligación de demostrar la culpabilidad del Estado (art. 39 de la Constitución Política) al imputado,⁽²³⁾ a cambio de la "posibilidad de que se le reduzca la pena en un tercio del mínimo según el tipo aplicable". Es decir, simple y llanamente se le invita a confesar, no se le garantiza una

(19) Citado como principio universal por Chinchilla, p. 99.

(20) Claro dejaría mucho que decir el defensor o representante del Ministerio Público que dejara pasar inadvertidas semejantes circunstancias, puesto que señalarlas les es obligatorio en virtud del rol que desempeñan y el supuesto conocimiento jurídico que se les atribuye.

(21) Lo anterior es aún más claro, si se toma en cuenta que el CoPP contempla un procedimiento especial para asuntos de tramitación compleja, art. 376 y siguientes.

(22) No es válido el señalar que se trata de una confesión in limine, en este aspecto me remito a lo expuesto supra, al tratar el tema de la admisión del hecho en la suspensión del procedimiento a prueba y la posterior reanudación del procedimiento por inobservancia del probado, en relación con los requisitos establecidos en la prueba. *positivo*

(23) No debe perderse de vista, que el artículo constitucional señala como requisito para la imposición de una pena, la obligación por parte del Juzgador y por ende el Estado, de "la necesaria demostración de culpabilidad". Misma obligación contenida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 2.

valoración objetiva de su confesión, pues la misma no tiene ningún valor probatorio en su contra,⁽²⁴⁾ tampoco se le garantiza una tramitación abreviada y por último, su solicitud debe ser avalada por el Ministerio Público o Querellante pues debe mediar acusación.⁽²⁵⁾

El problema fundamental radica en el hecho de que la confesión misma, o admisión del hecho como el Código la denomina, por sí misma y de manera aislada, no puede ser el elemento que dé pie a una sentencia condenatoria, pues se requieren, de acuerdo con nuestra jurisprudencia, otros elementos probatorios, que unidos a la confesión puedan dar sustento a la condena e incluso, que esos elementos (sin la confesión) constituyan elementos de prueba suficientes. Con ello, no se puede más que admitir, que la confesión está demás y no tiene mayor sentido, yo lo veo como un engaño al imputado, es una confesión a cambio de nada concreto, sino que conserva por ello una mera expectativa de recibir un beneficio pero sin ninguna garantía. Incluso, se le pide que admita el hecho que se le atribuirá, pues es posible solicitar el proceso abreviado sin que medie acusación, es decir, confesar a ciegas (ver art. 374 CoPP).

La posibilidad otorgada al imputado de recurrir en Casación, deja la duda de si la sentencia puede serle perjudicial, de otra forma sería para el imputado irrecorrible por ausencia de gravamen.⁽²⁶⁾ Surge entonces la interrogante, de que si el imputado confiesa el hecho, por la sencillez del mismo, se somete a un proceso abreviado, la pena no puede superar la solicitada por los acusadores, y en principio, los derechos de la víctima quedan salvaguardados (aunque de manera parcial), pues su criterio no es vinculante para la ejecución del procedimiento (ver art. 374 y 375

(24) El dicho del acusado no es un medio de prueba que de manera individual y por sí mismo, de manera aislada, pueda ser suficiente para dar sustento a la culpabilidad del acusado, más bien es considerado un medio de defensa. Así el Voto 2758-95 tanto como el voto 2581-93 ambos de la Sala Constitucional. En cuanto a la necesaria demostración de culpabilidad del imputado ver votos 1439-92 y 1739-92 también de la Sala Constitucional.

(25) Aunque, al igual que la suspensión del procedimiento a prueba, procede la solicitud antes de que se plantee la acusación penal. Cfr. art. 374 CoPP.

(26) ...no debe perderse de vista que el límite del derecho a recurrir lo establece el *interés* del recurrente respecto a la necesidad de salvar un agravio, al contrario, "donde no existe agravio el recurso no procede" (SALA TERCERA, Nº 233 F de las 15:20 horas del 19 de noviembre de 1985). Así, la Sala en forma reiterada ha mantenido la tesis, aceptada por la doctrina, de que no obstante una nulidad sea de carácter absoluto, sólo

CoPP). ¿De dónde puede surgir la legitimación impugnatoria del imputado si carece de interés para impugnar? Tendríamos que admitir que el acordar el recurso de Casación para el imputado en este supuesto, no es más que un formalismo para cumplir con el requisito de impugnación de toda sentencia condenatoria, contemplado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no produce ningún efecto práctico, pues aun y cuando la sentencia adoleciera de vicios graves, por no causar ningún perjuicio al imputado, no sería recurrible.⁽²⁷⁾ No es válida la observación de Chinchilla, quien señala que el imputado puede arrepentirse una vez dictada la sentencia condenatoria y ejercer su derecho de impugnación, pues precisamente, al haber confesado el hecho pura y simplemente, la pena impuesta, que es en principio acordada e incluso puede ser reducida, no le infringe ningún gravamen y por lo tanto, su impugnación carece de interés.⁽²⁸⁾ Ese

debe declararse cuando su reconocimiento conlleva algún interés procesal (así, SALA TERCERA, V-182 F de las 10:40 horas del 1º de setiembre de 1989, V-330 F de las 9:00 horas del 9 de noviembre de 1990 y V-42 F de las 9:15 horas del 23 de enero de 1992). **Como consecuencia de lo anterior, para fundamentar debidamente un motivo de impugnación conforme al artículo 477 ibídem, sea por vicios in procedendo o in iudicando (artículo 471, incisos 1 y 2), debe precisarse el interés procesal que se tiene, condición de impugnabilidad subjetiva que se omite en el presente recurso, donde ni por asomo se invoca un posible agravio procesal o material para el impugnante, emergente de la resolución recurrida...** “Es evidente –dice la doctrina– que si no existe interés, tal cual lo aprecia la ley, la actividad impugnativa del sujeto carecería de un motivo que justifique una utilidad procesal y, como consecuencia, se entorpecería el normal desarrollo del proceso con una actividad inútil” (AYAN, Manuel: *Recursos en Materia Penal*, Editora Córdoba, Argentina, 1985, pág. 87).” SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. N° 177 de 9:25 hrs. del 22 de mayo de 1992.

