

Director y Editor

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez*

Dr. Fernando Morán Alvarado  
Dr. Roberto Iglesias López

FOR LA FACULTAD DE DERECHO

Dr. María Antonia Sáenz Barrantes (Ecuador)  
Dr. Víctor Pineda Vargas  
Dr. Rodrigo Gutiérrez Hiraldo

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

REVISTA  
DE  
CIENCIAS JURIDICAS

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

74

(1963-1993)

30 años

SAN JOSE, COSTA RICA  
1993  
ENERO-ABRIL

**JUNTA DIRECTIVA DEL  
COLEGIO DE ABOGADOS**

1994

**Presidente:**

**Dr. Francisco Morera Alfaro**

**Vicepresidente:**

**Dr. Roberto Iglesias Mora**

**Secretaria:**

**Lic. Francisco Dall Anese Ruiz**

**Prosecretario:**

**Lic. Federico Sáenz de Mendiola**

**Fiscal:**

**Licda. Carmen Aguilar Mora**

**Tesorero:**

**Lic. Benjamín Odio Chan**

**Vocal 1:**

**Lic. Alvaro Dengo Solera**

**Vocal 2:**

**Lic. Mariano Núñez Olivares**

**Vocal 3:**

**Lic. Rolando Chacón Murillo**

**Vocal 4:**

**Lic. Gerardo Mora Salas**

**Vocal 5:**

**Lic. Carlos Alvarado Hernández**

**AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS**

**Rector:**

**Luis Garita Bonilla**

**Directora Consejo Universitario:**

**Dra. Alicia Gurdíán Fernández**

**Vice-Rectora de Docencia**

**Dra. Yolanda Rojas Rodríguez**

**Vice-Rector de Investigación**

**Dr. Carlos Quesada Mateo**

**Vice-Rector de Acción Social:**

**Máster Ana Teresa Álvarez Hernández**

**Vice-Rector de Vida Estudiantil**

**Dr. Carlos Alfaro Lara**

**Vice-Rector de Administración**

**Máster Carlos Serrano Rodríguez**

**Decana Facultad de Derecho:**

**Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo**

**Vice-Decano Facultad de Derecho**

**Lic. Jorge Enrique Amador Madriz**

**Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:**

**Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza**

**Decano Sistema de Estudios de Posgrado:**

**Dr. Luis Camacho Naranjo**

**Coordinador de la Comisión Editorial:**

**Ing. Mario Murillo Rodríguez**

## PRESENTACION

En este número 74 con el cual se llega a los 30 años de vida de la revista, se publican ensayos relativos al Derecho Constitucional, ecológico, de autor y tecnológico, cerrando con el Derecho Económico Internacional.

*El director y editor*

## EL PODER CONSERVADOR: INICIO DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN COSTA RICA

*Dr. Carlos José Gutiérrez*

*A Agustín Gutiérrez de Lizaurzabal, por el placer del segundo encuentro.*

*A Federico Gutiérrez Góngora, por su fructífero rescate de documentos primarios del inicio de nuestra vida republicana.*

## 1. Nota familiar

En 1963 me llamaron poderosamente la atención los artículos 7, 8 y 9, de la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica, dado que el primero expresaba que las finalidades de la ley son la utilidad y la justicia; el segundo afirmaba que la ley injusta no es ley; y el tercero declaraba el derecho de resistencia a la opresión.<sup>(1)</sup> Todo ello presentaba un enigma muy atractivo, para un profesor de Filosofía del Derecho, con gran interés y afición por el Derecho Constitucional. La curiosidad me llevó al estudio de dichas disposiciones y a la búsqueda de su autor o autores entre los constituyentes de 1825. Dos años después llegué a una certeza, que me produjo la emoción de descubrir intereses comunes con una diferencia de cuatro generaciones: el redactor de esos artículos resultaba ser el primer Presidente del Congreso Constituyente, Presidente de la Comisión de Constitución y Legislación, en quien recayó la mayor tarea de redacción del proyecto, don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal, uno de mis tatarabuelos.<sup>(2)</sup>

Años después, mi primo Federico Gutiérrez Góngora discutió conmigo los frutos, cada vez más voluminosos, de su tarea de rescatar la producción intelectual de nuestro común antepasado, para llegar finalmente a suministrarme una serie de dictámenes rendidos por él, durante el período en que fungió como miembro del Poder Conservador.<sup>(3)</sup> La lectura de ellos me resultó fascinante y se produjo en forma casi coetánea con la aparición del excelente artículo de Jorge Sáenz Carbonell sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica. Jorge Sáenz estima, en forma correcta, que esa historia debe dividirse en dos períodos: la época durante la cual el control es ejercido por

- (1) El texto de los artículos es el siguiente: Artículo 7.—“La Ley debe ser igual para todos y no puede prohibir, sino lo que es dañoso a la Sociedad ni mandar sino lo que sea útil y justo”. Artículo 8.—“Toda ley que viole los sagrados derechos del hombre y Ciudadano, declarados en los artículos precedentes, es injusta y no es Ley”. Artículo 9.—“La resistencia moral a la opresión es consiguiente a los derechos del hombre y del Ciudadano, y uno de sus más interesantes deberes”.
- (2) “Una Convergencia de Iusnaturalismos. El Sustrato Filosófico de Tres Artículos de la Constitución de 1825”. *Revista de Ciencias Jurídicas*. Universidad de Costa Rica., Facultad de Derecho, Noviembre de 1965. No. 6. Reproducido en *Lecturas Jurídicas*. Universidad de Chihuahua, México, No. 25, Octubre-Diciembre 1965, pp. 19-48.
- (3) GUTIERREZ LIZAUZABAL, Agustín: *Escritos*. Edición preparada por Gutiérrez, Federico. En proceso de publicación.

C.6  
570 N.º 11  
R (CENE/ABR)  
ANOTADO 05 OCT. 1994/3



órganos políticos y el tiempo posterior, cuando pasa a la vía jurisdiccional. En esta última, se dan dos etapas: una primera, de control difuso (1888-1937) y otra de ejercicio concentrado (1937 hasta la fecha).<sup>(4)</sup> Comienza el control político en el momento en que Costa Rica, todavía parte de uno de los reinos españoles, inicia su vida constitucional bajo la Carta de Cádiz en 1812. Al producirse la Independencia y crearse la República Federal de Centro América, dentro de su marco, se da en 1825 la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica. Esta, la cuarta de nuestras Constituciones rigió de 1825 a 1838, trece años, lo que la hace la tercera en duración de las Cartas fundamentales y aquélla bajo la cual dio sus primeros pasos el estado. En ese documento, bajo el nombre de Poder Conservador, se creó un órgano entre cuyas funciones se incluyó la de ejercer el control de constitucionalidad.

Me pareció importante un estudio del Poder Conservador, dado que las referencias a él en los distintos escritos sobre historia constitucional de Costa Rica no precisan su origen ni se refieren a su actividad, limitándose a comentar con algún desconcierto, la circunstancia de que no hubiéramos seguido el modelo constitucional norteamericano, inspirado en Montesquieu, y habláramos en aquel entonces de cuatro poderes, como hemos vuelto a hacer en la actual Constitución.<sup>(5)</sup>

## I. LA EXPLICACION

### 2. El Poder Conservador en la Ley Fundamental

El artículo 28 de la Ley Fundamental dispone que "El Supremo Poder del Estado estará siempre dividido en Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Conservador". Al Poder Conservador se dedica el capítulo 7 de la Ley, artículos 60 a 75, cuyas disposiciones pueden resumirse así:

a) Lo ejerce un Consejo compuesto de individuos electos popularmente y cuyo número no puede ser menor de tres ni mayor de cinco, que reside en

(4) SAENZ, Jorge: "Orígenes del Control de Constitucionalidad en Costa Rica (1812-1937)". *Revista de Derecho Constitucional*. No. 1, pp. 27-64, San José, C. R., 1991.  
(5) JIMENEZ, Mario Alberto. *Soberanía Externa y Relaciones entre Legislativo y Ejecutivo en nuestra Evolución Constitucional*. Publicado inicialmente como Tomo II de sus Obras Completas (Editorial Costa Rica, San José, 1962). Publicado luego por separado como *Desarrollo Constitucional de Costa Rica* (Editorial Costa Rica, San José, 1973). Hay en preparación una tercera edición hecha por Juricentro. Las citas de páginas corresponden a la primera edición.

la misma sede del Congreso, funciona bajo la presidencia del Segundo Jefe de Estado, se renueva cada dos años por mitades, y debe sesionar diariamente cuando el Congreso está en sesiones y dos veces por semana, si ello no es así;

b) Sus funciones son:

- 1) Dar o negar la sanción a todas las actuaciones del Congreso;
- 2) Velar por el cumplimiento de la Ley Fundamental y demás del Estado y dar cuenta al Congreso de las infracciones que advierta o se le informen;

c) Declarar si hay lugar a formación de causa contra altos funcionarios, y proponer candidatos para esos puestos;

d) Aconsejar al Poder Ejecutivo sin excepción alguna en todo aquello que éste le consulte;

e) Nombrar a su Secretario;y

f) Convocar al Congreso a sesiones extraordinarias.

De dichas funciones me interesa la indicada en el resumen anterior bajo el punto 2) del extremo b), sea el control de constitucionalidad. Hay que advertir que la Constitución Federal, al hablar de la organización de los Estados, establecía que ellos deberían tener en su estructura, "un Consejo Representativo, compuesto por representantes elegidos popularmente en razón de uno por cada sección o unidad del Estado", a quienes correspondería sancionar las leyes, aconsejar al Poder Ejecutivo, proponerle el nombramiento de funcionarios y cuidar de la conducta de estos (arts. 179 y 180). Pero no se llamaba a ese Consejo, Poder Conservador, ni se le encomendaba el control de constitucionalidad. Tampoco aparecían ni la denominación ni la función específica en las bases de la Constitución, que el Congreso Constituyente Centroamericano aprobó en 1823, ni en la Constitución salvadoreña, primera en promulgarse dentro del modelo inspirado en la Constitución de los Estados Unidos de América.<sup>(6)</sup> Se trata pues de una especial modalidad costarricense, cuyos antecedentes hay que buscarlos fuera del área.

Por otra parte, no puede ignorarse la preocupación del texto de 1825, con la observancia de la Constitución, dado que además de la encomienda específica al Poder Conservador que se hace en el artículo 68, inciso 2, se le señalaban atribuciones al Congreso, por el artículo 55, inciso 5, que coloca entre sus

(6) SAENZ, Jorge. *El Despertar Constitucional de Costa Rica*. (Libro Libre, San José, 1985), p. 284.

competencias: "Velar sobre el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares". También se prevé una acción popular, por el artículo 120 que dispone: "Todo Costarricense tiene derecho de reclamar ante el Congreso, ante el Jefe de Estado o ante el Consejo la observancia de la Ley Fundamental". Esa preocupación por la defensa de la Constitución, tomadas las dos últimas disposiciones de la Constitución de Cádiz,<sup>(7)</sup> son muestra del interés de los costarricenses de la época en construir un auténtico Estado de Derecho, que cabe unir a otros ya señalados, como la urgencia en 1821 de formular inmediatamente después de la Independencia, una primera constitución, el Pacto Social Fundamental Interino o Pacto de Concordia.<sup>(8)</sup>

### 3. El modelo centroamericano

La Constitución Federal centroamericana tuvo como modelos la de los Estados Unidos de América y la española de 1812, conocida corrientemente como Constitución de Cádiz.

De la Constitución norteamericana se copió la estructura del poder, dado que existió un Congreso, un Senado, un Presidente, así como una Corte Suprema de Justicia. Sin embargo, respecto al Senado se dieron sustanciales diferencias: éste, en la Constitución de los Estados Unidos, es una de las cámaras del Poder Legislativo, aunque ejerce función consultiva respecto a ciertos nombramientos que hace el Poder Ejecutivo y juzga a los altos funcionarios. En cambio, en Centro América, de conformidad con el artículo 55 de la Carta Federal, el Poder Legislativo residía en el Congreso. El Senado, de acuerdo con el artículo 77 *ibídem*, lo que hacía era sancionar las leyes, convocar al Congreso a sesiones extraordinarias, proponer el nombramiento de altos funcionarios y dar consejo al Poder Ejecutivo, tanto en materia de legislación como en cuestiones internacionales. Aunque el nombre fuera el mismo en la Constitución de los Estados Unidos y en la centroamericana, en realidad eran dos instituciones totalmente diferentes, cosa que ocurre con bastante frecuencia en las situaciones de "ley importada". La explicación en el caso concreto que me parece razonable es que los constituyentes centroamericanos tenían una clara intención de mantener el poder en manos de los Estados, para lo cual concibieron al Senado, como una Cámara de representación de ellos, la cual debía ejercer control sobre el Poder

(7) En cuyo texto forman los artículos 372 y 373.

(8) Me refiero a ella en "Una Convergencia", *op. cit.*, pp. 51-52.

Ejecutivo.<sup>(9)</sup> Buscaron debilitar a éste, para combatir la tradición de preponderancia del Gobernador en la administración colonial española, que pretendían impedir se mantuviera en la nueva era republicana, cosa en lo cual como es bien sabido, no tuvieron éxito.

Al exigir la Constitución centroamericana que la Carta Fundamental de los Estados debía incluir un Consejo Representativo, señalaron su criterio de que ellos debían tener una estructura similar a la federal. Pero nada se dijo de la figura costarricense, cuyas adiciones ya se han mencionado.

### 4. Opiniones escritas

Los autores que se han ocupado de nuestra historia constitucional no profundizaron sobre el Poder Conservador. Hernán Peralta<sup>(10)</sup> y Marco Tulio Zeledón<sup>(11)</sup> no le dan mayor importancia. Mario Alberto Jiménez sí lo discute en una forma amplia, al decir que, y vale la pena hacer una cita completa, "Antes de federarnos, teníamos ideas muy modestas sobre lo que podría ser nuestra maquinaria gubernamental, pero en esta Carta (la de 1825) resultaron insuficientes los tres poderes clásicos, y junto al Legislativo, Ejecutivo y Judicial, apareció un cuarto poder llamado "Conservador".

"El tal Poder Conservador, ¿era en verdad un poder distinto o no? En realidad era un Senado al estilo del de la Carta Federal y ya hemos visto que a éste se le considera en buena doctrina como algo distinto al Legislativo: un intermediario entre éste y el Ejecutivo; más bien, un Consejo de gobierno. Y tanto es así que al tal trebejo a veces se le designa también (arts. 71 al 75) precisamente con el nombre de Consejo. Y esto era lo correcto, porque lo que nosotros llamábamos el Conservador, era la institución que con el nombre de Consejo había previsto la Carta Federal, en sus artículos 179 y 180, como parte indispensable de la maquinaria política de cada uno de estos Estados. Por eso incurre en otro error el historiador Montúfar, cuando a propósito del comentario que le merecieron las bases para otra constitución nuestra, la que se dictó en el año 1844 después de los sucesos morazánicos y en la cual se insistía en revivir

(9) Mi artículo "La Constitución Norteamericana como Ley Importada". *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho; Colegio de Abogados. No. 61, Setiembre-Diciembre 1988, pp. 23-25.

(10) *Las Constituciones de Costa Rica* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962. "Estudio Preliminar".

(11) "Historia Constitucional de Costa Rica". En *Digesto Constitucional de Costa Rica* (Colegio de Abogados, San José, 1946) pp. 297-317.

el Poder Conservador, este historiador escribe: "Artículo 8 (del proyecto de bases). Introduce un cuarto Poder llamado Conservador. No es extraño. Entonces estaban en boga las doctrinas de Royer-Collard y de Benjamín Constant, que se diseminaron en toda la América Latina como grandes dogmas políticos para caer poco después con la monarquía de Luis Felipe".

"Lo que en esa ocasión hizo el constituyente costarricense fue simplemente inspirarse en la extinta carta federal: el nombre evocativo que le pusimos era lo de menos. También se le llamó Poder Moderador.

"No podemos decir de donde tomamos este nombre de Conservador, que quiere decir que conserva, esto es, que preservaba los principios y las instituciones.. Por eso su principal papel era el de celosa vestal de la Constitución: fiscalizaba todos los funcionarios públicos de rango, sin dejar por fuera ni al propio Jefe de Estado; sancionaba las leyes o las vetaba en caso contrario y "convocaba al Congreso, por si, cuando al Estado lo amenazaba algún peligro".<sup>(12)</sup>

He considerado necesario hacer esa cita en extenso, porque hay en ella una serie de elementos de distinto valor: en primer término, estoy de acuerdo con que el Poder Conservador es el Consejo Representativo que exige la Constitución Federal para cada uno de los Estados, como arriba queda dicho. En segundo, comparto la tesis de que su principal papel era el de servir "de celosa vestal de la Constitución". Pero los nombres dados, Poder Conservador o Poder Moderador, tienen importancia, dado que son los que nos permiten ubicar las influencias ejercidas y que son las señaladas por Lorenzo Montúfar, quien lejos de estar en error, ubica correctamente la fuente de la institución.

## 5. La fuente francesa

Hay una fuente clásica en el estudio del control de constitucionalidad en Europa. Es *La Defensa de la Constitución* de Carl Schmitt, publicada originalmente en 1931, como una reacción a la creación del Tribunal Constitucional austriaco, gracias al esfuerzo de Hans Kelsen.<sup>(13)</sup> Es una colección de artículos, que su autor subtítulo: "Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución".

La tesis básica de Schmitt es que ningún tribunal puede asumir la defensa de la Constitución; que ella debe estar en manos de un órgano político. Con esa

premisa, estudia los casos en que había existido un control de este tipo. Entre ellos, hay dos referencias concretas al Senado de la Constitución francesa de 1799. Dice así:

"En Francia misma, en la Constitución del año VIII (1799), aparece, un Senado como defensor (*conservateur*) de la Constitución. En este caso, también, semejante instituto precede inmediatamente a una reacción política, la de la época de Napoleón I. Por eso es doblemente interesante comprobar que el *Senat conservateur* no desempeñó su papel tutelar de la Constitución hasta la derrota militar de Napoleón, cuando por decreto de 3 de abril de 1814 declaró que Napoleón y su familia quedaban desposeídos del trono, por haber vulnerado la Constitución y los derechos del pueblo".<sup>(14)</sup>

Habla, en otra parte, de dos grupos de protectores de la Constitución, el primero de los cuales está formado por protectores unipersonales. Luego agrega: "La segunda clase se apoya en el modelo del Senado romano, que, con su misión dilatoria y conservadora fue un defensor auténtico de la Constitución romana y cuya autoridad—usamos aquella palabra en su sentido más cabal para distinguirla de potestas—debía sancionar los acuerdos del pueblo para impedir transgresiones del orden constitucional y de los compromisos internacionales. También este modelo siguió influyendo durante largo tiempo sobre el pensamiento constitucional de los pueblos europeos. Sobre él descansa la idea de erigir una segunda Cámara como defensora de la Constitución. Según la Constitución francesa del año VIII, art. 21, un *Senat conservateur* aprueba o anula todos los proyectos anticonstitucionales presentados por el Tribunado o el Gobierno... En la bibliografía política y constitucional de carácter teórico, siempre se ha mantenido vivo el modelo de un "Senado" defensor de la Constitución. Así en el escrito monarcómano más famoso, Junius Brutus, demanda un Senado para comprobar y vigilar la interpretación y ejecución de las Leyes por el Rey (se refiere a *Vindictae contra Tyrannos*)".<sup>(15)</sup>

Como puede verse, pese a que en Costa Rica y en Centro América se sigue a grandes rasgos la Constitución norteamericana, —donde el Senado juega un papel de balance entre los Estados grandes y los pequeños, gracias a que cada uno tiene dos senadores independientemente de su tamaño, frente a la Cámara de Representantes, cuyo número se divide proporcionalmente a la población,— el Poder Conservador costarricense se aproxima más al modelo de Senado francés, inspirado en la estructura romana.

El nombre alternativo de "Poder Moderador" permite llegar a la concepción original. A ese respecto, identifica Jorge Reinaldo Vanossi a su autor como:

(12) JIMENEZ, Mario Alberto; *op. cit.*, p. 85.

(13) Tecnos, Madrid, 1983.

(14) *Ibid.*, p. 28.

(15) *Ibid.*, p. 37.

“Un fino jurista francés, de origen protestante, nacido en Lausana en 1767, escritor y político, amigo de Madame de Stael, y colaborador de Napoleón en los Cien Días, doctrinario de la monarquía constitucional y perfeccionista de las ideas de Locke y Montesquieu, con su presencia en el Hotel de Ville, precipitó la agitación culminante con el triunfo de Luis Felipe y la Casa de Orleans, falleciendo en ese mismo año de 1830, en seguida de haber sido nombrado presidente del Consejo de Estado. Se llamaba Benjamín Constant y representaba al liberalismo. Su obra *Principios de Política*, aparecida en 1818 fue texto de cabecera en varias latitudes americanas: de Benito Juárez en Méjico, del emperador don Pedro I en Brasil, de Manuel Belgrano y Bernardino Rivadavia en Buenos Aires, de Santiago Derqui en Córdoba; de muchos otros y sobre todo, de los constituyentes de 1826, en cuyos debates se encuentran repetidamente citados los escritos y las opiniones de Constant.

“Es en el pensamiento de este autor, que la doctrina del poder moderador, halla una sistematización más acabada, entroncando en la línea de los expositores de la división de poderes, o mejor dicho, de los poderes separados y limitados. Tomando el esquema de la división tripartita, introduce un cuarto poder, también llamado neutro, cuya función —titularizada por el rey— tiende a asegurar el equilibrio de los otros poderes y a evitar las exorbitancias de cualesquiera de ellos en perjuicio de la aludida coexistencia armónica. La presencia de una autoridad ajena a las posibilidades conflictuales resultantes de la tarea de hacer, ejecutar y aplicar la ley, es considerada suficiente garantía para mantener en su sitio a los órganos encargados de cumplir esas funciones y que, por su naturaleza están inclinados al desborde constitucional”.<sup>(16)</sup>

Todo lo que se dice de las tesis de Constant, desde el nombre hasta las funciones, coincide plenamente con el Poder Conservador costarricense. Hay desde luego una diferencia sobre el tipo de gobierno: Constant era partidario de una monarquía constitucional, en la cual el poder moderador fuera el propio monarca. En esa forma fue copiado en Brasil, en la Constitución de 1824, en el artículo 98, que decía: “El Poder Moderador es la llave de toda la organización política y está privativamente delegado al emperador, como jefe supremo de la Nación y su primer representante para que vele incesantemente por el mantenimiento de la independencia, el equilibrio y la armonía de los demás poderes”.<sup>(17)</sup>

Lo que demuestra en forma clara que hablamos de lo mismo es la coincidencia de fechas. Vanossi señala que el sistema, en su versión monárqui-

ca, se utilizó para la Constitución brasileña de 1824. Asimismo, que las ideas de Constant se debatieron en la Asamblea constituyente argentina de 1826. Entre ambas hay que colocar a la Ley Fundamental costarricense de 1825. Por otro lado, sobre el conocimiento de la obra de Constant en el período de la Independencia latinoamericana, encontramos igualmente referencias en Rogelio Pérez Perdomo, quien señala que sus obras fueron textos de derecho político en el plan de estudios de 1826 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Caracas.<sup>(18)</sup>

Por todo ello cabe afirmar que Lorenzo Montúfar decía verdad y sabía de que hablaba. Igual ocurrió con su señalamiento de los Códigos del General Santa Cruz como base del Código General de Braulio Carrillo, que he estudiado en otra parte.<sup>(19)</sup>

Las ideas de Constant son la base del sistema francés de control de constitucionalidad, ejercida hoy en forma previa a la promulgación de la ley, por el Consejo Constitucional, en la Constitución de 1958 vigente. En el caso costarricense, ese control político cambió para realizarse luego por la vía jurisdiccional. Pero es interesante notar que las cosas fueron de otra manera. Sobre todo, si se toma en cuenta que, al diseñar el actual sistema de control de constitucionalidad, en la reforma al artículo 10 de la Constitución Política y en la Ley de Jurisdicción Constitucional, artículos 96 a 101, se introdujo la consulta a la Sala Constitucional por la Asamblea Legislativa, previa a la promulgación de las leyes, como una influencia reconocida del sistema francés. Igual podría decirse que es un recuerdo de nuestro Poder Conservador, como puede verse de un examen de los elementos que he podido reunir sobre su funcionamiento. ¡Nihil est novum sub solem!

## 6. El Poder Conservador en la Legislación

El Poder Conservador funcionó mientras estuvo vigente la Ley Fundamental de 1824, sea hasta que se produjo el golpe de Estado de Braulio Carrillo en 1838 y el inicio de su dictadura personal.

Durante ese período hubo alguna actividad legislativa para señalar los procedimientos a seguir en cumplimiento de sus funciones por el Consejo Representativo. En 1825 se adoptaron varias leyes: al poner en vigencia la

(16) “Poder Moderador” en *Enciclopedia Jurídica OMEBA* (Buenos Aires, 1966), tomo XXII, pp. 487-493. La referencia al artículo de Vanossi la tomé de FIX ZAMUDIO, Héctor: “La Justicia Constitucional”. *Revista de Derecho Constitucional*, No. 1, Enero-Abril 1991, p. 23.

(17) VANOSSO, J.R., *op. cit.*, pp. 489-490.

(18) PEREZ PERDOMO, Rogelio: *Los Abogados en Venezuela* (Monte Avila, Caracas, 1981); pp. 115-116.

(19) “Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una Vieja Polémica”. *Revista de Ciencias Jurídicas* (Facultad de Derecho Universidad de Costa Rica-Colegio de Abogados), No. 69, pp. 212-50, Mayo-Agosto 1991.



Constitución, se tuvo problemas para instalar el Consejo, dado que no comparecieron tres de sus miembros, por lo cual se instaló con un propietario y dos suplentes. Eso hizo a la Asamblea Legislativa, por Decreto XXXV de 10 de mayo, ordenar la elección de un nuevo suplente. Luego, por Decreto XXXVI de 26 de mayo se fijaron los sueldos así: para el Vice-Jefe de Estado, sesenta pesos mensuales; para los Consejeros, cuarenta y cinco; treinta y cinco para el Secretario y quince para el escribiente. Tal y como se hizo con cada uno de los otros poderes, se dictó después, por Decreto XXXIX de 15 de junio, el Reglamento del Consejo. Este es una ley pequeña de 22 artículos, la mayoría de los cuales se limitan a repetir lo dicho por la Constitución; las únicas normas de importancia son las que se refieren a deliberaciones y votaciones, indicando que para adoptar una resolución se necesita quorum total; se votará sólo cuando no haya unanimidad pero puede suspenderse el conocimiento hasta la siguiente sesión; los acuerdos no podían retardarse más de tres sesiones; se podía formar una comisión previa para que redactara un dictamen fundado; se estipuló el procedimiento del acto de votación así: "Cada Consejero expondrá su voto en términos claros y concisos evitando repeticiones, y remitiéndose los unos a los otros cuando no tengan nada de nuevo que añadir. Si alguno de los vocales hubiere sido de dictamen contrario al de la mayor parte podrá, después de que todos hayan votado, reformar el suyo o salvarlo haciendo que conste en el acta con expresión sucinta de las razones en que se apoya" (art. 9). Finalmente, por Decreto LXIV de 3 de Noviembre se dispuso que para actuar el Consejo bastaba con que estuvieran presentes tres consejeros y la resolución se adoptara por el voto de la mayoría.

En 1828 pareciera haberse hecho evidente la necesidad de reducir gastos en la Administración Pública. Por eso, por Decreto 154 de 23 de mayo se dispone que el Consejo Representativo asuma las funciones de Tribunal de Cuentas, por medio del expediente de considerar que ambos cuerpos estarán integrados por las mismas personas.

En 1831, por Decreto XIX de 28 de mayo, se ordenaron mayores economías en los gastos de los Poderes del Estado: se disminuyeron las sesiones de la Asamblea a dos meses y se permitió su prórroga solo por quince días; al mismo tiempo se señaló igual período para la actividad del Poder Conservador, haciéndose además reducciones de sueldos en el Poder Ejecutivo. Hubo una nueva rebaja de sueldos por Decreto XLII de 22 de setiembre de ese año, en la cual el sueldo de los Consejeros quedó en treinta pesos mensuales.

Hay un cambio de orientación al año siguiente, dado que por Decreto XLVIII de 15 de marzo de 1832, se reconoce que "el receso del Consejo... por consultar ahorros al tesoro público trae graves inconvenientes que no se tuvieron presentes en aquella ocasión, y que pueden exponer al Estado a contingentes peligrosos", pese a lo cual "estos ahorros son de urgente necesidad por lo

exhausto del Erario", por lo cual debe buscarse una armonización entre ambos intereses. Para ello se dispone que el Consejo actúe con solo tres miembros propietarios y tres suplentes; que para la sanción de la ley se necesita el número de tres, "presida o no el Vice-Jefe"; para los otros actos, bastará con un voto de mayoría de dos y "su Presidente nato que tendrá voto en caso de discordia". Cuando la Asamblea no esté en sesiones se retirará un Consejero.

En ese mismo año, por Decreto LVIII de 5 de mayo, se dictó un nuevo Reglamento interior. Este es mucho más extenso que el anterior, dado que tiene 88 artículos, pero mantiene la misma condición de ocuparse solo de aspectos de procedimiento; las disposiciones mas interesantes son:

- a) Se dispone que las sesiones del Consejo son públicas (arts. 3 y 24);
- b) Se señala que los consejeros deben ser de dedicación exclusiva (art. 17);
- c) Se autoriza al Jefe de Estado a asistir a las sesiones "cuando lo estime necesario o lo exija la importancia de algún negocio" pero se ordena que no pueda estar presente "en el debate ni concurrir a la votación" (art. 28);
- d) Se señala que el Consejero que quiera fundar su voto puede hacerlo dentro de las veinticuatro horas siguientes (art. 36);
- e) Se fija en cinco días el término para que el Poder Ejecutivo, "el Gobierno", informe y en diez, el que tiene el Consejo para pronunciarse (arts. 38 y 39);
- f) Se señala el procedimiento para integrar el tribunal que habrá de juzgar a los miembros de los Supremos Poderes, que debe escogerse entre los Diputados (arts. 62 a 75), y para que el Consejo actúe como Tribunal de Cuentas (arts. 76 a 87).

## II. EL FUNCIONAMIENTO

Las instituciones jurídicas no se agotan en su formulación normativa. Las sociedades las crean para llenar los cometidos que se le señalan y esas actuaciones, en algunos casos, adquieren luego significados distintos. Por ello, el estudio de una institución demanda preguntarse por su actividad.

Para ver el funcionamiento del Poder Conservador he encontrado dos fuentes primarias: Los Mensajes del primer Jefe de Estado, don Juan Mora Fernández, y la colección de documentos de don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal, que prepara Federico Gutiérrez. A ellas cabe agregar como fuente secundaria, los artículos y comentarios publicados por el periódico La Tertulia, en el tiempo que se editó. No es demasiado, pero sí permiten formarse idea de lo que hacía. Cabría, desde luego, estudiar el trámite de cada una de las leyes aprobadas en el período, pero esa es una tarea que excede mi disponibilidad de tiempo.

## 7. Los mensajes de don Juan Mora Fernández

De acuerdo a la Constitución de 1825, "El Poder Ejecutivo recide en un Gefe, nombrado por los pueblos del Estado",<sup>(20)</sup> por períodos de cuatro años, pudiendo ser reelecto una vez.<sup>(21)</sup> Dentro de sus atribuciones estaba:

"Presentar..., al abrirse cada Legislatura, un discurso proponiendo al Congreso, cuanto crea conveniente al bien del Estado, y hacer una relación circunstanciada del Estado en que se halle la administración pública, al que acompañará un estado general de gastos en el año anterior con el presupuesto de venideros en el siguiente".<sup>(22)</sup>

En los mensajes de 1826 a 1832, los siete primeros años del gobierno de don Juan Mora Fernández, hay referencias a las actividades de todos los poderes del Estado. En 1833 se cambia de modalidad y el Mensaje se limita a cubrir el Poder Ejecutivo. El de 1826, por ser el inicio de la rendición de informes anuales, es bastante explícito al referirse a varios asuntos, entre ellos al Poder Conservador:

"El Poder Conservador, destinado por la naturaleza de su creación a contener las exaltaciones que pueden dimanar del legislativo y el despotismo y violencia que del ejecutivo, no ha tenido que poner en movimiento este fin primordial de su institución, por no haber existido material que lo exija; y así sólo se ha empleado en concurrir con el legislativo a la formación de la ley, otorgándole a veces su sanción y negándose a otras; acordando lo conveniente para que los funcionarios de la línea civil desempeñen exactamente sus destinos; haciendo las propuestas al ejecutivo que le están cometidos; aconsejando a éste las veces que ha sido consultado, y finalmente, practicando todo lo que la ley le encarga, con bastante celo".<sup>(23)</sup>

(20) Artículo 76.

(21) Artículo 80.

(22) Artículo 82, inciso 10.

(23) MELENDEZ, Carlos, compilador: *Mensajes Presidenciales. Años 1824-1859* (Academia de Geografía e Historia de Costa Rica, San José, 1981; p. 13). Aparece citado en JIMENEZ, M.A., *op. cit.*, p. 85, atribuyéndoselo a don Manuel Aguilar, quien como Ministro firma el Mensaje junto con el Presidente.

Puede verse que la función de evitar que se "desborden" los Poderes Ejecutivo y Legislativo está señalada en términos similares a la concepción de Constant, resumida por Vanossi. A ese respecto debe tenerse en cuenta que el Ministro que firma junto con el Jefe de Estado, es don Manuel Aguilar, quien había sido miembro del Congreso Constituyente de 1825, e integrante con don Agustín Gutiérrez de la Comisión redactora.<sup>(24)</sup> Ello se reitera en los mensajes de 1827 y 1828, donde se dice:

1827: "El Poder Conservador constantemente ha celebrado sus sesiones; ha dado o negado la sanción a las disposiciones legislativas, conforme lo exigía el bien del Estado, y nuestra Constitución; ha aconsejado al Ejecutivo cuando éste le ha pedido dictamen; ha promovido el bien de los costarricenses; y no ha sido necesario el desarrollo de sus atribuciones para sofocar el despotismo y la arbitrariedad de los funcionarios, porque ellos han procurado nivelar sus funciones a la órbita de sus facultades".<sup>(25)</sup>

Los términos son más o menos los mismos en 1828: "El Consejo representativo que da o niega la sanción a la ley, que abre dictamen sobre los asuntos sobre que lo exige el ejecutivo y reprime el despotismo y la arbitrariedad, ha ejercido sus facultades hacia los primeros objetivos, sin que para el último le fuese preciso su desarrollo, pues que los funcionarios cuidan de no hacerse superiores a la ley, y observar fielmente la Fundamental que establece una combinada proporción de derechos y deberes y los límites necesarios a las divisiones del poder".<sup>(26)</sup>

En los mensajes de 1829 y 1830, las menciones hechas toman en cuenta la refundición del Tribunal de Cuentas realizada en el Poder Conservador, a partir de 1828, puesto que en el primero de esos mensajes, después de la relación con el Legislativo y Ejecutivo, se agrega: "como tribunal de cuentas ha glosado y fallado cuentas para el caso se le han presentado",<sup>(27)</sup> y el año siguiente, la referencia se reduce a este punto, ya que la siguiente es la única mención: "El Consejo ha continuado todo el año en sus sesiones, señaladas por la ley, fallando y feneciendo en otras las cuentas que se le han presentado".<sup>(28)</sup> La mención que se hace en el Mensaje de 1831 es todavía más general.<sup>(29)</sup> En cambio, en 1832,

(24) Véase *supra*, nota 2.

(25) MELENDEZ, Carlos, comp: *op. cit.*, pp. 19-20.

(26) *Ibid.*, pp. 27-28.

(27) *Ibid.*, p. 35-36.

(28) *Ibid.*, p. 48.

(29) *Ibid.*, p. 56.

el Jefe de Estado y el Vicejefe don José Rafael de Gallegos recapitulan toda la experiencia acumulada y dicen: "dedicados los supremos poderes legislativo y conservador, sin interrupción en los años que ha tenido existencia política el Estado, al bien de los pueblos ha emitido el primero la ley sancionándola el segundo, cuando es conforme con el interés general, reservándose el ejecutivo debido cumplimiento que ha dispuesto, en la forma en que prescribe la constitución, haciéndose efectivo por los funcionarios y encargados de él en todo el territorio".<sup>(30)</sup>

En el último mensaje de don Juan Mora se cambia el estilo del Mensaje del Jefe de Estado, para dedicarlo a presentar las acciones del Poder Ejecutivo, sin mencionar los otros poderes. Dicha línea es adoptada por el nuevo Jefe de Estado y anterior Vicejefe, don José Rafael de Gallegos, quien, sin embargo, en su Mensaje de toma de Posesión señala "apelo a la sabiduría del Cuerpo Legislativo y a los sanos consejos del Moderador".<sup>(31)</sup>

Los Mensajes de don Juan Mora sirven para comprender importantes circunstancias del inicio del régimen político costarricense.<sup>(32)</sup> Uno de ellos luce básico: el gobierno funciona. Tenían los costarricenses la misma inexperiencia en gobernarse que los otros pueblos centroamericanos. Sin embargo, en el arranque de su forma de gobierno, supieron dar los primeros pasos en paz. Si se piensa en que en el gobierno de don José Rafael de Gallegos que sigue, se presentan luchas civiles,<sup>(33)</sup> se puede apreciar con mayor agradecimiento la obra realizada por Mora Fernández.

Ahora bien, dentro del sistema de gobierno, la producción legislativa, con participación del Congreso y el Poder Conservador, operó sin problemas. Es de suponer que si hubieran surgido conflictos o diferencias, ellas habrían sido señaladas por el Jefe de Estado, en la misma forma que se refiere en sus Mensajes, a los problemas experimentados en el Poder Judicial, por la falta de personal capacitado para la administración de justicia. Acostumbrados a que la acción colegisladora la ejerza el Poder Ejecutivo, la fórmula utilizada tiene que parecerle a los costarricenses de hoy, rara. Sin embargo, la evidencia indica que funcionó.

(30) *Ibid.* p. 62.

(31) *Ibid.*, p. 75.

(32) Aun cuando el nombre del funcionario que ejercía el Poder Ejecutivo, fuera inicialmente el de Jefe de Estado, al cambiar el título a Presidente de la República en la Constitución de 1848, lo que se hizo fue una variación de nomenclatura, exigida por abandonar la condición nominal de Estado de una Federación ya desaparecida para tomar el de República. Sin embargo, Jefes de Estado y Presidentes deben considerarse como funcionarios equivalentes.

(33) SAENZ, Jorge. *Los Años de la Ambulancia (1834-1838). Gallegos y la Capital Ambulante.* (Editorial Universidad Estatal a Distancia; San José, 1989).

## 8. Los dictámenes de don Agustín Gutiérrez

De los dictámenes o pronunciamientos rendidos por el Poder Conservador durante los años 1833 y 1834, cuando sirvió en él don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal, he escogido para comentar los tres que juzgo de mayor importancia, dos por la trascendencia política de las materias: el "voto terrabano" de la elección de 1833 y la Ley de la Ambulancia, y el otro, la comisión a Bagaces y Nicoya, porque permite apreciar en acción a los distintos poderes políticos del Estado. Agrego a ellos un cuarto pronunciamiento por razones sentimentales.

## 9. El voto terrabano

En 1833 debía elegirse el sucesor de don Juan Mora Fernández, quien había servido el máximo de dos períodos que permitía la Ley Fundamental. Las elecciones eran de tres grados: los ciudadanos elegían los electores de Parroquia, ellos a los de Partido y estos a las autoridades. La lucha se planteó alrededor de las figuras de don Nicolás Ulloa Soto, candidato de los conservadores, y don Manuel Aguilar Chacón, representante de los liberales. En la designación de los electores de Partido, se nombró a una misma persona, don Pedro Carazo y Alvarado, como elector tanto de Cartago como de Térraba y Boruca. Al realizarse la votación final, el señor Carazo emitió su voto en Cartago pero no lo hizo en Paraíso, donde debía votar en su otra condición. Triunfan los liberales, pero don Manuel Aguilar obtiene sólo diecinueve votos de treinta y ocho emitidos, con lo cual le falta uno para lograr la mayoría. Ello obliga a que se realice la votación de Paraíso, antes de la cual se cambia la estrategia de los conservadores y convienen en que Carazo, uno de los suyos, vote por don José Rafael de Gallegos, dado que los otros dos electores, conocidos liberales, votan por don Manuel Aguilar. Al reunirse el Congreso el 4 de marzo, y conocer de la elección, si nadie tenía mayoría, aquel podía, de acuerdo con el artículo 38 de la Constitución, elegir "entre todos los designados sin consideración a los más o menos votos que hayan tenido". Hecho esto, se llegó a una transacción, en virtud de la cual se eligió a don José Rafael de Gallegos, quien primero se negó a aceptar el nombramiento pero luego aceptó servir el cargo.<sup>(34)</sup>

(34) Las incidencias de la elección de 1833 están narradas en GONZALEZ VIQUEZ, Cleto: *El Sufragio en Costa Rica ante la Historia y la Legislación* (Editorial Costa Rica, San José, 1978), pp. 26-44. También en SAENZ, Jorge: *Los Años...*, *op. cit.*, pp. 19-41.

Todavía en 1835, cuando Gallegos presenta nuevamente la renuncia y ella le es aceptada, se discute sobre la validez del voto de don Pedro José Carazo en la Junta de Paraíso.<sup>(35)</sup> Pero lo que no se incluye usualmente en los relatos, es la existencia de un dictamen u opinión del Poder Conservador, posiblemente por haberse producido después de que Gallegos había sido electo, aceptado y jurado el cargo. Sin embargo, ese pronunciamiento tiene interés por la solución dada.

El asunto había sido llevado al Consejo por consulta del Jefe Supremo, sea Gallegos. Se llega a una opinión, según afirma el voto, "previa la cuarta discusión", en los siguientes términos: "le parece a este Cuerpo que el ciudadano Carazo no debe pasar a la villa de Paraíso a sufragar como elector de Terraba, por haber tomado asiento primero en la electoral de Cartago y fungir como tal; que, no obstante lo dicho, dé cuenta a la Asamblea, en sus próximas sesiones, con el expediente para que dicte las reglas que crea conducentes al caso presente y para los que puedan ocurrir de igual naturaleza.

"El Consejero Gutiérrez opinó de la manera siguiente: Que contrayéndose a los tres artículos que consulta al Consejo el Poder Ejecutivo, el elector ciudadano Pedro Carazo puede serlo en Cartago, donde legítimamente fue electo, y también en el Paraíso, apoyándose su opinión en la doctrina del célebre Pedro Murillo, Libro I de las Decretales, Título 6, No. 142, p. 49, pero mucho más tiene la satisfacción de citar el ejemplar reciente de nuestra Legislatura en que se discutió en el mes de marzo el mismo punto suficientísimo, aprobándose por la legislatura la conducta de las Juntas Electorales, y aun la consulta que se hizo al efecto al Supremo Poder Ejecutivo, sobre cuyo pie se han legitimado las elecciones de todos los Supremos Poderes que rigen y gobiernan en el Estado.

"Sin embargo, conviene gustosamente en el acuerdo del Consejo, siempre que se consulte por el Poder Ejecutivo a la Asamblea Legislativa en su próxima reunión del 28 del corriente, para que, con su sabiduría y prudencia, se digne llenar los deseos generales en el esclarecimiento o interpretación de las leyes".<sup>(36)</sup>

Puede verse que la opinión dista mucho del carácter imperativo que podría esperarse de una sentencia judicial. Por el contrario, el tono es conciliatorio: los Consejeros emiten su criterio pero concluyen que lo que debe pedirse e imperar es el criterio de la Asamblea. Esto se hace, en perfecto acuerdo con la tesis imperante en el liberalismo de principios del siglo XIX, de considerar al Poder Legislativo como el verdadero soberano por su condición representativa. Ese había sido el criterio imperante en la Constitución española de 1812, en la cual, como ya se ha dicho, se había colocado la defensa de la Carta Fundamental como

(35) El dictamen aparece en GONZALEZ, Cleto: *op. cit.*, pp. 41-42.

(36) Archivo Nacional. Documento Congreso 13499.

una tarea a llevar a cabo por las Cortes (art. 372). Derivado de ese mandato de Cádiz, el artículo 55 de la Ley Fundamental señalaba en el inciso 5, como función suya "velar sobre el cumplimiento de la Constitución Federal, de esta Ley Fundamental y de las leyes generales y particulares".

## 10. La Ley de la Ambulancia

El 10 de marzo de 1834, como expresión del deseo de Cartago, Heredia y Alajuela, las otras ciudades de importancia en el país, de compartir la capitalidad con San José, se presenta a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley, que pide establecer una rotación del Gobierno del Estado cada cuatro años entre esas ciudades. Se puso así otra vez en el tapete una fórmula que ya había sido planteada en el Pacto de Concordia, que en su artículo 19, señalaba que la Junta Superior Gubernativa residiría "tres meses continuos al año en cada una de las cuatro poblaciones mayores de la provincia". La ley es aprobada por la Asamblea el 15 y enviada al Poder Ejecutivo, para que emita su criterio y al Poder Conservador para que la sancione u objete.

El Poder Ejecutivo contestó que no juzgaba inconstitucional el Proyecto. El Poder Conservador emite el siguiente texto el 22 de marzo:

"Se tomó en consideración el Decreto de la Asamblea Ordinaria de 15 del corriente que trata sobre la ambulancia de las Supremas Autoridades del Estado en las cuatro ciudades principales del mismo, y encontrándose varias observaciones en el precitado Decreto, inconstitucionales, pues en él la Asamblea no se cifió a lo terminantemente expreso por el artículo 52 de la Carta Fundamental del Estado, asimismo por las que se observan en el artículo 3 del Decreto en cuestión por las facultades que se le cometen al Ejecutivo ajenas de su Instituto, por cuyas razones se acordó negarle la sanción, devolviendo un ejemplar del mencionado decreto a la Asamblea con el informe prevenido por el artículo 74 de la Constitución.

"El Consejero ciudadano Agustín Gutiérrez salvó su voto por parecerle, en su debida opinión, que el Decreto de que se habla anteriormente se halla conforme al literal sentido del artículo 52 de la Ley Fundamental, que no puede interpretarse por ningún otro Poder sino por el Legislativo, según se previene por el artículo 55, párrafo 2 de la Constitución del Estado, cuya observancia y puntual cumplimiento se ha encargado especialmente al Supremo Poder Legislativo y Conservador, como puede verse en el precitado

artículo y en el 68, párrafo 2, de la Ley Fundamental: y usando del Decreto que le concede el Reglamento del Poder Conservador, en el artículo 36 de la Ley de 23 de abril de 1832, ofrece fundar su voto dentro de 24 horas que previene el indicado artículo y terminó".<sup>(37)</sup>

La comunicación a la Asamblea es un documento diferente al voto. En ella se dice:

"El Consejo Representativo, en vista de vuestro Decreto de 15 del corriente que ha examinado con la detención debida, por el que se dispone que las Supremas Autoridades del Estado recidan alternativamente por períodos de cuatro años en las Ciudades de Cartago, Heredia, Alajuela y San José, en Sesión de este día a acordado desiros: que no un espíritu de localismo, ni miras particulares, ni otro motivo de intereses aislados impulsan al Consejo a la negativa: sino que por el contrario, ella es hija del combencimiento, en que se halla el poder conservador, de que la ambulancia del Gobierno, y su traslación inmediata a la Ciudad de Cartago, es opuesta al sentido de la Constitución, al mismo tiempo que al bien general del Estado.

"La Constitución en su art. 52 fixó la residencia del Gob. después de mil debates y pretenciones, por que no se estableciese un lugar fixo: no quiso pues esa alternativa que ahora se adoptó, y no lo quiso por que se penetró que era un mal para el Estado entero, que su gobierno fuere a manera de un mueble que tan pronto está en un lugar como se muda a otro: el Gob. adquiere relaciones que lo sostienen, hace afectos que lo conservan y lo sacan de sus apuros; y en una palabra como que contrahe un amigo en el lugar en que se fija; y con sugetarlo a ser un huésped pasajero en los Pueblos, no se hace más que hacerle perder aquéllas circunstancias en virtud de las cuales es, que solo puede mantenerse con respetabilidad y prestigio, y dar un giro regular a la administración. No quiso pues la Constitución que la residencia del Gobierno fuese alternativa en puntos distintos, y si no lo quiso, es fuera de disputa. que el decreto en question es anticonstitucional, sin haberse pretendido que tenga este carácter. Es verdad que en el mismo art. faculta al Poder Legislativo para variar el lugar de su residencia; mas el buen sentido aqui exige admitir únicamente la facultad de fixar otro punto, que es

muy diverso, de establecer una alternativa en varios; resultando por lo mismo, que la bariación que se ha decretado no siendo en el sentido fixo, que es el de la Constitución, es contrario a ella.

"El Decreto es contrario al bien general; por que él expone al Estado a sufrir un desorden revolucionario antes de su execucion, en ella, y después de ella. Es sabido el calor, y decisión que hay en este Pueblo al presente por el ya citado Decreto, que juzga expedido con objeto de sofocar las libertades públicas; aquellas libertades que andando alguna vez errantes las auxilió en su seno, después de haberlas defendido a costa de la Sangre que vertían sus hijos, por libertarlas de las garras de la tiranía, que ya las tenía desfallecientes; y en este caso, ¿sería abansarse pensar que la tranquilidad pública puede correr algún detrimento, quando se trate de sacar, o se saque de un Pueblo el Gobierno, por el qual peleó derramó su sangre y restableció? Aun hay mas. ¿A donde se ba a trasladar? Se ofrecen al Cuerpo moderador mil consideraciones en este lugar; pero permitásele callarlas, pues que la odiosidad de la materia así lo exige, y sin expresarlas, vuestra Soberanía sabrá penetrarlas, y darles el justo valor que merecen.

"Fuera de lo dicho, el art. 3 del decreto en cuestión tiene dos defectos: el uno de redacción en la palabra *exiha*, que desde luego, desacredita en lo exterior al Estado, dando idea, de que su atraso es extremado: y el otro en facultar al Poder Ejecutivo para llenar sus bacios: la facultad de legislar en la Asamblea es inalienable: no la puede cometer, y mucho menos al Poder Ejecutivo que con arreglo a la naturaleza de sí mismo debe verse según los mejores publicistas, siempre con la prebención de que tienda a ensanchar su Poder para oprimir.

"Estos son los fundamentos que han obligado al Consejo a negar la Sanción del decreto de 15 del corriente ya citado. San José, Marzo 22 de 1834. F. de Bonilla José María Alvarado, Secretarió".<sup>(38)</sup>

Para los efectos del presente trabajo, las incidencias posteriores de la Ley de la Ambulancia no tienen especial interés. Baste con señalar que fue resellada por el Congreso, estuvo en vigencia por varios años, durante los cuales el Gobierno funcionó primero en Alajuela y luego en Heredia, y que fue derogada por el golpe de Estado que dió don Braulio Carrillo en 1838.<sup>(39)</sup>

(38) La Tertulia, del viernes 28 de marzo de 1834. Publicado en *La Tertulia 1834-1835* (Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas; San José, 1977), pp. 41-42.

(39) SAENZ, J. *Los Años...*, op. cit.

(37) Archivo Nacional. Congreso. Documento 13612.

Lo que sí tiene importancia es reflexionar sobre el fundamento dado a las dos tesis, la de mayoría contraria a la Ambulancia y la de minoría favorable a ella. Son distintos criterios de interpretación del artículo 52 de la Ley Fundamental, que literalmente dice:

“La recidencia del Congreso será en la Capital de Estado, pudiendo el mismo Congreso variar quando lo estime conveniente con mayoría absoluta de votos”.

Cabe apuntar, en favor de la tesis del Consejero Gutiérrez que el artículo citado no dice cuál ciudad sea la capital y autoriza al Congreso para variarla por simple mayoría. Desde un punto de vista jurídico estricto, su tesis es válida, puesto que se trataba de una atribución del Congreso y al dictar la ley, éste la ejercía. Actuaba dentro de su jurisdicción y la ley dictada no contradecía ninguna norma constitucional. Ahora bien, la opinión de la mayoría del Consejo más que un juicio de constitucionalidad, es un veto por razones de oportunidad. Por muy correcta que sea la circunstancia, que cita Jorge Sáenz, de que la ambulancia de las autoridades gubernativas fuera defendida por Juan Jacobo Rousseau en su Contrato Social,<sup>(40)</sup> lo cierto es que es disparatada; un gobierno no puede ser ejercido en caravana, con cambio de sede cada cuatro años, a menos que se tengan instalaciones adecuadas en las cuatro ciudades, lo cual representaría un derroche de recursos, si se piensa que ellas están colocadas en un radio de cuarenta kilómetros. La solución sería imposible hoy y ya lo era en 1834. El razonamiento, no jurídico sino político de los Consejeros de mayoría es impecable e irrefutable. Ahora bien, en un organismo que ejercía el poder del veto y además juzgaba el control de inconstitucionalidad, ambos criterios eran válidos y podían ser sostenidos, dentro de las facultades normales del Poder Conservador.

## 11. Un viaje a Nicoya

De febrero a junio de 1834 se plantea un interesante enfrentamiento entre el Poder Conservador y el Poder Ejecutivo, que es finalmente resuelto por el Congreso. Se da entonces un juego o interacción entre Poderes, que permite apreciar la acción de ellos.

El asunto es menor. Sin embargo, la divergencia es honda y tiene que ver con los atribuciones de los Poderes y su capacidad de acción. Se inicia con un

(40) *Ibid.*, p. 55.

Decreto dictado por el Poder Ejecutivo el 7 de febrero, por el cual decide nombrar como Comisionado suyo al Intendente General –sea el Ministro de Hacienda en términos actuales– para resolver problemas presentados en los Partidos de Nicoya y Bagaces. El Poder Conservador objeta dicho Decreto, en un pronunciamiento del 14 de febrero, con las siguientes razones:

“Que siendo una de las atribuciones del Consejo velar sobre el exacto cumplimiento de las leyes, faltara a ese objeto principal de su institución si pasase en silencio o disimulase el ataque de ellos que contiene vuestro Decreto...”

“A este Cuerpo le ha parecido muy propio a sus deberes hacerlos las observaciones siguientes:

“1. El Ejecutivo, por el art. 17 de su Reglamento, tiene la autoridad necesaria y competente, para hacer cesar los males que lamenta en los Partidos de Nicoya y Bagaces, con solo cuidar de que los funcionarios subalternos en toda la administración del Estado, cumplan puntualmente las Leyes generales y particulares y que sean exactos en el ejercicio de sus destinos, en cuyo caso la Comisión conferida al Intendente General no pudiera tener objeto.

“2. La Constitución y las Leyes han establecido jefes subalternos del Gobierno en los tres ramos de Gobernación, Hacienda y Guerra y precisamente a uno de esos tres funcionarios debe corresponder lo que se encarga al Comisionado, y, por consiguiente, éste es inútil o va a usurpar atribuciones ajenas...”

“3. Atribuir a otra autoridad o persona funciones propias del Mando Político, detalladas expresamente en los art. 22 y 44 de la Ley de 13 de junio de 1828, es precisamente una reformación de la Ley que, estando sólo en la facultad del Poder Legislativo, no puede hacerlo legítimamente el Ejecutivo, pues en este caso, usurparía a la Asamblea sus altas funciones y, al Jefe Político despojaría de las suyas para atribuir las a otro funcionario...”

“4. Siendo el Comisionado el Intendente General, no necesita éste de nueva Comisión del Gobierno para llenar sus deberes en la visita de papel sellado, y lo más que previenen los arts. 4 y 5 del enunciado Decreto.

“5: El imponer a las autoridades subalternas la obligación de reconocer a un Comisionado que la Ley desconoce.

“6ª y última. Es bastante claro que sólo al Poder Legislativo corresponde legalmente decretar los gastos en la Hacienda Pública y que el Ejecutivo, en esta parte, no tiene otra facultad que la que le concede el art. 31 de su Reglamento, de 23 de setiembre de 1831, de invertir los caudales públicos con arreglo a las leyes.

“Bajo estas consideraciones que, en el concepto del Consejo son de la mayor importancia, no tiene el menor embarazo para deciros que, supuesto que el expresado Decreto de 7 del que rige se opone diametralmente a la Constitución y Leyes del Estado, es indispensable que os sirvais arreglarlos a ellas, y, de lo contrario, se halla este Cuerpo en la dura necesidad de desconocerlo”.<sup>(41)</sup>

El Ministro don Joaquín Bernardo Calvo refutó las tesis del Poder Conservador, señalando que si bien podía ordenar el cumplimiento de las leyes por las autoridades inferiores, “la falta de conocimiento de la autoridad superior en algunos pueblos distantes, aleja del Cálculo del Gob. las medidas que corresponden en la ejecución de las leyes”, que al Gefe de Gobernación le resultaba absolutamente imposible llenar su cometido: que el Presupuesto sometido a la Legislatura, si se guardase silencio por ésta “debe entenderse aprobado por que, sino la administración pública se paralisaría” y “es incontestable que el Ejecutivo tiene facultad de invertir parte de los caudales del Estado en algunos casos que lo exija el interez o el mejor servicio público”. Con esa base pidió se respetara el Decreto y que “ante el Cuerpo Legislativo exigirá la debida satisfacción del ultrage que ha recibido de vuestro P.”<sup>(42)</sup>

El Poder Conservador no aceptó dichas argumentaciones y el 21 de febrero dirigió comunicación al Jefe Supremo, con planteamiento de las siguientes tesis:

“que lejos de desvanecer en vuestras observaciones las convincentes razones que expuso el Consejo en su acuerdo citado, las vigoriza en tales términos que, en su concepto, no puede menos sino insistir firmemente en que las Leyes de que se vale el Ejecutivo, le demarcan sus atribuciones respectivas para que haga que los

funcionarios subalternos cumplan exactamente con sus deberes. Siendo pues, uno de estos el Jefe Político Superior, a quien especialmente se le encarga la visita general por el artículo 44 de la Ley de 134 de junio de 1828, para cuidar de la tranquilidad pública, del buen orden, de la seguridad de las personas y bienes de los habitantes del territorio de su mando, de la ejecución de las Leyes y órdenes del Gobierno y, en general, de todo lo que pertenece al bien y prosperidad del Estado, residen en el la superior autoridad para los objetos indicados...

“En vista de lo dicho, este Cuerpo no encuentra absolutamente facultad alguna en el Supremo Gobierno para despojar al Mando Político de la autorización que le confiere especialmente la Ley, ni que la podais conferir al Intendente General a quien no se le han designado (facultades) en la Constitución ni en las secundarias...

“El Consejo jamás ha imaginado rebajar, de ninguna manera, las facultades que os confiere la Constitución para que tomeis las medidas mas convenientes en toda la administración del Estado, ni alejar cualquier cosa que pueda alterar su tranquilidad; pero tampoco puede convenir en que no obreis en concordancia con la Constitución y las Leyes”.

En ese tenor continúa la comunicación del Consejo, pero es importante tomar nota de la definición que hace de las relaciones entre los Poderes, en los siguientes términos:

“Según se explican los mejores políticos acerca de las atribuciones del Supremo Poder Ejecutivo, éste no tiene otras que las que le ha señalado el Poder Legislativo en la Carta Constitucional; pues en la nuestra no se le confieren mas que conservar por su parte el orden u tranquilidad del Estado, publicar las Leyes y ejecutarlas, haciendo y cuidando de que los funcionarios que le estén subordinadas cumplan exactamente sus deberes. Al Poder Conservador, sientan los más célebres publicistas, que le corresponde privativamente declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, según Salas en las *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, folio 78, cuya doctrina se halla muy conforme con la Institución del Cuerpo Moderador, pues si a él le han conferido facultades por la Constitución del Estado para dar y negar la sanción de toda ley, resolución Legislativa o Decreto del Congreso, en quien se halla esencialmente radicada la Soberanía del Estado, mucho mas puede el Consejo decidir en las controversias o dudas que

(41) Archivo Nacional, Documento Congreso 13635.

(42) La Tertulia No. 16 de 212 de Febrero, 1834. Publicado en *La Tertulia*, op. cit., pp. 75-76.

ARBITRARIO  
DIRECCION DE INVESTIGACION  
ACERCA DEL PODER JUDICIAL

puedan ocurrir, por ser un cuerpo intermediario e imparcial que, interponiéndose entre los Cuerpos Legislativo y Ejecutivo, puede evitar, como se ha dicho, la inconstitucionalidad y alteración de la tranquilidad pública como único medio para dirimir pacífica y legalmente las controversias que se ofrezcan entre los Supremos Poderes”.<sup>(43)</sup>

El asunto fue a la Asamblea y ésta, considerando que a ella le correspondía resolver el conflicto entre el Poder Ejecutivo y Conservador decidió el 31 de mayo que:

“El Poder Ejecutivo emitió el Decreto de 7 de febrero sin quebrantar ninguna Ley, y lo ajustó al artículo 18 del reglamento de 23 de Setiembre de 831 y al art. 82 de la Constitución del Estado”.<sup>(44)</sup>

Ello motivó una respuesta del Consejo de 9 de junio, en la cual, después de considerar que la decisión de la Asamblea tenía “tales vicios o defectos que mirados por un aspecto, ellos mismos la hacen insignificante y de ninguna entidad, y, considerados por otro extremo, la hacen fuente y origen de males espantosos para el Estado”.

Le disputa la competencia para decidir el asunto, en los siguientes términos:

“El Consejo lee y relee en la Ley Fundamental las atribuciones del Poder Legislativo, y por cierto que en ninguna de ellas encuentra esa facultad exclusiva de dirimir las competencias que se susciten entre el Poder Conservador y el Ejecutivo, y, aun cuando, ¿dónde está, cual es la competencia que se ba a dirimir? Decir al Ejecutivo: tenemos obligación de velar sobre el cumplimiento de las Leyes, y tal o cual providencia vuestra no está ajustada a ellas o las contraria” no puede llamarse competencia, y calificarlo de tal, no produce sino mengua de vuestro crédito y decoro”.

Después de señalar que el Reglamento alegado había sido derogado por el Congreso Federal, señala que:

“Toda Ley, resolución Legislativa o decreto vuestro, para que tenga fuerza de tales, (debe) tener la sanción del Consejo o haberla

(43) *Ibid.*, pp. 76-77.

(44) *Ibid.*, p. 78.

adquirido según la Ley, este requisito no se encuentra en ella, ni se ha mandado en forma solisitándolo; por manera que, como se ha dicho, este Cuerpo no atina a valuarla ni alcanza el objeto que puede haberse tenido en su emisión en la forma insinuada”.<sup>(45)</sup>

El caso se plantea en términos diferentes a los anteriores pronunciamientos estudiados, que exijan juzgar actuaciones legislativas. Frente a la Asamblea, el Consejo reconoce y acata la autoridad de ella, y actúa así pues le acepta un mayor rango. En cambio, siente que puede enfrentarse al Poder Ejecutivo, actuando al parecer de oficio, por que no se hace referencia a ningún planteamiento del Jefe de Estado; le señala defectos legales en su actuación y le manifiesta la posibilidad de “desconocer” el Decreto. Por otra parte, considera las funciones del Ejecutivo en términos muy estrechos, dado que sólo le asigna el mantenimiento del orden y tranquilidad del Estado, publicar las leyes y ejecutarlas, haciendo que los funcionarios subordinados cumplan exactamente con sus deberes, puesto que “éste no tiene otras que las que le ha señalado el Poder Legislativo y la Carta Constitucional”. No hay nada sobre el reconocimiento de poderes residuales al Jefe de Estado, por su condición de heredero del papel del antiguo monarca; tampoco se da ninguna importancia a su condición de cabeza de la administración y mucho menos a su papel de líder, encargado de dirigir los asuntos públicos. Desde luego, hay que tener en mente las teorías del liberalismo que se inicia sobre las funciones esenciales del Estado, la consideración en la teoría política del momento del papel de las distintas ramas de Gobierno. Si bien se ha insistido en la debilidad de carácter del Jefe del Estado, don José Rafael de Gallegos, y su renuencia a gobernar, hay que señalar que no se pone de manifiesto en este caso. Pero la descripción que hace el Consejo sobre las funciones del Poder Ejecutivo difícilmente puede ser más lejana de la concepción actual sobre él, y pareciera que aun a la que tenía el entonces Jefe de Estado.

Por otra parte, dado el enfrentamiento entre Ejecutivo y Conservador, las partes en el diferendo acuden al Poder Legislativo y éste decide. El Consejo se queja y enarbola en una forma muy clara su función de contralor de constitucionalidad. Pero no actúa ante la Asamblea, pese a que llama la atención de la imposibilidad de ésta de tomar decisiones sin su referendo. Aunque se enuncia, no hay una declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto del Ejecutivo y de la decisión de la Asamblea. Por ello, debemos describir el desenlace como una aceptación bajo protesta, que confirma la tesis de que el Poder Legislativo era el supremo árbitro en cuestiones de constitucionalidad.

(45) SAENZ, J. *Los Años...*, op. cit., pp. 47-53.



En este caso, es conveniente notar que el periódico de la época, *La Tertulia*, cuya tarea de oposición al Jefe de Estado Gallegos ha sido destacada siempre,<sup>(46)</sup> asumió una actitud de crítica al Ejecutivo y respaldo al Conservador. Cuando se produce la decisión de la Asamblea, favorable a las tesis del Ejecutivo, el periódico publica la resolución y comenta luego:

“Es grande a la verdad el interez y el empeño con que se ha pretendido sacar ayroso al Gefe de Estado a pesar de tener en contra la razón y la Ley; con todo, el Poder Legislativo, como se ha visto, ha emitido ya su opinión en el particular, pero afortunadamente como su omnipotencia no puede estenderse hasta privarnos de que publiquemos la nuestra, en el número inmediato manifestaremos los vicios que afectan a aquella resolución, y que hacen que ella no pueda tener otras consideraciones que las de una opinión de siete individuos”.<sup>(47)</sup>

En el número siguiente, en lugar de un comentario, encontramos el texto de la última nota del Poder Conservador, se recuerda la promesa del periódico de analizar la resolución del Congreso y se agrega:

“Este trabajo nos lo ha quitado el Consejo Representativo del Estado, pues que lo ha hecho de una manera que no deja que decear”.<sup>(48)</sup>

## 12. Una negativa especial

El 29 de agosto de 1833, la Asamblea aprobó y envió para su firma al Consejo Representativo, una ley que establecía la pena de muerte para los leprosos que se escaparan del lazareto.

Por mayoría, (don Agustín Gutiérrez y don Julián Blanco), se acordó negarle la sanción. El razonamiento de la negativa es muy interesante, dado que le sirve de fundamento:

“El que dicho Decreto es opuesto no sólo a la Constitución de la República, sino también a la Fundamental del Estado, que, en su

(46) *La Tertulia* del 6 de junio de 1834, *op. cit.*, p. 94.

(47) *La Tertulia*, No. 17, 13 de junio 1834; *op. cit.*, pp. 95-96.

(48) Archivo Nacional. Documento Congreso 13499.

concepto se apoyan en el Derecho Natural en favor de la Humanidad y, al mismo tiempo, a beneficio de la Libertad, que es el objeto primario de todas las Leyes Liberales que deben regir en los Sistemas y Constituciones de todos los Gobiernos naciotes, en conformidad de las luces del Siglo, que han tenido presentes los más sabios publicistas modernos”.<sup>(49)</sup>

Por su parte, el Consejero Félix de Bonilla “salvó su voto, fundado en que no es anticonstitucional, y que son mayores los daños que la Sociedad experimenta del roce o comunicación con los leprosos, que la perpetua clausura a que la Ley los destina, aplicándoles la pena capital si salen de ella; pues la experiencia ha enseñado que no hay otro arbitrio para contenerlos que es el que la misma Ley les señala, por lo que fue de sentir que se le diera la sanción”.<sup>(50)</sup>

Esta decisión nos pone en contacto con la persistencia del público terror hacia la lepra, en la Costa Rica de 1833, que innegablemente sentían tanto los legisladores que aprobaron una ley más que drástica, inhumana. Establecer la pena de muerte por el abandono del Lazareto es considerarlo como un delito de extrema gravedad, suponemos que por razones profilácticas. Pero, con ese trasfondo, lo verdaderamente importante es la fundamentación de la negativa a sancionarla. No les parece suficiente a los Consejeros que niegan la sanción, tener al proyecto aprobado por la Asamblea, como contrario a la Ley Fundamental del Estado, y a la Constitución centroamericana, sino que invocan además, su oposición al Derecho Natural. Tienen a éste como expresión de la Libertad, lo cual pone en evidencia el sincretismo operado entre el iusnaturalismo cristiano y el racionalista, que ya había señalado en mi estudio sobre la convergencia de iusnaturalismos en la Ley Fundamental de 1825.<sup>(51)</sup> Vibra en él lo más valioso de la creencia en un Derecho Natural de los pensadores del Siglo XVIII, por lo cual, aun aquellos que no aceptamos su existencia, debemos sentir profundo respeto: la defensa de los derechos fundamentales. Visto en perspectiva histórica costarricense, anuncia lo que no será realidad sino hasta 1882: la abolición de la pena de muerte. Dije que la selección de este último caso la había hecho “por razones sentimentales”, que es pertinente ahora revelar: como

(49) *Ibid.*

(50) *Supra*, nota 2.

(51) La influencia francesa en el mundo de habla española ha sido objeto de innumerables estudios. Como ejemplos, véanse MADARIAGA, Salvador: *Cuadro Histórico de las Indias* (Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1945), cap. XIII, p. 281-298; y DURANT, Will y Ariel: *The Story of Civilization. Rousseau and Revolution* (Simon and Schuster, New York, 1967), tomo X, Capítulo XI: “Spain and Enlightenment”, pp. 273-309.

ninguna de sus otras actuaciones, ésta me hizo sentirme orgulloso de la relación de parentesco que me une a don Agustín Gutiérrez de Lizaurzábal.

### III. EVALUACION

El estudio del Poder Conservador, pese a su condición de parcial, me ha permitido asomarme a una serie de circunstancias que considero necesario poner en relieve.

#### 1. La importación de las ideas

Se crea la institución, con fundamento en las ideas de los pensadores franceses de la época posterior a la Revolución. Es un hecho de sobra conocido que, a partir de 1700, al asumir el trono Felipe V, nieto de Luis XIV y primero de la dinastía Borbón en España, este país se afrancesó y cruzaron los Pirineos desde las formas de vestido hasta los sistemas de administración desarrollados en Francia. Ya para entonces se habían apagado en España las luces del Siglo de Oro, por lo que no hubo obstáculo para que la influencia francesa llegara al campo de las ideas. Se proyecta sobre España la Ilustración y desde ahí, cruza el Atlántico y se difunde por América Española.<sup>(52)</sup>

Respecto al Reino de Guatemala, Carlos Meléndez ha considerado que la influencia de la Ilustración comprende tres etapas: una primera, que transcurre de 1700 a 1750, a la que denomina "fase revisionista", porque en ella la figura española dominante es Benito Jerónimo Feijoo, "quien arremete contra todo lo tradicional, contra lo que estorba el progreso de España y de su imperio". Un segundo periodo que va de 1750 a 1808, se caracteriza por la aparición de los organismos de acción del movimiento ilustrado, las Sociedades Económicas de Amigos del País. Finalmente la tercera va desde 1808 hasta 1830; en ésta "cobra una mayor vigencia la forma política, sobre las restantes ramas de la Ilustración... no se depende del Viejo Continente, para resolver nuestros propios problemas, sino que más bien, se procura alcanzarlos mediante el esfuerzo de los criollos".<sup>(53)</sup>

La expresión utilizada, de que la resolución de nuestros problemas "no se desprende del Viejo Continente" sino que se hace "mediante el esfuerzo de los

(52) MELENDEZ, Carlos: *La Ilustración en el Antiguo Reino de Guatemala* (Educa, San José), pp. 19-22.