- (27) Si se desea ampliar sobre el tema de la Legitimación Impugnatoria en el Recurso de Casación ver Salazar Rodríguez, Luis Alonso, *El Recurso de Casación Penal por el fondo* (Un análisis Jurisprudencial), Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica, 1994.
- (28) Queda a salvo el derecho de recurrir de las demás partes, en caso de que la pena impuesta sea reducida por el Juez en más de un tercio del mínimo aplicable, en caso de recalificación del hecho o en caso de que no se contemple en la sentencia el acuerdo reparatorio del daño.

supuesto sólo sería posible, si el imputado no confiesa, pues es ese caso, su alegato de inocencia, precisamente es el que le legitima para impugnar, pues a su saber y entender, la sentencia objetivamente lesiona sus intereses procesales.⁽²⁹⁾

Por otra parte pregunto, ¿cuál proceso penal, resulta complejo, si a quien se le imputa la acusación, admite llanamente el hecho? Debemos tomar en consideración que para formular la acusación, no basta con la simple manifestación del imputado, sino que otros elementos probatorios deben conducir a señalarlo como presunto responsable. Eso es tan simple de demostrar como el siguiente ejemplo: Una persona, se presenta ante la opinión pública (por no decir fiscal o juez penal) y afirma haber cometido un homicidio, explicando con lujo de detalles la forma en que perpetró el hecho, aporta incluso fotografías del cadáver y la ropas de la persona supuestamente asesinada, impregnadas de sangre (que no corresponde a la del confesante), pero, el cadáver nunca aparece. Se le podría condenar con solo esos elementos probatorios, o necesariamente se requiere de la comprobación de que el supuesto muerto alguna vez vivió y que fue, quien se dice asesino, quien lo mató? Pues bien, de la misma manera, si existe a la inversa un cadáver, y no se logra determinar de manera fácil el motivo del crimen, el instrumento u objeto por medio del cual se le lesionó hasta producir su muerte, la forma en la que llegó hasta el sitio en donde se halló, ni el presunto responsable, en principio, ese es un caso de tramitación compleja, pero si el imputado confiesa el hecho (¿en dónde está la complejidad?, ¿desapareció!).

Por ello, el que un proceso sea simple o no, no puede hacerse depender de la confesión por parte del imputado, sino más bien, de circunstancias objetivas por medio de las cuales su resolución resulte simple y por ese motivo no se requiera de una tramitación compleja.⁽³⁰⁾ De ahí, que la apuntada exigencia de aceptación del hecho, no es más que una inconstitucional obligación para el imputado, con el propósito de aliviar un poco la carga procesal que la Constitución Política le ha atribuido al Estado, como una garantía procesal para el acusado. En ese

(29) Cfr. Chinchilla, p. 104.

(30) Podemos decir que es una 'desviación' a la que se recurre para abandonar el *iter* ordinario, que resultaría inoperante por sus características **ante situaciones jurídicas cuya sencillez no exige un extenso trámite**, sino que más bien requiere de una suerte de 'tutela diferenciada'. Así Sáenz, p. 815. El destacado no es del original.

sentido, no debemos nunca olvidar las palabras de Franz von Litz quien denominó el Código Penal como "La Carta Magna del Delincuente".⁽³¹⁾

Esta formulación del Proceso Abreviado, por irracional, conduce al igual que ya se analizó supra, al sin sentido de afirmar que en caso de no prosperar el procedimiento y reenviarse el caso para el proceso común, la admisión de los hechos no puede considerarse como una confesión, aquí me remito a lo ya expuesto.

Claro que la obligación de declarar contra sí mismo es inconstitucional, no resulta inconstitucional que el imputado de manera voluntaria lo haga, desde luego eso es una facultad que el imputado puede utilizar si así lo de sea. El problema de inconstitucionalidad apuntado se ubica en la exigencia de esa declaración para hacerse acreedor de la aplicación de un proceso abreviado y la eventual reducción de la pena y no en el acto por sí mismo, lo otro sería negarle al imputado la posibilidad de confesar su ilícito y con ello expiar su culpa, lo cual es absolutamente irracional.

d) Inaplicabilidad de la Suspensión del Procedimiento a Prueba y el Proceso Abreviado

Finalmente, me resta solo hacer una observación y, es precisamente el problema de la aplicabilidad de los citados procedimientos, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 8 inciso 1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Dicha norma establece:

"Los funcionarios que administran justicia no podrán:

1. *Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitarios vigentes en el país."*

Así las cosas, el problema se centra en que los órganos que administran justicia, se encuentran imposibilitados de aplicar los citados procedimientos y, por el contrario, tienen la obligación jurídica de no aplicarlos. La objeción fundamental a este planteamiento se centra en el hecho, de que precisamente, ambos procedimientos son dos de los

(31) En este sentido puede consultarse Roxin, Claus. Strafrecht Allgemeiner Teil. 3. Auflage, 1997, § 5, I, Rdn. 3.

principales estandartes en defensa de la cuestionada nueva legislación procesal penal. Eso es una verdadera paradoja, por un lado los institutos de comentario son vistos por la práctica forense, la opinión pública y demás sectores involucrados en la administración de justicia, como mecanismos tendientes a descongestionar⁽³²⁾ y “humanizar”⁽³³⁾ el proceso, y por otro lado, las inconstitucionalidades apuntadas, por más que se quieran obviar, resultan evidentes. No queda más que admitir, que el yerro debe ser enmendado, la pregunta es cómo hacerlo, sin lesionar el de por sí lesionado prestigio de nuestro legislador y en los últimos años también cuestionado Poder Judicial. La respuesta es tan simple como el vicio.

e) **Propuesta de *lege ferenda***

Como alternativa a las apuntadas inconstitucionalidades de CoPP, existen dos soluciones: una la más sana y por supuesto la mejor, es que la Sala Constitucional declare inconstitucionales y por lo tanto inaplicables:

Art. 25 Copp:

“Para que el otorgamiento del beneficio será condición indispensable que el imputado admita el hecho que se atribuye”.⁽³⁴⁾

Art. 373 inciso a)

“El imputado admita el hecho que se le atribuye”.

Mientras la Sala no declare la inconstitucionalidad de dichas frases, corresponde a los órganos que administran justicia, en virtud de lo expuesto en el aparte d), inaplicar dichas frases y formular la consulta respectiva para que se proceda conforme con lo dicho, puesto que la Sala Constitucional no puede actuar de oficio.

(32) Cfr. con Sáenz, p. 812 ss. y Houed, p. 145 ss.

(33) Así Chinchilla, p. 97 ss.

(34) La frase que señala que “la admisión de los hechos no podrá considerarse como una confesión”, no puede ser declarada inconstitucional por que no lo es, sin embargo, una vez declarada la inconstitucionalidad apuntada, no tiene ningún sentido y se debe tener por no escrita.

**DOCUMENTOS PARA LA HISTORIA
DEL DERECHO COSTARRICENSE**

**EL PRIMER ABOGADO COSTARRICENSE
Y LA ULTIMA GRAN OBRA DOCTRINARIA
DEL DERECHO INDIANO**

Lic. Jorge Francisco Sáenz Carbonell
Profesor de Historia del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica
Abogado Costarricense

En Costa Rica no hubo abogados sino hasta principios del siglo XIX. En la época de los Austrias y los Borbones, la actividad forense estuvo en manos de personas con algún conocimiento del Derecho, que litigaban y se encargaban de negocios jurídicos, pero que no tenían formación académica en la materia.⁽¹⁾

Aunque nunca ejerció el Derecho en nuestro país, el primer abogado nacido en Costa Rica fue Don José María de la Cruz Zamora y Coronado, bautizado el 18 de julio de 1785 en la ciudad de Cartago. Fue el tercero de los ocho hijos de Don Romualdo Zamora y Flores y Doña Juana Rita de Coronado y San Martín de Soto, vecinos hidalgos de esa ciudad. Su padre era descendiente de una familia andaluza radicada en la Provincia de Costa Rica desde principios del siglo XVII⁽²⁾ y fue Escribano Público de la ciudad de Cartago,⁽³⁾ lo que tal vez contribuyó a que, años más tarde, germinase la vocación por el Derecho en Don José María. Dos de los hermanos de éste, Ramón Celedonio y Pedro Francisco, murieron en la infancia. De los demás, Don Juan Manuel fue sacerdote, Don José Julián casó con Juana González, Doña Irene casó en primeras nupcias con el genovés Don Carlos Bolio y Ridolfi y en segundas con el panameño Don Vicente Fábrega y Arroche, Doña Joaquina de Jesús casó con Don Ramón Jiménez y Robredo y fue la madre del Presidente Don Jesús Jiménez, y Doña María Cecilia permaneció soltera.⁽⁴⁾

En Costa Rica, no había ninguna posibilidad de cursar estudios superiores. En 1798, algunos años después de fallecido su padre, Don José María Zamora se trasladó a la ciudad de León de Nicaragua, capital de la Intendencia de su nombre, con el propósito de seguir los pasos de su hermano mayor Don Juan Manuel y hacerse sacerdote. En esa ciudad residió durante cuatro años en la casa del Obispo de Nicaragua y Costa Rica Monseñor don José Antonio de la Huerta Caso. En 1812, cuando el prelado murió, el joven ingresó en el Seminario Conciliar de San Ramón

(1) V. SAENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Historia del Derecho Costarricense*. San José, Editorial Juricentro, 1ª ed., 1997, p. 305.

(2) Sobre la familia Zamora, V. SANABRIA MARTINEZ, Víctor. *Genealogías de Cartago hasta 1850*. San José, Servicios Secretariales, 1ª ed., 1957, vol. VI, pp. 876-883.

(3) FERNANDEZ GUARDIA, Ricardo. *Cosas y gentes de antaño*. San José, EUNED, 1ª ed., 1981, p. 11.

(4) SANABRIA MARTINEZ, *op. cit.*, vol. VI, p. 881-882.