(53) ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1949: *Antecedentes, Proyecto, Reglamento, Actas*. Tomo I (Imprenta Nacional, San José, 1953). Acta No. 30, 7 de marzo de 1949, p. 358.

criollos", debe ser condicionada. Ciertamente que a partir de la independencia, se ejerce el gobierno por aquellos a quienes se había negado toda participación en las funciones públicas, los descendientes de españoles nacidos en América. Pero ese esfuerzo está impulsado por ideas tomadas del otro lado del Atlántico que determinan o influyen poderosamente en lo que se dice y se hace. En esa importación de ideas, el papel jugado por Francia se mantiene desde los inicios de la Ilustración, y pesa durante todo nuestro siglo XIX y principios del actual. Todavía aflora en los discursos pronunciados por Mario Alberto Jiménez Quesada en la Asamblea Nacional Constituyente de 1949, donde aparecen expresiones como éstas:

"Yo les ruego a los señores Constituyentes que volvamos una vez más los ojos a la tierra clásica de las Constituyentes, Francia, tanto porque allá nacieron y allá se han experimentado todas las situaciones políticas imaginables, a esta Francia de la cual también vinieron las ideas que inspiraron a nuestros antepasados sus principios republicanos".<sup>(54)</sup>

Es necesario, por tanto, tener presente que, conforme a las corrientes de pensamiento de la época, los constituyentes de 1825, al crear sus instituciones, si bien tomaron el modelo formal de la Constitución de los Estados Unidos, lo llenaron con sistemas y entidades tomadas de la Constitución de Cádiz y de las obras de autores franceses como Benjamín Constant.

Como queda dicho arriba, igual sucedía en otras de las nuevas repúblicas hispanoamericanas.

#### 2. Comparaciones

Sin embargo, hay diferencias sustanciales entre lo que ocurrió en Costa Rica y los fenómenos presentados en otros Estados de la región.

En el caso de Venezuela, la situación ha sido estudiada por Rogelio Pérez Perdomo, quien la describe en los siguientes términos:

"El problema siguiente es el control de la legalidad de las decisiones tomadas conforme a la Constitución y las leyes. La Constitución de 1811 establece un mecanismo sorprendente: es al Ejecutivo a quien corresponde "velar sobre la exacta, fiel e invio-

(54) *El Formalismo Jurídico y sus Funciones Sociales en el Siglo XIX Venezolano*. (Monte Avila editores, Caracas, 1978), p. 39.

lable ejecución de las leyes”, y para ello puede comisionar agentes o delegados ante los tribunales para que requieran la observancia de las formas legales y la exacta aplicación de las leyes, antes de terminarse los juicios. El Ejecutivo deberá también comunicar al Congreso las reformas legales que crea necesarias, según el informe de estos comisionados. Es más, el Ejecutivo podrá negarse a ejecutar las sentencias y dejarlas sin efecto cuando considere que estas ocasionan injuria evidente y notoria o irroguen perjuicio irreparable. Cuando el Ejecutivo sólo “crea que (estas) sentencias son contrarias a la ley deberá pasar en consulta sus reparos al Senado” (o a su comisión delegada en caso de receso) quien decidirá en definitiva. La desconfianza ante el Poder Judicial es, pues, enorme y su sometimiento estricto a la ley, es buscado a través de ese doble control del Ejecutivo y del Senado”.<sup>(55)</sup>

Al examinar la realidad del Estado venezolano, Pérez Perdomo considera que en el inicio de la vida independiente si bien ese Estado se había estructurado de acuerdo con las ideas de la época, no guardaba relación con la sociedad sobre la cual regia. “Ni en el ámbito militar ni mucho menos en el administrativo el Estado era una organización nacional”.<sup>(56)</sup> El poder residía en realidad en los caudillos regionales y el Presidente de la República no era más que uno de tantos caudillos. “El caudillo actuaba como dueño del aparato estatal y usaba el sistema jurídico formal para revestir o enmascarar sus actos”.<sup>(57)</sup>

Es posible que algunas de las afirmaciones de Pérez Perdomo tuvieran validez para la República Federal Centroamericana, que, en los años inmediatamente posteriores a la Independencia, era el equivalente del Estado nacional venezolano. Pero no pueden ser aplicadas al Estado costarricense de la primera década. Como queda dicho, los distintos poderes interactuaban y cumplían sus funciones. Luego, en los gobiernos de Carrillo, Mora y Guardia, se produjo una concentración de poderes en el Presidente, que duró lo que el gobierno de cada uno de ellos. Pero, siempre existieron movimientos de oposición al poder del Presidente que fueron particularmente manifiestos en las Asambleas Constituyentes de 1838 y 1877, convocadas por Carrillo y Guardia y que no pudieron

(55) *Ibid.*, p. 75.

(56) *Ibid.*, p. 79.

(57) Sobre la Asamblea Constituyente de 1838 veáanse SAENZ, J., *El Despertar...*, op. cit., pp. 331-362; y GONZALEZ VIQUEZ, CLETO, *El Sufragio...*, p. 60. Sobre la Constituyente de 1877, veáanse SALAZAR, Orlando: *El Apogeo de la República Liberal en Costa Rica 1870-1914*. (Editorial Universidad de Costa Rica, Ciudad Rodrigo Facio, 1990), pp. 26-28.

controlar, por lo cual se vieron en la necesidad de negarle promulgación al Proyecto aprobado por la primera y disolver la segunda.<sup>(58)</sup>

### 3. Control político vs. control jurisdiccional

El papel jugado por el Poder Conservador en los primeros años de nuestra vida independiente tiene que ser visto dentro de la polémica básica del control de constitucionalidad: ¿Quién debe ejercerlo? Hoy, con la reserva de Francia, pareciera general el criterio de que debe estar en manos de un órgano jurisdiccional; la controversia es tan solo sobre su ubicación precisa dentro del Poder Judicial o fuera de él. Pero al estudiar el Poder Conservador la división de criterios puede ser apreciada, en los albores del constitucionalismo.

Se daba entonces una división mas tajante entre la tradición jurídica del sistema continental europeo y la del sistema de derecho común anglo-norteamericano, la primera fundada en la ley escrita y la segunda en la acción de los jueces.<sup>(59)</sup> Las soluciones planteadas en uno y otro, a la necesidad de control de constitucionalidad, son una lógica consecuencia de sus postulados: la primera habla de defensa de la constitución, la segunda de revisión judicial. En la primera, dado que la ley es la manifestación directa, inmediata y básica del derecho, el órgano creador del derecho escrito, el legislador, en tanto que tal, es el órgano determinante de la defensa de la Constitución. Resulta, por tanto, obvia la solución adoptada en la Constitución gaditana de 1812: el órgano legislativo, las Cortes, es quien debe defender la Constitución. Con un sentido de prudencia, de separación de funciones, válido para las monarquías constitucionales puede pensarse que dicha función corresponda al Monarca, y se hable de un poder neutro, dado que no participa en las contiendas políticas entre Ejecutivo y Legislativo. Donde no hay monarca, puede pensarse en la solución dada en la Ley Fundamental del Estado de Costa Rica, un Consejo de elección popular, que asume parte de las funciones de co-legislador que en el modelo norteamericano corresponden al Presidente de la República. Señalar que esa función podía ser ejercida por jueces era una solución totalmente ajena a la concepción que del rol de éstos se tenía; una fórmula imposible, que contradecía las orientaciones básicas del sistema jurídico.

(58) HAMILTON, Alexander, MADISON, James; y JAY, John: *The Federalist Papers* (Mentor Books, New York, 1960), No. 78, pp. 466-467. *Marbury vs. Madison* (I. Cranch 137, L. Ed 1803).

(59) Veáanse los artículos 196 de la Constitución de 1844, 188 de la Constitución de 1847, 137 de la Constitución de 1859, 146 de la Constitución de 1869, 132 de la Constitución de 1871, y 129 de la Constitución de 1917.

Lo mismo puede decirse de la solución norteamericana. Piénsese en el razonamiento hecho por Madison en los *Federalist Papers* y seguido por John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*: si un juez tiene que resolver un caso al cual son aplicables tanto disposiciones constitucionales como leyes ordinarias, que se contradigan entre sí, tiene que escoger entre aplicar la Constitución o aplicar la ley. Obviamente, debe aplicar la Constitución e ignorar la ley.<sup>(60)</sup> Discutir que se trata de una función política es impensable, dado que los jueces cumplen su función jurisdiccional.

Ambas posiciones tenían una absoluta coherencia con la tradición jurídica a la que pertenecían. Los problemas prácticos de la vida constitucional son los que vinieron luego, dentro de la tradición romano-canónica, a señalar que el problema de los jueces al aplicar las normas constitucionales y legislativas siempre existía, que era necesario resolver esos dilemas y que los funcionarios técnicamente capacitados para hacerlo tenían que ser los jueces, únicos funcionarios para los cuales el requisito de ser abogados se aceptaba como necesario. Ello, sin ignorar que se trata de una función política, pero que ejercida dentro de premisas y fundamentos jurídicos está dotada de mejores posibilidades de aceptación.

#### 4. El funcionamiento

La experiencia acumulada en materia de gobierno determinó en las Constituciones de la segunda mitad del siglo XIX que la función co-legisladora correspondiera al Poder Ejecutivo, cabeza de la Administración Pública y con respaldo político como para soportar enfrentamientos con la Asamblea. Se cedió así a la tradición acumulada durante la época colonial de un gobernador fuerte y se aceptó que el juego o balance debía darse entre Legislativo y Ejecutivo.

Por otro lado, no se abandonó la fórmula casi ritual de que la Asamblea era quien debía vigilar las posibles infracciones a la Carta Fundamental, que se mantuvo en las Constituciones posteriores a la Ley Fundamental de 1824, con excepción de la Ley de Bases y Garantías y de la de 1848, hasta desaparecer sólo en la actual de 1949.<sup>(61)</sup> Ello hizo posible que el Poder Legislativo dispusiera a su antojo de los asuntos públicos, en su condición de soberano, sin preocuparse por la debida correspondencia entre sus productos y la Carta Fundamental.

Se volvió a la tradición fundada en Montesquieu de que los Poderes del Estado fueran tres y no cuatro. Sin embargo, ello ocurrió después del período de

vigencia de la Ley Fundamental de 1825, antes del golpe de Estado de Carrillo. Es conveniente apuntar además que a la caída de proclamado Primer Jefe vitalicio, se restableció la vigencia de la Ley Fundamental hasta la promulgación de la Constitución de 1844. Esta mantuvo la existencia de un Senado, al que se dan las funciones de defensa de la Constitución. De modo que no es sino con la Constitución de 1847 que desaparece el órgano creado conforme a las ideas de Constant.

Por otra parte, como ha apuntado Federico Gutiérrez, el período comprendido entre 1824 y 1838 produce 583 Decretos legislativos, por el sistema creado en la Ley Fundamental, con intervención de Legislativo, Conservador y Ejecutivo. Dentro de ese proceso, el Poder Conservador busca la conformidad de las normas de menor rango con la Constitución. El sistema es defectuoso: la actuación no está dotada de imperio, la objeción puede ser ignorada por la Asamblea mediante el resello. Pero funciona, la búsqueda de consenso alcanza resultados positivos en suficiente número de casos, como para que resulte lógico después del derrocamiento de Carrillo volver a él.

Hoy, después del otorgamiento a la Sala Constitucional de funciones consultivas para la Asamblea Legislativa, es conveniente tomar en cuenta que este régimen ya había existido. Al enlazar nuestras instituciones actuales con las experiencias pasadas, se captan mejor su realidad y proyecciones. El pasado no puede goberarnos pero permite una mayor comprensión del presente.

(60) *Escritos*, op. cit. Comentario a la Constitución de 1824.

(61) *Escritos*, op. cit. Comentario a la Constitución de 1824.

## LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES ENTRE LA FEDERACION Y LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Lic. José Pedro López Elías<sup>(\*)</sup>  
Lic. Leonel Alejandro Armenta López

(\*) Dirección: Cuzco 661 Linda Vista, México, D.F.

## SUMARIO:

### INTRODUCCION

#### I. ANTECEDENTES HISTORICO-CONSTITUCIONALES

1. Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica
2. Constitución de 1824
3. Constitución de 1857
4. Constitución de 1917

#### II. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

1. Las partes
2. Tribunal competente
3. Procedimiento

#### III. CASOS DE CONTROVERSIA

#### IV. VISION COMPARATIVA

1. Argentina
2. Brasil
3. España

### CONCLUSION

### INTRODUCCION

El tema del presente trabajo se refiere a las controversias constitucionales que se suscitan entre la Federación y las Entidades Federativas, materia poco explorada en nuestro país y que trataremos de brindar nuestro mejor esfuerzo con objeto de que quien pueda leer este documento encuentre un beneficio que agrande su cultura jurídica.

Las controversias constitucionales se encuentran ubicadas, en lo que el maestro Fix Zamudio ha dado en llamar el *Derecho Procesal Constitucional*, disciplina científica, que puede ser considerada como la rama más joven de la ciencia del proceso.<sup>(1)</sup>

Podemos definir a las controversias constitucionales como aquellas de carácter jurídico que puedan surgir entre los integrantes de la Unión, cuando las mismas son planteadas directamente por las entidades afectadas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 105 constitucional.

El texto actual del citado artículo 105 de la Constitución atribuye en exclusiva a la Suprema Corte de Justicia de la Nación el conocimiento de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la federación fuere parte, en los casos típicos y concretos que señale la ley respectiva.

Este tipo de controversias ha tenido escasa importancia práctica durante la vigencia de la Constitución de 1917, en virtud de que los conflictos entre los órganos de un mismo Estado, han sido resueltos con mayor frecuencia por el Senado federal, de acuerdo con las atribuciones que le confiere el artículo 75 fracción VI, de la misma Constitución, que se refiere solo a cuestiones de carácter político, mientras que los litigios y la Federación y las entidades federativas también se deciden por el Senado a través de la desaparición de los poderes.

De lo descrito en el párrafo anterior se tiene la impresión, en primera instancia, que las facultades de la Corte y del Senado se confunden, así pues escuchemos las palabras de Emilio Rabasa al decir que: El Judicial no debe ni

(1) FIX SAMUDIO, Héctor. *Las garantías constitucionales en el proceso*. Ciencia Jurídica, Universidad de Occidente. Tomo II, año 5, julio-diciembre de 1986, No. 9, p. 5.

puede nunca resolver sobre negocios de la política; es decir, sobre los medios que el Ejecutivo o el Legislativo adopten para la marcha y las actividades del país. La elección de aquellos medios es propia de los poderes; su elección y empleo constituyen la política de un gobierno, y la injerencia del Judicial en tales asuntos sería una intrusión invasora e intolerable".<sup>(2)</sup>

## 1. Constitución de los Estados Unidos

Desde el año de 1626 en que las tres funciones, legislativa, ejecutiva y judicial se hallaban confundidas en el gobernador del Estado de Nueva York, y de cada uno de los Estados de la Colonia en Estados Unidos, el pueblo había estado luchando sin tregua, primero durante la dominación holandesa y más tarde bajo el gobierno inglés en pro de sus libertades, especialmente tratando de arrebatar al Ejecutivo las funciones judiciales que le correspondían desde el establecimiento de la Colonia en virtud de la concesión otorgada a la West India Company que fundó Nueva Holanda: en tal concesión se otorgaba a esta corporación el derecho exclusivo de administrar la justicia y de nombrar a los funcionarios judiciales y a sus dependientes en las colonias que estableciera.

La concentración absoluta de la autoridad judicial en el Ejecutivo, que se dio en los primeros años de vida del incipiente país de los Estados Unidos, no tuvo larga vida.<sup>(3)</sup> El gobernador se vio precisado a delegar en un Consejo, formado por colonos, parte de sus facultades y a crear un funcionario encargado de formular ciertas acusaciones.

Posteriormente las Constituciones de los principales Estados, tales como: Nueva York, New Hampshire, Massachusetts, Pensilvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia, empezaron a establecer la función judicial como una actividad independiente de las que ejercía el poder ejecutivo.

En la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 se depositó el poder judicial en una Suprema Corte y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya. En el establecimiento de esta Constitución los Estados que se ufanan que ceder parte de sus facultades, con el consecuente temor a lo desconocido respecto de las facultades que retendrían y de las que delegaron a la cabeza federal, preocupación expresada claramente por Hamilton.<sup>(4)</sup>

(2) RABASA, Emilio. *El juicio constitucional: orígenes, teoría y extensión*. Librería de la Viuda de Ch. Bouret. México 1919, p. 198.

(3) SOLIS CAMARA, Fernando. *Origen y evolución en América de las instituciones políticas anglo-sajonas*. Imprenta Teresita, México 1930, p. 347.

(4) HAMILTON, MADISON y JAY. *El federalista*. Fondo de Cultura Económica, México 1982, p. 351.

El artículo III, en su Sección 2 estableció que el poder judicial entenderá en todas las controversias, tanto de derecho escrito como de equidad, que surjan como consecuencia de la Constitución, de las leyes de los Estados Unidos y de los tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad; en todas las controversias que se relacionen con embajadores, otros ministros públicos o cónsules; en todas las controversias de la jurisdicción de almirantazgo y marítima; en las controversias en que sean parte los Estados Unidos; en las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, entre ciudadanos del mismo Estado que reclamen tierras en virtud de concesiones de diferentes Estados y entre un Estado o los ciudadanos del mismo y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros.

Asimismo el propio artículo señala que en todos los casos relativos a embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos que sea parte un Estado, la Suprema Corte poseerá jurisdicción en única instancia. En todos los demás casos que antes se mencionaron la Suprema Corte conocerá en apelación, tanto del derecho como de los hechos, con las excepciones y con arreglo a la reglamentación que formule el Congreso.

Tratándose de los casos que señala dicho artículo podemos decir que son de dos tipos: los que tratan una cuestión federal (federal question) y los que resultan de demandas entre ciudadanos de diferentes Estados (diversity of citizenship).

El requisito constitucional de que el Poder Judicial Federal pueda conocer solo casos y controversias ha sido interpretado en el sentido de que la parte que presente la demanda haya sufrido o esté por sufrir algún daño personal. Mediante esta doctrina de "capacidad legal" el Poder Judicial intenta evitar litigios evasivos que no representan un verdadero desacuerdo entre las partes.<sup>(5)</sup>

Tratándose de los conflictos entre los Estados Unidos y algún Estado miembro, que por cierto han sido frecuentes y trascendentes, baste citar *United States vs. North Carolina* (1890), *United States vs. Texas* (1892), *United States vs. Michigan* (1903) y *South Carolina vs. United States* (1905), la Suprema Corte ha definido que el derecho de los Estados Unidos a demandar a un Estado es conforme al espíritu de la Constitución, aunque no esté determinado en su texto literal.<sup>(6)</sup>

Es evidente que no se hubiese necesitado disposición constitucional para otorgar a los Estados Unidos autoridad para actuar como parte ante sus propios tribunales; ni es necesaria la autorización del Congreso para litigar. Pero, como

(5) STRICKLAND, Bárbara. *Esbozo del sistema jurídico norteamericano*. Secretaría de Relaciones Exteriores, México 1985, p. 29.

(6) EVANS HUGHES, Charles. *La Corte Suprema de los Estados Unidos*. Fondo de Cultura Económica. México 1971, p. 129.

todas las otras partes, los Estados Unidos deben tener un interés en el asunto y un derecho legítimo para reclamar la solución pretendida. Así en 1935 la Suprema Corte se rehusó a asumir la jurisdicción en la causa denominada *United States vs. West Virginia*, y que llevaba por fin determinar la navegabilidad de ciertos ríos de jurisdicción del Estado demandado, basándose en la no existencia de cuestiones jurídicas divergentes, sino simplemente diferencias de criterio entre los dos gobiernos.<sup>(7)</sup>

Los problemas principales no surgen cuando los Estados Unidos son parte actora, sino cuando representan la parte demandada. El principio de la inmunidad de la soberanía establece que el gobierno no puede ser demandado sin su consentimiento. Cuando el Congreso acuerda dicho consentimiento, los Estados Unidos pueden ser demandados, pero solo en las condiciones establecidas.

Cuando no se ha acordado consentimiento para demandar al gobierno, es posible demandar a los funcionarios que actúan por él. En la práctica, es muy difícil a los tribunales establecer si un juicio nominalmente dirigido contra un empleado del gobierno no es en suma un juicio dirigido contra el gobierno. Por ejemplo, una causa contra el Secretario del Tesoro para obtener la revisión de una decisión acerca de la tasa del derecho sobre el azúcar, fue considerado un juicio contra los Estados Unidos por su efecto sobre el sistema fiscal del gobierno.<sup>(8)</sup>

Dice Rabasa<sup>(9)</sup> que la Suprema Corte de los Estados Unidos fue instituida primordialmente como un tribunal de alzada y no de primera instancia, ya que la Constitución norteamericana correctamente establece que por regla general, la Corte conoce de las controversias enumeradas en la propia Constitución como de orden federal, solo en la vía de apelación y como tribunal de última instancia. Como una excepción a su funcionamiento propio de tribunal de alzada y por motivos de orden político más que jurídico, la citada Constitución estatuye que la Suprema Corte tendrá jurisdicción "original", es decir que conocerá en primera instancia, de los casos referentes a embajadores, ministros públicos y cónsules.

Con excepción de estos casos, los demás los refirió la Constitución Norteamericana a los tribunales federales inferiores, en primera instancia, que cree y establezca el Congreso, y a la Corte en vía de apelación, conforme a las reglas y excepciones que señale el mismo Congreso; y entre estos últimos están "las controversias en que los Estados Unidos, es decir la Federación, sea parte".

(7) CORWIN, Edward. *The Constitution of the United States of America: analysis and interpretation*. Government Printing Office, Washington 1953, p. 583.

(8) PRITCHETT, Herman. *La Constitución americana*. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires 1965, p. 166.

(9) RABASA, Oscar. *El Derecho angloamericano*. Editorial Porrúa, México 1982, p. 651.

De modo que, conforme a la Constitución cuando la Federación es parte el caso no corresponde, en primera instancia, a la Suprema Corte, ya que compete a los tribunales federales inferiores conocer de este tipo de controversias y la Corte solo conocerá de ellos en vía de apelación.

## 2. Constitución Mexicana de 1824

Previo a la instalación del Congreso Constituyente, y durante la celebración del mismo, de 1824 se introdujo en su seno una discusión muy fuerte relativa a la forma en que debían definir los diputados la forma de gobierno que asumiría nuestro país, ya sea que se tratara de forma de gobierno centralizado o federalista.

Miguel Guridi y Alcocer, Miguel Ramos Arizpe y Manuel Crescencio Rejon, jugaron un papel muy importante en esta discusión, y al respecto Rejon señalaba que se debe luchar porque "a las provincias se les reconozca como Estados federados, de modo tal que entre todas ellas se puedan unir en un acuerdo previamente establecido para formar la Nación Mexicana".<sup>(10)</sup>

Finalmente la discusión se inclinó por los partidarios del federalismo y así surgió la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, que estableció la división de poderes, entre ellos el Poder Judicial de la Federación, atribuyéndole a la Corte Suprema de Justicia las siguientes facultades, según el artículo 137 del propio documento:<sup>(11)</sup>

- I. Conocer de las diferencias que puede hacerle de uno u otro Estado de la Federación, siempre que las reduzcan a un juicio verdaderamente contencioso en que deba recaer formal sentencia, y de las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro, o entre particulares, sobre pretensiones de tierras, bajo concesiones de diversos Estados, sin perjuicio de que las partes usen de su derecho, reclamando la concesión a la autoridad que la otorgó.
- II. Terminar las disputas que se susciten sobre contratos o negociaciones celebrados por el gobierno supremo o sus agentes.

(10) ECHANOVE TRUJILLO, Carlos. *La vida pasional e inquieta de don Crescencio Rejon*. El Colegio de México, 1941, p. 52.

(11) TENA RAMIREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México. 1808-1983*. Décimo-segunda edición. Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal 1983, p. 188.



- III. Consultar sobre paso o retención de bulas pontificias, breves y rescriptos expedidos en asuntos contenciosos.
- IV. Dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la federación, y entre estos y los de los Estados, y las que se muevan entre los de un Estado y los de otro.
- V. Conocer. (...)
- VI. De las causas de almirantazgo, presas de mar y tierra, y contrabandos; de los crímenes cometidos en alta mar; de las ofensas contra la Nación de los Estados Unidos Mexicanos; de los empleados de hacienda y justicia de la federación; y de las infracciones de la Constitución y leyes generales, según se prevenga por la ley.

Si nos damos cuenta esta Constitución siguió en mucho a la de los Estados Unidos, incluyendo el artículo 143, que a la letra señalaba:

Los Estados Unidos Mexicanos se dividirán en cierto número de distritos, y en cada uno de estos habrá un juzgado, servido por un juez letrado, en que se conocerá, sin apelación, de todas las causas civiles en que esté interesada la federación, y cuyo valor no exceda de quinientos pesos; y en primera instancia, de todos los casos en que deba conocer en segunda los tribunales de circuito.

### 3. Constitución Mexicana de 1857

El artículo 97 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, decía a la letra:

Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

- I. De todas las controversias que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de las leyes federales.
- II. De las que versen sobre desarrollo marítimo.
- III. De aquellas en que la federación fuere parte.
- IV. De las que se susciten entre dos o más Estados.
- V. De las que se susciten entre un Estado y uno o más vecinos de otro.
- VI. De las orden civil o criminal que se susciten a consecuencia de los tratados celebrados con las potencias extranjeras.
- VII. De los casos concernientes a los agentes diplomáticos y cónsules.

La fracción relativa a las controversias en que la federación fuere parte se discutió en la sesión del 24 de octubre de 1856, aprobándose sin discusión y por unanimidad de los 80 diputados presentes.<sup>(12)</sup>

El anterior artículo se encontraba estrechamente relacionado con el artículo 98 de la propia Constitución que decía:

Corresponde a la Suprema Corte de Justicia desde la primera instancia: el conocimiento de las controversias que se susciten de un Estado con otro, y de aquellas en que la Unión fuere parte.

A propósito del comentario para estos dos artículos Mariano Coronado<sup>(13)</sup> señalaba:

“Por controversias en que la Federación es parte, deben entenderse todas aquellas que se ventilan con el Supremo Gobierno de la Unión por causa de contratos, obligaciones, etc. y todos los juicios en que se versan intereses federales; aunque es preciso observar que, las primeras se siguen desde su principio ante la Suprema Corte, mientras que los segundos comienzan generalmente ante los juzgados de distrito. Este precepto se apoya en que los intereses de la Unión no podrán quedar a merced de los tribunales de los Estados, pues si así sucediese, fuera de lo inconveniente de tal situación, no habría medios para obligar a estos tribunales a cumplir con sus deberes, ni la jurisprudencia sería uniforme en todo el país”.

A propósito de lo anterior, dice Velasco Rus<sup>(14)</sup> que las controversias que se susciten entre un Estado y otro, y en aquellas en que la Unión, desde su principio conoce la Suprema Corte, porque la gravedad de estos asuntos requiere un tribunal integro, desapasionado e inteligente, que por su categoría, respetabilidad y patriotismo, no se deje influenciar de otros poderes.

### 3. Constitución Política de 1917

La actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, contempla en sus artículos 104 y 105, los textos relativos a la materia que nos ocupa, y que en su parte conducente señalan:

- (12) ZARCO, Francisco. *Historia del Congreso Constituyente de 1856-1857*. Imprenta de Ignacio Cumplido, México 1857, Tomo II, p. 485.
- (13) CORONADO, Mariano. *Elementos de Derecho Constitucional Mexicano*. Librería de Ch. Bouret, México 1906, p. 192.
- (14) VELASCO RUS, Luis. *Nociones de Derecho Constitucional Mexicano*. Herrero Hnos. Editores, México, 1901, p. 118.

Artículo 104.—Corresponde a los tribunales de la federación conocer:

- I. ....
- II. De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo.
- III. De aquellas en que la Federación fuese parte.
- IV. De las que se susciten entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación, así como las que surgieren entre los tribunales del Distrito Federal y los de la Federación, o un Estado.

Artículo 105.—Corresponde solo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellas en que la Federación fuese parte.

Este artículo se puso a discusión en el Congreso Constituyente, el 22 de enero de 1917, resumiendo el debate en lo relativo a la probable confusión que podría originar las facultades entre el Senado de la República y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; resolviéndose finalmente, según la opinión del Diputado Paulino Machorro, en el entendido de que el Senado resuelve las diferencias políticas entre las partes y la Corte resuelve los conflictos constitucionales.<sup>(15)</sup>

## II. INTERPRETACION CONSTITUCIONAL

Tratándose de las controversias entre la Federación y sus Estados miembros, tradicionalmente, como dicen Bowie y Friedrich,<sup>(16)</sup> las constituciones de las federaciones dan poder a la Suprema Corte para juzgar las controversias entre los Estados que las componen o entre la federación y los Estados miembros.

Siguiendo el modelo de la Constitución de los Estados Unidos, el artículo 105 de nuestra Ley Fundamental atribuye directamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a las controversias constitucionales, es decir, aquellas que se susciten entre dos o más Estados, entre los poderes de un mismo Estado sobre

la constitucionalidad de sus actos y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como aquellas en que la Federación sea parte.

La competencia de la Suprema Corte de Justicia que ha provocado mayor debate es la relativa al conocimiento de los conflictos en los que la Federación sea parte, puesto que la jurisprudencia es incierta en cuanto su delimitación, y que en alguna época consideró suficiente que una autoridad federal figurase como parte en un proceso ordinario federal, y en otras ocasiones, se exigió que la controversia tuviese trascendencia nacional. Se impuso el segundo criterio a través de la adición a la parte final del artículo 105 de la Constitución federal por decreto de 25 de octubre de 1967, con una referencia a la ley respectiva, y con este fundamento, la fracción IV del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal dispone que solo se considera que la Federación es parte, cuando a juicio del Pleno de la Suprema Corte de Justicia, la controversia respectiva se considere de importancia trascendente para los intereses de la Nación, oyendo el parecer del Procurador General de la República.

En materia de juicios federales en los que la nación sea parte, ha sido la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación quien ha aclarado las controversias suscitadas entre dos o más Estados de la federación. Ha expresado por una parte, que por Federación debe entenderse, para los efectos del artículo 105, la Entidad Estados Unidos Mexicanos, sin que sea jurídico confundir dicha entidad con la forma de gobierno que ha sido adoptada por la Nación y mucho menos con los tres poderes mediante los cuales ejerce su soberanía, o con alguno de los órganos de cualquiera de esos tres poderes.

La relación jurídica que da origen a las controversias constitucionales será siempre reconocer en ella una afectación, ya sea de los principios o del contenido de la soberanía de la nación, para precisar cuales facultades se han otorgado a la Federación y cuales a los Estados, ya que nuestra constitución independiza las esferas de atribuciones que son federales y las que son locales, determinando al mismo tiempo la órbita en que se mueven las facultades de los tres poderes tanto federales como locales.

Por otra parte, prevé la independencia de las atribuciones concedidas a los órganos de tales poderes, expresando que esto es responsabilidad absoluta de las leyes orgánicas. Por esta razón ha estimado que no es jurídico ni legal hacer trascender la vinculación en derechos y obligaciones, a sujetos de imputación de voluntad jurídica diferente a los previstos por la ley, como individuales, por no corresponder estos últimos derechos a la respectiva esfera de su atribución, es decir, por no trascender a la Federación.

Dentro de este ámbito de cosas, trataremos de hacer un esfuerzo por interpretar o desentrañar el texto constitucional, en lo relativo a las controversias constitucionales, en que se hayan inmersas la Federación y las Entidades Federativas.

(15) *Los derechos del pueblo mexicano*. México a través de sus Constituciones Manuel Porrúa, S.A., Librería. Segunda Edición, México 1978, Tomo VII, p. 989.

(16) BOWIE, Robert y CARL J. Friedrich. *Estudios sobre federalismo*. E. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958, p. 168.

## 1. Las partes

En cualquier negocio jurídico, por lo general, se habla de partes para referirse a las personas que intervienen en ellos y que, en tal virtud, adquieren derechos y reportan obligaciones.

Tratándose de los litigios o controversias la noción de parte implica la titularidad de un derecho y la situación de ser atraído al propio derecho.

En la controversia en comento hay 2 partes, a las que nos referiremos enseguida:

### a. La Federación

Dice Castillo Velasco<sup>(17)</sup> que es "parte la Federación en aquellos casos en que se afecta la hacienda federal. Esta palabra parte, se toma en este punto la acepción que se le da cuando se llaman partes a los contendientes en un juicio, es decir, cuando son litigantes, y no para significar aquello que de algún modo tenga interés para la Unión, porque esta lo tiene o lo debe tener en todos los negocios públicos, sin excepción, así porque se cumplan las leyes de los Estados; así por el acierto en las funciones de los poderes particulares de los Estados, y lo mismo porque se administre recta y cumplidamente la justicia hasta en los más apartados rincones del territorio nacional, como porque la administración pública sea perfecta, de lo que resultaría que no habría un solo caso que no pudiera ser del número de las controversias de la competencia de los tribunales federales".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido cuando es parte la Federación, ya que el artículo 105 de la Constitución debe interpretarse en el sentido de que la Federación es parte solo en aquellas controversias en que se afecte un interés verdaderamente nacional, como son los casos previstos en el artículo 117 Constitucional, y que por lo mismo, solo en estos casos corresponde la competencia del Pleno de la Suprema Corte.<sup>(18)</sup>

### b. Las entidades federativas

Son los Estados miembros que integran parte del Estado Federal. La característica esencial de una entidad federativa es que goza de autonomía, y la

(17) CASTILLO VELASCO, José María Del. *Apuntamientos para el Estudio del Derecho Constitucional Mexicano*. Imprenta del Gobierno en Palacio, México 1870, p. 202.

(18) GUERRERO LARA, Ezequiel y GUADARRAMA LOPEZ, Enrique. *La interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia*. UNAM, México 1985, tomo II, p. 1361.

columna vertebral de ésta, se encuentra en que las entidades federativas se dan su propia constitución, la cual es la base y fundamento de toda la legislación local y pueden reformar su constitución, siguiendo los procedimientos que ella misma señala.

La idea de autonomía es muy diferente de la de soberanía. Mientras desde el punto de vista jurídico, soberanía es poder supremo e ilimitado; autonomía implica un poder jurídico limitado, se tiene un espacio de actuación libre, y al mismo tiempo un campo jurídico que no puede traspasarse.

Las Entidades Federativas son autónomas, pero están limitadas por la Constitución del Estado Federal; empero, en su esfera de competencia, pueden organizarse con libertad siempre que respeten los lineamientos que los marca la ley fundamental.

A propósito de este tipo de conflictos la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que las entidades federativas son libres e independientes, en tanto que sus actos no tiendan a menoscabar los postulados del pacto federal, por obediencia del cual, nace la competencia de la corte para decidir las controversias surgidas entre los poderes de los Estados.

## 2. Tribunal competente

Las controversias constitucionales deben ser resueltas, de acuerdo con lo que establece la Constitución, por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que este órgano tiene funciones jurisdiccionales y administrativas, entre las que destacan las señaladas en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, que se refiere fundamentalmente a los litigios entre la federación y los Estados y de éstos entre sí.

Tradicionalmente en los diversos sistemas jurídicos en el mundo, el órgano que resuelve las controversias de esta índole son los tribunales constitucionales, que son organismos judiciales especializados en la solución de los conflictos que surgen por la aplicación directa de las disposiciones de carácter constitucional.

Existen dos enfoques para determinar la naturaleza de los citados tribunales constitucionales; el primero de carácter estricto se refiere a los organismos que deciden de manera exclusiva sobre dichas controversias constitucionales, pero en sentido amplio se califican de constitucionales a los tribunales de mayor jerarquía que poseen la función esencial de establecer la interpretación final de las disposiciones de las leyes fundamentales.