Nonato, y en 1804 partió a la Nueva Guatemala de la Asunción, capital del Reino, para recibirse de bachiller.⁽⁵⁾

En Guatemala, Don José María decidió abandonar los estudios sacerdotales e ingresó a la Universidad de San Carlos Borromeo con el propósito de cursar la carrera de leyes. En esa casa de estudios mereció elogios por su talento, su aplicación, y la seriedad de su conducta. Se graduó en 1809, con dispensa de edad (la mayoría se alcanzaba a los veinticinco años y él tenía solamente veinticuatro).⁽⁶⁾ Fue el primer costarricense que se graduó en la Universidad de San Carlos y también el primero que obtuvo el título de Licenciado en Leyes.⁽⁷⁾

Después de recibirse de abogado, Don José María solicitó pasaporte para viajar a España, con el propósito de continuar allá sus estudios, según se lo habían aconsejado los catedráticos de la Universidad de San Carlos, y obtener algún cargo público. Empero, al parecer su viaje también tenía el objetivo de realizar gestiones en favor de algunos adversarios del Capitán General de Guatemala Don Antonio González-Mollinedo y Saravia, entre ellos don Francisco Camacho, un oidor de la Real Audiencia que le había protegido y ayudado durante sus estudios.⁽⁸⁾

(Como consecuencia del caos creado a partir de 1808 por la invasión napoleónica a España y la cautividad del Rey Don Fernando VII en Francia, en diversos lugares de las Indias habían surgido movimientos dirigidos a deponer a los funcionarios de extracción peninsular y reemplazarlos por juntas de criollos, o al menos obtener mayor libertad política. En Guatemala, uno de esos primeros movimientos tuvo como protagonista al estudiante de medicina Don Pablo de Alvarado y Bonilla, coterráneo y coetáneo de Don José María Zamora, empezó a hacer circular una hoja volante titulada *El Hispano-Americano*. Las autoridades la consideraron sediciosa y el 15 de setiembre de 1808 Alvarado fue detenido en la Real Cárcel de Corte de Guatemala, donde pasó algunos meses).⁽⁹⁾

(5) FERNANDEZ GUARDIA, *op. cit.*, pp. 11-12.

(6) *Ibid.*, p. 12; SAENZ CARBONELL, *op. cit.*, p. 170.

(7) *Ibid.*, p. 307.

(8) FERNANDEZ GUARDIA, *op. cit.*, p. 12.

(9) *Ibid.*, pp. 1-2. Don Pablo de Alvarado fue el primer costarricense que se graduó de médico.

El Capitán General de Guatemala concedió el pasaporte al flamante licenciado Zamora, pero al mismo tiempo dirigió a la Secretaría de Gracia y Justicia un oficio reservado en la cual recomendaba incorporar a Zamora a las filas del ejército español, por considerarlo un elemento político peligroso “y con más estudio de enredos que de jurisprudencia”.⁽¹⁰⁾ Esto parece indicar que el joven se había asociado al pequeño grupo de liberales que en Guatemala defendían las ideas de la Ilustración. Sin embargo, el Licenciado Zamora se libró del reclutamiento, gracias a que unos corsarios atacaron la nave en que viajaba y lo hizo llegar a La Habana con sólo lo que llevaba puesto.⁽¹¹⁾

En Cuba, Don José María pronto dio testimonio de su talento para el Derecho e inició una distinguida carrera judicial. En Santa María de Puerto Príncipe (hoy Camagüey) casó con Doña María de los Angeles Quesada y Guerra, que le dio siete hijos,⁽¹²⁾ y ello posiblemente contribuyó a que se estableciese de modo permanente en tierra cubana.

Los costarricenses –quizá por medio de sus hermanos– estaban al tanto de los logros y méritos del Licenciado Zamora. En julio y octubre de 1810 el Ayuntamiento de Cartago lo incluyó en las ternas de la que por sorteo debía elegirse al Diputado por Costa Rica a las Cortes constituyentes de la Monarquía, pero el azar favoreció al presbítero Don José Nicolás Carrillo y Aguirre, quien declinó la designación, y más tarde al también sacerdote Don Florencio del Castillo Villagra. El 14 de marzo de 1814, en una votación popular efectuada también en Cartago, Don José María fue elegido como Diputado a las Cortes ordinarias para el período 1815-1817, pero no tuvo oportunidad de viajar a España y asumir la representación de Costa Rica, ya que en mayo de ese mismo año de 1814 el Rey Don Fernando VII disolvió las Cortes, declaró nula la Constitución de 1812 y estableció la Monarquía absoluta.⁽¹³⁾

En marzo de 1820 Don Fernando VII se vio obligado a poner nuevamente en vigor la Constitución de 1812, debido al pronunciamiento de Rafael de Riego y Núñez. El 21 de noviembre de ese año, después de haber jurado la Carta fundamental, Costa Rica designó otra vez como Diputado a Cortes a Don José María Zamora, para el período 1820-1822.⁽¹⁴⁾ Tampoco entonces pudo trasladarse a la península, al parecer

(10) *Ibid.*, p. 12.

(11) *Ibid.*, p. 13.

(12) *Ibid.*, p. 14; SANABRIA MARTINEZ, *op. cit.*, vol. VI, p. 882-883.

(13) V. SAENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Don Joaquín de Oreamuno y Muñoz de la Trinidad*. San José, EUNED, 1ª ed., 1994, pp. 65-66 y 91-92.