Solo en el segundo sentido, podemos considerar que existe en el ordenamiento mexicano un tribunal constitucional, si como tal calificamos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a su función esencial de

intérprete definitivo de nuestras normas constitucionales, ya sea a través del juicio de amparo o a través de las controversias constitucionales, señaladas en el artículo 105 de la Constitución.

Por lo que se refiere al ordenamiento mexicano, podemos afirmar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación actúa como Tribunal Constitucional cuando decide en segundo grado o en una sola instancia los juicios de amparo en los cuales se impugnan las leyes que se consideran inconstitucionales, así como los actos de autoridad que infringen los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y finalmente, cuando resuelven lo que ha ocurrido en muy pocas ocasiones, las controversias o litigios de carácter constitucional regulados por el artículo 105 de la propia Constitución.

### 3. Procedimiento

Todos y cada uno de los juicios que se llevan a cabo en los tribunales mexicanos deben tener un procedimiento que ha de seguirse para resolver el conflicto que se plantea; tratándose de las controversias constitucionales, la propia carta magna no señala un procedimiento que se haya de seguir para resolver las controversias constitucionales que se suscitan entre la federación y una entidad federativa, por lo tanto, debemos aplicar la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación aplicando supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles que señala los tribunales, su competencia, el litigio y los instrumentos probatorios que se han de realizar para que la parte que intente su acción pueda probarla debidamente.

No debemos dejar de lado, aun y cuando se trate de controversias o litigios constitucionales la obligatoriedad que establece la propia Constitución en el sentido de seguir las formalidades esenciales del procedimiento.

Podemos considerar a las formalidades esenciales del procedimiento, como los principios formativos del procedimiento judicial que se juzgan necesarios para que las partes, ya sea federación o Entidad Federativa, tengan la posibilidad real de lograr una decisión justa de la controversia planteada, y por ello deben estimarse como un aspecto fundamental del derecho de defensa procesal.

Tratándose de este procedimiento constitucional hemos de referirnos a las resoluciones definitivas que resuelven la controversia constitucional, en el mismo sentido que lo dijo Vallarta:<sup>(19)</sup>

“Las resoluciones de la Corte son la verdad legal, son la última palabra que se puede pronunciar en materias constitucionales”.

(19) TALLARTA, Ignacio. *Cuestiones constitucionales (votos)*. Imprenta de J. J. Terrazas. México 1894, Tomo 1, p. 907.

### III. CASOS DE CONTROVERSIDAD

En nuestro sistema político mexicano pocos son, en realidad, los casos aquellos en que se establece una litis entre la Federación y una entidad federativa; es decir, una controversia jurídica suscitada entre un Estado y la Federación. Más que razones jurídicas o históricas del por qué en la realidad existen pocos casos de controversia, han sido razones de índole política ya que en un sistema presidencial como el nuestro, en el que existe una preponderancia del Poder Ejecutivo sobre todo el universo jurídico y político del Estado resulta difícil que un poder local intente interpelar o contraponerse fácilmente con la Federación, lo que desde luego va en detrimento del sistema federal mexicano menoscabando la integridad de los Estados, que cada día pierden más facultades frente al poder omnímodo de la Federación.

Pero otra razón de no menos peso y que incide en el resultado comentado con antelación, estriba en que los poderes locales están subsumidos en todas sus acciones al Poder Ejecutivo local, el que también ejerce de hecho una influencia sobre los otros poderes locales, que no se puede concebir la posibilidad de una controversia entre la Federación y una Legislatura local o un Tribunal Superior de Justicia de alguna entidad federativa, sin la intervención del Poder Ejecutivo Local, lo que en pluralidad jurídica debería ser factible pero que por la preeminencia que el propio Ejecutivo Local (a semejanza del Poder Ejecutivo Federal) tiene sobre los otros poderes, siempre gravitará en la esfera de acción de aquél la última decisión al respecto de cualquier controversia que pueda suscitarse entre la entidad federativa y la Federación.

En este orden de ideas es interesante traer a colación que cuando se discutía la redacción del artículo 98 (correspondiente al 105 de nuestra Constitución vigente) en el seno del Congreso Constituyente de 1857, en el sentido si correspondía o no a la Suprema Corte conocer de las controversias de orden político que se presentaran entre los poderes locales de un Estado, asunto que ya se había discutido al tratar las facultades del Senado con respecto a su intervención en dichos conflictos, algunos diputados se opusieron arguyendo que como se había prohibido al Senado conocer de estos conflictos, tampoco la Suprema Corte tenía competencia para conocer de ellos, incluso ni siquiera de las cuestiones de constitucionalidad que surgieran de esos conflictos políticos, ya que se trataba de actos no judiciales.

A lo anterior, los mencionados legisladores agregaron que la Corte solo debería conocer de asuntos meramente constitucionales evitando toda controversia política, aun en el caso de que dichas controversias políticas fueran, al mismo tiempo, políticas y constitucionales, ya que estas eran materias que correspondían al juicio político.<sup>(20)</sup>

(20) Diario de los Debates, tomo II, pp. 335 y 55.

Hemos aludido a estos razonamientos no porque tengan una relación directa con el tema que estamos tratando, sino más bien indirecta en cierto aspecto. Veamos: nosotros pensamos que este criterio, que es a todas luces legal, se ha desvirtuado en su interpretación, o más bien ha servido de pauta para que las controversias que puedan suscitarse entre la Federación y una entidad federativa, siendo de índole jurídica se les califique de política y de esa manera, tanto la Corte como el Senado, se evitara de conocer. De ese modo, la solución que recaera a dicho problema obedecerá, más que una solución meramente jurídica, a un tratamiento de tipo político.

Ahora bien, esto no quiere decir que dicha calificación del conflicto no puede proceder, por el contrario, pensamos que sí es procedente y que, incluso, de ese modo tienen un mejor desahogo dichos conflictos, ya sea por razones de celeridad o de estabilidad del régimen, lo que planteamos es que merced a ello, se ha soslayado el ejercicio del derecho en el seno de la existencia de un Estado federal, en el que se supone que en el caso de que exista una controversia entre un Estado y la Federación, dicha controversia debe tener, antes que nada, un tratamiento jurídico y de ese modo impere el ejercicio del derecho.

Lo interesante es que desde 1918 a la fecha solo se conocen seis casos de controversias constitucionales en que la Federación ha sido parte.<sup>(21)</sup> De ellos en dos se ha declarado la corte incompetente para conocer de la demanda; en uno ha dicho que no puede hacer una declaración de carácter general y en solo dos se ha declarado competente para conocer del conflicto, y otro más no llegó a conflicto, lo que refleja un escaso ejercicio de esta facultad constitucional que en realidad ha sido letra muerta en nuestro sistema constitucional.

Los casos de controversia son los siguientes:

1. *Posible conflicto entre el Estado de Tamaulipas y la Federación. Abril 2, 1918.*

Promovente: varios miembros de los 3 poderes del Estado de Tamaulipas.

Autoridad demandada: *El Presidente de la República.*

*Motivo:* Injerencia del Ejecutivo Federal en la Soberanía Estatal. (La Suprema Corte previene a los promoventes que, para dar entrada a la demanda, deben ajustarla a lo dispuesto por el Código Federal de procedimientos civiles).

2. *Conflicto constitucional entre el Congreso del Estado de México, el Senado de la república, el Presidente de la misma y el Gobernador del mismo Estado.*

*Motivos del conflicto:* la declaración hecha por el Senado, de haber desaparecido los poderes del Estado de México; el nombramiento hecho por el Ejecutivo, de un Gobernador interino en el Estado; y la convocatoria hecha por este, para elecciones de Gobernador y Diputados.

La controversia fue suscitada por el señor Julián H. Padilla, que se dice representante del Congreso Local del Estado de México, con motivo de actos del Senado de la República, del Presidente de la misma y del Gobernador de la entidad federativa de referencia, consistentes, los del primero, en haber declarado desaparecidos los Poderes del Estado de México; los del segundo, en haber nombrado Gobernador interino del mismo Estado, en haber enviado terna al Senado, para que hiciera este nombramiento; y los del tercero, en haber convocado a elecciones para Gobernador y Diputados de la propia Entidad; y respecto de los cuales actos pide la declaración de anticonstitucionalidad.

La Suprema Corte se declaró incompetente para conocer de la controversia, ya que el artículo 105 de la Constitución General de la República, especifica cuáles pueden ser resueltos, exclusivamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El artículo 105 Constitucional, al referirse a los conflictos entre Estados o Poderes de un Estado, supone la existencia legal de aquellos poderes y, asimismo, requiere que la Federación aparezca como parte contendiente y no solo uno de los tres Poderes de la Nación.

El Senado de la República, al declarar desaparecidos los Poderes de un Estado, en uso de las facultades que la Constitución le concede, obra como Poder soberano y la Suprema Corte no puede revisar tales disposiciones; pues de esa suerte, adquiriría preeminencia sobre aquel Poder, lo que es contrario a los principios generales que rigen la Carta Federal, según la cual, el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial; Poderes que, aunque deben obrar armónicamente, son independientes entre sí, y por lo tanto, incapaces de dejar sus actos subordinados a la revisión de alguno de los otros dos.

La anterior controversia constitucional se resolvió por la Corte, el 24 de junio de 1921.

(21) Consúltense Semanario Judicial de la Federación, quinta época, tomos II, VIII, XI, XVIII, XXVI y XXXVI.

3. *Conflicto constitucional entre la legislatura de Veracruz y el Congreso de la Unión.*

*Incidente relativo a la competencia de la Corte.*

*Incidente relativo a la competencia de la Corte.* El decreto de 22 de diciembre de 1921, que inhabilita a los Diputados a las Legislaturas Locales que conozcan de las elecciones de Ayuntamientos, para figurar como candidatos a Senadores y Diputados al Congreso de la Unión.

El 28 de junio de 1922 la Suprema Corte se declaró competente para conocer del conflicto, considerando que la resolución de los conflictos constitucionales por la Corte, no puede decirse que constituya una supremacía del Poder Judicial sobre los otros dos poderes federales; pues el órgano encargado de aplicar la ley, debe interpretarla como fue redactada y para los fines con que fue hecha, y no puede alegarse que un Poder tiene más facultades que otro ni supremacía sobre los otros, si usa de las que le marca la Constitución que es la Ley Suprema, a que quedan sujetos gobernantes y gobernados.

Al decidirse sobre la competencia de la Corte para conocer de un conflicto constitucional, no se prejuzga sobre la materia del conflicto, pues esto será objeto de la sentencia que en cuanto al fondo se pronuncie.

4. *Juicio constitucional, seguido contra la Cámara de Senadores y el Presidente de la República, por el gobernador constitucional de Nuevo León y la Legislatura y el Supremo Tribunal de Justicia de ese Estado, que, con el nombre de "Oficiales", se instalaron en ese Estado; juicio que tuvo por causa, el reconocimiento de la legitimidad de la Legislatura y Tribunal llamados "independientes".*

La Suprema Corte se declaró incompetente para conocer de la demanda, ya que conforme al artículo 105 de la Constitución General solo corresponde a la Suprema Corte conocer, entre otras cosas, de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados; pero los conflictos cuya resolución toca a la Corte, no son los motivados por la legalidad o ilegalidad de las elecciones locales y de los funcionarios que se atribuyan el triunfo; pues tal cosa es contraria a la naturaleza de las funciones constitucionales de que se halla investido ese Alto Tribunal, y constituiría una invasión a la soberanía de los Estados. Los conflictos a que se refiere el artículo 105 de la Constitución, presuponen, necesariamente, la existencia de poderes legítimos, ya constituidos, que ha

reconocido la Nación entera, debiendo versar la resolución de la Corte, sobre los derechos que tiene un Estado contra la Federación o ésta contra aquél, pero no sobre la integración de poderes locales.

Este Juicio Constitucional lo resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por acuerdo de su pleno el día veintitrés de enero de mil novecientos veintiséis.

5. *Conflicto constitucional.*

*Motivo del conflicto:* La multa impuesta por la Secretaría de Hacienda a los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia de Yucatán.

La Suprema Corte resuelve que no puede hacer una declaración de carácter general.

Conforme al artículo 105 de la Constitución Federal, la Suprema Corte solo puede conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados; entre los poderes de un mismo Estado, sobre la constitucionalidad de sus actos; entre la Federación y uno o más Estados, o de aquellos en que la Federación fuese parte; y no puede considerarse que la Federación es parte en un conflicto, porque uno de sus órganos esté interesado en determinado asunto, ni que sea parte un Estado, si existe un motivo similar.

Este caso fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia el día diez de junio de mil novecientos veintinueve.

6. *Controversia constitucional entre la Federación y el Estado de Oaxaca.*

*Motivo de la controversia:* La expedición de la Ley de 13 de febrero de 1932, sobre dominio y jurisdicción de monumentos arqueológicos, en el Estado de Oaxaca.

La Suprema Corte declara que es competente para dirimir esta controversia; que competen a la Federación, la jurisdicción y dominio sobre las ruinas y monumentos arqueológicos, y que la Ley, motivo de la controversia, invade la esfera de acción constitucional de las autoridades federales.

Si la Federación sostiene que la ley expedida por un Estado, ha invadido las atribuciones exclusivas de aquélla; y el Estado sostiene lo contrario, la cuestión constituye un conflicto de carácter constitucional, cuya resolución

competente a la Suprema Corte de Justicia. En atención a lo dispuesto en el artículo 105 de la Constitución que, de modo imperativo, define la facultad exclusiva y privativa de la Corte, para conocer de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados.

Este caso fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia el día quince de octubre de mil novecientos treinta y dos.

#### IV. VISION COMPARATIVA

##### 1. Argentina

El Estado sureño está estructurado y organizado sobre la base del sistema federal, cuyo modelo ha perfeñado del federalismo norteamericano. Al igual que éste, la soberanía está depositada en el pueblo y es ejercida a través del poder constituido central del Estado, puesto que hay una unión determinada por la forma federal de gobierno.

Las provincias que conforman el Estado federal argentino nacieron con motivo del pacto federal de 1831 y desde entonces dan vida a la existencia del federalismo de aquella nación. Es más, en dicho acto renunciaron a participar en el ejercicio de soberanía para no obstruir a quien debía ejercerla: al poder central.<sup>(22)</sup>

Desde entonces la soberanía se ejerce en el vasto territorio de las pampas, determinado por los límites de los límites de los demás Estados, por el mar territorial y por el espacio aéreo que cubre su suelo.

Las provincias poseen autonomía, esto significa que pueden darse sus propias normas y sus propias autoridades. La autonomía resulta irrenunciable por parte de las provincias ya que ninguna puede ser federalizada ni aun con su consentimiento, salvo en el caso de la ubicación de la capital federal,<sup>(23)</sup> pero en este aspecto Buenos Aires hizo de la federación la condición esencial *sine qua non* de la unión con las provincias.<sup>(24)</sup>

Sin embargo, aún cuando la autonomía resulta eficaz en la teoría, en la realidad se presentan muchos casos de intervención a las provincias, por parte del poder central, lo que plantea algunas controversias de carácter constitucional

entre las provincias y el poder central. En efecto, el artículo 100 de la Constitución Nacional establece que corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por leyes de la Nación, con respecto de los asuntos en que la Nación sea parte; de las que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre las diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero. La única excepción a estos casos se encuentra en el inciso 11 del artículo 67 de la propia Constitución que dispone la competencia para la elaboración de los Códigos Civil, Comercial y Penal. Pero en todos estos casos la Corte Suprema actuará por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso.<sup>(25)</sup>

Una intervención más por el gobierno federal hacia las provincias, a través del Congreso, es la que se prevé en el artículo 6 de la misma Carta Magna. Aquí el gobierno federal interviene en el territorio de las provincias para garantizar la forma republicana de gobierno, o repeler invasiones exteriores, pero a petición de sus autoridades constituidas para sostenerlas o restablecerlas en el caso de que hubieren sido depuestas por la sedición o invasión de otra provincia.<sup>(26)</sup> En realidad se trata de una intervención federal prevista en la Constitución con el propósito de preservar la forma de gobierno, así como asegurar la continuidad de las autoridades locales, es decir, está incluida en el principio de estabilidad constitucional.

Esta garantía llamada federal se hace mediante la intervención del gobierno nacional en el territorio de las provincias, pero en la realidad esto provoca una serie de conflictos ya que dicho precepto omite precisar cuál de los órganos interviene: si el legislativo, el ejecutivo o el judicial; o uno u otro, o los tres conjuntamente.

En el caso Cullen vs. Llerena que falló la Corte en 1893, se establece que la intervención es un acto de naturaleza política que corresponde exclusivamente a los poderes políticos del gobierno federal, cuyas decisiones al respecto no pueden ser controvertidas ante el órgano judicial, que esa facultad debe corresponder al Congreso.<sup>(27)</sup>

Pero sea de una forma o de otra, lo cierto es que la práctica de estas facultades han resultado dolorosas para el federalismo argentino, porque la

(22) Cfr. en ese sentido QUIROGA LAVIE, Humberto. *Derecho constitucional*; 1a. reimpresión, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984, p. 642.

(23) *Ibid.*, p. 643.

(24) En parecidos términos FRONDIZI, Silvio. *El federalismo en la República Argentina*, en Los Sistemas Federales del Continente Americano; 1a. ed. México, F. C. E./UNAM. 1972, p. 110.

(25) Art. 101 de la Constitución de la Nación Argentina.

(26) *Ibid.*, art. 6.

(27) Vid. LINARES QUINTANA, Segundo V. *La reforma de la Constitución Argentina. Problemas y técnica constitucional que suscita*. Buenos Aires, Ed. Alfa, 1957, p. 92.

mayoría de las veces medidas tan extremas fueron aplicadas únicamente con finalidades de conveniencia electoral y no solo eso, sino en la mayoría de los casos las aplicó solamente el ejecutivo y como dice el profesor de la Facultad de Derecho de Buenos Aires, Segundo Linares Quintana, de remedio excepcional transformóse en el hecho en una situación común y ordinaria, que sirvió no pocas veces para resolver por la mano todopoderosa del presidente de la nación pleitos políticos lugareños cuando no conflictos del partido oficial. Y bajo a veces se llegó al extremo de darse el caso de intervenciones al poder judicial de las provincias, para realizar la purga de los jueces independientes.<sup>(28)</sup>

## 2. Brasil

La intervención federal en las provincias ha provocado controversias constitucionales que han sido resueltas las más de las veces en favor del gobierno federal, ya que esa intervención ha constituido un medio poderoso con que el gobierno central ha contado para avasallar la autonomía de las provincias. Por ello, se requiere establecer en la Constitución, en el apartado del poder judicial categóricas precisiones con respecto al Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como el tiempo y las condiciones en que opere tal medida.

La implantación del federalismo en la República del Brasil obedeció a las características y necesidades del país: regiones heterogéneas y de diversas etnias, así como un pronunciado territorio vasto y casi incomunicado.

En la Constitución no se menciona la palabra,<sup>(29)</sup> pero el Estado del Brasil cimenta sus fases organizativas en la soberanía que reside en el pueblo y que ejerce el poder central federal, que, a su vez, se inspira en la teoría clásica de la división de poderes que tiene su fuente en el seno del Estado Federal.

El artículo 101 de la Constitución del Brasil precisa que al poder judicial, a través del Supremo Tribunal Federal compete, entre otras causas la de procesar y juzgar originariamente los problemas o conflictos entre la Unión y los Estados o los que se den entre éstos.<sup>(30)</sup>

Aunque no existe disposición expresa debe entenderse que los conflictos a que se refiere dicho precepto, es decir, entre los Estados y la Unión, o entre los Estados, corresponderá conocerlos el Tribunal Federal, cuando no puedan

solucionarse satisfactoriamente por medio de convenios o acuerdos. Al respecto convendría traer aquí a colación lo dispuesto en los artículos 2 y 3 por lo que hace a la alteración de los límites y de la extensión territorial o espacial de los Estados y de los territorios, lo mismo que a tenor del artículo 5 en el sentido de que corresponde a la Unión mantener relaciones con los Estados extranjeros y celebrar con ellos tratados y convenios.<sup>(31)</sup>

Es importante destacar que tanto en el Estado argentino como en el brasileño las controversias constitucionales más sobresalientes, y en las que la federación ha sido parte, es cuando se da la intervención federal en el ámbito competencial de las entidades federativas.

Y es que la intervención del gobierno federal en la jurisdicción competencial de los Estados es el resultado de las características del sistema político propio de los sistemas sudamericanos, en que existe una preponderancia del poder central sobre el gobierno de los Estados miembros, intervención que de facto se quiere justificar por el pretexto de que el Estado federal acude a proteger a las entidades federativas cuando surgen conflictos internos en estas últimas, con el pretexto de que se deberán resguardar los derechos humanos y la forma de gobierno, incluso la tranquilidad pública. Nosotros pensamos que las disposiciones en sí mismas no son negativas ya que lo principal en un Estado de derecho es preservar la paz social, lo que daña a estas acciones es el exceso con el que se usa esta facultad, aun en casos que no se justifica.

Dentro del sistema judicial brasileño existe un recurso extraordinario de inconstitucionalidad, merced al cual se plantean un vasto número de controversias constitucionales, y que, entre otros casos, se da cuando se impugna la validez de una ley federal, por inconstitucionalidad, y la sentencia recurrida niegue la aplicación de la ley impugnada.<sup>(32)</sup>

## 3. España

España es un Estado social y democrático de Derecho que enarbola como valores supremos de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Al igual que la mayoría de los Estados de Derecho, la soberanía nacional reside en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado.<sup>(33)</sup> Es con base en la teoría de la división de poderes en que se sustenta

(28) Consúltense LINARES QUINTANA, Segundo V. "Gobierno y Administración de la República Argentina", en *Teoría y práctica del Estado Federal*; Buenos Aires. Ed. Alfa, 1943, tomo II, p. 41.

(29) Véase CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*; 2a. edicao, Sao Paulo, Libreria Freitas Bastos, S. A., 1951, pp. 36-37

(30) *Ibid.*, inciso e).

(31) Cfr. MUÑOZ, Luis. *Comentarios a las constituciones políticas de Iberoamérica*. México, Ediciones Jurídicas Herrero, s/f, p. 431.

(32) Al respecto véase la magnífica obra del Maestro FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*; 1a. ed., México. UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968, pp. 36-55.

(33) Artículo 123 de la Constitución española.



el andamiaje de su estructura política y es la monarquía parlamentaria la columna vertebral de su armazón jurídica.

El Rey es el jefe del Estado que simboliza la unidad y permanencia, en tanto que el poder legislativo se estructura sobre la base de las Cortes Generales con sus dos Cámaras. El poder judicial, que a su vez estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo. El tribunal Supremo con jurisdicción en todo el territorio español es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.<sup>(34)</sup>

En efecto, por ley número 2/1979 del 3 de octubre y que reglamenta el Título IX de la Constitución española se crea el Tribunal Constitucional, como intérprete fiel y máximo de la Constitución y con independencia de los demás órganos constitucionales, sometido solo a la Constitución y a la propia ley en comento. Es único en su orden y actúa en todo el territorio nacional.

El Tribunal Constitucional conocerá en los casos y en la forma que la ley determine sobre los conflictos constitucionales de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas o de los de éstas entre sí. La competencia de dicho Tribunal se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones perjudiciales e incidentales no pertenecientes al orden constitucional, directamente relacionadas con la materia de que conoce, a los solos efectos del enjuiciamiento constitucional de ésta.

Pero dentro de las controversias constitucionales en que el Estado español es parte el Tribunal Constitucional dispone que los conflictos de competencias que opongan al Estado con una comunidad autónoma<sup>(35)</sup> o a éstas entre sí podrán ser suscitadas por el gobierno o por los órganos colegiados ejecutivos en las comunidades autónomas.

Ahora bien, las cuestiones de controversias constitucionales pueden provocar a su vez otros conflictos. Los conflictos tienen lugar cuando el gobierno considere que una disposición o resolución de una comunidad autónoma no respeta el orden de competencia establecido en la Constitución en los Estatutos de autonomía o en las leyes orgánicas correspondientes, entonces se podrá formalizar ante el Tribunal Constitucional el conflicto de competencia.

Se considera un conflicto también cuando el órgano ejecutivo superior de una comunidad autónoma considere que una disposición, resolución o acto emanado de la autoridad de otra comunidad o del Estado no respeta el orden de competencias establecido en la Constitución, en los estatutos de autonomía o en

(34) Artículo 123 de la Constitución Española.

(35) Para un estudio sistemático sobre la autonomía local en relación con las controversias constitucionales españolas véase Parejo Alfonso, Luciano. *Garantía institucional y autonomías locales*; 1a. ed., Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, colección Estudios 1981.

las leyes correspondientes y siempre que afecte a su propio ámbito, requerirá entonces a aquélla o a éste para que sea derogada la disposición o anulados la resolución o el acto en cuestión.

No obstante, en todos los casos en que el Tribunal Constitucional pronuncie sentencias sobre controversias constitucionales, inconstitucionalidad de procedimientos, etc., tendrán el valor de cosa juzgada produciendo efectos *erga omnes* desde la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.<sup>(36)</sup>

## CONCLUSION

En el curso de la presente década, se ha observado en nuestro país una marcada tendencia a una mayor libertad de acción de un pluripartidismo político, en el seno de nuestra democracia. En los países occidentales con fuerte tradición democrática como los Estados Unidos de Norteamérica, Gran Bretaña o Francia, han surgido en los últimos tiempos mayores brotes de un bipartidismo o un pluripartidismo moderno.

Lo anterior implica precisar de una concepción distinta de la participación ciudadana en las decisiones políticas fundamentales, así como el surgimiento de nuevas controversias que puedan darse en las entidades federativas y la Federación, dado que el órgano federal máximo es el abogado para conocer de dichas controversias como ya quedó establecido, incluso puede, llegado el caso, presentarse algunos conflictos entre los órganos del propio Estado.

Por otra parte, debemos coincidir en que nuestro Poder Judicial Federal, actualmente se enfrenta a una carga de trabajo que lo hacen aparecer como un órgano en el que, para el despacho de los asuntos, se presenta impregnado de lentitud y falta de celeridad en el despacho de los negocios; además de que su crecimiento horizontal y verticalmente ha aumentado progresivamente.

Por todo ello, y por los conflictos constitucionales que pudieran surgir con motivo de esta "modernización" democrática de la proliferación de partidos políticos, así como de la aparición de impugnaciones en materia electoral y constitucional, que seguramente habrán de generarse con motivo de las nuevas opciones de participación política, se hace necesario la creación de un órgano judicial federal *ad hoc* que actúe en forma independiente de los demás órganos constitucionales, sometido a la Constitución, pero con autonomía para conocer y fallar en los asuntos de su competencia y adecuadamente regulado por la legislación orgánica respectiva.

(36) Véase FIX ZAMUDIO, Héctor. *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*. 1a. Ed., México, Editorial Porrúa, S.A./UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, p. 108.

En otras palabras se propone la creación de un Tribunal Constitucional en México, cuyo ámbito de competencia se extienda a todo el territorio nacional y que se avoque al conocimiento, fundamentalmente, de los conflictos constitucionales que se susciten con motivo de la aplicación del art. 105 Constitucional. Lo anterior porque la doctrina constitucional mantiene la necesidad de regular los procesos políticos y de que éstos actúen dentro del marco de la juridicidad, porque las instituciones de la República realizan los postulados del Estado de Derecho, cuya coronación institucional es el Tribunal Constitucional. Así el control de los conflictos constitucionales debe ejercerse por un órgano constitucional, control que deberá estar vinculado a la legitimidad constitucional, a los principios institucionales.

A dicho órgano se le deberán asignar sus correspondientes atribuciones cuidando que éstas no invadan jurisdicciones de otros órganos, así como confeccionarle una adecuada organización. De la misma forma se debe establecer un procedimiento y las disposiciones de rigor para la procedencia de inconstitucionalidad e igualmente reglamentar los medios de impugnación que fuesen procedentes para las resoluciones que dicte. Con lo anterior se lograría una doble ventaja: por una parte se exigiría un órgano judicial ex profeso para conocer de las controversias de inconstitucionalidad, lo que representaría un avance en materia judicial y por la otra, se descargaría a la Suprema Corte en diversos asuntos, aligerando sus cargas de trabajo, sin perjuicio de que fuese, si así se estableciera y es lo correcto, la última instancia en esta materia.

Con ello se lograría no solo un mayor manejo de los asuntos en el Poder Judicial Federal, sino se buscaría la democratización de dicho poder.

## BIBLIOGRAFIA

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional* Ed. Tecnos, Madrid, 1973.
- BOWIE, Robert y FRIEDRICH Carl. *Estudios sobre Federalismo*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1958.
- BURGOA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa, S.A. México, 1986.
- CALMON, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro* 2a. edicao, Sao Paulo, Livraria Freitas Bastos, S.A. 1951.
- CARPISO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. UNAM, México, 1983.
- CORONADO, Mariano. *Derecho Constitucional Mexicano*. Librería de Ch. Bouret, México, 1906.

- CORWIN, Edward. *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*. Government Printing Office, Washington, 1983.
- DE LA TORRE, Juan. *Constitución Federal de 1857*. Imprenta y Encuadernación de Mariano Nava, México, 1901.
- DEL CASTILLO VELASCO, José María. *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*. Imprenta del Gobierno en Palacio, México, 1870.
- ECHANOVE TRUJILLO, Carlos. *La vida pasional e inquieta de don Crecencio Rejón*. El Colegio de México, 1941.
- EVANS HUGHES, Charles. *La Suprema Corte de los Estados Unidos*. Fondo de Cultura Económica, México, 1971.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. *Garantías constitucionales en el proceso*. Ciencia Jurídica Universidad de Occidente, Tomo II, año 5, Los Mochis, Sinaloa, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional 1940-1965*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1968.
- \_\_\_\_\_. *Los Tribunales Constitucionales y los Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, México, 1985.
- FRONDIZI, Silvio. *El Federalismo en la República Argentina*. En *Los Sistemas Federales del Continente Americano*. UNAM, México, 1972.
- HAMILTON, MADISON y JAY. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- HAURIUO, André. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Ed. Ariel, Madrid, 1986.
- LINARES QUINTANA, Segundo. *La Reforma de la Constitución Argentina. Problemas de Ciencia y Técnica Constitucional que suscita*. Editorial Alfa, Buenos Aires, 1957.
- MUÑOZ, Luis. *Comentarios a las Constituciones Políticas de Iberoamérica*. Ediciones Jurídicas Herrero, México.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Garantía institucional y autonomía locales*. Instituto de Estudios de Administración, Madrid, 1981.

- PRITCHETT, Herman. *La Constitución Americana*. Ed. TEA, Buenos Aires, 1965.
- QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho Constitucional*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- RABASA, Emilio. *El Juicio Constitucional*. Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1919.
- RABASA, Oscar. *El Derecho Angloamericano*. Editorial Porrúa, México, 1982.
- SOLIS CAMARA, Fernando. *Origen y evolución en América de las instituciones políticas anglo-sajonas*. Imprenta Teresita, México, 1930.
- STRICKLAND, Bárbara. *Esbozo del sistema jurídico norteamericano*. Secretaria de Relaciones Exteriores, México, 1985.
- VALLARTA, Ignacio L. *Cuestiones constitucionales*. Imprenta de J. J. Terrazas. México, 1894.
- VELASCO RUS, Luis. *Nociones de Derecho constitucional mexicano*. Herrero Hnos. Editores, México, 1901.
- ZARCO, Francisco. *Historia del Congreso Extraordinario Constituyente*. Imprenta de Ignacio Cumplido, México, 1857.

**CONTRATOS PARA LA PROSPECCION DE LA BIODIVERSIDAD: EL CONTRATO DE COLABORACION ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE BIODIVERSIDAD DE COSTA RICA Y LA COMPAÑIA FARMACEUTICA MERCK. -SU RELEVANCIA PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE-**

**Dr. Rodrigo Barahona Israel**  
 Profesor Facultad de Derecho  
 Universidad de Costa Rica

## INTRODUCCION

El contrato INBio-Merck debe ser considerado bajo la perspectiva de que constituye un ejemplo de como la biodiversidad puede ser aprovechada para generar recursos que contribuyan a tanto a su propia conservación como al desarrollo sostenible de los países adonde existe. Entre las principales formas relativamente novedosas y rentables de aprovechamiento de la biodiversidad en los trópicos se encuentra, junto al ecoturismo, la comercialización de los recursos genéticos y bioquímicos.

El proceso de obtención de recursos mediante el aprovechamiento de la biodiversidad en productos comerciales incluye la negociación y contratación con las empresas del mundo industrializado que cuentan con la tecnología y la capacidad financiera y de mercadeo necesarias para convertir los recursos genéticos y bioquímicos en productos comercializables. Evidentemente estarán en condición para negociar los mayores beneficios los países que establezcan las regulaciones más eficientes para la conservación de su biodiversidad. En este sentido, la capacidad de generar recursos con base en la biodiversidad está en directa relación con la riqueza de la misma, con lo que la conservación de las áreas silvestres adonde se concentra esa biodiversidad se convierte en un objetivo prioritario de las políticas de desarrollo de esos países.

Por consiguiente el contrato INBio-Merck no puede considerarse aisladamente de los esfuerzos de Costa Rica por proteger sus áreas silvestres y por conocer y conservar su biodiversidad. El contrato a su vez se convierte en un instrumento para mejorar las capacidades tecnológicas y financieras del país en el aprovechamiento de la biodiversidad así como para fortalecer las políticas y regulaciones de conservación de áreas silvestres.

Estas relaciones implican el reconocimiento de opciones entre modelos de desarrollo. El énfasis en la conservación y el aprovechamiento de la biodiversidad compite en varias áreas del territorio con el modelo de fomento de exportaciones de productos agropecuarios en modalidades de monocultivo. Este modelo generalmente conlleva entre otros factores, la expansión de la frontera agrícola y la aplicación intensiva de plaguicidas, que se encuentran entre las principales causas de destrucción de los hábitat de las especies.<sup>(1)</sup>

(1) Sobre las causas básicas del deterioro de la biodiversidad véase la "Estrategia global para la biodiversidad", WRI, UICN, PNUMA, 1992, pp. 12-18.

En cuanto elemento de un nuevo modelo de desarrollo, el contrato INBio-Merck y otros que se concerten bajo iguales o similares lineamientos, debe incluir la sostenibilidad de ese desarrollo, la cual va a depender en gran medida de los aportes y beneficios que esta nueva fuente de riqueza traiga a los países y en particular a las comunidades vecinas a las áreas de conservación.

No puede haber desarrollo sostenible sin una distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del aprovechamiento de la biodiversidad entre todos los que contribuyen a su conservación. Entre estos se encuentran las comunidades que viven en la cercanía de las áreas silvestres y que por sus necesidades vitales son propensos a convertir esas áreas en fincas y dedicarlas a actividades de extracción de madera, de plantaciones agrícolas y de potreros para ganado. Si el manejo sostenible de las áreas silvestres no produce los suficientes ingresos a esas comunidades, es función del gobierno el asegurar que una parte de los beneficios obtenidos de actividades como la prospección en biodiversidad sea usada para satisfacer las necesidades de desarrollo social y económico de esas comunidades.

Por consiguiente la contribución que al desarrollo sostenible puedan hacer los contratos para la prospección, y las instituciones encargadas de llevarla a cabo, depende de la eficiencia de las políticas gubernamentales para la conservación y el desarrollo a niveles locales y nacionales. El mismo INBio es el resultado de esas políticas y por eso constituye un elemento tan importante del contrato con la Merck, que independientemente de su inclusión en el texto del contrato es un efecto necesario del mismo en virtud del acuerdo del INBio con el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el traslado de una buena parte de sus beneficios al sistema de áreas protegidas de Costa Rica. La prospección en biodiversidad y la venta de los productos resultantes puede resultar beneficiosa para los países ricos en biodiversidad si estos: establecen las políticas y regulaciones que garanticen la supervivencia de esa biodiversidad mediante la conservación de las áreas silvestres, y al mismo tiempo que negocien ventajosamente la distribución de los beneficios con las empresas que contratan los servicios de prospección con fines comerciales.

Los beneficios que pueden obtenerse son fundamentalmente de dos tipos:

- a) Son aquellos recursos financieros provenientes de la venta de las muestras de biodiversidad a las empresas biotecnológicas y farmacéuticas así como un porcentaje de la comercialización de los productos obtenidos por estas empresas a partir de los recursos genéticos y;
- b) Son aquellos beneficios, quizás más importantes en el largo plazo, consistentes en aportes que contribuyen al desarrollo de una capacidad nacional propia en biotecnología.

El contrato INBio-Merck incluye estos beneficios, y confirma la posibilidad de que los contratos entre coleccionistas de países ricos en biodiversidad y compañías farmacéuticas y biotecnológicas para suplir muestras biológicas, pueden convertirse en instrumentos útiles para la transferencia de tecnología, la conservación de la biodiversidad, y el desarrollo sostenible de los países.

El contrato fue suscrito por las partes como un acuerdo para colaborar en la investigación de la biodiversidad existente en los bosques tropicales de Costa Rica a efectos de determinar sus posibles aplicaciones a la salud humana. Consiste en una regulación de la venta por parte del INBio de servicios de prospección de biodiversidad, a cambio del pago de la suma de \$1,135,000, del otorgamiento de regalías que se estiman en 4% de las ventas netas de los productos comerciales obtenidos con base en los extractos químicos suplidos por INBio, y de asistencia técnica que contribuye al fortalecimiento científico e institucional del país en materia de biotecnología. De la suma indicada el INBio destina un 10% como aporte al manejo y conservación de las áreas silvestres del país y se compromete a donar al Fondo de Parques Nacionales el 50% de las regalías o beneficios que le correspondieren para los mismos fines.

#### Áreas silvestres y biodiversidad en Costa Rica y en Centroamérica

De previo a hacer una más detallada descripción y comentario de las principales cláusulas del contrato, consideramos oportuna una referencia a las metas del desarrollo sostenible en relación con las áreas silvestres y a la biodiversidad en Costa Rica, sobre las cuales se han establecido políticas, creado instituciones y promulgado regulaciones jurídicas que constituyen podríamos decir, al entorno dentro del que se suscribió y se ejecuta el contrato INBio-Merck.

Particular importancia tiene a este respecto la Estrategia de Conservación para el Desarrollo Sostenible de Costa Rica (ECODES), concebida "como una opción para revertir el acelerado deterioro de los recursos naturales del país y como un proceso para formular una nueva visión del desarrollo con miras al siglo XXI, mediante la incorporación de la variable ambiental en la planificación a largo plazo".<sup>(2)</sup>

Las tres grandes metas de esta estrategia son :

1. El ordenamiento del territorio;

(2) Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. San José, Costa Rica, 1990, p. 5.

2. El manejo integrado y sostenible de los recursos naturales; y
3. El control de la calidad ambiental.

Estas metas y las actividades emprendidas para lograrlas son todas muy relevantes para la conservación y el aprovechamiento de la biodiversidad. El ordenamiento territorial, cuya carencia es considerado el principal problema ambiental del país, tiende precisamente a delimitar y destinar las áreas del territorio necesarias para la continua existencia de la vida silvestre. El manejo integrado y sostenible de los recursos naturales busca precisamente un modelo de desarrollo alternativo a la explotación irracional y cortoplacista de nuestros recursos, del cual el principal ejemplo en nuestro país ha sido el modelo agro-exportador. El control de la calidad de vida incluye la protección de los ríos, de los suelos y del aire, lo cual tiene por supuesto gran impacto en la conservación de la biodiversidad.

Las áreas silvestres de Costa Rica se componen de unidades territoriales cuyo manejo es predominantemente de protección y que incluye reservas forestales, parques nacionales, reservas biológicas, monumentos culturales, zonas protectoras, refugios de fauna silvestre, y reservas indígenas. Estas unidades cubren aproximadamente una extensión territorial de 13.000 kilómetros cuadrados, lo que representa un 25% del territorio nacional.

Pero no obstante el esfuerzo realizado, es importante tener presente que se hace todavía necesario en nuestro país controlar mejor las causas y amenazas de la extinción de especies, entre las cuales se cuentan la deforestación y la cacería furtiva. Para la integración administrativa, la unificación y consolidación de estas áreas protegidas a efectos de garantizar mayores posibilidades de la sobrevivencia de las especies y la conservación de la biodiversidad, se ha planteado la necesidad de un Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC) el cual ya opera en buena medida bajo la tutela del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas.

Se han planteado diversas opciones para la integración de estas áreas y también se apuntan diversas limitaciones para su manejo adecuado. Entre las varias limitaciones se encuentra precisamente la "falta de modelos tecnológicos y de tecnología apropiada para el desarrollo sostenible".<sup>(3)</sup>

En materia de biodiversidad, Costa Rica cuenta con una de las biotas más diversas del mundo, estimándose que existen unas 10.000 a 12.000 especies de plantas, 1500 especies de vertebrados, entre ellas unas 850 especies de aves y 205 especies de mamíferos. Muy notoria es la gran cantidad de especies de orquídeas y helechos, de los cuales muchos son endémicos.

(3) *Idem.*, p. 49

Los objetivos incorporados por esta Estrategia para el desarrollo sostenible en relación con la biodiversidad, como son el mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y los sistemas de apoyo vitales, su preservación, y la utilización sostenible de especies y ecosistemas, encuentran también varias limitaciones.

Entre esas está la poca importancia que tradicionalmente se le ha atribuido a la vida silvestre dentro del contexto socio-económico del país, no existiendo valoraciones económicas de la misma ni de su contribución a la satisfacción de necesidades humanas. Para cambiar esta situación, un aporte muy valioso puede ser precisamente el ejemplo del contrato INBio-Merck.

La elevación de la conciencia lograda durante los últimos años, ha servido para desarrollar una mayor promoción de esfuerzos tendientes a garantizar la conservación de la biodiversidad no solo en Costa Rica sino también en Centroamérica. En realidad los esfuerzos en esta dirección no pueden soslayar el hecho de ser Centroamérica un puente biológico cuya preservación interesa a todo el continente americano, incluidos desde luego los países que integran esta región. El establecimiento en 1989 de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo a nivel de los Presidentes, y en 1991 de la Comisión Interparlamentaria Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, así como el tener como uno de los objetivos de la cooperación regional el valorizar y proteger el Patrimonio Natural de la Región, caracterizado por su alta diversidad biológica y eco-sistémica<sup>(4)</sup> indican la preocupación en estos países por proteger estos recursos.

Más aún, los países centroamericanos incluyendo a Panamá, suscribieron en Junio de 1992, pocos días antes de la celebración de la Cumbre de la Tierra de la Tierra en Rio de Janeiro y de la firma en esta Cumbre de la Convención de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, un Convenio para la conservación de la biodiversidad y la protección de áreas silvestres prioritarias en América Central.

Entre los esfuerzos que se realizan en campo del derecho para estos fines se encuentra el Proyecto Jurídico Mesoamericano sobre Biodiversidad, que consiste en un esfuerzo de cooperación entre abogados de Centroamérica, México y los Estados Unidos para estudiar y mejorar la legislación nacional e internacional que afecta la conservación y la biodiversidad en Mesoamérica.<sup>(5)</sup>

(4) Artículo II del Convenio Constitutivo de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo (CCAD), suscrito en Diciembre de 1989, en vigencia desde el 14 de Junio de 1990. El Convenio de la CICAD fue suscrito en Marzo de 1991 pero no ha entrado aún en vigencia.

(5) En el Proyecto participan como entidades Coordinadoras el Centro de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales (CEDARENA) de Costa Rica, el Instituto

El proyecto tiene un componente de derecho nacional y otro de derecho internacional a nivel regional, consistiendo el primero en el análisis de la legislación actualmente vigente sobre el establecimiento y manejo de áreas protegidas en la región, y el segundo en el desarrollo de instrumentos jurídicos multilaterales para lograr la coordinación requerida entre las naciones centroamericanas para la creación de un "efectivo corredor biológico centroamericano" tal y como lo prevé el citado Convenio regional.<sup>(6)</sup> La formación del sistema regional de áreas protegidas es no solo una de las metas de ese Convenio sino que también contribuirá a que las naciones centroamericanas cumplan con las obligaciones adquiridas con la suscripción del Convenio sobre la diversidad biológica de las Naciones Unidas.

Existen desde luego otra gran cantidad de lineamientos de política ambiental y de regulaciones jurídicas que son particularmente relevantes como marco general dentro del que se integra el Contrato INBio-Merck. Elas incluyen políticas de integración de las poblaciones indígenas, quienes son las que actualmente habitan en los bosques más extensos y más ricos en biodiversidad en Centroamérica, así como disposiciones sobre bosques, vida silvestre, parques nacionales, propiedad intelectual, ordenamiento territorial, promoción del desarrollo científico y tecnológico, etc., etc., que resultan atinentes al efecto, y que deben en muchos casos ser objeto de ulterior análisis y valoración con vista de las innovaciones introducidas en esta materia por este Contrato.

### El contrato INBio-Merck

A efectos de que se valore el posible aporte de este contrato al desarrollo sostenible, ofrecemos a continuación una breve reseña y comentario de algunos de sus principales aspectos, haciendo la salvedad que no somos ni hemos sido colaboradores ni estamos directamente relacionados en forma alguna con ninguna de las partes. Aunque no podríamos garantizar su veracidad porque no hemos tenido acceso al contrato finalmente suscrito por las partes, la información aquí consignada la presumimos cierta por diversas fuentes de que proviene y por haber sido en alguna forma divulgada en foros y discusiones públicos.

de Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible (IDEADS) de Guatemala y el Center for Governmental Responsibility (CGR) de la Universidad de Florida, y cuenta con la colaboración de abogados en cada uno de los países de Centroamérica, en Panamá y en México.

(6) Específicamente el Artículo 22 prevé la creación del Consejo Centroamericano de Areas Protegidas asociado a la CCAD para la coordinación de esfuerzos regionales para uniformar las políticas vinculadas con el desarrollo del Sistema Regional de Areas protegidas como un efectivo corredor biológico mesoamericano.

Este contrato, suscrito en Setiembre de 1991, es un contrato privado regido por el derecho de la contratación entre particulares, pero contiene además elementos de derecho público derivados del hecho de ser la flora silvestre bajo la legislación costarricense un bien "de interés público", cuya recolección e investigación requieren de autorizaciones gubernamentales.<sup>(7)</sup> A diferencia de varios otros contratos tanto nacionales como internacionales, por su novedad no se ha regulado aún la prospección en biodiversidad como contrato tipificado mediante normas jurídicas especiales y propias, sino que cada contrato constituye por así decirlo en sí mismo una unidad independiente, aun cuando remitan a normas generales de la contratación comercial internacional para su integración e interpretación.

Entre los principales aspectos del contrato se encuentran:

- I. Los Considerandos, que se refieren a los intereses de las partes y a sus principales aportes;
- II. Las Obligaciones de las partes, tanto las principales como aquellas relacionadas con exclusividad de muestras y extractos, confidencialidad, patentes, e indemnizaciones;
- III. La naturaleza jurídica de las relaciones y el régimen normativo aplicable al contrato.

### I. Los Considerandos del Contrato

Los Considerandos del Contrato establecen los intereses de los contratantes en los siguientes términos:

A-1) Por lo que concierne al INBio, este manifiesta en primer lugar su interés en desarrollar la colaboración con la industria privada a efectos de crear mecanismos que ayuden a la preservación de las Areas de Conservación de Costa Rica haciéndolas económicamente viables.

Sobre el particular, resulta importante tener presente lo que los directores del INBio manifiestan son los términos en los cuales este propone el establecimiento de relaciones con la industria,<sup>(8)</sup> y que implican los siguientes requerimientos:

- a) Pagos directos y trueques (en equipos, conocimientos tecnológicos, capacitación) que permitan al INBio desarrollar el muestreo, la selección
- (7) Ley de conservación de la vida silvestre de Costa Rica, No. 7314 de 30 de Octubre de 1992, Artículo 3 y Capítulos VI y VII.
- (8) Ana Sittenfeld y Rodrigo Gómez, "Biodiversity prospecting by INBio", en el volumen Biodiversity Prospecting, World Resources Institute, 1993, pp. 91-94.

y los procesos de caracterización parcial, así como capacitar y financiar a científicos y paracientíficos locales;

- b) Pagos de porcentajes significativos del presupuesto inicial del proyecto y de regalías (en el caso de Merck un 10% y un 50% respectivamente) para contribuir al mantenimiento del Sistema Nacional de Areas de Conservación;
- c) El pago de regalías significativas sobre ventas netas a la industria de la comercialización de los materiales de biodiversidad;
- d) La colaboración para trasladar gradualmente al país de origen la investigación y desarrollo de drogas para crear nuevos tipos de empleos y posibilidades de desarrollo industrial;
- e) Exclusividad mínima, que impide que la misma muestra vendida a un usuario comercial sea vendida a otro en un plazo de 6 a 24 meses después de la venta original;
- f) Acuerdos sobre la propiedad de las muestras y de las patentes, lo que implica que las muestras no destruidas continúan sujetas a las regalías del INBio. Para el instituto, según manifiestan sus directores, las patentes significan tanto dolor de cabeza en el aspecto administrativo y exigen costos legales tan elevados, que es preferible contar con una buena garantía contractual de regalías que con la propiedad de las patentes;
- g) Uso de síntesis, domesticación de fuentes vivas y otros procesos para evitar la extracción continua de materiales bióticos de áreas silvestres conservadas;
- h) Establecimiento de mecanismos legales de protección, aspecto que está directamente relacionado con el contrato suscrito por el INBio con el Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para la colección de especies con fines de investigación científica.<sup>(9)</sup>

A-2) Por lo que concierne a Merck, esta manifiesta su interés en obtener extractos de biodiversidad para evaluar sus aplicaciones a la salud humana. Al respecto conviene tomar nota del creciente interés de la industria en la prospección de biodiversidad y de las diferentes actuaciones y actividades que se

(9) Este Contrato fue firmado el 11 de mayo de 1992 y tiene una validez de cinco años renovables.

asumen y se llevan a cabo en este campo. Una publicación reciente identifica la participación de la industria en 21 proyectos de prospección de biodiversidad.<sup>(10)</sup> Sobre las actividades que se realizan existe por ejemplo una gran diferencia entre la forma sistemática en que Merck obtiene los extractos, y la obtención de muestras por parte de otros compañías en forma más o menos azarosa. También es importante el interés de las empresas en suscribir acuerdos que redunden en diversos beneficios para los países y no solo en el pago de licencias al país y de salarios a los recolectores.

B-1) Aportes de los contratantes están determinados en la siguiente forma: por parte del INBio, este manifiesta tener el interés y la capacidad de contratar y capacitar personal para el programa dirigido a proveer extractos de biodiversidad provenientes de los bosques tropicales de Costa Rica a la contraparte industrial, para que esta efectúe la evaluación de posibles aplicaciones a la salud humana.

Con relación a este punto del contrato, es importante notar que no se identifica ni delimita el área de la cual se tomarán los extractos, sino que solo se hace la referencia genérica a los "bosques tropicales" del país. De conformidad con el mencionado Acuerdo suscrito por el INBio con el MINIREM para realizar, entre otras labores, el inventario de biodiversidad en el sistema de áreas silvestres protegidas y para recolectar muestras a ser utilizadas en investigaciones científicas, estos bosques tropicales son los Parques Nacionales y las Reservas Biológicas, dos de las principales categorías de áreas silvestres protegidas en Costa Rica.

Sobre este aspecto del contrato quisiera únicamente señalar como uno de los problemas inherentes a la ejecución de los contratos para la prospección en biodiversidad que, en virtud de la situación de la tenencia de la tierra en las áreas protegidas de Costa Rica, y de la mayoría de los países de Latinoamérica, es muy importante que los colectores de las muestras consulten y verifiquen en la medida de lo posible quienes son las personas titulares de las propiedades de adonde se extraen las muestras a fin de verificar que se trata de terrenos del Estado, o en caso de que fueren de personas privadas, obtener su consentimiento para la recolección de plantas. Esta precaución obedece a que aun cuando en nuestro país se han hecho grandes avances en la consolidación de la propiedad de los parques nacionales y las reservas biológicas, todavía quedan considerables extensiones de tierras dentro de estas áreas protegidas que son propiedad privada por no haber sido indemnizadas por el Estado. La propiedad privada

(10) Se trata del artículo "Commercializing genetic resources for export", en *Biotechnology and Development Monitor* No. 15, University of Amsterdam, June 15, 1993, pp. 12-15.



puede ser incluso propiedad no inscrita en el Registro Público, lo cual dificulta su identificación al constar solo de derechos de posesión de las tierras ejercidos durante más de diez años. No hay duda que de no contar el INBio con permisos de esos propietarios, puede exponerse a una demanda o acusación por entrar en propiedad privada y tomar esas muestras de biodiversidad sin autorización del dueño del terreno, siendo incluso posible que la demanda pueda incluir una solicitud de indemnización a la compañía farmacéutica por la comercialización de productos desarrollados a partir de los extractos correspondientes.

B-2. Por lo que concierne a Merck, esta manifiesta contar con los recursos de naturaleza financiera y técnica necesarios para adquirir los servicios del INBio.

Ambas partes manifiestan su interés en obtener los varios recursos, materiales y experiencia de la contraparte.

## II. Obligaciones de las Partes

1) Las principales obligaciones del INBio son las siguientes:

- a) Establecer instalaciones y para coleccionar y procesar extractos de plantas;
- b) Contratar y entrenar personal para la colección y procesamiento de estos extractos, el cual incluirá a personas que serán entrenadas por Merck;
- c) Suplir a Merck un número específico de extractos de plantas por año en un período de dos años. Merck identificará las especies de plantas de su interés, y sujeto a las limitaciones del número total de especies de plantas de las cuales Merck puede solicitar extractos, el INBio deberá suplir una cantidad de extractos de cada especie.

El número de especies de plantas de las cuales puede Merck solicitar extractos a proveer por INBio se determina de una relación entre el monto de los pagos y el número de las especies de plantas, con un precio fijo por especie. De esos montos a pagar se deducirán los costos de equipo y de reactivos químicos.

2) Las principales obligaciones de Merck son las siguientes:

- a) Pagar al INBio la suma \$1,135,000 por los dos años que durará el contrato; a solicitud del INBio podrá pagar parte de esas sumas en forma de equipo.

Esta suma ha sido utilizada por el INBio en la siguiente forma:

Contribución al Sistema de Areas de Conservación (MINIREM) .....	\$100.000
Capacitación de científicos .....	\$120.000
Pago de servicios a la Universidad de Costa Rica por la extracción de muestras .....	\$ 80.000
Equipo para extracción química en la Universidad de Costa Rica .....	\$135.000
Salarios para químicos, asistentes de laboratorio, etc. ....	\$100.000
Contribución a la capacitación de parataxónomos .....	\$ 60.000
Automóviles, aceites, materiales de laboratorios, gastos varios ...	\$120.000
Equipo para el inventario nacional de biodiversidad .....	\$285.000
Administración .....	\$135.000

b) Para el caso de comercialización de productos que hayan podido ser elaborados a partir de los extractos de plantas suplidos por INBio a Merck, ésta deberá reconocerle una regalía que se estima en un 4% de a venta neta de esos productos. El término de esta obligación será de diez años a partir de la primera venta en el respectivo país, o bien de la expiración de la patente si ocurre en una fecha posterior.

c) Merck evaluará los extractos de plantas y notificará al INBio en un plazo determinado y bajo los términos de confidencialidad previstos en el contrato, de la identificación de actividad confirmada y reproducible en un extracto de planta.

Merck suplirá a INBio una lista confidencial de los ensayos en los cuales los extractos de planta serán evaluados, y asignará números de identificación a todos los extractos de plantas suplidos por INBio, a todo producto, sustancia, compuesto o mezcla, así como a todos los compuestos y productos actuales y potenciales identificados por Merck en esos extractos.

Merck demostrará a INBio que su sistema de identificación permite a identificar todos los productos sujetos a regalías de conformidad con el contrato.

### Exclusividad de muestras y extractos

El contrato establece que el INBio proveerá a Merck una lista de especies de plantas de la que esta podrá identificar aquellas de las cuales desea recibir extractos de plantas, y se compromete a no suplir a terceros de la misma especie

por un período de tiempo contado a partir de la solicitud de Merck y de que el INBio le envíe esos extractos. Este período podrá extenderse por un período razonable si Merck manifiesta no haber tenido suficiente tiempo para evaluar el respectivo extracto, pero la compañía no podrá extender esta facultad de continuar con derechos de exclusividad a más de un mínimo porcentaje de los extractos suplidos por INBio bajo este Contrato.

Merck deberá reportar al INBio sus actividades de comercialización de los extractos y los productos relacionados considerándose estos reportes información confidencial de Merck.

También deberá notificar al INBio si termina su evaluación y comercialización de extractos de plantas o de cualesquiera productos relacionados, y desde tal notificación el derecho exclusivo de inspección en relación con tales extractos terminará inmediatamente.

Los nombres de las plantas proveídas por INBio constituyen información confidencial de este.

Merck proveerá a INBio una lista completa de los ensayos que intenta usar para seleccionar las plantas suplidas por INBio. Merck además tendrá la opción de identificar especies específicas de plantas en las que esté interesada y no incluidas en la lista del INBio. Sujeto a sus obligaciones con terceros, el INBio deberá hacer un esfuerzo razonable por obtener esas especies de plantas, pero se reserva el derecho de declinar obtener esas especies o sus extractos si ello resulta comercialmente impráctico por razones logísticas, biológicas o por el peligro en que se encuentren las especies.

### Confidencialidad

Las partes se comprometen a no utilizar en forma diversa de la prevista en el contrato ni a divulgar a terceros cualquier información confidencial recibida de la otra parte durante el término del contrato y hasta por un cierto período de tiempo después.

Entre la información confidencial del INBio se encuentran los métodos y técnicas para la colección de plantas y la preparación de extractos, así como los nombres y descripciones de las plantas.

Por lo que respecta a Merck, se consideran información confidencial entre otra los compuestos o sustancias identificados en los extractos de planta, los ensayos y sistemas de identificación empleados, los nombres de las especies de plantas escogidas por la compañía, así como los reportes sobre la evaluación o comercialización.

Para el caso de que ambas partes deseen hacer alguna publicación en relación con las actividades previstas en el contrato, convienen en hacerla una

vez que toda propiedad intelectual contenida en el documento se encuentre adecuadamente protegida.

### Inventiones y patentes

Las invenciones hechas bajo los términos del contrato, tanto por parte de empleados del INBio o de Merck como conjuntamente, será propiedad exclusiva de Merck, debiendo el INBio tomar todas las medidas necesarias a efectos de la atribución de la propiedad intelectual a la compañía. Esta será por consiguiente la única propietaria de todas las patentes y derechos de propiedad intelectual, pero el INBio obtendrá gratuitamente el derecho perpetuo de usar las invenciones descubiertas de conformidad con el contrato, que para todos los efectos serán consideradas propiedad confidencial de Merck.

### Indemnización

Las partes se comprometen a indemnizarse de reclamos de terceros cuando se establezcan contra alguna de ellas por actos realizados por la otra, como en el caso de reclamos en contra del INBio por razón de la venta o uso de extractos de plantas o sus derivados que haga Merck, o reclamos en contra de Merck por negligencia u omisión imputables al INBio.

### III. Relaciones entre las Partes

El contrato deja explícitamente bien claro que en virtud del mismo no se establece sociedad, relación de agencia o laboral ni "joint venture" entre las partes, sino que ambas continúan siendo contratistas independientes.

### Régimen jurídico aplicable al contrato

Se establece como tal la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos para la venta internacional de mercancías, y para el caso de que esta no previere algún aspecto, el mismo será resuelto aplicando la legislación de Suiza.

Para el caso de conflictos, el contrato establece que si las partes no logran en el término de 90 días resolver la disputa mediante negociaciones o acciones de buena fe, las partes deberán recurrir al arbitraje de conformidad con la

Comisión de Naciones Unidas sobre reglas internacionales de arbitraje en el comercio internacional (cuyas siglas en inglés son UNCITRAL), debiendo el arbitraje realizarse en Ginebra, Suiza y conducirse en el idioma inglés.

### Los contratos de prospección en biodiversidad, la Convención de las Naciones Unidas sobre la diversidad biológica y la Agenda 21

Para concluir quisiera manifestar mi concordancia con el criterio expresado por algunos autores en el sentido de que la Convención sobre diversidad biológica constituye un marco apropiado para la transferencia de tecnología mediante contratos<sup>(11)</sup> como el presente.

Al efecto pueden invocarse de la Convención las siguientes estipulaciones:

- a) El artículo 1 establece la reciprocidad entre el "acceso adecuado a los recursos de la biodiversidad y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías...".
- b) Los artículos 9 inciso d) y 15 párrafo (4) establecen que cada parte contratante "reglamentar" y "gestionar" la recolección de recursos biológicos de los habitats naturales", y cuando "conceda acceso (a los recursos), este será en condiciones mutuamente convenidas".
- c) Los artículos 15 y 16 contienen los siguientes tres mecanismos mediante los cuales un país puede beneficiarse del uso de sus recursos genéticos: 1) participando en la investigación sobre los recursos; 2) recibiendo tecnología que utiliza los recursos; y 3) compartiendo los beneficios financieros obtenidos de la explotación comercial de los recursos.<sup>(12)</sup> Estos mecanismos son susceptibles de incorporarse en acuerdos contractuales como el del INBio-Merck.
- d) El Artículo 18 de la Convención establece parámetros de cooperación científica y técnica para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, dejando abierto un campo fértil para la utilización de los instrumentos contractuales.

Asimismo encontramos en la Agenda 21, disposiciones tendientes a promover el acceso de los países en vías de desarrollo a la información científica

(11) Véase Michael A. Gollin. "The convention on biological diversity and intellectual property rights", en el Volumen citado al No. B supra, pp. 289-302.

(12) *Idem.*, p. 295, citando a Duesing, 1992.

y tecnológica, incluida la información sobre las tecnologías más modernas (Capítulo 34, párrafo 34.14). El Capítulo 15 que trata sobre la conservación de la diversidad biológica dispone que los gobiernos deben "idear medidas y disposiciones para poner en práctica el derecho de los países de origen de los recursos genéticos... particularmente los países en desarrollo, a beneficiarse del desarrollo biotecnológico y de la utilización comercial de los productos derivados de tales recursos".<sup>(13)</sup>

*Para concluir* debo manifestar el criterio en el sentido de que el apoyo dado por el Gobierno y las Universidades de Costa Rica al INBio, ha sido sin duda un elemento imprescindible para que pudiera suscribirse y ejecutar el contrato con la compañía Merck, y que por consiguiente, es en la actualidad esa colaboración entre los gobiernos, la empresa privada y los centros de investigación, el principal elemento para que los contratos como el comentado puedan contribuir a que los países que proveen los recursos genéticos, lleguen a desarrollar sus propias capacidades tecnológicas y logren promover su desarrollo en forma verdaderamente sostenible.

(13) Agenda 21, publicada por El Consejo de la Tierra y la Universidad Nacional de Costa Rica, párrafo 15.4.j) p. 224.

## REFLEXIONES SOBRE ACUERDOS COMERCIALES INTERNACIONALES (MEXICO Y CENTROAMERICA)\*

**Dr. Jorge Enrique Romero Pérez**  
Catedrático  
Investigador del Instituto  
de Investigaciones Jurídicas  
Profesor de Derecho Administrativo; y,  
Derecho Económico Internacional  
Universidad de Costa Rica

(\*) Ponencia al XVIII Congreso Ordinario Anual del Colegio Nacional de Profesores e Investigadores de Derecho Fiscal y Finanzas Públicas. México. Setiembre de 1993. Fax (506) 36-27-23.

## SUMARIO:

### ABSTRACT

### PRESENTACION

### INTRODUCCION

### GATT

- A. Breve reseña histórica
- B. Principios básicos
- C. Funciones y objetivos
- D. Instrumentos de negociación

### TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COSTA RICA Y MEXICO

- A. Descripción del Tratado

### CAUCA Y RECAUCA

- A. Desarrollo histórico
- B. Artículo 1

### CONSIDERACIONES FINALES

### BIBLIOGRAFIA

## PRESENTACION

Esta ponencia se inserta en el recuadro de las políticas económicas que han conducido al GATT (cf. Luis Malpica de Lamadrid: *¿Qué es el GATT?* México, Grijalbo, 1986, *in toto*) y a la realización paulatina del tratado de relaciones comerciales entre México y Costa Rica (11 de enero de 1991, Tuxtla Gutiérrez) con el objeto de liberar el comercio de bienes y servicios, capitales y recursos humanos (aspecto éste de más difícil ejecución, dada la situación de inestabilidad política en la que están la mayoría de los países centroamericanos.

El futuro de nuestros países debe apuntar hacia la democracia, la realización y plena vigencia de los derechos humanos y la justicia social. El crecimiento no puede ser la meta, sino el desarrollo económico y social en beneficio de las grandes mayorías de América Latina.

## ABSTRACT

Theoretically, in order to promote the social and the economical development not only in Mexico but also in Centroamerica is necessary the execution of politics in the public and private sector to enlargethe boundaries of the International Trade.

## INTRODUCCION

Dada la pequeñez del mercado centroamericano, el comercio en este espacio no ha sido lo pujante y fuerte que se podría desear y esperar.

Asimismo, las barreras políticas y sociológicas, lamentablemente han impedido la formación efectiva de un bloque económico que funcione con su vecino del norte: México.

Los esfuerzos que se han hecho en esa dirección, a lo largo de la historia de estos países no han tenido la fortaleza para perdurar.

En estos momentos, el signo de los tiempos parece que apunta hacia la unión de elementos que tienda a integrar a México con Centro América y España con ellos.

La lengua castellana puede ser un elemento (siempre se ha querido que juegue ese rol) que aglutine esas demandas.

La ideología que tiñe los mercados y las sociedades es la de eliminar fronteras arancelarias, frenos impositivos y medidas proteccionistas de todo orden. Lamentablemente, son los países G7 (los más desarrollados del planeta: USA, Japón, Alemania, Inglaterra, Francia, Canadá e Italia) los que hacen uso de esos mecanismos en su provecho, fomentando así mayores lazos de dependencia y de subordinación respecto de los países subdesarrollados o del Tercer Mundo.

## GATT

El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio suscrito en 1948, contiene una serie de normas que tratan de regir el intercambio comercial internacional. Es un foro internacional y multilateral que le ha permitido a los diferentes países negociar.

### A. Breve reseña histórica

La participación de Costa Rica en el GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) es el resultado de una serie de negociaciones en la que intervinieron diversas entidades de carácter tanto público como privado.

Se buscó con la incorporación de nuestro país el intentar lograr que el sector exportador nacional se desarrollara de modo que contribuyera a orientar la producción a los mercados internacionales de una manera más competitiva.

Es en el mes de octubre de 1990 que se logra la aceptación de nuestro país dentro del acuerdo, con la aprobación de la Ley número 7207, que se denomina Ley de Ratificación del Protocolo de Adhesión de Costa Rica al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), la que recibió la sanción el 24 de octubre de 1990 y se publicó en el Alcance de la Gaceta número 44, del 23 de noviembre de ese mismo año.

Se establecieron excepciones arancelarias para ciertos productos, así por ejemplo: 100% para los vehículos, reducibles primero a un 80% y luego a un 70% en 5 años y para la industria del calzado e un 70% reducible a un 60% para los artículos de interés fiscal.

En aspectos no arancelarios se eliminaron las sobretasas del 3% y del 6% y el impuesto ad-valorem cuando se exceda en nivel consolidado y los niveles de exportación.

Costa Rica se comprometió a negociar en un plazo de 3 años la suscripción de los Códigos de Procedimientos de Licencias de Importación aduanera y de Anti-Dumping. Además la eliminación en un período de 4 años de las medidas no arancelarias que comprenden los 22 productos en los que nuestro país es considerado exportador neto. Además en el ámbito comercial el país se comprometió a respetar los principios de no discriminación y de transferencia.

### B. Principios básicos

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio tiene como esenciales ciertos principios que no pueden ser abandonados, excepto en circunstancias muy calificadas.

*Principios que pueden enumerarse como los siguientes:*

1. *De no discriminación* o de nación más favorecida (NMF).
2. *De trato nacional*: los productos nacionales e importados deben tratarse de la misma manera tanto en lo que se refiere a aranceles como a medidas no arancelarias.
3. *De eliminación* de restricciones cuantitativas y consecuente dependencia en el arancel como única forma legítima de protección contra las importaciones.
4. *De trato especial y diferenciado* surge el principio de reciprocidad: cada parte contratante garantizará un acceso a su mercado equivalente al que disfruta en otros mercados.
5. *De competencia leal* mediante la imposición de reglas contra la utilización de prácticas comerciales desleales y permitiendo represalias cuando se emplean dichas prácticas.

### C. Funciones y objetivos

El GATT como institución fundamental del Comercio Internacional desempeña 3 funciones básicas:

1. Establece los principios, normas y procedimientos que regulan casi la totalidad del Comercio Internacional.
2. Constituye el principal foro a nivel internacional de negociación sobre política comercial, en el cual periódicamente se revisan las reglas del juego que prevalecerán en esta materia.

3. Es el foro alrededor del que se resuelven diferencias comerciales entre países en un marco multilateral.

*Mientras que sus objetivos fundamentales son los siguientes:*

1. Lograr una reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las barreras no arancelarias.
2. Eliminar el trato discriminatorio en materia de Comercio Internacional.
3. Liberalizar y expandir el Comercio Mundial en provecho de todos los países.

#### D. Instrumentos de negociación

Las negociaciones en el GATT se realizan por medio de Rondas, las cuales vienen a constituir foros de discusión y negociación de Comercio entre las partes contratantes: hasta hoy día se han realizado ocho Rondas de Negociación a saber:

- Ronda de Suiza (1947)
- Ronda de Francia (1948)
- Ronda de Inglaterra (1950)
- Ronda de Suiza (1956)
- Ronda Dillon (1960-1961)
- Ronda Kennedy (1964-1967)
- Ronda de Tokio (1973-1979)
- Ronda de Uruguay (1986-1993)

Las Rondas que comprenden los períodos entre 1946-1964, se centraron en la reducción de aranceles aduaneros; mientras que en la sexta Ronda (Kennedy) el énfasis fueron las barreras arancelarias y las no arancelarias, y, la Ronda Tokio enfatizó las barreras no arancelarias.

En 1986, da inicio la Ronda Uruguay prevista para concluir en cuatro años (1990). Esta Ronda terminó el miércoles 15 de diciembre de 1993. La Organización Multilateral de Comercio (OMC) sucederá al GATT (*La Nación* y *La República* del jueves 16 de ese mes y año).

## TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE COSTA RICA Y MEXICO

El Acuerdo General de Cooperación entre los Países Centroamericanos y México, suscrito en la Reunión de Presidentes de Tuxtla Gutiérrez el 11 de enero de 1991, constituye un instrumento fundamental para definir un marco que oriente la cooperación entre estas naciones en los ámbitos político, económico, técnico-científico y educativo-cultural; complementando así los programas bilaterales y multilaterales existentes. Dicho Acuerdo publicado como proyecto en la Gaceta número 6 del 9 de enero de 1992, contiene un anexo que estructura las bases para un Acuerdo de Complementación Económica entre México y Centroamérica; dentro de este anexo se incluye un Programa de Liberación Comercial, que establece la necesidad de alcanzar, a más tardar el 31 de diciembre de 1996, una zona de Libre Comercio entre todos los países miembros. Este objetivo se pretende lograr mediante la liberación de productos comprendidos en las tarifas de importación, utilizando la desgravación gradual y automática y tomando en cuenta las diferencias relativas en los niveles de desarrollo económico de los países. Este Tratado está sirviendo de base a las negociaciones tendientes a la suscripción de un Acuerdo de Libre Comercio entre Costa Rica y México.