(14) *Ibid.*, p. 111.

porque Costa Rica no disponía de fondos para sufragar su viaje y su estadía en Madrid, y en todo caso el asunto perdió todo interés desde que se declaró la independencia de Nicaragua y Costa Rica de España el 11 de octubre de 1821.⁽¹⁵⁾

Don José María permaneció en Cuba, donde desempeñó altos cargos de diversa índole. Para 1822 ya era individuo honorario del Consejo de Su Majestad en Puerto Príncipe, y en 1838 fue nombrado Director de la Real Sociedad Económica de La Habana.⁽¹⁶⁾ Contribuyó notablemente a la reorganización del sistema hacendario cubano y fue miembro del Tribunal Mayor de Cuentas y ministro togado honorario del Consejo de Hacienda.⁽¹⁷⁾

En 1846 Don José María fue promovido al cargo más elevado de la jerarquía judicial cubana nombrado, el de Regente de la Audiencia Pretorial de La Habana.⁽¹⁸⁾ En 1849 hubo de trasladarse a Madrid, por haber sido designado como Vocal de la Junta Suprema de Disciplina y Arreglo de Tribunales del Reino.⁽¹⁹⁾ Al año siguiente tuvo oportunidad de conocer en la capital española al primer Ministro Plenipotenciario de Costa Rica en Europa, Don Felipe Molina y Bedoya, y de colaborar con sus gestiones para que España reconociese la independencia costarricense y se suscribiese entre ambos países un tratado de amistad, comercio y navegación. Para entonces, según informó Molina a la Cancillería de Costa Rica, el Licenciado Zamora se hallaba ya achacoso y preparando su retorno a Cuba.⁽²⁰⁾ Sin embargo, posiblemente por motivos de salud, permaneció en España, y murió en Madrid en 1852, a los 67 años de edad.⁽²¹⁾

(15) *Ibid.*, p. 120.

(16) V. *Enciclopedia Universal Europeo-Americana*. Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 1ª ed., 1905-1930, vol. LXX, p. 951.

(17) *Ibid.*, ZAMORA Y CORONADO, José María. *Biblioteca de Legislación Ultramarina*. Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1844-1849, vol. I., p. 1.

(18) V. *Enciclopedia Universal Europeo-Americana*. Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 1ª ed., 1905-1930, vol. LXX, p. 951.

(19) FERNANDEZ GUARDIA, *op. cit.*, p. 14.

(20) V. OBREGON QUESADA, Clotilde. *Felipe Molina Bedoya. Correspondencia diplomática*, en Revista del Archivo Nacional, Números 1-12, 1989, pp. 118-199 y 121-130.

(21) V. *Enciclopedia Universal Europeo-Americana*. Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 1ª ed., 1905-1930, vol. LXX, p. 951.

Don José María Zamora escribió varias obras sobre temas forenses. Una de ellas, publicada en Madrid en 1840, fue un diccionario de la legislación vigente en Cuba y otras dependencias españolas, denominado *Registro de la legislación ultramarina*,⁽²²⁾ que después corrigió y mejoró para convertirlo en una obra mucho más vasta e importante, titulada *Biblioteca de Legislación Ultramarina*, que dedicó al Conde de Villanueva Don Claudio Martínez de Pinillos, Superintendente General delegado de Hacienda de Cuba. Esta enciclopedia jurídica fue publicada en Madrid en seis tomos y un suplemento entre 1844 y 1849.⁽²³⁾

La *Biblioteca de Legislación Ultramarina* fue la última gran obra doctrinaria del Derecho indiano. En ella se encuentran resumidas o al menos citadas las principales normas de las leyes de Indias, con numerosos comentarios y anotaciones de Don José María, junto con datos económicos y estadísticos. Para la época en que se publicó, todavía la normativa indiana conservaba el carácter de Derecho positivo en Cuba, Puerto Rico, y las islas Filipinas, Marianas y Carolinas, que continuaban bajo la autoridad española, englobadas bajo el dictado de provincias ultramarinas. La obra mereció muchos elogios, y mediante una Real Orden de 19 de enero de 1844 se dispuso remitirla a los Gobernadores, Capitanes Generales e Intendentes de Ultramar.⁽²⁴⁾

Aun cuando el Licenciado Zamora nunca regresó a Costa Rica, se mantuvo en contacto con sus familiares y conservó siempre un gran afecto por su tierra natal. Los costarricenses también le profesaron un gran respeto, como lo demuestra el hecho de que dos veces lo eligieran como Diputado a Cortes. En 1815 Don Felipe Molina escribió:

“La historia del señor Zamora es uno de aquellos ejemplos notables de lo mucho que el talento puede alcanzar, cuando está unido con la integridad, con una conducta intachable y con el amor al trabajo. Partiendo de humildes principios y sin el auxilio de un gran patrimonio, de relaciones de familia ni de protectores poderosos, él ha sabido labrarse una brillante carrera a fuerza de mérito y honradez, ha sabido triunfar de contratiempos que tal vez a otros habrían desalentado, hasta colocarse entre las primeras notabilidades de la toga española”.⁽²⁵⁾

(22) *Ibid.*

(23) ZAMORA Y CORONADO, José María. *Biblioteca de Legislación Ultramarina*. Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1844-1849, vol. I., p. 3.

(24) ZAMORA Y CORONADO, José María. *Biblioteca de Legislación Ultramarina*. Madrid, Imprenta de Alegría y Charlain, 1844-1849, vol. I., p. 13.

(25) FERNANDEZ GUARDIA, *op. cit.*, p. 13.

Reseñas bibliográficas a cargo de Jorge Enrique Romero Pérez

Haba, Enrique Pedro. *Pedagogismo y "mala fe"* (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., -IJSA-, 1995, 246 páginas).