### A. Descripción del Tratado

En este punto se hace necesario mencionar que la versión preliminar del Tratado consta de 19 capítulos, dentro de los cuales se incluyen:

*Objetivos:* Se acordó fortalecer las relaciones económicas y comerciales entre ambos países, incrementando y diversificando el comercio bilateral, coordinando actividades económicas y facilitando la creación de empresas bilaterales y multilaterales.

*Programa de liberalización:* El aspecto más importante del Tratado es la llamada desgravación que consiste en la eliminación de los impuestos a los bienes importados. Para efectos de la desgravación arancelaria, se acordó dividir la tarifa de importación de ambos países en cuatro grupos:

1. *Desgravación acelerada:* consiste en la eliminación de los impuestos de exportación a un plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigencia del Tratado;
2. *Desgravación normal:* que concluirá en diciembre de 1996 con aranceles iguales a cero;

3. *Desgravación lenta:* que terminará en el año dos mil con aranceles iguales a cero;
4. *Excepciones:* se trata de una lista pequeña de bienes no sujetos a desgravación. Además, se acordó en esta materia que al inicio de la desgravación, ningún arancel sobrepasará el 20%. La desgravación gradual, se pactó con la finalidad de que los empresarios no pudieran verse afectados por el hecho de ser sometidos abruptamente a la competencia de las empresas del otro país. En la actualidad se negocian las fracciones arancelarias que se incluirán en cada uno de los grupos de desgravación antes mencionados y sus calendarios correspondientes. Asimismo, es necesario llegar a un acuerdo acerca de la eliminación de las barreras no arancelarias (cuotas de importación) de los productos incluidos en los programas de desgravación o en casos muy calificados mantener cuotas negociadas y ampliables.

*Normas de origen:* Se refieren a las normas que califican, declaran, certifican y comprueban cuáles productos son considerados originarios de cada uno de los países signatarios del Acuerdo. En relación con este tema es importante indicar que hasta el momento se han acordado 81 de los 97 capítulos que comprenden la tarifa de importación y se elaboró el Reglamento correspondiente quedando pendiente la definición de las reglas de origen en 16 capítulos de la tarifa de importación, de los cuales 13 se refieren a textiles y confección y los 3 restantes a plásticos y sus manufacturas, vehículos automotores y demás vehículos de transporte terrestre y objetos de arte de colección y antigüedades. Queda también pendiente de definición el contenido regional principalmente en vehículos, plásticos y sus manufacturas; además de un acuerdo en cuanto a la fórmula para calcular el porcentaje de contenido regional dentro del Reglamento respectivo. (Cf. F. Quesada Salas, *Normas de Origen*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1993).

*Cláusulas de salvaguarda:* Se refieren a la aplicación de determinadas cláusulas a las importaciones de los productos negociados, cuando exista amenaza de causar perjuicio grave a la producción nacional de mercancías idénticas o similares. En el presente Acuerdo se convino un régimen que permitiría utilizar medidas arancelarias con temporalidad definida y carácter no discriminatorio, cuya adopción requeriría de una etapa previa de consultas y de una compensación al país afectado. Dichas imposiciones tendrían hasta un año de duración, pudiendo ser prorrogado por un período igual y consecutivo. En la actualidad está pendiente la definición del plazo o período durante el cual se aplicarán las medidas de salvaguarda.

*Prácticas desleales de comercio:* Se acordó rechazar y condenar toda práctica desleal de comercio internacional y toda política interna que cause distorsiones al comercio. En este sentido está pendiente la negociación de tres aspectos fundamentales: *Subsidios*, porque México pide que Costa Rica elimine todos los subsidios a las exportaciones destinadas al mercado mexicano a partir del inicio del programa de desgravación y Costa Rica pretende eliminar dichos subsidios a partir del momento en que sus exportaciones ingresen bajo condiciones de libre comercio al mercado mexicano. En cuanto al *Reglamento Regional*, México pide que Costa Rica no aplique, en su relación bilateral, ningún instrumento internacional negociado con terceros países. En relación con el compromiso de acogerse a los *lineamientos del GATT*, México propuso que en caso de presentarse prácticas desleales de comercio internacional, se sigan las disposiciones establecidas en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT.

*Tratamiento en materia de tributos internos:* En este tema se acordó otorgar a las importaciones originarias del otro país, un tratamiento no menos favorable que el aplicado a productos nacionales similares en materia de impuestos, tasas y demás gravámenes internos.

*Compras en el Sector Público:* La Comisión Administradora del Tratado definirá las reglas para las compras del Sector Público entre los países signatarios.

*Inversiones:* Se acordó promover las inversiones y el establecimiento de empresas con capital de los países signatarios y participación de terceros. Dentro de las acciones proyectadas para lograr tal fin se tienen, el otorgar, dentro de sus respectivas legislaciones, los mejores tratamientos a los capitales del otro país e iniciar negociaciones tendientes a la suscripción de un convenio que evite la doble tributación.

*Normas técnicas:* Se convino en analizar las normas técnicas industriales, comerciales, fito y zoonosanitarias, de seguridad y de salud pública, para que en ninguna forma constituyan obstáculos al comercio. A la fecha se han acordado las disposiciones relativas a salud animal y vegetal.

*Transporte:* Los países se comprometieron a ayudar a la mayor liberación posible de las políticas en el área del transporte, agilizando el intercambio de semirremolques y contenedores y homologando las normas técnicas sobre seguridad, peso, dimensiones de vehículos, emisión de contaminantes, requisitos en fronteras, tratamientos fiscales, etc. También convinieron



en analizar las posibilidades del transporte ferroviario, aéreo y marítimo, en cuanto al intercambio comercial y turístico. En relación con la infraestructura portuaria decidieron reducir las formalidades para la llegada, permanencia y salida de buques. Todo lo anterior tiene la finalidad de eliminar las barreras al comercio entre los dos países.

*Cooperación económica:* Se convino en promover la cooperación e intercambio de información en materias como políticas y técnicas comerciales, financieras, monetarias y de hacienda pública y en relación con las normas fito sanitarias y bromotológicas, así como servicios, etc. También se acordó propiciar el desarrollo de acciones de complementariedad económica en las áreas de bienes y servicios, con la participación de los sectores privados.

*Promoción comercial:* Se acordó concertar programas anuales de promoción comercial que comprendan: la coordinación entre consejerías comerciales; la organización de muestras, seminarios, ferias y exposiciones así como reuniones y visitas recíprocas de empresarios; el intercambio de información sobre oferta, demanda y licitaciones y la realización de estudios de mercado.

*Solución de controversias:* Se convino en crear un mecanismo ágil y neutral para solucionar los conflictos que se presenten, dicho procedimiento consta de: consultas directas (con plazo de quince días), mediación con participación de la Comisión Administradora (con plazo de treinta días) y la constitución de un Grupo Arbitral (con plazo de sesenta días prorrogables por otros cuarenta y cinco días más). Se decidió que las resoluciones del Grupo Arbitral serían obligatorias e inapelables y su incumplimiento provocaría la suspensión de las preferencias arancelarias pactadas. En la actualidad está pendiente la conclusión del Reglamento correspondiente en esta materia.

*Administración del Tratado:* Se comprometieron a constituir una Comisión Administradora con las siguientes atribuciones: velar por un adecuado cumplimiento del Tratado, crear grupos de trabajo para tratar temas específicos cuando sea necesario y establecer mecanismos que aseguren una participación activa de los representantes del sector privado. A la fecha, se cuenta con un Reglamento en esta materia.

## CAUCA Y RECAUCA

El Código Aduanero Uniforme para Centroamérica (CAUCA) y su respectivo reglamento (RECAUCA), han tenido el siguiente itinerario:

## A. Desarrollo histórico

1953: El Comité de cooperación económica del istmo centroamericano recomendó en Centro América que existiera una legislación común en aduanas.

1954: El experto de la ONU Alfredo Escobar presenta un borrador de código y reglamento aduanero para Centro América. Este borrador se presenta a la CEPAL.

1955: Dicho borrador se lleva al seno del Subcomité centroamericano que se realizó en noviembre (Managua). Este borrador no pasó de ser un proyecto.

1957: El experto Eugene Phillipin redacta un nuevo proyecto para la ONU (de código y reglamento aduanero para Centro América).

1961: La CEPAL recomienda que este último proyecto se estudie por una comisión de expertos. Este comité redacta otro borrador.

1963: En junio la SIECA aprueba este novísimo proyecto (de código y reglamento aduanero para Centro América).

1963: El 13 de abril, los Ministros de Economía de Centro América firman el Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana (CAUCA y RECAUCA).

1964: Ley No. 3421 del 6 de octubre, Alcance No. 54 a La Gaceta No. 256 del 10 de noviembre. Código Aduanero Uniforme Centroamericano, Protocolo al Tratado General de Integración Económica Centroamericana.

1966: Reglamento del CAUCA (RECAUCA) publicado en el Alcance No. 31 a La Gaceta No. 112 del 19 de mayo.

## B. Artículo 1 (CAUCA)

El artículo primero del CAUCA establece las disposiciones básicas de la legislación aduanera común de los países signatarios para la organización de sus servicios aduaneros y la regulación de la administración, conforme a los requerimientos del Mercado Común Centroamericano y de la unión aduanera a que se refiere el artículo 1 del Tratado General de la Integración Económica Centroamericana.

## CONSIDERACIONES FINALES

1. Lamentablemente, la inestabilidad política y el aumento de la pobreza son obstáculos serios y graves para los planes de integración económica y comercial; ya que la política se torna todavía más difícil aún. En este cuadro complejo de Centro América, el CAUCA y el RECAUCA tiene ese cariz de ser un instrumento fiscal (propriadamente, aduanero) para los países del istmo, que ha funcionado con dificultad, pero que lo tornen moderno y una efectiva respuesta para los anhelos de desarrollo económico y los pueblos del área.
2. Las decisiones del GATT (General Agreement on Tariffs and Trade: Acuerdo general sobre aranceles y comercio), se ejecutan si favorecen a los países ricos y no hay veto entre ellos; quedan al margen los países pobres.
3. Nuestro país tiene que tener una actitud crítica y prudente frente a los "Clubs" de los países ricos.
4. Nuestro país como país del Tercer Mundo gana poco, con su incorporación al GATT, a pesar de lo que la propaganda oficial afirma.
5. Las políticas proteccionistas que ejercen los países ricos en su favor son una realidad contra los países subdesarrollados. De ahí que la prédica y la imposición del libre comercio para los países pobres respecto de los países ricos; y, el proteccionismo de los países desarrollados con relación a los países subdesarrollados es parte de las políticas de dominación de las naciones fuertes respecto de las naciones débiles (neoimperialismo).
6. Detrás de las llamadas políticas del libre comercio y el proteccionismo hay una ideología de dominación y de control. Es decir, enunciados de políticas comerciales que tratan de ocultar el objetivo de dominación global sobre el Tercer Mundo de parte del G-7 (grupo de los países más ricos del mundo). (Cf. René Villarreal. *Liberalismo social y reforma del Estado*; México: CFE. 1993).
7. Desde el punto de vista del Derecho Internacional Público el GATT carece de fuerza de ejecución jurídica ni de Tribunales internacionales que apliquen sus decisiones con la eficacia requerida. Simplemente se ejecuta lo que los países ricos así lo quieren y lo que vetan queda en el papel.
8. Las tendencias mundiales, empujadas por los países ricos, son la globalización y la regionalización.

## 9. Los principios de Montreal (Canadá):

- \* Transparencia
- \* Liberación progresiva
- \* Trato nacional
- \* Nación más favorecida (no discriminación)
- \* Acceso a los mercados
- \* Participación de los países subdesarrollados
- \* Salvaguardas y excepciones
- \* Reglamentación

han tenido una influencia importante en la Ronda Uruguay (1986-1993).

10. *Leyes del abuelo*: (Cf. Black's Law Dictionary, St. Paul, Minn. West Publishing Co., 1983, pp. 356 y 357: *Grandfather's Clause*)\* en la práctica esta cláusula puede ser invocada por los USA para aplicar legislación interna por encima del TCL en perjuicio de terceros países. En cambio para México el TCL, como tratado que es tiene un rango jurídico por debajo de la Constitución Política y por encima de las leyes emanadas por el Parlamento.

Además, tanto el GATT como el TCL no obligan a USA por cuanto los tratados o convenios internacionales son un acuerdo del Poder Ejecutivo; (o ratificaciones del Poder Legislativo de acuerdos del Ejecutivo); y, por si acaso, pueden invocar la citada Cláusula del abuelo y las enmiendas Torricelli, González y Hickenlooper, entre otras, para obligar a otros países a someterse a la voluntad del país que invoca estas enmiendas. (Cf. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma Metropolitana, México, N° 30, 1992, *in toto*).

De conformidad con una publicación preparada por el Servicio informativo y cultural de los Estados Unidos, cuyo director fue John J. Harter llamada *El lenguaje del comercio*, se afirma que la cláusula del abuelo es una disposición contenida en un instrumento legal, como el GATT, que permite a los países que acceden a ella el mantener legislaciones nacionales incongruentes con ciertas disposiciones de dicho instrumento, (p. 23). El glosario del Fondo Monetario Internacional (Washington, D.C., edición de 1986) remite esta cláusula a la de *Acquired Rights* o de derechos adquiridos (págs. 2, A-42 y 70 G-94).

(\*) Provision in a new law or regulation exempting those already in or a part of the existing system which is being regulated. An exception to a restriction that allows all those already doing it even if they would be stopped by the new restriction.

11. En lo que al TCL se refiere son muy discutibles las ventajas de ser el socio pobre en un negocio claramente controlado por países más ricos y poderosos. Que México se integre en este contexto puede resultar excesivamente oneroso en términos de autonomía e integridad nacionales (cf. Ricardo Marcos Buzo de la Peña, *Tratado Trilateral*, en "Economía informa", N° 208-209, UNAM, Facultad de Economía, México, p. 9, 1992).
12. De acuerdo con el propio Banco Mundial la pobreza es el problema prioritario de los países del Tercer Mundo. Se trata de 1.000 millones de personas con un ingreso per cápita menor a los \$350 al año. (cf. Xabier Gorostiaga, *América Latina frente a los desafíos globales: los 90 una coyuntura estratégica*, en: Estudios latinoamericanos, N° 10, 1991, CELA, UNAM, pp. 16 y 17).
13. No hay duda que el subdesarrollo y la dependencia adquieren su máxima expresión con la aplicación de las políticas de ajuste y sobreajuste en las economías latinoamericanas. Lo que ha fallado es el modelo de acumulación internacional del capital, puesto en crisis en la década de los años 80, vía deuda externa. Con las políticas de ajuste estructural se ha tratado (desde la perspectiva de los países acreedores) de reactivar la acumulación internacional del capital, obviamente en su beneficio (cf. Mario Vázquez Juárez, *Crisis, monetarismo y políticas de ajuste en América Latina en los años 80*, en: "Economía informa", N° 216, 1993, UNAM, Facultad de Economía, México).
14. La función del Estado (en el sentido globalizante de un conjunto de tareas) se revitaliza y se recicla para fomentar el desarrollo y fortalecimiento de los sectores del capital que actúan en el espacio de las exportaciones y en perjuicio de los otros sectores de la economía. El Estado subsidia, financia y robustece a los capitalistas del turismo, "nuevas y viejas exportaciones" (obviamente ayuda los bananeros y cafetaleros); pero, destroza los servicios públicos, desmantela la educación y la salud de los sectores populares, así vuelve a la escena macabra el dengue, sarampión, cólera, viruela, etc. (que son las enfermedades de los pobres). (cf. Jürgen Schuldt et al *América Latina: opciones estratégicas de desarrollo*, Caracas, Nueva Sociedad, 1992; Pedro Aspe, *El camino mexicano de la transformación económica*, México: CFE, 1993, Fernando Calderón et al *Hacia un nuevo orden estatal en América Latina*, México: CFE, 1991; Pedro Vuskovic, *Pobreza y desigualdad en América Latina*, UNAM, México, 1993; José Valenzuela, *Crítica del modelo neoliberal*, Facultad de Eco-

nomía, UNAM, México, 1991; Eliana Cardoso et al *La economía latinoamericana*, México: CFE, 1993; Manuel Aguilera, *Una lectura keynesiana del liberalismo de los 80's*, UNAM, México, Facultad de Economía, 1992, entre otros).

15. Centro América, con la excepción de Costa Rica, presenta un cuadro de desestabilización política y crisis económica que no permite que las relaciones comerciales y los convenios entre los capitalistas locales y foráneos puedan llevarse a cabo. Siendo la pobreza el principal obstáculo para una sociedad estable, justa y con respeto a los derechos humanos en el marco del desarrollo económico y social.

#### BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA

- ALFARO, Fernando et al. *El comercio internacional de servicios en la ronda Uruguay (banca, seguros y educación)*. (San José: Tesis de licenciatura. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991).
- ALMONE, Enrique. *Derecho económico internacional*. (Valparaíso: Ed. Universitaria, 1980).
- ALLON, Flora. *La incorporación de Costa Rica al GATT*. (San José: Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).
- ANGELOPOULOS, Angelos. *Desarrollo internacional*. (México: CFE, 1979).
- ATKINS, Pope (Ed.). *Sudamérica en la década de 1990*. (Buenos Aires: GEL, 1991).
- BARRANTES, Antonio. *El contrato de exportación*. (San José: tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, 1987).
- BRITO, Javier. *Derecho internacional económico*. (México: Trillas, 1982).
- CABEZAS, Alvaro. *Neoliberalismo jurídico: replanteamiento del derecho económico tradicional*. (San José: tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1990).
- CABRERA, Jorge et al. *La ronda Uruguay y el fortalecimiento del sistema multilateral de comercio del GATT*. (San José: tesis de licenciatura, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1991).

- CABRERA, Medaglia, Jorge A. *Propiedad intelectual, Ronda Uruguay y transferencia de Tecnología*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 74, 1993).  
*Las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio en el marco regulador del GATT*. (San José: UACA, Acta Académica No. 13, 1993).
- CAMPOS, Luis. *El Fondo Monetario Internacional*. (San José, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1993).
- CARBONI, Noel et al. *Legislación aduanera*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1986).
- CARAZO, Ana. *Incentivos fiscales que otorga el contrato de exportaciones*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).
- CARREAU, Dominique et al. *Droit International Economique*. (París: LGDJ, 3a. ed. 1990).
- CARRERA, Carlos. *La cláusula de salvaguarda en el GATT*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).
- CASTILLO, Fernando. *Elementos económicos en la Constitución Política*. (San José: Iuritexto, 1992).
- CEPAL. *Magnitud de la pobreza en América Latina en los años 80* (Santiago, Chile: CEPAL, 1991).  
*Documentos sobre la privatización con énfasis en América Latina* (Santiago, Chile: CEPAL, 1991).
- CESPEDES, Renzo. *Evolución de las negociaciones del acuerdo de libre comercio Costa Rica-México*. (San José: Ministerio de Comercio Exterior, 1982). (San José: Revista de exportación, vol. 30, 1991).
- CHACON, Francisco. *El GATT y la legislación americana de comercio exterior*. (San José: Ministerio de Comercio Exterior, 1989).
- CHATELAIN, Eugene. *A qué conduce la tesis del intercambio desigual*. (México: Ed. El Caballito. Críticas de la economía política. No. 10. 1979).
- CHAVEZ, Georgina. *Convenio de intercambio de información tributaria USA - Costa Rica*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).
- CHAVEZ, Pedro. *Ingreso de Costa Rica al GATT y al régimen de zona franca*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

- DE LA OSSA, Alvaro. *Bases para la posición centroamericana en la ronda Uruguay del GATT*. (San José: Flacso, 1988).
- DE GIOVAN, Ileana. *Derecho internacional económico*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992).
- FLETCHER, Silvia et al. *Informe del sector privado sobre la adhesión de Costa Rica al GATT*. (San José: Unión de Cámaras, 1988).
- FORERO, YAMILE. *Estado y Política Económica Internacional*. (Bogotá: Temis. 1979).
- GANTZ, David. *El status del CAUCA y de los organismos centroamericanos a la luz de la formación de políticas aduaneras*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 12, 1968).
- GATGENS, Gilda. *Propiedad intelectual y el GATT*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1993).
- GIBBS, M. y HAYASHI, M. *Sectoral Issues an the Multilateral Framework for Trade in Services an Overview*. (New York: Trade in Services: Sectoral Issues, 1989).
- GIULIANI, Carlos. *Derecho financiero*. (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1970).
- GUARDIA, Jorge. *Los incentivos fiscales y la inversión norteamericana en Centroamérica*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, No. 18, 1971. Universidad de Costa Rica).  
*Del cambio fijo a la liberalización cambiaria* (San José: LIL, S.A., 1993).
- GUZMAN, César. *Derecho del comercio internacional*. (San José: CINDE, 1991).
- GUDIÑO, Patricia. *Norteamérica: suproceso de integración y el istmo centroamericano*. (San José: inédito, 1993).  
*Capítulos XVIII y XIX del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos*. (Montreal: inédito. 1993).  
*El TLC entre Canadá y USA* (Montreal: inédito. 1993).
- HERRERA, Carlos. *Las negociaciones de Costa Rica en el marco del GATT*. (San José: Banco Central, 1990).
- JIMENEZ, María. *Tratado de libre comercio: Costa Rica-México*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1992).
- KELLY, William. *The Uruguay Round: a Handbook on Multilateral Trade Negotiations*. (Washington, D. C.: The World Bank, 1987).

- LACLE, Rolando. *Inversiones en el marco del GATT*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1992).
- LOPEZ, et al. *¿Qué es el GATT?* (San José: Ministerio de Comercio Exterior, 1987).
- LOZANO, Leyla. *Tratado de libre comercio: Costa Rica-México*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1993).
- LYS, Marie. *Seguimos las corrientes del ajuste estructural?* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1993).
- MALPICA, Luis. *¿Qué es el GATT?* (México: Grijalbo, 1986).
- \_\_\_\_\_. et al. *TLC (México)*. Revista N° 30, 1992. Universidad Autónoma Metropolitana. México.
- MASIS, Luis. *Los CATs*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1993).
- MENDEZ, Eduardo. *El régimen paralelo del comercio internacional de textiles y el sistema costarricense*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1993).
- MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR. *Glosario de términos económicos y siglas utilizados en el tema de comercio exterior*. (San José: COMEX, 1991).  
*Ciclo de conferencias sobre temas de comercio exterior*. (San José: COMEX, 1991, I-II).
- MORALES, Rafael. *Política tributaria y desarrollo*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, tesis de licenciatura, 1996).
- MUÑOZ, Oscar (ed.). *Hacia el Estado regulador*. (Santiago: CEPLAN, 1992).
- NAISBITT, John; ABURDENE, Patricia. *Megatendencias 2000*. (Bogotá: Ed. Norma, 1992).
- NOVOA, Eduardo. *Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada*. (Buenos Aires: Depalma, 1987).
- \_\_\_\_\_. et al. *Derecho económico internacional*. (México: CFE, 1976).
- ORTIZ, Arturo. *El nuevo orden trilateral*. (México: I.I.E.-UNAM, 1985).
- PACHECO, Amparo. *El GATT*. (San José: s.p.i., 1989).

- RANGEL, Hugo. *El derecho económico* (México: Porrúa, 1986).
- ROMERO MORA, Patricia et al. *Impacto del programa de ajuste estructural en el comercio internacional*. (San José: Universidad Interamericana de Puerto Rico, maestría, inédito, 1990).
- ROMERO PEREZ, Jorge Enrique. *Derecho y clases medias* (San José: Ministerio de Cultura, Juventud y Deportes, 1985); *Algunas notas sobre los diversos enfoques acerca de la crisis* (Costa Rica) (San José: Revista de Ciencias Jurídicas N° 46, 1982); *¿La deuda externa... o eterna?* (San José: La Nación, 24-XII-87, p. 16-A); *El aporte de la CEPAL y las perspectivas del Estado costarricense* (San José: Revista Judicial N° 22, 1982); *Derecho Administrativo y Estado Costarricense* (San José: UCR, 1984); *La deuda externa: otra cara de la crisis* (San José: RCJ N° 59, 1988); *Coyuntura y proyecto nacional* (San José, inédito, 1988); *Estado Social y democrático de derecho ante la crisis* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 60, 1986); *Derecho y deuda externa* (San José: Revista de Ciencias Jurídicas, N° 62, 1989); *Deuda externa y derechos humanos* (San José: inédito, 1989); *Los supuestos del neoliberalismo económico y la deuda externa* (ensayo de derecho económico internacional) (San José: RCJ, N° 66, 1990); *El derecho internacional como instrumento de solución al problema de la deuda externa* (San José: RCJ, N° 67, 1990); *Aspectos jurídicos, iniciativa de las Américas y deuda externa* (San José: RCJ, N° 68, 1991). *El servicio público*. (San José: UCR, 1983). *La reforma del Estado*: UCR, RCJ, N° 69, 1991; *El ajuste estructural y el derecho* (San José: UCR, RCJ, N° 70, 1991); *Canje de deuda externa por naturaleza* (San José: UCR, RCJ, N° 71, 1992); *Derecho Público y Banca* (San José: UCR, RCJ, N° 72, 1992). *Apuntes de Derecho Económico Internacional* (San José: inédito, 1993). *Deuda externa y crisis en América Latina* (San José: UNED, 1993).
- ROMERO, Amanda. *El neoliberalismo, los derechos humanos y el "nuevo paradigma"* (Bogotá: revista "El otro derecho", julio, 1992).
- RODRIGUEZ, Miguel A. *Ajuste estructural y progreso social* (San José: Ed. Libro Libre, 1992); *Libertad y solidaridad* (San José: UNED, 1992); *De las ideas a la acción* (San José: LIL, 1988). *Una resolución moral: democracia, mercado y bien común*. (San José: Ed. Costa Rica, 1993).
- RODRIGUEZ, Bárbara. *El FMI: antecedentes históricos y funcionamiento* (San José: Revista Judicial, N° 33, 1985).
- RUBIO, Luis. *¿Cómo va a afectar a México el TCL?* (México: CFE, 1992).
- SANCHEZ, Juan. *El PAE III* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1992).
- SEGURA, Boris. *El GATT* (San José: Actualidad económica, enero, 1990).

SEGURA, Olman. *Costa Rica y el GATT* (San José: Ed. Porvenir, 1991).

SOTO, Rolando. *Los problemas tributarios de los países centroamericanos y su relación con el proceso de integración*. (San José: Revista de Ciencias Jurídicas No. 16, 1970).

STEIN, Eduardo; ARIAS, Salvador (Coords.). *Democracia sin Pobreza* (San José: DEI 1992).

VALLEJOS, Anayancy. *El GATT en Costa Rica* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1992).

VARGAS, Guillermo. *Comentario al CAUCA y al RECAUCA*. (San José: Tesis de Grado, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1983).

VARGAS, Andrés. *Concurrencia desleal en el GATT* (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

VAZQUEZ, Fernando. *Derecho Económico* (México: Ed. Harla, 1990).  
*Derecho Monetario Mexicano*. (México: Ed. Harla, 1991).

VEGA, Yamileth. *Las políticas tributarias en relación con el capital y el trabajo*. (San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, posgrado, inédito, 1990).

WITKER, Jorge. *Derecho económico* (México: UNAM, 1991).

\_\_\_\_\_. et al. *La nueva valoración aduanera y el TLC* (México: Impresos Chávez, 1992).

\_\_\_\_\_. et al. *El régimen jurídico del comercio exterior de México* (México: UNAM, 1991).

\_\_\_\_\_. (Cord.) *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio* (México: UNAM, 1992).

ZEA, Leopoldo (presentación). *Primera cumbre Iberoamericana* (México: CFE, 1991).

## PROPIEDAD INTELECTUAL, RONDA URUGUAY Y TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA

Lic. Jorge Alberto Cabrera Medaglia  
Abogado costarricense

## SUMARIO:

- A. Antecedentes
- B. El trasfondo de la iniciativa
- C. Intereses a considerar
- D. La base de las negociaciones
- E. Justificación de las propuestas de los países desarrollados
- G. La posición de los países en desarrollo
- H. El contenido de las negociaciones en el área de las patentes

## Conclusiones

### A. ANTECEDENTES<sup>(1)</sup>

Los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (TRIPs en su acrónimo en inglés) constituyen –junto a los servicios y las inversiones– uno de los denominados temas nuevos de la Ronda Uruguay. La importancia de estos derechos en el nuevo entorno de comercio mundial es significativa, tanto para los países desarrollados como para los países en desarrollo. Sin embargo, como tendremos ocasión de señalar, existen intereses profundamente encontrados con respecto a los mismos por parte de unos y otros. Esto ha dificultado el desarrollo de las negociaciones, fundamentalmente en lo referente a la competencia o no del GATT para ocuparse de los TRIPs. En este acápite pretendemos dar un bosquejo general de los antecedentes en esta materia. Sin comprender lo acaecido con respecto a las mercancías falsificadas, temática en la cual los mismos sí son numerosos.

#### a. Aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio

Este constituye el tema álgido negociado dentro del Grupo.

Básicamente el mismo fue aludido en la Ronda de Tokio en el contexto de los procedimientos para la celebración de consultas y luego en las negociaciones no arancelarias no tratadas multilateralmente. En el catálogo de medidas no arancelarias del GATT, figuran algunas notificaciones relativas a la propiedad intelectual. Igualmente, han sido establecidos grupos especiales de solución de controversias que se ocuparon de aspectos relacionados con la propiedad intelectual (por ejemplo el establecido para tratar el art. 337 de la Ley de Aranceles de EE.UU.; el grupo que analizó la “cláusula de edición” de la legislación de los EE.UU., que hoy en día no está en vigor, etc.).<sup>(2)</sup>

Existen algunas otras alusiones a la propiedad intelectual en discusiones y documentos oficiales del Comité de los Textiles, del Comité sobre Comercio de Aeronaves Civiles, así como en algunos artículos de los Códigos de

(1) La información de los antecedentes dentro del GATT proviene de MTN.GNG/NG11/W/4, Nota de la Secretaría del 16 de mayo de 1987.

(2) GATT. *Actividades del GATT en 1988*, Ginebra, 1989, p. 53. Posteriormente retomaremos lo dispuesto por el grupo especial sobre el artículo 337 de la legislación de los EE.UU.

Obstáculos Técnicos al Comercio y el de Valoración Aduanera. Además del Capítulo V de la Carta de La Habana sobre prácticas comerciales restrictivas.<sup>(3)</sup>

Cabe reseñar que el Sistema Generalizado de Preferencias y la Iniciativa para la Cuenca del Caribe contemplan dentro de los factores para determinar la elegibilidad de un país como beneficiario, la medida en que éste proteja eficaz y adecuadamente los derechos de propiedad intelectual.<sup>(4)</sup>

Si bien dentro del sistema del GATT no han existido formulaciones concretas respecto a los TRIPs, de manera que el punto de mayor vinculación lo constituye el de las marcas (y dentro de estas, las de origen), en la esfera interna de algunos países, especialmente en los EE.UU., las manifestaciones que clamaban por la incorporación de los TRIPs al régimen multilateral del GATT crecían, manifestaciones cuyo origen se ubica en ciertas empresas transnacionales y aquellos organismos que las agrupan. Estas intenciones, encontraron fácil eco en el Poder Ejecutivo y el Congreso de los EE.UU., especialmente por el problema de déficit comercial de ese país y la pérdida de su liderazgo tecnológico.

La política norteamericana quedó plasmada en el documento del Representante Comercial de ese país de fecha 3 de abril de 1986.<sup>(5)</sup> El documento parte de la base de que "...la protección de la propiedad intelectual tiene una importancia crítica para el mundo, ya que fomenta la creatividad, estimula el crecimiento económico, integra la capacidad de competencia y, para los países en vías de desarrollo atrae inversiones y know-how".<sup>(6)</sup>

A este respecto, la administración norteamericana ha conformado un programa de acción donde identifica los principales problemas existentes y establece los objetivos americanos en la materia. Se determinó que las iniciativas por tomar, debían plantearse a los niveles nacional e internacional, y en este último punto multilateral o bilateralmente. A nivel multilateral se pretendía:

"a) Negociar en la Ronda del GATT un acuerdo comercial que evite las distorsiones que resultan de una inadecuada protección de la

(3) MTN.GNG/NG11/W/4, op. cit., pp. 9-12.

(4) SELA. Manual sobre las principales leyes de comercio de los Estados Unidos. Caracas, 1989, pp. 37 y ss.

(5) Los problemas identificados en el documento corresponden en términos generales, a los que han señalado los Estados Unidos en sus propuestas. Lo mismo cabe decir en cuanto a los objetivos, cf. CIKATO (Manfredo), Negociar y golpear: nueva estrategia para la propiedad intelectual, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo II, 1986, pp. 16 y 17.

(6) Ver CIKATO, op. cit., p. 17.

propiedad intelectual, incorporando cláusulas que garanticen la aplicación de mínimas protecciones actualmente contenidas en los tratados de propiedad intelectual".<sup>(7)</sup>

Esta estrategia es parte de una nueva política en la materia que expuso días después el 7 de abril de ese año el Secretario de Comercio Malcom Baldrige, que incluía referencias a la legislación interna de ese país (mejorar la aplicación de los arts. 301 y 337, así como la utilización del SGP) y a la política exterior, todo lo cual tiende a alcanzar objetivos sumamente ambiciosos a nivel mundial.<sup>(8)</sup>

Uno de los orígenes de estas manifestaciones, se encuentra en el estudio realizado por la Task Force sobre la propiedad intelectual, de octubre de 1985 donde se reconoce "...que el marco del GATT es casi la única esperanza para lograr una acción multilateral efectiva. La complejidad y diversidad del tema requiere de una estrategia, que para mayor efectividad, debe ser enunciada por el Presidente y su Gabinete, reconociéndose que la protección internacional de la propiedad intelectual debe ser un objetivo primario para los EE.UU."<sup>(9)</sup>

La Task Force recomienda el enfoque de la zanahoria y el garrote (carrot and stick approach), es decir, brindar asistencia técnica y utilizar medidas coercitivas contra los países que infrinjan los TRIPs, para lo cual se recomienda utilizar su normativa interna.

Las reformas promulgadas a las leyes relacionadas con la propiedad intelectual en aquel país constituyen indicativos de cuál sería la posición del mismo en sus negociaciones exteriores (por ejemplo la Copyright act de 1975 reformada en 1980; la Semiconductor Chip protección Act de 1984, la International Software Protection Act de 1985).<sup>(10)</sup> A esto se suman las reformas a leyes de carácter más general, como la Ley de Aranceles de 1984, las cuales pretenden implementarse como instrumentos para presionar a terceros países bajo la amenaza del no acceso al mercado norteamericano.<sup>(11)</sup>

(7) CIKATO, op. cit., p. 18.

(8) *Ibid.*

(9) ZULETA (Hugo). El GATT y los derechos intelectuales; propuesta de las comunidades empresarias de los Estados Unidos, Europa Occidental y Japón, en *Derechos Intelectuales*. Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo IV, 1987, p. 23.

(10) VITTONI (Carlos). Software, microchips y computadoras en la legislación de Norteamérica, en *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tomo I, pp. 75 y ss.

(11) CORREA (Carlos). Propiedad Intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 39, No. 12, diciembre de 1989, p. 1068.



Las preocupaciones de los EE.UU. no han quedado allí. La aplicación de sanciones y el inicio de procedimientos de investigación contra aquellos países que no tutelan adecuadamente la propiedad intelectual han aumentado, fundamentalmente por medio de los artículos 301 de la Ley de Comercio, y Aranceles de 1974, 337 de la Ley de Aranceles de 1930<sup>(12)</sup> y la reforma introducida al primero por la Ley Omnibus de Comercio y Competitividad de 1988.<sup>(13)</sup> A esto, se ha sumado la implementación de políticas para lograr esos objetivos mediante los regímenes preferenciales como el SGP y la ICC y más recientemente de la Iniciativa para las Américas dentro de la cual un sector de gran interés para los EE.UU., lo constituye el de la propiedad intelectual.<sup>(14)</sup>

No son fortuitas las manifestaciones de las principales autoridades políticas de los EE.UU. en el sentido de atribuir una crucial importancia a la protección de los derechos de propiedad intelectual.<sup>(15)</sup>

En general, los antecedentes citados demuestran un amplio accionar del gobierno de aquel país y de ciertos grupos de interés empresariales, que se dirigen a la identificación de la prioridad de la propiedad intelectual para la economía interna del mismo y que, a esos efectos se tomen las medidas adecuadas, reforzando los mecanismos coercitivos, tanto en su ley interna, como ahora, a nivel multilateral en la nueva Ronda Uruguay de negociaciones, ante la insuficiencia, a su juicio, de la OMPI y los convenios internacionales que esta administra, conforme veremos.

(12) Este artículo fue declarado incompatible con el Acuerdo General por determinar que era violatorio a la norma III del mismo (Trato Nacional) y que no podía justificarse en atención al artículo XX.d. Pese a que el informe ya fue adoptado por el Consejo del GATT, EE.UU. no ha modificado dicha ley. Cfr. Brand (Ronald), Private parties and GATT dispute resolution: implications of the panel report on section 337 of the US Tariff Act of 1930, *Journal of World Trade Law*. Ginebra, Vol. 24, No 3, junio de 1990, pp. 5-30.

(13) Esta nueva normativa fija los objetivos de los EE.UU. en materia de propiedad intelectual, tanto a nivel bilateral como en el marco del GATT. Igualmente, la sección 1101b8 (objetivos estadounidenses en materia de prácticas comerciales desleales) y la sección 1101b15 (alta tecnología) contienen objetivos de ese país en materia de propiedad intelectual. A su vez, la sección 1303 resulta de suma importancia ya que establece un mecanismo de identificación de los principales infractores (lista prioritaria de observación) a cargo del Representante Comercial, de forma tal que puedan ser sancionados a tenor del artículo 301.

(14) Se han mencionado bastante las negociaciones que en esta materia se llevan a cabo en esta Iniciativa. Las autoridades encargadas de las mismas han expresado, con razón, que es preferible negociar en el foro del GATT, aunque las propuestas presentadas a la Ronda y la Iniciativa no difieren en mayor medida.

(15) Cfr. las que se exponen en SELA. *El debate sobre política comercial de los Estados Unidos*. Buenos Aires, 1988.

## b. La normativa del GATT

Los artículos del Acuerdo General que se relacionan directamente con el tema, así como con los derechos de propiedad intelectual, son cuatro: el IX (Marcas de Origen) el párrafo 3 c)iii del artículo XII (Balanza de Pagos), el párrafo 10 del artículo XVIII (Actividad Económica del Estado) y el XX.d (Excepciones Generales). Guardan mayor relación con el tema solo el primero y el último de ellos; el primero por cuanto impone a las partes contratantes el deber de evitar que las marcas de origen induzcan a error y último en el tanto permite a las partes adoptar ciertas medidas que de lo contrario serían incompatibles con el Acuerdo General, en este caso establece que las leyes y reglamentos que regulen la propiedad intelectual pueden ser contrarios (aunque no intrínsecamente) al GATT.

## B. EL TRASFONDO DE LA INICIATIVA

Al plantearse la problemática en la cual se desarrolló la Ronda Uruguay y los centros de intereses que le dieron origen, se determina cuál es la causa de la inclusión del tema de la propiedad intelectual, valga decir el déficit fiscal de los EE.UU. y el cambio en la composición y dirección de los nuevos flujos económicos mundiales.

Acá, en forma más específica queremos referirnos a ciertas, causas que justifican la discusión de los TRIPs en las negociaciones: "más allá de los argumentos presentados para impulsar la revisión del sistema de propiedad intelectual, se aprecian diversos factores relacionados con las características del proceso innovativo y con las estrategias de expansión internacional prevalentes, los cuales explican la dirección y los alcances de los cambios propuestos. Estos factores se combinan con una declinación del liderazgo tecnológico de los EE.UU. Si bien, la percepción de ésta en dicho país ha sido probablemente lo que desencadenó su acción al respecto, el mencionado conjunto de factores, es el verdadero trasfondo del proceso estudiado".<sup>(16)</sup>

Los intentos de estructurar un nuevo sistema de propiedad intelectual dentro del GATT, constituyen una nueva forma de proteccionismo tecnológico encaminado a normar las relaciones con aquellos países que sobre la base de un sendero tecnológico imitativo, han desafiado ciertas posiciones hegemónicas, ocupando parcelas del mercado que han abierto las tecnologías de punta.<sup>(17)</sup>

(16) Ver CORREA, *op. cit.*, p. 1059

(17) CORREA, *op. cit.*, pp. 1059 y 1060.

De allí que, sin olvidar los roces con el Japón, es en el contexto norte-sur donde se acentúa la controversia. En primer término los NICs, y en general los países en desarrollo los destinatarios principales de la actual iniciativa de los países desarrollados.<sup>(18)</sup>

Pueden identificarse dos criterios básicos para la inclusión del tema en la Ronda Uruguay: uno de ellos se sustenta en los cambios producidos en la economía mundial debido a la tecnología y el aumento del comercio (información, servicios, etc.), los cuales adquieren una importancia estratégica, no sólo por ellos mismos, sino también en la producción y comercio tradicionales (abaratando su costo, obteniendo más rendimiento, desplazando mano de obra, etc.).<sup>(19)</sup>

De tal forma que el sistema de comercio internacional no puede prescindirse de la tecnología, cuyo principal insumo parece ser el uso intensivo de información. Las características del comercio de intangibles (sus problemas de apropiabilidad, su no deteriorabilidad, su inagotabilidad, el riesgo e incertidumbre de sus resultados finales, etc.) han puesto en jaque las soluciones tradicionales aplicadas al comercio de mercancías. La tecnología, la información y el conocimiento están condicionando las modalidades de producción e intercambio de bienes físicos. Por ello, aunque el GATT y sus disciplinas se refieren al comercio de mercancías, este comercio no puede explicarse sin tomar en cuenta los cambios producidos en el sistema de relaciones comerciales internacionales o ignorando los nuevos elementos que en él intervienen.<sup>(20)</sup> En resumen, si la tecnología, en especial, su difusión y dominio es lo que permite actualmente a los países crear ventajas comparativas y adquirir competitividad en los mercados,<sup>(21)</sup> es de suponer que los países desarrollados pretendan una "modernización" del GATT y la ampliación de sus alcances.<sup>(22)</sup> a efectos de normar la adquisición, desarrollo y uso de la tecnología y la información. Otro criterio se refiere a la inclusión del tema como consecuencia de las presiones de EE.UU. para que sus intereses comerciales prioritarios se discutan en la Ronda

(18) *Ibid.*

(19) La explicación de la inclusión del tema en la agenda negociadora debido a este factor puede encontrarse con detalle en BIFANI (Paolo). Intellectual property rights and international trade, en *The Uruguay Round. Papers on Selected Issues*, New York, 1989, pp. 129-183, BIFANI. The, new mercantilism and the international appropriation of technology, en *Technology, trade policy and the Uruguay Round*, New York, 1990, pp. 145-179.

(20) BIFANI (Paolo). *Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda Uruguay*, s. 1, UNCTAD, 1988, p. 9.

(21) *Ibid.*, pp. 6 y ss.

(22) PNUD/UNCTAD/CEPAL. *Situación y Perspectivas de América Latina en la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales*, s. 1, 1988, p. 12.

Uruguay.<sup>(23)</sup> La prioridad de los TRIPs en la política económica americana se deriva de su declive en ciertas áreas sensibles de la misma (alta tecnología), cuyo origen se sitúa en las políticas imitativas de terceros países, permitidas por la falta de protección de los derechos de propiedad intelectual. Todo lo cual se enmarca dentro de un cuadro general de déficit de la economía de los EE.UU. Pueden asimismo indicarse varias otras causas específicas.<sup>(24)</sup>

#### a. Intensificación de la investigación y el desarrollo

En la presente década se ha intensificado el esfuerzo en Investigación y Desarrollo (I&D) de parte, fundamentalmente de los países desarrollados, aumento que ha corrido en forma paralela con el número de científicos e ingenieros dedicados a esas áreas.<sup>(25)</sup> Son éstos quienes invierten el mayor porcentaje mundial en I&D, el cual supera en mucho al que invierten los países en desarrollo.

Por el progresivo encarecimiento de la I&D, los crecientes costos e inversiones que implica, se ha afirmado que: "Así los programas en investigación y desarrollo cuyos costos absorbe parte del presupuesto de EE.UU. con la esperanza de aumentar la productividad de dicho país, a la larga sirven para incrementar también la de otros países, incluyendo la de sus competidores,<sup>(26)</sup> incremento que dada la configuración del sistema actual de la propiedad intelectual, resulta gratis para esos países. Se trataría de nuevos "free riders" de tecnología. EE.UU. debe, por esto, mediante la propiedad intelectual, mejorar el control de la tecnología que desarrolla internamente".<sup>(27)</sup>

#### b. Declinación de la competitividad estadounidense

Los EE.UU. ha visto declinar su capacidad competitiva en ciertas áreas sensibles de alta tecnología, lo cual podría constituir la principal causa de la iniciativa en la Ronda Uruguay de ese país. El desempeño que muestra el comercio exterior de los EE.UU. es una prueba contundente,<sup>(28)</sup> lo cual se

(23) Los derechos de propiedad intelectual en la recta final de la Ronda Uruguay, *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 40, No. 3, marzo de 1990, p. 269.

(24) Ver CORREA, *op. cit.*, pp. 1066 y ss.

(25) CORREA, *op. cit.*, p. 1066.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*, p. 1067.

(28) *Idid.*

evidencia con abundantes estadísticas donde los saldos son negativos o decrecientes, producto de las exportaciones provenientes de Japón y los NICs quienes estarían aprovechándose gratuitamente de los avances tecnológicos americanos. Se ha señalado que: "Probablemente la decisión de EE.UU. de fijar nuevos límites y reglas al flujo de tecnología hacia Japón y los PIR asiáticos, originó las iniciativas de ese país en el área de la propiedad intelectual".<sup>(29)</sup>

### c. Apropiación de los resultados de la investigación y desarrollo

Los flujos tecnológicos actuales se caracterizan por las dificultades que surgen para la apropiación de las innovaciones. Además, el propio desarrollo técnico, ha facilitado y abaratado los procesos de copia, lo cual resulta particularmente preocupante en materia de derechos de autor y conexos y en el campo de los programas de computación. Ello puede deberse, entre otras causas a:

- a) Dificultades para encuadrar los nuevos fenómenos en las normas jurídicas;
- b) Movilidad del personal de las empresas;
- c) Rapidez del cambio tecnológico frente a la duración de los juicios; y
- d) Las dificultades en identificar como propio un producto al que se le han introducido mejoras.<sup>(30)</sup>

### d. La globalización del mercado mundial

Los altos costos de la investigación y desarrollo implican una nueva estrategia competitiva de parte de las empresas que invierten en ella (especialmente multinacionales). La posibilidad de recuperación de costos se planifica considerando no sólo el mercado interno, sino también el mercado mundial, para lo cual se requiere de protección adecuada de la propiedad intelectual en todos los mercados que les asegure esa recuperación de lo invertido, permitiéndoles comercializar con los mismos mediante la venta de bienes con un alto grado de componente de propiedad intelectual, la inversión directa o el licenciamiento.

Para algunos la internacionalización de los esquemas de protección de la propiedad intelectual se propugnan con miras a "...garantizar y asegurar una

(29) CORREA, *op. cit.*, pp. 1068-1069.

(30) CORREA (Carlos). Innovación tecnológica en la informática, segunda parte, *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 38, No. 2, febrero de 1988, p. 156.

máxima libertad de acción para las corporaciones transnacionales o compañías multinacionales en sus actividades, que son hasta ahora, los únicos agentes económicos que cuentan con los recursos necesarios humanos, financieros y de infraestructura para emprender extensos programas de investigación y desarrollo de nuevos productos, procesos de producción y servicios de alta tecnología".<sup>(31)</sup>

### C. INTERESES A CONSIDERAR

De lo expuesto, hasta ahora es fácil deducir los intereses en juego en la Ronda. Además, es posible determinar en forma específica los conflictos que se presentan en cuestiones concretas, como lo haremos con lo relativo a las patentes. Es por ello que aquí sólo daremos un breve bosquejo que abarque los intereses opuestos con que se enfoca el tema.

Existen dos posiciones claramente diferenciadas en cuanto a la propiedad intelectual y, en términos más generales, a la tecnología. No repetiremos la importancia de la tecnología para el desarrollo, mantener la competitividad y crear ventajas comparativas. Así que partiendo de esa importancia, el siguiente párrafo resume la confrontación presentada.

"Las diferentes formas de propiedad intelectual (patentes, derechos de autor, etc.) son instrumentos que pueden servir tanto para retener la propiedad del conocimiento tecnológico como para acelerar su proceso de difusión. De allí el conflicto entre los que producen tecnología y los que la necesitan para su desarrollo. Los primeros quieren utilizar los derechos de propiedad intelectual para preservar su control y beneficiarse del monopolio que se les concede, los segundos para difundir conocimiento científico-tecnológico y promover su aplicación práctica".<sup>(32)</sup>

Estos enfrentamientos se han hecho sentir en la Ronda. Los países desarrollados pretenden controlar a su favor el conocimiento del cual son los principales detentadores,<sup>(33)</sup> se muestran a favor de restringir su difusión<sup>(34)</sup> y

(31) Los derechos de propiedad intelectual en la recta final de la Ronda Uruguay, *op. cit.*, p. 270.

(32) Ver BIFANI, Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda Uruguay, *op. cit.*, p. 1.

(33) UNCTAD. *Developments in the Uruguay Round*, s. 1., 1988, p. 38. Traducción libre.

(34) *Ibid.*

dado el carácter eminentemente territorial de las leyes de propiedad intelectual<sup>(35)</sup> se ven en la necesidad de implantar reglas internacionales y velar por su efectivo cumplimiento. Para los países en desarrollo la situación es diversa, primordialmente deben tener acceso a la tecnología. Lo que está en juego es la posibilidad de desarrollar capacidad competitiva para producir y exportar en el futuro, así como para mantener parte del valor agregado de su producción<sup>(36)</sup> o, bien, en qué forma el nuevo conocimiento puede ser utilizado de la mejor manera para solucionar los problemas del subdesarrollo,<sup>(37)</sup> para que no se produzca una nueva división internacional del trabajo y un nuevo vínculo de dependencia en relación a los países desarrollados. Por ello consideran que se debe fomentar una adecuada difusión de la tecnología; por lo que propugnan su derecho soberano de regular la propiedad de esos intangibles de conformidad con sus objetivos de desarrollo y sus necesidades, buscando eliminar las prácticas restrictivas y anticompetitivas en la transferencia de tecnología y lograr un adecuado equilibrio entre los derechos y las obligaciones de los titulares de la propiedad intelectual.

Dado que estos países enfrentan serios problemas económicos y políticas de ajuste, que afectan los medios y recursos disponibles para fomentar la tecnología y la actividad industrial,<sup>(38)</sup> deben acudir a regulaciones flexibles de las leyes de propiedad intelectual que les permitan copiar las innovaciones producidas por los países desarrollados y así, eventualmente desarrollar una infraestructura tecnológica propia,<sup>(39)</sup> por los países desarrollados; éstos ven en esa práctica un viaje "gratis" de los países en desarrollo por el sendero tecnológico, sin pagar el precio justo por la tecnología,<sup>(40)</sup> dado que para los creadores de ésta, la misma implica gastos significativos como más adelante analizaremos.

(35) Ver BIFANI, Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda de Uruguay, *op. cit.*, p. 9.

(36) Ver PNUD/UNTAD/CEPAL, Situación y perspectivas de América Latina en la Ronda de Uruguay, *op. cit.*, p. 13.

(37) Ver BIFANI, Los países centroamericanos y los nuevos temas de la Ronda de Uruguay, *op. cit.*, p. 1.

(38) WHITE (Eduardo). Políticas e instrumentos para el desarrollo de las nuevas tecnologías en América Latina. *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 39, No. 11, noviembre de 1989, p. 977.

(39) No debe caerse en el juego de las tesis antagónicas: la de los grupos "imitacionistas" que abogan por la copia de tecnología y los grupos "autárquicos", que propugnan un desarrollo técnico meramente endógeno. Dichas posturas por extremas resultan inválidas cfr. ALVAREZ (Jaime). La política mexicana en materia de traspaso tecnológico, en *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 40, No. 8, agosto de 1990, p. 776.

(40) ROZEK (Richard). Propiedad intelectual y crecimiento económico. *Revista Perspectivas Económicas*. Washington, No. 62, 1988, pp. 46-47.

#### D. LA BASE DE LAS NEGOCIACIONES

El objetivo de la negociación, se expone en el texto de Punta del Este, el cual textualmente dispone:

"A fin de reducir las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo y teniendo en cuenta la necesidad de fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual y de velar porque los procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan a su vez en obstáculos al comercio legítimo; las negociaciones tendrán por finalidad clarificar las disposiciones del Acuerdo General y elaborar, según proceda, nuevas normas y disciplinas.

Las negociaciones tendrán por finalidad la elaboración de un marco multilateral de principios, normas y disciplinas en relación con el comercio de mercancías falsificadas, habida cuenta de la labor ya realizada en él.

Estas negociaciones se entenderán sin perjuicio de otras iniciativas complementarias que pueden tomarse en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual".<sup>(41)</sup>

Antes de entrar a analizar el texto debe tomarse en cuenta que esta constituye la única área de la Ronda donde incrementar la protección es la solución y no el problema.<sup>(42)</sup> El texto obedece a una solución de compromiso. Por tal circunstancia resultó ambiguo y no resolvió el problema principal acerca de la competencia del GATT para ocuparse del asunto.<sup>(43)</sup>

La Declaración, que fija el ámbito en que deben desenvolverse las negociaciones, se divide en tres párrafos claramente diferenciados, el primero los TRIPs, el segundo el comercio de mercancías falsificadas, y el tercero el examen de la relación entre las negociaciones del grupo y las iniciativas adoptadas en otros foros, especialmente la OMPI. Las negociaciones han abordado cada párrafo por separado, como luego veremos.

El punto más conflictivo y trascendental radica en el primer párrafo, cuyo origen corresponde a los países desarrollados y sus empresas transnacionales como ya explicamos. Para los países en desarrollo, el Mandato Ministerial no

(41) GATT. *Boletín Focus*. Ginebra, No. 43, enero-febrero de 1987, p. 6.

(42) SCHOTT (Jeffrey). *The Uruguay Round: What can be achieved*, p. 33.

(43) JARA (Alejandro). Los derechos de propiedad intelectual y la Ronda Uruguay. *Revista Capítulos del SELA*, No. 21, octubre-diciembre de 1988, p. 17.

permite la elaboración de normas sustantivas, disciplinas y principios relativos a los derechos de propiedad intelectual, ni medios o procedimientos coercitivos para su observancia, ello es ajeno a los objetivos del GATT. Más adelante trataremos las razones aludidas por estos países para ello, y el enfoque que proponen. Los países desarrollados en cambio consideran oportuno y conveniente que el GATT se ocupe de esos temas. Hacerlo estaría en concordancia con el Mandato que por otra parte no lo prohíbe.

La frase final del primer párrafo ha constituido el fundamento de la iniciativa de los países desarrollados: elaborar nuevas reglas y disciplinas, según corresponda, débil directriz operativa,<sup>(44)</sup> que ha dado lugar a las más detalladas propuestas sobre los derechos de propiedad intelectual y su observancia formuladas por los países desarrollados.

Los países en desarrollo pretendieron relacionar el primer párrafo con el tercero (cuyo origen responde a los intereses de estos), de manera que como afirma Patel "los representantes de Brasil, Cuba, Perú, Argentina y Nicaragua quisieron asegurarse de que sus posiciones se entendían con toda claridad: para ello hicieron constar formalmente su interpretación de la encomienda: insistieron en que la OMPI, como lo indica con toda claridad su nombre, continuaría como el foro principal para examinar los asuntos relacionados con la propiedad intelectual".<sup>(45)</sup> Con ello, los países en desarrollo pretendieron evitar las discusiones de normas sustantivas y procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual y, la vez no retroceder en aquellas negociaciones que se llevaban a cabo en otros foros, por ejemplo, la revisión del Convenio de París, el Código de Conducta de Transferencia Tecnológica, etc.

En virtud de la magnitud de la confrontación no fue posible llevar a ningún acuerdo en la revisión de mitad de período celebrada en Montreal, de manera que el grupo de propiedad intelectual constituyó uno de los cuatro en que no hubo resultados. Los países desarrollados con los EE.UU. a la cabeza pretendieron que el grupo se ocupara de la creación de normas y estándares sustantivos referentes a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, término dentro del cual incluían los derechos de autor y conexos, el software, patentes, marcas, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, circuitos integrados (CHIPS), secretos comerciales, a lo que los países en desarrollo agregaban las prácticas comerciales restrictivas.

La justificación de este amplio enfoque la pasaremos a analizar de inmediato.

(44) Ver PATEL (Surendra). Los derechos de propiedad intelectual en la Ronda Uruguay. *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 39, No. 4, abril de 1989, p. 289.

(45) Ver PATEL, *op. cit.*, p. 289.

## E. JUSTIFICACION DE LAS PROPUESTAS EN MATERIA DE TRIPs

No es nuestro interés describir la justificación de la inclusión del tema en la agenda de la Ronda Uruguay, lo cual ya hicimos, sino la justificación del contenido concreto de las propuestas en cuanto a los TRIPs, es decir, por qué las mismas tienen un contenido como el que ya mencionamos. Básicamente se tratan de dos tipos de argumentaciones: una con fundamento en la relación existente entre un sistema fuerte de propiedad intelectual y sus correlativos efectos en favor de la innovación y el desarrollo; y, la otra, basada en las pérdidas y distorsiones que se producen en el comercio internacional, por la violación de los derechos de propiedad intelectual, y que repercuten en los países y las empresas.

Las propuestas de los EE.UU. son especialmente relevantes al respecto. En relación con la primera de las justificaciones, se han expresado en los siguientes términos: "los derechos de propiedad intelectual fomentan la innovación y la creatividad intelectual. La protección y el respeto de los mismos son de crucial importancia para la expansión del comercio internacional, las inversiones, el desarrollo económico; y como lo han señalado algunos países, la distribución de tecnología.

Una protección firme permite mejorar y ampliar la base industrial tanto de los países en desarrollo como de los países desarrollados."<sup>(46)</sup>

Es decir, en concepto de los países desarrollados que apoyan, en mayor o menor grado, la propuesta de los EE.UU., la protección de la propiedad intelectual es un requisito indispensable para el progreso de la innovación tecnológica, la inversión extranjera y la transferencia de tecnología, de forma que, sin tal protección las empresas no encontrarían aliciente para invertir en investigación y desarrollo; ni ubicarían sus plantas y laboratorios en países en los cuales no se tutele la propiedad intelectual. Por último, tampoco transferirían tecnología a un país en el cual sucediera tal hecho. Dicha correlación es generalmente aceptada como cierta, a pesar de que algunos atacan su validez empírica y teórica.<sup>(47)</sup>

El segundo argumento tiene como fundamento la existencia de distorsiones en el comercio internacional debido a la falta de una adecuada protección a los derechos de propiedad intelectual. Asimismo, entre las distorsiones comerciales producidas estarían: el desplazamiento de las exportaciones de mercancías legítimas por las copias no autorizadas; los mercados donde no se

(46) MTN GNG/NG11/W/14. *Comunicación de los EE.UU.*, 17 de octubre de 1988, p. 1.

(47) Ver CORREA. Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, *op. cit.*, p. 1063.

reconocen los derechos de propiedad intelectual se vuelven impenetrables para los originales; y por último, se exportarían mercancías falsificadas al país donde se producen las verdaderas.<sup>(48)</sup> Otras consecuencias señaladas son las siguientes:

- 1) Precios más elevados para las mercancías auténticas con el fin de recuperar los gastos de creación de la propiedad intelectual;
- 2) Daños a la reputación y ventas de los exportadores legítimos debido a la escasa utilidad de las copias no autorizadas;
- 3) Disminución de los incentivos a la investigación y desarrollo y a la innovación, dado que, tales actividades requieren un mercado mundial que las haga económicamente productivas;
- 4) Incertidumbre en el comercio internacional por la falta de seguridad en la observancia de los derechos de propiedad intelectual.<sup>(49)</sup>

Estos constituirían a juicio de los países desarrollados, las principales distorsiones al comercio; problema que sin duda es de incumbencia del GATT. Tal distorsión tiene una consecuencia directa: pérdidas millonarias para las empresas exportadoras de mercancías auténticas. Las estimaciones, sin embargo, son divergentes y carentes de rigor científico.<sup>(50)</sup> Las causas de las distorsiones, según los países desarrollados afirman en sus comunicaciones oficiales al grupo, son, entre otras:

- 1) Falta total de leyes sobre patentes, marcas o derechos de autor;
- 2) Estrecho margen de protección, que excluye categorías de productos o procesos;
- 3) Duración demasiado corta de la protección que impide una adecuada comercialización y recuperación de los costos;
- 4) Abuso en la concesión de licencias obligatorias sobre todo en el campo de las patentes;
- 5) Insuficiencia e ineficacia de las disposiciones destinadas a velar por el cumplimiento de las leyes;
- 6) Desfase entre las leyes de propiedad intelectual y las innovaciones tecnológicas.<sup>(51)</sup>

También se han mencionado los problemas derivados de una protección excesiva o discriminatoria en favor de la producción nacional, aspecto que las

(48) *Ibid.*

(49) Ver *Ibid.*, p. 1061

(50) CORREA, *op. cit.*, p. 1062.

(51) Ver MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, *op. cit.*, p. 3.

propuestas de los EE.UU. no contemplan, lo que constituye una significativa diferencia entre éstos y el resto de países desarrollados, que no resulta fortuita.<sup>(52)</sup> A nivel internacional, a criterio de los países desarrollados, las Convenciones<sup>(53)</sup> resultan insuficientes para resolver el problema, básicamente por:

- 1) La carencia de normas mínimas y adecuadas;
- 2) No contemplan ciertos sectores tecnológicos;
- 3) Son de una cobertura geográfica y material limitada e insuficiente. Además presentan ritmos de adaptación diferentes: no todas las partes han ratificado las Actas más recientes;
- 4) Faltan convenios en ciertas materias como los circuitos integrados;
- 5) Carecen de procedimientos eficaces de de diferencias y de aplicación de medidas coercitivas.<sup>(54)</sup>

#### F. OBJETIVOS DE LAS PROPUESTAS DE LOS PAISES DESARROLLADOS

Los países desarrollados pretenden con sus propuestas llegar a un acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual en el marco del GATT, que reduzca las distorsiones del comercio legítimo de mercancías y los obstáculos al mismo resultante de niveles de protección insuficientes, excesivos y discriminatorios de la propiedad intelectual. En lo fundamental buscaban que las partes de un futuro acuerdo GATT, sobre TRIPs se comprometieran a ajustar sus leyes y procedimientos de observancia nacionales en materia de propiedad intelectual, a las disposiciones del mismo. Algunos participantes han tenido cuidado de no dejar entrever sus propósitos de universalizar las leyes nacionales de acuerdo a los estándares mínimos propuestos. Se dice, así, que las "Negociaciones la armonización de las legislaciones nacionales".<sup>(55)</sup> Se habla, más bien, de lograr una convergencia de las legislaciones de modo que los principios generales

(52) Ver CORREA. Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, *op. cit.*, pp. 1072-1073.

(53) Cfr. RAJAN (Dhanjee) y BOISSON de CHAZOURNES (Laurence). Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS): objectives, approaches and basic principles of the GATT and of intellectual property conventions, *Journal of World Trade Law*, Ginebra, pp. 6 y ss.

(54) Cfr. MTN.GNG/NG11/W/7 add. 2. *Comunicación de Suiza*, 5 de agosto de 1987, p. 4.

(55) Ver MTN.GNG/NG11/W/26, *op. cit.*, p. 3.

contenidos en el futuro acuerdo sirvan de guía a las leyes nacionales. El acuerdo traería consigo la obligación de adoptar y aplicar, según el interés de los países desarrollados:

- 1) Normas sustantivas adecuadas para la protección de la propiedad intelectual, basadas en las que ya figuran en las convenciones internacionales cuando se consideren adecuadas y en las leyes nacionales que ofrecen niveles suficientes de protección en aquellos casos en que las disposiciones de los convenios internacionales resulten inadecuados o no existan.
- 2) Medidas para asegurar la observancia de esas normas, tanto en las fronteras como en el interior de los países.
- 3) Mecanismos de solución de diferencias teniendo en cuenta los procedimientos y negociaciones existentes en el GATT y adaptándolos a la propiedad intelectual.
- 4) Disposiciones basadas en los principios vigentes en el GATT, tales como trato nacional, no discriminación y la transparencia, adoptadas igualmente a la propiedad intelectual. Cada una de estas obligaciones se asumirá en forma tal que reduzca al mínimo los obstáculos al comercio legítimo.<sup>(56)</sup>

Se contemplarían otros puntos como asistencia técnica, disposiciones transitorias, modificación del acuerdo y otros aspectos institucionales, etc. Nótese que estos objetivos inmediatos responden en última instancia a un objetivo mediato de control de los llamados intangibles, a lo cual ya nos hemos referido.

## G. LA POSICION DE LOS PAISES EN DESARROLLO

De previo a analizar el contenido específico de las las negociaciones en el área de las patentes, resulta pertinente establecer la posición de los países en desarrollo con respecto a lo pretendido por los primeros. Cuando se habla de los países en desarrollo, dentro del grupo se hace referencia a: Argentina, Chile, Colombia, China, Cuba, Nigeria, Perú, Tanzania, Pakistán, Uruguay, Zimbabwe. Egipto, entre otros, encabezados por la India y Brasil. Inicialmente los países en desarrollo adoptaron una posición muy clara ante las propuestas de los países desarrollados, de crear un acuerdo TRIPs en el marco del GATT. En concepto de los países en desarrollo tal objetivo trasciende el Mandato Ministerial, dándole un excesivo que el mismo no posee. A su misión del grupo

(56) Ver MTN.GNG/NG11/W/14/Rev. 1, *op. cit.*, p. 6.

no era ocuparse de los derechos de propiedad intelectual en sí mismos, sino de los efectos que tuvieran en el comercio de mercancías las medidas dirigidas a proteger dichos derechos, en particular velar porque dichas medidas no crearan obstáculos al comercio legítimo.<sup>(57)</sup> En síntesis, "Los países en desarrollo participantes en las negociaciones sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio han adoptado hasta ahora (hasta la Reunión Ministerial de Medio Período) un planteamiento limitado consistente principalmente en poner en tela de juicio la compatibilidad de las reglas y normas sustantivas propuestas con el mandato del grupo de negociación sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de conformidad con la Declaración de Punta del Este. De acuerdo con esta postura, no es función del GATT ni corresponde al mandato del grupo promover la protección de los derechos de propiedad intelectual mediante la elaboración de reglas y normas sustantivas destinadas a ser aplicadas por todos los países".<sup>(58)</sup> Los países en desarrollo ven en la iniciativa de los países desarrollados una peligrosa tentativa de coartar su libertad y soberanía en un tema tan delicado como el de la propiedad intelectual, donde los objetivos nacionales y el interés público son de crucial importancia. Saben que tras las propuestas de los países desarrollados se oculta la intención de controlar los intangibles a que hemos hecho referencia (la información, el conocimiento científico, la tecnología) restringiendo sus posibilidades de acceso a los mismos, cuya importancia para el desarrollo es imponderable. Saben que "Ninguna estrategia de desarrollo en América Latina podrá prescindir de la propiedad industrial como herramienta de trabajo de gran importancia... so pena de agravar irremediabilmente los mecanismos de dependencia externa.<sup>(59)</sup> Sería ocioso citar autoridades oficiales de los países en desarrollo que compartan esa tesis.<sup>(60)</sup> Igual postura muestran ciertas organizaciones internaciona-

(57) Ver MTN.GNG/NG11/1. *Nota de la Secretaría*, 10 de abril de 1987, p. 3.

(58) Ver UNCTAD/PNUD. Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, *op. cit.*, p. 14.

(59) SELA. Nuevas Tendencias del sistema de propiedad intelectual y sus efectos sobre Latinoamérica. *Revista Capítulos del SELA*, No. 14, octubre-diciembre 1986, p. 79 y además cfr. BASOMBRIO (Ignacio), La tecnología y los desafíos de América Latina. *Revista Capítulos del SELA*, No. 29 abril-junio de 1991, pp. 32 y ss.

(60) En nuestro país baste con atender las manifestaciones de las Cámaras en orden a la imperiosa necesidad de la llamada Reconversión Industrial. Asimismo, la existencia de un Ministerio especializado en Ciencia y Tecnología y la promulgación de una ley en la materia (Ley de Promoción del Desarrollo Científico y Tecnológico) resultan sintomáticos de esa preocupación.

les.<sup>(61)</sup> Enfrentando serios problemas de divisas y de balanza de pagos, el precio a pagar a los productores de tecnología, países desarrollados, puede resultar una vía impracticable para acceder a la misma. Son conscientes de que establecer semejante marco de principios y normas traería como consecuencia la legitimación de la aplicación de sanciones al amparo del artículo XXIII del Acuerdo General (medidas de retorsión), para aquellos países que no acuaran sus legislaciones a los estándares acordados, sanciones que si bien es cierto hoy ocurren, ello se realiza de manera unilateral e incompatible con el GATT. En su criterio los debates del grupo se han centrado en los derechos de los titulares de los derechos de propiedad intelectual, dejando de lado el aspecto de sus obligaciones, las cuales son la contrapartida de aquellos, de forma que un equilibrio entre derechos y obligaciones de los titulares se halla en la base de todo sistema de propiedad intelectual. En síntesis, su posición es favorable a la tecnología, razón por la cual sostiene que el grupo debe avocarse al estudio de los problemas que surgen de una excesiva protección de los derechos de propiedad intelectual y de su uso anticompetitivo, que menoscaban el acceso de los países en desarrollo a la misma. Se pone énfasis en el concepto del acceso a la tecnología, en la importancia de los objetivos de política general pública y desarrollo tecnológico insitos en los sistemas jurídicos de derechos de propiedad intelectual. En resumen, los países en desarrollo se oponen a cualquier intento de armonización de las leyes de propiedad intelectual conforme a un acuerdo TRIPs en el GATT, de forma que se olviden las diferencias en los sistemas jurídicos nacionales y se limite la potestad de cada país para regular el alcance, contenido y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, lo cual reviste un interés fundamental para cada nación, el que debe ser soberano para, –según sus necesidades sociales, económicas y científico-tecnológicas– determinar el sistema adecuado de sus leyes de propiedad intelectual, ya sea un sistema débil o fuerte de protección. Hacen notar la completa ausencia en la propuestas de los países desarrollados de referencias a la relación entre la concesión de los derechos de propiedad intelectual y el fomento del desarrollo tecnológico<sup>(62)</sup> y de referencias a las obligaciones del titular de los derechos de propiedad intelectual, las que configuran la contraprestación que éste debe a la sociedad.

Los países en desarrollo se opusieron a las pretenciones de los países desarrollados de crear nuevas normas y procedimientos sobre derechos de propiedad intelectual en el GATT, en conclusión por las siguientes razones:

(61) Entre otros el SELA y la UNCTAD.

(62) UNCTAD/PNUD. Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, *op. cit.*, p. 3.