En la *Presentación*, el Dr. Haba nos indica que los ensayos que componen este libro fueron escritos en oportunidades diversas y respondiendo a distintos motivos. Apuntan todos ellos a la idea central: subrayar que el recurso a ciertos "métodos" (metodologismo) en las disciplinas sobre lo humano constituye un expediente del engaño y de autoengaño, para justificar que se aparte la vista de las cuestiones *verdaderamente* acuciantes, y de la responsabilidad personal que a cada quien le cabe según el mismo haga o deje de allí. Son formas de *escapismo*. Son recursos de "mala fe", como lo señaló Sartre (págs. 19 y 20).

El *metodologismo* es una especie de degeneración o engaño acerca del papel y las posibilidades que tiene la utilización de métodos científicos, especialmente, para el ámbito de las ciencias sociales. Este engaño consiste en la cándida creencia de que todo marchará bien con sólo aplicar el "método". El *metodologismo* es la presentación supersticiosa de la metodología, la versión mágico infantilista sobre las posibilidades de los métodos para las ciencias sociales en general (págs. 32 a 40).

El *contenido* de este sugestivo, rico y polémico libro es el siguiente:

- *Del metodologismo al pedagogismo*
Tres discursos universitarios y la retórica de los "objetivos"
Hazañas de la fantasía curricular y presuposiciones burocráticas
- *Cómo ejercitar el título de "experto" en hacer enseñar mal y menos*
- *De la enseñanza universitaria a la ética profesional*

En la *conclusión*, este jurista afirma que el *metodologismo* en general constituye una salida típica del escapismo en discursos de las ciencias sociales. Así el pedagogismo, que es otra aplicación más de ese *metodologismo*, significa evadir la atención de los verdaderos problemas que afrontan las instituciones de enseñanza costaricense (pág. 245).

Este libro es una profunda e importante reflexión sobre la educación en ciencias sociales, incluyendo –por supuesto– al Derecho. Su lectura es obligada para todos aquellos que son actores dentro del campo de estas ciencias, no solo por los efectos negativos de ese metodologismo; sino, además, por la relevancia que tiene la formación de profesionales en esa área del conocimiento humano.

Hernández, Rubén et al. **Temas claves de la Constitución Política**. (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA. 1999, 604 páginas).

Este valioso e importante libro colectivo está dedicado al jurista Dr. Carlos José Gutiérrez (1927-1999), a la vez que un ensayo suyo (*La Constitución 50 años después*) inicia la educadora tarea de leer y estudiar esta obra.

Este libro nos presenta 18 ensayos escritos por especialistas en cada uno de los respectivos campos de análisis y recoge las intervenciones realizadas en tres mesas redondas.

Los temas expuestos abarcan una gama de aspectos como división de poderes (Rubén Hernández), principios presupuestarios (Adrián Vargas), control parlamentario (Hugo A. Muñoz), derecho parlamentario (Luz M. Ramírez), derecho a la educación (Mario Granados), sistema penal (Luis Paulino Mora), principio de legalidad (Gilbert Armijo), libertad de expresión (Enrique Villalobos), medio ambiente (Rafael González), jurisdicción contencioso administrativa (Manrique Jiménez), empleo público (Mauro Murillo), derecho a la información (Alfredo Chirino), derecho de propiedad (Eduardo Sancho), derecho administrativo (Susana Castro), publicación (Antonio D' Atena), valor constitucional (Antonio D' Atena), derecho agrario (Ricardo Zeledón).

Cabalmente se publica cuando se celebran los 50 años de nuestra Carta Magna. Esta obra es de consulta necesaria y pertinente para entender y conocer esa área fundamental del Derecho Constitucional, como teoría y praxis.

- o -

Carazo, Ana Elena y Nancy Hernández López. **El cierre de negocios en el ordenamiento jurídico**. (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 1999; 367 páginas).

El Dr. Adrián Torrealba, en el *Prólogo*, nos dice que esta obra es el fructífero resultado de combinar teoría y práctica. El lector encontrará una exhaustiva sistematización de jurisprudencia sobre el cierre de negocios, referencias doctrinales adecuadas y bien dosificadas, un correcto y preciso uso de los conceptos tributarios y una lograda reflexión crítica de lo que ahora ha sido el "caballo de batalla" de la administración tributaria costarricense en materia sancionatoria (pág. 15).

Su contenido es el siguiente:

- Introducción
- Evolución histórica
- Bien jurídico tutelado

- Elementos del tipo
- Análisis de las causales
- Análisis constitucional de la sanción de cierre de negocios
- ¿Existe discrecionalidad en la aplicación de la sanción de cierre de negocios?
- ¿Es la sanción de cierre de negocios eficiente?
- Procedimiento de aplicación
- Responsabilidad subjetiva y causas eximentes de responsabilidad
- Análisis de la modificación a la sanción del cierre de negocios, contenida en el “proyecto de modificación al Código de normas y procedimientos tributarios”
- Conclusión
- Bibliografía
- Anexo: jurisprudencia constitucional y del Tribunal Fiscal Administrativo

Es un libro que requiere ser estudiado en este contexto costarricense en el cual el “cierre de negocios” es un tema polémico.

- o -

Llobet Rodríguez, Javier. **La prisión preventiva** (en el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de justicia penal juvenil) (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 1999, 367 páginas).

El Dr. Llobet Rodríguez nos indica que luego de la buena acogida que tuvo la primera edición de este libro, publicada en marzo de 1997, cuando aún no había entrado en vigencia el Código Procesal Penal de 1996, se realiza aquí la segunda edición del libro. El cambio más importante en relación con la edición anterior es la referencia que se hace ahora a la detención provisional en el Derecho penal juvenil (pág. 19).

El *contenido* de esta excelente obra es:

- Aspectos generales
- La presunción de inocencia como límite a la prisión preventiva
- Requisitos de la prisión preventiva
- Requisitos formales, revisión y recursos
- Duración de la prisión preventiva
- Sustitutos de la prisión preventiva
- Apéndice: documentos relativos a la prisión preventiva
- Bibliografía

El autor señala que el balance general del proceso iniciado con la creación de la Sala Constitucional y continuado con la reforma a la prisión preventiva de 1993 y con el nuevo Código Procesal Penal, debe estimarse como positivo. Así los porcentajes de presos preventivos en Costa Rica, son razonables, tomando en consideración los porcentajes en diversos países latinoamericanos e incluso europeos (pág. 25).

Bien nos indica el Dr. Llobet que para la realización de la investigación se ha utilizado fundamentalmente la doctrina latinoamericana y alemana (pág. 30).

– o –

Ulate Chacón, Enrique. **Tratado de Derecho Procesal Agrario** (San José: Editorial Guayacán, 1999, T. I, 514 páginas).

Esta obra se fundamenta en gran parte de su contenido en el análisis y citas de criterios emanados de la jurisprudencia agraria de la Sala Primera de Casación, de la Sala Constitucional y del Tribunal Agrario. En efecto, afirma su autor, se ha revisado la jurisprudencia desde 1990 hasta los criterios más recientes de enero de 1999 (pág. xxviii).

Su valioso *contenido* es

- Prólogo (profesor Sergio Artavia)
- Introducción
- Derecho y proceso agrario
- Evolución del proceso agrario comparado en América Latina
- Jurisdicción y competencia agraria
- Competencia agraria específica
- Organos de la jurisdicción agraria
- Las partes en el proceso agrario
- Principios del proceso agrario
- Conciliación agraria y otras formas alternas
- Medidas cautelares en el proceso agrario
- Bibliografía

Cada tema agota los mejores aportes de la doctrina, legislación y jurisdicción agraria, proyectando el Derecho procesal agrario como el instrumento idóneo para la solución de las controversias agrarias y agroambientales, como una garantía para el desarrollo sostenible y la paz social.

Esta obra ganó el Premio Nacional en categoría Libro no ubicable, 1999.

¡Felicitaciones!

– o –

Jiménez Meza, Manrique. **Justicia constitucional y administrativa** (San José: Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., IJSA, 1999, 317 páginas).

El Dr. Jiménez, en la Introducción nos indica que espera dar un aporte sustancial para la doctrina como para el ejercicio práctico de la profesión, con la interpretación y aplicación del Derecho escrito y no escrito. Y poder así, brindar cierto aporte a la ciencia jurídica, con el compromiso de fidelidad a los valores de la democracia y a su régimen de libertad y participación ciudadanas (pág. 8).

El *contenido* de esta importante obra es a saber:

- Los conflictos de competencia interorgánicos
- Los nuevos lineamientos para la potestad sancionatoria administrativa
- La interpretación extensiva del silencio positivo y la dimensión jurídica de las concesiones, autorizaciones y aprobaciones administrativas
- El derecho subjetivo público de la acción procesal y su relación con la acción popular y la "class action"
- El Estado democrático social de derecho y la potestad reglamentaria
- Conclusión

Sin duda, este libro es una contribución relevante en el terreno del Derecho Público costarricense.

- o -

Jinesta Lobo, Ernesto. ***La dimensión constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa*** (San José: Editorial Guayacán, 1999, 216 páginas).

En el *Prólogo*, su autor nos expresa que la presente obra recoge una serie de artículos monográficos reelaborados y repensados en los que el hilo conductor de los mismos es la preocupación constante y confesa de adecuar el diseño legislativo de la jurisdicción contencioso-administrativa al parámetro constitucional (pág. 15).

El sugestivo *contenido* de este libro nos muestra estos temas:

- El control jurisdiccional de la Administración Pública: su diseño constitucional
- Análisis crítico de la evolución constitucional, legislativa y jurisprudencial de la jurisdicción contencioso-administrativa: la necesidad urgente de su reforma
- El ámbito y las pretensiones de la jurisdicción contencioso-administrativa: la necesidad urgente de su reforma
- La dudosa constitucionalidad del emplazamiento por edictos a los codemandados en el proceso contencioso-administrativo: la necesidad de su reforma
- La caducidad del proceso contencioso-administrativo: su desarrollo en la jurisprudencia de la Sala de Casación
- La tutela jurisdiccional contra las vías de hecho o las simples actuaciones materiales de la Administración Pública: la desmitificación del interdicto por vías de hecho

- Últimas orientaciones jurisprudenciales y doctrinales en materia de suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnada en el contencioso-administrativo
- Las medidas cautelares atípicas en el proceso contencioso-administrativo
- La interpretación y aplicación directas del derecho de la Constitución por el juez ordinario
- El impacto de la jurisprudencia constitucional en la jurisdicción contencioso-administrativa

La Constitución Política apostó por una jurisdicción contencioso-administrativa, plenaria y subjetiva en la que se iban a controlar todas las formas de manifestación de la función administrativa, sin embargo, el legislador –inexplicablemente– consagró una jurisdicción predominantemente objetiva y revisora inspirada en el modelo impugnatorio-anulatorio francés en su versión española. Esta temática queda bien expuesta en este importante libro.

- o -

Llobet Rodríguez, Javier. **Garantías y sistema penal.** *Releyendo hoy a César Beccaria* (San José: Ediciones Jurídicas Areté, 1999, 295 páginas).

En la *Introducción*, el autor nos expresa que el presente libro se enmarca dentro de la tendencia hacia el rescate de las enseñanzas de la doctrina de la Ilustración, ello a partir del principal representante de la misma en materia penal: Cesare Beccaria, de modo que se llegue a un Derecho Penal reducido al mínimo y garante de los derechos fundamentales en materia penal y procesal penal (pág. 31).

Su bien estructurado *contenido* nos muestra estos aspectos:

- Introducción
- Beccaria y su obra “De los delitos y de las penas”
- Ideas políticas fundamentales del sistema penal propuesto por Beccaria y sistema político actual
- Garantías de derecho penal sustantivo en Beccaria y su actualidad
- Garantías procesales en Beccaria y su actualidad
- Conclusiones
- Bibliografía

Si se quiere caracterizar la obra de Beccaria –indica el Dr. Llobet– habría que hacerlo más por su humanitarismo que por su utilitarismo (pág. 254). Efectivamente, se habla hoy del rescate del pensamiento de Beccaria y del de la Ilustración para lograr un derecho Penal conforme al principio de última ratio y que garantice los derechos fundamentales del imputado, ello frente a las nuevas tendencias del Derecho Penal máximo o moderno. No se

trata de trasplantar hoy el pensamiento de Beccaria, sino más bien de tomar la dirección hacia dónde iba el mismo, o sea la restricción del poder punitivo del Estado con base en postulados humanistas, en última instancia derivados del principio de dignidad de la persona humana (pág. 256).

- o -

Castro Lobo, Manuel. ***Derechos de autor y conexos en Costa Rica*** (San José: Editorial Alma Máter, 1999, 243 páginas).

En la *Introducción*, el autor nos dice que los campos que se contemplan en esta obra, además de la doctrina, son los de la legislación nacional, los tratados y convenios internacionales y el derecho comparado. En el terreno jurisprudencial es muy poco lo que existe, debido, principalmente a la novedad de la vigente Ley de los derechos de autor y derechos conexos, y a que los denominados “derechos conexos” son de muy reciente creación (pág. 16).

El fértil *contenido* de esta obra presenta estos temas:

- Introducción
- Los derechos de autor
- Evolución de la normativa sobre los derechos de autor en Costa Rica
- Los derechos conexos
- Aspectos fundamentales de nuestra Ley de derechos de autor y derechos conexos
- El Registro Nacional de derechos de autor y derechos conexos
- Sanciones y procedimientos penales y civiles
- La producción musical
- La sociedad de gestión colectiva
- Conclusiones
- Bibliografía

En sus *conclusiones*, el profesor Castro Lobo, señala que la única forma en que los autores y los titulares de los llamados derechos conexos puedan defender efectivamente sus derechos, es uniéndose y organizándose (pág. 224). Precizando que la apatía de los autores solo será vencida cuando vean los frutos de las sociedades autorales, pero éstas sólo darán sus frutos cuando exista una verdadera reciprocidad entre todas ellas (pág. 225).

Esta valiosa obra viene a enriquecer el conocimiento y la comprensión de esta rama moderna del Derecho.

- o -

Montero Piña, Fernando. **Obligaciones** (San José: Mundo Gráfico, 1999, 362 páginas).

En el *Prefacio*, de este importante libro, el *Dr. Víctor Pérez Vargas* señala que hace mucho tiempo no presenciábamos, en el ámbito del Derecho de las Obligaciones, la aparición de una obra jurídica, como la que nos ofrece el profesor Lic. Fernando Montero Piña; ella es el fruto de un esfuerzo continuado durante muchos años en la cotidiana labor de preparación de lecciones y de una brillante trayectoria académica, nacional e internacional, así como profesional del autor, de la cual he sido testigo (pág. VII).

A su vez, el Profesor Montero nos informa en la *Presentación* que desde el punto de vista sistemático la estructura del Código Civil es científicamente deficiente y anticuada. El orden normativo no tiene lógica. No se encarga de las obligaciones derivadas de la culpa extracontractual, dejándolas al derecho de los contratos, lo que resulta un sinsentido (pág. XII).

El contenido de esta valiosa obra es:

- Generalidades
- Fuentes
- El plazo
- Clases de obligaciones
- Garantías convencionales
- Garantías legales
- El cumplimiento y sus modalidades
- Otras causas de extinción de obligaciones
- El incumplimiento
- Responsabilidad civil extracontractual
- El daño moral
- Bibliografía

INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i>	8
Ensayos:	
El marco legal internacional de regulación de los riesgos biotecnológicos <i>Máster Vanessa Retana Barrantes</i>	9
Derecho urbanístico, derecho ambiental y la técnica autorizatoria <i>Dr. Virgilio F. Calvo Murillo</i>	61
La fiscalización superior de la hacienda pública como garantía de los habitantes <i>Máster Ronald Hidalgo Cuadra</i>	71
Contratación pública internacional <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i>	97
Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado: un problema de constitucionalidad <i>Lic. Alonso Salazar</i>	131
Documentos para la historia del derecho costarricense <i>Lic. Jorge Francisco Sáenz Carbonell</i>	147
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i>	155