- 1) Sería exceder el ámbito del Mandato.
- 2) Los países desarrollados no precisan en sus propuestas los efectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual, ya que no siempre éstos tienen efectos comerciales y el Mandato del grupo se refiere a los derechos de propiedad intelectual que se relacionan con el comercio. Además, no por el solo hecho de tener tales efectos incumben al GATT.
- 3) Establecer las disciplinas que pretenden los países desarrollados no sólo contraría el Mandato, sino que es contradictorio con la competencia, principios y objetivos del GATT (liberalizar el comercio, ya que los derechos de propiedad intelectual lo restringen por diversos medios).
- 4) De procederse como quieren aquellas naciones se produciría una superposición inaceptable con las labores de la OMPI.
- 5) No se discuten derechos de propiedad intelectual per sé ni leyes sobre ellos per sé.
- 6) Si los Convenios en la materia no son adecuados, lo cual no está plenamente comprobado, ello debe discutirse en el organismo adecuado, a saber la OMPI. Esta, además, está realizando una labor periódica de revisión y creación de nuevas normas.
- 7) Son conscientes de que “el progreso sin precedentes de la ciencia y la tecnología ha abierto vastas posibilidades para elevar el bienestar de la humanidad... Sin embargo, sus beneficios se han distribuido de manera muy desigual entre los miembros de la comunidad internacional.<sup>(63)</sup> Por ello es injusto pretender una regulación uniforme dirigida a destinatarios de diferentes estudios económicos.

El resultado lógico de todo ello, fue que, en Montreal, en la revisión de medio período, no se llegara a acuerdo alguno, siendo éste uno de los cuatro temas pendientes para la Reunión de Ginebra en 1989.

Fue con posterioridad a la Declaración formulada en Ginebra en la que los países en desarrollo aceptan a referirse a temas sustantivos, aunque esto no implica ni que se refieran a todos ni que acepten las reglas del juego que desean imponer los países desarrollados. Pese a lo anterior es evidente que se produjo un profundo giro en las posiciones de los países en desarrollo. No parece fácil de determinar una causa coyuntural o estructural en el giro citado que sea común a todos los países en desarrollo. Pueden especularse varias posibilidades: medición del costo de oportunidad de no negociar: esto podría conllevar el

(63) KEAYLA ( B. K ). Por un acuerdo del Tercer Mundo sobre la propiedad intelectual. *Revista Comercio Exterior*. México, Vol. 40, No. 8, agosto de 1990, p. 780. La lectura de este artículo es suficiente para demostrar las profundas divergencias en la materia entre países en desarrollo y países desarrollados.



aumento de las sanciones unilaterales, especialmente tipo sección 301 de parte de los EE.UU., el caso de Brasil parece indicar que esto pudo influir;<sup>(64)</sup> el reforzamiento de las disposiciones sobre propiedad intelectual de la Ley Omnibus de 1988 ese país y, particularmente, el que algunos de los participantes se encuentren en las "listas de observación" de esa legislación, puede contribuir a brindar una explicación. Algunos de los países que se encontraban en tal lista dieron luego pasos importantes para establecer una protección suficiente a las patentes, derechos de autor y marcas y fueron removidos de la misma, así por ej: Taiwán, Corea del Sur y Arabia Saudita.<sup>(65)</sup> En algunos casos podría tratarse de variantes, en la política exterior, causados por cambios de gobiernos: de procesos internos de ajuste y liberalización; o de presiones internas o externas de diverso tipo u otras causas.<sup>(66)</sup> Adicionalmente debe tenerse en cuenta la necesidad de estos países de atraer la inversión extranjera lo que los conduce a establecer normas que protejan la propiedad intelectual.<sup>(67)</sup> Sin embargo, debe quedar claro que esta nueva posición es del todo compatible con la que asumen los países desarrollados.

#### H. EL CONTENIDO DE LAS NEGOCIACIONES EN EL AREA DE LAS PATENTES

Sin duda alguna, este constituye el punto más controversial de todos, donde la confrontación norte-sur se agudiza. Semejante circunstancia no es de extrañar, dado que si algún campo de la propiedad intelectual puede considerarse de vital importancia para la transferencia de tecnología, este lo es el de las patentes de invención.

- (64) Con fundamento en al Sección 301 los EE.UU. sancionaron, en octubre de 1988, a Brasil por no conceder patentes a productos farmacéuticos. Posteriormente las mismas fueron levantadas en 1990, una vez que este país expresó su compromiso de aprobar una legislación que permita patentar esos productos. En su oportunidad Brasil había solicitado la integración de un grupo especial. Cfr. US lifts sanctions on Brasil Trade, Journal of Commerce Staff, 16 de julio de 1990.
- (65) ROCKWELL (Keith). US rewards 3 nations for patent steps, en *Journal of Commerce Staff*, 4 de diciembre de 1989. Varios países latinoamericanos han iniciado reformas en sus leyes de propiedad intelectual a causa de posibles acciones bilaterales de parte de los EE.UU., Cfr. YUSUF (Abdulgawi), Trade and Development Report, UNCTAD, New York, 1991, p. 182.
- (66) NEEL (Patri) Peace signals from India, en *Journal of Commerce Staff*, 16 de julio de 1990, p. 19.
- (67) En este sentido entre otros, ALTAMENDI (Jorge). *Transferencia de Tecnología: una cuestión que exige realismo. Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1986, p. 125.

Fundamentalmente pueden identificarse dos posturas, quienes producen tecnología y quieren que se pague el precio por ella y quienes necesitan de la misma para su desarrollo pero por dificultades económicas, no pueden costear el precio que exigen los primeros. El acceso a la tecnología y las patentes guardan una muy estrecha relación. Las patentes y los derechos exclusivos y monopolísticos de explotación que ellas confieren pueden constituir una barrera al libre acceso a la tecnología y un medio de control de los intangibles a los cuales hemos hecho referencia. La relación entre invenciones, tecnología, ciencia y desarrollo es cada vez más estrecha.<sup>(68)</sup> Este conflicto no es nuevo: las críticas al sistema de patentes se han hecho sentir con especial fuerza de parte del Tercer Mundo a partir de la década de los 60, incluyendo los intentos de reforma al Convenio de París, para modificar el artículo 5°.<sup>(69)</sup> del mismo.

Respecto al sistema internacional de patentes y la evolución histórica de las iniciativas para revisarlo puede consultarse a Patel.<sup>(70)</sup> Solamente es importante mencionar tres aspectos:

- 1) El Convenio de París es criticado también por los países desarrollados; por considerar que no contiene normas mínimas adecuadas de forma que: "En el campo de las patentes la Convención deja a los estados miembros en entera libertad de establecer los criterios de patentabilidad, de decidir si las solicitudes de patentes deben o no examinarse a fin de determinar si se han cumplido aquellos criterios antes de conceder una patente y si ésta debe otorgarse al primer inventor o al primer solicitante, o si las patentes deben amparar sólo a productos o procesos o ambos, y en qué campos de la industria y por cuánto tiempo".<sup>(71)</sup>
- 2) Del acervo mundial de patentes el tercer mundo posee un porcentaje mínimo según algunos, aproximadamente 1%.<sup>(72)</sup> Otros lo sitúan en un 4%, de los que a Brasil corresponde el 1% y a México 0.3%, siendo aún más grave el hecho de que las patentes suelen concentrarse en poder de pocas empresas, por ejemplo en Africa un estudio de 1967 demostró que 10 empresas controlaban el 90% de las mismas.<sup>(73)</sup>
- 3) Igualmente, algunos indican que las mismas han servido más como

(68) TSUR (Yoel). Las patentes: reflexiones sobre tecnología y desarrollo. *Revista Comercio Exterior*. Vol. 39, No. 4, abril de 1989, p. 283.

(69) Cfr. PATEL, *op. cit.*, p. 294.

(70) *Ibid.*, pp. 294 y ss.

(71) *Ibid.*

(72) *Ibid.*, p. 291.

(73) SAEENZ (Enrique). Las patentes. ¿Instrumentos de desarrollo o dependencia? *Revista Capítulos del SELA*. Caracas. No. 21, octubre-diciembre de 1988, p. 6.

mecanismo para asegurar un monopolio de importación, que para asegurar la explotación industrial por las empresas extranjeras.<sup>(74)</sup> Los países desarrollados, han identificado los siguientes problemas en este campo:<sup>(75)</sup> ausencia de leyes sobre patentes, exclusión injustificada de materias patentables, básicamente la química, la farmacéutica y la alimenticia; la protección de ciertas invenciones mediante patentes de proceso y no de productos; no patentamiento de compuestos químicos; no patentamiento de la biotecnología, duración insuficiente del plazo que no permite recuperar costos; obstáculos para el procedimiento de reconocimiento de los derechos, especialmente para los extranjeros; abuso en la concesión de licencias obligatorias; en algunos países no basta con la importación para que se considere que existe explotación; regímenes inadecuados de caducidad de los derechos; dificultades probatorias, en especial no existe la inversión de la carga de la prueba tratándose de patentes de proceso y medidas civiles y penales inexistentes o insuficientes.

Por su parte ciertos países desarrollados, especialmente Japón y la CEE han identificado problemas relativos a excesos o discriminaciones, en cuanto a procedimientos y cuanto al trato preferente, otorgado a actividades desarrolladas en el territorio nacional de los países.<sup>(76)</sup> En el fondo, estas argumentaciones se dirigen a denunciar ciertas disposiciones de la legislación interna de los EE.UU., como por ejemplo la norma del primer inventor, la normativa establecida en la Sección 337 de la Ley de Aranceles de 1930,<sup>(77)</sup> (etc.).

Ante el cuadro fáctico que se presenta y en coincidencia con las deficiencias apuntadas en el área de las patentes, los países desarrollados dirigen sus acciones hacia puntos ciertos: ampliar la cobertura del patentamiento de forma que se concedan patentes para todos los productos y procesos a condición de que sean nuevos, útiles y no obvios,<sup>(78)</sup> de manera que nuevos sectores tales como la biotecnología, quedarían protegidos. Se evitaría la exclusión de la patentabilidad amplios sectores, especialmente el farmacéutico, el químico y el alimenticio. No se discriminaría entre el otorgamiento de patentes de procesos y de productos.

(74) Ver MTN.GNG/NG11/W/37, *op. cit.*, p. 4.

(75) MTN.GNG/NG11/W7. Nota de Secretaría, pp. 13-16.

(76) Ver MTN.GNG/NG11.W7, 29 de mayo de 1987, pp. 6-12.

(77) Ver CORREA, Propiedad Intelectual, innovación, tecnología y comercio internacional, *op. cit.*, p. 1073.

(78) Ver MTN.GNG/NG11/W70, *op. cit.*, p. 10.

Esta nueva cobertura se vería adicionada, primero con la asignación de una serie de derechos exclusivos a los titulares,<sup>(79)</sup> así como con la protección del producto contenido directamente mediante una patente de proceso.<sup>(80)</sup> Segundo, limitando la procedencia de las licencias obligatorias, de utilidad pública y de pleno derecho. Los países desarrollados son conscientes de que no es suficiente ampliar la cobertura del patentamiento, sino que al mismo tiempo debe restringirse la utilización de licencias obligatorias sujetando su concesión a una serie de reglas.<sup>(81)</sup> La posición más extrema en este campo corresponde a los EE.UU., para quienes solo podrían concederse licencias obligatorias para remediar una violación a las leyes de competencia o para atender a una emergencia declarada y mientras esta dure.<sup>(82)</sup> Un tanto más equilibrada son las propuestas de Japón y la CEE. El primero<sup>(83)</sup> permite licencias obligatorias en virtud del interés público, la falta o insuficiente explotación de la patente y en los casos patentes dependientes. La segunda agrega a la anterior lista las licencias oficiales,<sup>(84)</sup> indicando tan sólo que éstas no deberían distorsionar el comercio.<sup>(85)</sup>

EE.UU. señala otro aspecto que guarda una muy estrecha relación con el aspecto de las licencias. A su parecer, las patentes solo podrían revocarse en caso de invalidez, ello implicaría por lo tanto, que no podrían ser revocadas por falta de o insuficiente explotación. En el planteamiento de este país, se percibe la idea de eliminar el requisito de explotación industrial de la patente exigido por numerosas legislaciones de forma que, de no presentarse la misma, no procede a otorgar licencias ni revocar la patente; un tercer objetivo se dirigirá al establecimiento de otras disposiciones por ejemplo la inversión de la carga de la prueba tratándose de patentes de procedimiento;<sup>(86)</sup> un cuarto objetivo estaría constituido por la uniformidad en cuanto al plazo de protección, el que se fijaría en 20 años.<sup>(87)</sup> Estas tentativas han sido fuertemente resistidas por los países en desarrollo, básicamente, por dos motivos.

(79) Básicamente, estos derechos serían impedir que un tercero sin consentimiento del propietario, fabrique, utilice o venda el producto patentado y en caso de patentes de proceso que utilicen el procedimiento patentado y, que utilicen, vendan o importen el producto obtenido directamente del proceso. Ver MTN.GNG/NG11.W70, *op. cit.*, p. 10.

(80) *Ibid.*

(81) Ver MTN.GNG/NG11/W70, *op. cit.*, pp. 11-12.

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

(83) MTN.GNG/NG11/W74, *op. cit.*, p. 11.

(84) MTN.GNG/NG11/W26, *op. cit.*, p. 7.

(85) Ver MTN.GNG/NG11/20, *op. cit.*, p. 18.

(86) Ver Cfr. MTN.GNG/NG11/W70, *op. cit.*, pp. 10-11.

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

- El problema del acceso a la tecnología ya mencionado. Los países en desarrollo ven en estas propuestas una seria limitación a ese acceso, indispensable lograr el mismo. La uniformidad propuesta por los países desarrollados implicaría adecuar las leyes y reglamentos a los anteriores parámetros, excluyendo el ámbito de libertad necesario para delinear, según sus propias necesidades, su política tecnológica.
- La industria farmacéutica y química del Tercer Mundo y en particular la latinoamericana, constituyen un sector muy sensible por dos motivos. Primero, están en juego la salud pública y el abastecimiento de ciertos insumos, especialmente agrícolas.<sup>(88)</sup> Segundo, de todos los campos en los cuales las patentes se aplican, éstas constituyen un medio eficaz de protección de las ventajas competitivas sólo en esta área, en otros sectores son más útiles los secretos comerciales y "lead time".<sup>(89)</sup>

En el desarrollo de la industria farmacéutica local se pueden detectarse dos épocas: una primera etapa de expansión que no contaría con la protección de las patentes y una etapa más avanzada de consolidación en la cual se incorporaría esa tutela, una vez que la industria sea capaz de cierto desarrollo propio. Esto ha ocurrido incluso en países desarrollados (por ejemplo, Italia, Alemania, Suiza, etc.).

La industria del Tercer Mundo se encuentra en la primer etapa, por lo que en esos países se propone una protección débil o inexistente en este campo.<sup>(90)</sup> Las restricciones de la patentabilidad de productos químicos y farmacéuticos constituyen una constante dentro de los sistemas jurídicos de los países en desarrollo, los cuales excluyen del todo estos productos; conceden patentes sólo de procesos; no prevén la inversión de la carga de la prueba; así como otras limitaciones, por ejemplo, en marcas de medicamentos. En términos más generales, las leyes de patentes de estos países contienen disposiciones que no se adecúan a las propuestas por los países desarrollados.

Para los países en desarrollo debe existir flexibilidad en el sistema de patentes a efectos de permitir el fortalecimiento interno de la industria. A su juicio, el interés público y los objetivos de política general pública de los sistemas de propiedad intelectual deben prevalecer sobre los intereses comerciales. Por tanto debe descartarse cualquier intento de armonización de las leyes

(88) SELA. La patentabilidad de los productos farmacéuticos y alimenticios. *Revista Capítulos del SELA*, No. 21, octubre-diciembre de 1988, pp. 20 y ss.

(89) Ver CORREA. Propiedad intelectual, innovación tecnológica y comercio internacional, *op. cit.*, pp. 1061-1062.

(90) Ver SELA. La patentabilidad de los productos farmacéuticos y alimenticios, *op. cit.*, p. 26.

sobre patentes que olviden los diferentes grados de desarrollo. En síntesis, sostienen que:<sup>(91)</sup> las leyes sobre patentes deben ocuparse también de las obligaciones de los titulares de la propiedad intelectual. Dentro de estas, debe contarse la de explotar la patente, sin que la importación pueda considerarse explotación. Se oponen a los intentos de restringir las licencias obligatorias, señalando que cada país debe tener libertad para conceder licencias de pleno derecho o de utilidad pública. A diferencia de la uniformidad pretendida por los países desarrollados, en cuanto a la materia patentable y el plazo de protección, los países en desarrollo consideran necesario excluir ciertas categorías del patentamiento o conceder solo patentes de proceso en virtud de necesidades estratégicas de desarrollo; misma razón por la cual se oponen a una determinada duración de las patentes, misma que, a su juicio, solo puede establecerla cada país en función de su propia realidad.

Deben abordarse en este campo los problemas resultantes de las prácticas comerciales restrictivas en la concesión de licencias voluntarias y otras prácticas abusivas de los titulares de las patentes.

El choque de posturas es evidente. Los objetivos propuestos en este campo por los países desarrollados y los medios para alcanzarlos, contradicen algunos principios; de política industrial de las naciones en desarrollo. Estas en el fondo desean continuar copiando tecnología, siendo la forma más adecuada al efecto, regular en su legislación interna, la cual son soberanos de determinar, la materia de las patentes.

La propuesta conjunta de los países en desarrollo,<sup>(92)</sup> traduce esas inquietudes. En ella, mediante la norma de trato nacional, se asegura a los extranjeros el mismo trato otorgado a sus nacionales, en virtud de sus leyes y reglamentos presentes y futuros. Esto implica, que si la protección brindada por estas es débil; tal característica cubriría por igual a nacionales y extranjeros.

En la referida propuesta se indican otros puntos de interés: las excepciones a la patentabilidad, que son más amplias, incluyendo las variedades de vegetales o razas animales y los procedimientos esencialmente biológicos para su obtención, lo cual es de suma importancia en el campo de la biotecnología.

Excluyen los métodos de tratamiento médico de las personas o de los animales, así como la exclusión por motivos de interés público, seguridad nacional, salud pública o nutrición de la población, tanto de procesos como de productos, a condición de que se afecte por igual a nacionales como extranjeros. Esta cláusula general puede dar pie a exclusiones en ciertos campos, por ejemplo, los químicos, los alimentos, etc.

(91) Ver Cfr. MTN.GNG.NG11/W37, *op. cit.*, pp. 2-12.

(92) Ver MTN.GNG.NG11/W71, *op. cit.*, pp. 8-10.

Permite a la ley interna de cada país determinar la duración de la protección y a las formalidades exigidas. A la vez estipulan una serie de obligaciones para el titular de la patente, la más importante, la de explotar la invención, caso contrario podría concederse una licencia obligatoria. También, los titulares de los derechos de propiedad intelectual deben abstenerse de prácticas abusivas y anticompetitivas en los contratos de licencias y cesión.

Por último, sostienen con firmeza la posibilidad de conceder licencias para fines públicos y licencias de pleno derecho. Todo como se observa se enmarca dentro de la óptica de los países en desarrollo de remitir a sus leyes para determinar la protección de las patentes, al mismo tiempo que ponen énfasis en las obligaciones del titular de las mismas y los remedios ante su incumplimiento.

Al no finalizar la Ronda en el término propuesto, es decir en diciembre de 1990 en Bruselas, entre otras causas debido al problema agrícola, las negociaciones prosiguieron en febrero de 1992, continuando el conflicto, aunque se presentó cierta flexibilización de parte de los países en desarrollo. Ante la ausencia de un acuerdo global, el Director General del GATT, Sr. Arthur Dunkel, presentó, a finales de 1991, un Proyecto de Texto de Acta Final conocido como "Dunkel Draft") bajo el supuesto de que el mismo no sería objeto de mayores cambios y de que debería ser considerado un paquete global, es decir un "todo o nada". Este, sin embargo, actualmente se encuentra sujeto a las negociaciones en el tema de acceso a los mercados, por lo que una vez que las dificultades de ese sector sean resueltas, sería aprobado sin mayores reparos, por lo que ante las manifestaciones formuladas por nuestro país de suscribir el Acta nos veríamos obligados a modificar nuestras leyes internas para adecuarlas a ese texto.<sup>(93)</sup>

El Proyecto de Acta Final, estipula los requisitos tradicionales para conceder una patente. Se establece que "las patentes podrán obtenerse para todas las invenciones, sean de producto o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial" (art. 27). Además, agrega que los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención o el campo e la tecnología. (art. 27).

Se permite no otorgar patentes a ciertas invenciones para proteger el orden público o la moralidad o la salud o vida de las personas o de los animales o para preservar el medio ambiente. (art. 27.2).

(93) Resulta impensable para un país que comienza a marchar por los senderos del libre comercio no suscribir el Acta y quedar así fuera del "foro de juego". Piénsese en aspectos tan trascendentales como la constitución de una Organización Multilateral del Comercio, contenida en la referida Acta.

En cuanto al tema de las exclusiones de la patentabilidad, estas se permiten para:

- a) Los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- b) Las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales, que no sean procedimientos no biológicos ni microbiológicos.

En lo relativo a la protección de las obtenciones vegetales esta se plantea por medio del sistema de patentes, un sistema sui generis o una combinación de ambos. (art. 27.3).

Los derechos conferidos al titular de la patente varían según se trate de una patente de producto o de proceso. En el primer caso, consistirían en: impedir que terceros sin el consentimiento del titular realicen actos de fabricación, utilización, oferta para la venta o importación para estos fines del producto; en cuanto a los segundos: impedir que terceros sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de utilización, oferta para la venta, venta o importación para estos fines de por lo menos, el producto obtenido directamente por medio del procedimiento. (art. 28). En ambos casos se asegura la libre cesibilidad y licenciamiento de la patente. (art. 28).

Se contemplan ciertas obligaciones para el solicitante de la patente, básicamente en lo referente a la divulgación de la invención y a la facilitación de información sobre patentes concedidas en el extranjero (art. 29).

El artículo 30 prevé la posibilidad de conceder excepciones limitadas a los derechos exclusivos a condición de que no impidan de manera injustificable la explotación normal de la patente ni afecten los intereses del titular de la misma.

La materia de las licencias obligatorias viene regulada en el artículo 31, estableciéndose, grosso modo, las siguientes condiciones para su procedencia: consideración de cada caso de sus circunstancias propias; solicitud previa al titular de una licencia contractual, salvo en situaciones de urgencia o emergencia: alcance limitado de los derechos otorgados; no exclusividad; no cesibilidad; explotación destinada sólo al mercado interno; sujetas a la permanencia de las circunstancias originales; compensación adecuada al titular de la patente y revisión por una autoridad superior de la procedencia de tales medidas. (art. 31 inc. a-k). Se exceptúan de algunos de los requisitos anteriores las licencias concedidas para combatir prácticas anticompetitivas.

Se contemplan las condiciones para otorgar licencias en los casos de patentes dependientes, es decir cuando una patente, denominada "segunda patente", no puede ser explotada sin infringir una patente anterior, denominada

“primera patente”. Se estipula que la “segunda patente” debe constituir un adelanto técnico importante y poseer una relevancia económica considerable. Además, se permite conceder la titular de la “primer patente” una licencia cruzada para explotar la “segunda”. No puede cederse la primer patente sin ceder a la vez, la segunda. (art. 30 inc. L i, ii y iii).

Asimismo, se establece la posibilidad de revisión judicial de toda decisión de revocación o caducidad de una patente, con lo cual, sin especificar los motivos, se está permitiendo, la procedencia de estas dos figuras ( art. 32).

El término de protección se fija en 20 años a partir la fecha de presentación de la solicitud. (art. 33).

Se contempla la “inversión de la carga de la prueba” tratándose de patentes de procedimiento. De esta forma, se dice que: “Las *Partes* establecerán que, salvo prueba en contrario, tod’o producto idéntico producido por cual-quier parte sin el consentimiento del titular de la patente ha sido obtenido mediante el procedimiento patentado por lo menos en una de las circunstancias siguientes:

- a) Si el producto obtenido por el procedimiento patentado es nuevo;
- b) Si existe una probabilidad sustancial de que el producto idéntico haya sido fabricado mediante el procedimiento y el titular del patente no puede establecer mediante esfuerzos razonables cuál ha sido el procedimiento efectivamente utilizado”. (art. 34).

Se deja en libertad a las partes para establecer la inversión de la carga de la prueba en presencia de sólo la condición A o de sólo la condición B. (art. 34.2).

Dos disposiciones más complementan la normativa referente al principio del agotamiento de los derechos consagrados en el artículo 6 y lo relativo al Convenio de París.

Todo lo concerniente al control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales, se contempla en la sección octava del texto, disponiéndose que las *Partes* reconocen los efectos perjudiciales para el comercio de estas prácticas sobre la competencia, y sobre la transferencia y divulgación de la tecnología (art. 40). Por ello se determina que ninguna disposición del acuerdo impedirá a las *Partes* que especifiquen en su legislación nacional las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir un abuso del derecho de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia. Las *Partes* podrán adoptar las medidas necesarias par controlar o impedir dichas prácticas. (art. 40.2). Asimismo, se contempla la celebración de consultas entre *Partes* cuyos nacionales o residentes incurran en las mismas (art. 40.3 y 40.4).

En síntesis, el Proyecto resulta sumamente favorable a los países desarrollados donde muchas de sus aspiraciones encontraron eco (la unificación del

término de protección, el ámbito de patentamiento, los límites a las exclusiones a la patentabilidad, los derechos otorgados a los titulares, las condiciones para la procedencia de licencias obligatorias la inversión de la carga de la prueba, etc.), mientras que lo propuesto por los países en desarrollo no tuvo la misma suerte, a pesar de la normativa sobre el control de las prácticas anticompetitivas en los contratos de licencia.

## CONCLUSIONES

Los países en desarrollo se encuentran hoy en día en una encrucijada: necesitan de la tecnología para salir del subdesarrollo, pero difícilmente pueden asignar recursos suficientes para tal efecto. Pese a ello, los nuevos lineamientos del sistema internacional de la propiedad intelectual parecen inclinarse del lado de los creadores de tecnología. Desconocer la fuerza de esta tendencia constituye un irrealismo político. Ya se ha señalado como los países desarrollados están dispuestos a utilizar sus leyes internas para conseguir sus propósitos, por lo que el bloqueo difícilmente dara resultados. En cambio desde una posición realista debe intentarse conciliar dos intereses: la necesidad de la transferencia de tecnología y una protección a los creadores de esta, que merecen recuperar los gastos invertidos recordando que la protección de la propiedad intelectual tendrá siempre costos y beneficios.<sup>(94)</sup> Por tanto resulta conveniente buscar la mayor flexibilidad temporal para adoptar los cambios propuestos, incentivar la inversión extranjera y tratar de obtener a cambio de las concesiones otorgadas en este campo ventajas en otros sectores de importancia para nuestros países como la agricultura y el comercio de los textiles.<sup>(95)</sup>

Queremos señalar que independientemente de la formulación normativa concreta y del organismo o el foro internacional (ya sea el GATT, en Acuerdos de Libre Comercio como la Iniciativa para las Américas, etc.) o bien producto de acciones unilaterales de los países en desarrollo (debido a la implementación de programas de liberalización o por temor a recibir sanciones comerciales de parte de naciones desarrolladas, etc.), las reglas anteriores están destinadas a regir la propiedad intelectual durante los próximos tiempos. Por ello, lo que sucede en el GATT permite dejar entrever cuáles serán esas nuevas reglas.

(94) Cfr. al respecto RAPP (Richard) y ROZECK (Richard). Benefits and costs of intellectual property protection in developing countries, *Journal of World Trade Law*, Ginebra, Vol. 24, No. 5, octubre de 1990, pp. 76-101 y UNCTAD. Impact of technology change on patterns of international trade, *Technology, Trade Policy and the Uruguay Round*. UNCTAD, Nueva York, 1990, pp. 89-109.

(95) En este sentido SCHOTT, *op. cit.*, pp. 42 y ss.

Por último, deseamos terminar este artículo con la siguiente reflexión:  
“...ya no es en la tierra donde radica la riqueza. Es en la cabeza de los hombres y las mujeres. En los saberes que atesoran. En lo que pueden y saben hacer con sus conocimientos. En la velocidad vertiginosa con que los renuevan... Simplemente: América Latina no puede pagar el costo creciente que exige formar parte del mundo contemporáneo si no es capaz de hacer la transición hacia un modelo de sociedad tecnológica y científicamente avanzado... A los que triunfan (en este proceso) les espera la gloria relativa de la vida más próspera. A los que no lo consiguen les aguarda el cólera”.<sup>(96)</sup>

## RESOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE ANTIDUMPING Y DERECHOS COMPENSATORIOS EN EL TRATADO TRILATERAL DE LIBRE COMERCIO E.U.A.-CANADA-MEXICO

*Dr. Jorge Witker\**

1.1.1. Antecedentes

El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos y México (TLCAN) establece un mecanismo de resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios. Este mecanismo se basa en el principio de que las partes del acuerdo deben resolver sus disputas de manera pacífica y equitativa.

De manera muy general, podemos decir que el mecanismo de resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios se basa en el principio de que las partes del acuerdo deben resolver sus disputas de manera pacífica y equitativa.

- 1) Conformidad con las disposiciones que se aplican en el GATT y con el objeto y propósito del Acuerdo.
- 2) La creación de paneles binacionales para la revisión de las decisiones finales en materia de antidumping y derechos compensatorios.
- 3) La creación, en un período de 5 a 7 años, de un sistema de reglas comunes en materia de prácticas desleales que se aplican al comercio bilateral.

1.1.2. El Capítulo XIX del Tratado Trilateral de Libre Comercio (TLC) E.U.A.-Canadá-México (Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios)

El tema de las prácticas desleales de comercio internacional fue acordado durante el desarrollo de la ronda de Toronto como parte de uno de los 6 grandes temas en la negociación del TLC de América del Norte, referido a Reglas de Comercio.

El TLC incluye en su parte segunda una serie de disposiciones para la resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios.

(96) MONTANER (Carlos). América entre el cólera y la desesperanza. en *La Nación*. San José, 21 de abril de 1991, p. 15-A.

(\*) Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F. Fax (5) 665-2193.

## RESOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE ANTIDUMPING Y DERECHOS COMPENSATORIOS EN EL TRATADO TRILATERAL DE LIBRE COMERCIO E.U.A.-CANADA-MEXICO. EL CAPITULO XIX

### 1.1.1. Antecedentes

El Acuerdo de Libre Comercio celebrado entre los Estados Unidos y Canadá (ALC) demuestra claramente como el tema de las prácticas desleales de comercio internacional plantea una problemática que no puede quedar de lado en un acuerdo de esta naturaleza, al establecer un capítulo dedicado a la solución de controversias en materia de impuestos compensatorios y derechos "antidumping" mediante la implementación de paneles binacionales.

De manera muy general, podemos decir que en el capítulo XIX del ALC entre Canadá y los Estados Unidos se acordaron, tres puntos en materia de prácticas desleales:

- a) Consistencia con las disposiciones que se aprueben en el GATT y con el objeto y propósito del Acuerdo.
- b) La creación de paneles bilaterales para la revisión de las decisiones finales en materia de antidumping y derechos compensatorios.
- c) La creación, en un período de 5 a 7 años, de un sistema de reglas comunes en materia de prácticas desleales que se aplique al comercio bilateral.

### 1.1.2 El Capítulo XIX del Tratado Trilateral de Libre Comercio (TTLC) EE.UU.-Canadá-México. (Revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias)

El tema de las prácticas desleales de comercio internacional fue acertadamente incorporado a la Agenda de Toronto como parte de uno de los 6 grandes temas en la negociación del TTLC de América del Norte, relativo a Reglas de Comercio.

El TTLC integra en su parte séptima<sup>(1)</sup> una serie de disposiciones para su administración, entre ellas las de solución de las disputas que puedan surgir entre las partes por la interpretación o aplicación del Tratado o algo que resulte incompatible con el espíritu del mismo. Asimismo, se establecen mecanismos

específicos de solución de controversias en ciertos capítulos como el XIX —objeto del presente análisis— con la idea de implementar mecanismos que permitan dar solución a conflictos en materias concretas y sobre las bases de agilidad, seguridad jurídica, equidad, eficacia y neutralidad.<sup>(2)</sup>

Como resultado de las negociaciones del mencionado Tratado se estableció nuevamente en su capítulo XIX, un mecanismo de revisión y solución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias. El capítulo en síntesis repite el capítulo XIX del ALC entre Canadá y Estados Unidos.<sup>(3)</sup> Por esta razón, hemos obviado el análisis detallado del capítulo XIX del ALC, para preferentemente realizarlo sobre la base del texto del capítulo respectivo del TTLC.

## 1. OBJETO Y LA FINALIDAD DEL TTLC Y DEL CAPITULO XIX

El objeto y la finalidad de este Tratado y de este capítulo es establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio entre las Partes de este Tratado, a la vez que se conserven disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales, tal como se desprende de las disposiciones del Tratado, su Preámbulo y Objetivos, y de las prácticas de las Partes.<sup>(4)</sup>

De este modo, el objetivo concreto del capítulo XIX del TTLC es el de garantizar a productores nacionales mecanismos ágiles y transparentes contra prácticas desleales de comercio internacional mediante el establecimiento de un

- (1) Disposiciones administrativas institucionales.
- (2) Para la resolución de controversias comerciales existen diversas instancias internacionales como la Corte Internacional de Justicia, el GATT, la Cámara de París, etc.; sin embargo, se buscan mecanismos más concretos, ágiles y eficaces. El artículo 1901.4. excluye incluso, otros procedimientos de solución de controversias conforme al TTLC para casos de antidumping e impuestos compensatorios. Por lo tanto, los asuntos para los cuales se disponga de manera específica la revisión por medio de panel o comité conforme a este capítulo, no podrán someterse a ningún otro procedimiento de solución de controversias según este Tratado. Cualquier controversia respecto a si se establece específicamente en este capítulo la revisión de un asunto mediante un panel o un comité, se apegará a lo dispuesto en el Capítulo XX.
- (3) Se reitera incluso el compromiso de revisar en 7 años las legislaciones internas para crear un sistema jurídico zonal en la materia, y se reitera también, el recurso de impugnación extraordinaria, para los casos de abuso del derecho, prejuiciamiento o falta de providad por parte de los miembros del panel.
- (4) Artículo 1902.2 (d) (i).

mecanismo para la revisión de resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias que hayan sido emitidas por la autoridad investigadora de alguna de las Partes. Para los fines de este Capítulo se establecen paneles binacionales con facultades amplias de revisión.

## 2. PRINCIPIO DE EXCLUSION DE LA REVISION JUDICIAL

El Artículo 1904.1. dispone que cada una de las Partes reemplazará la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas sobre antidumping y cuotas compensatorias con la revisión que lleve a cabo un panel binacional.

A su vez, el Artículo 1904.11 reitera este principio al disponer que ninguna resolución definitiva estará sujeta a ningún procedimiento de revisión judicial de la Parte importadora, cuando una Parte implicada solicite la instalación de un panel con motivo de esa resolución dentro de los plazos fijados en este artículo.

Para asegurar este principio, el Artículo 1904.15 (c)(i) señala que, cada una de las Partes modificará sus leyes y reglamentaciones para asegurar que los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un panel.

De este modo, el TTLC en su artículo 1904, ha sustituido la revisión judicial que conforme a derecho nacional podría hacerse sobre las resoluciones de la autoridad administrativa, por este sistema de paneles binacionales.

Tal sistema de revisión, elevado al rango de obligación internacional, tendrá como consecuencia una modificación trascendental al derecho interno de las Partes, pues bajo este sistema no hay apelación en los tribunales nacionales, es decir, no hay agotamiento de los recursos locales, en tanto que, los tres países consagran el principio de revisión judicial de los actos de autoridad, el cual tendrá que ser adecuado, para adoptar el sistema de revisión consagrado en el artículo 1904.

## 3. VIGENCIA DE LAS DISPOSICIONES JURIDICAS INTERNAS EN MATERIA DE ANTIDUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS<sup>(5)</sup>

### A) Reserva para la aplicación de las disposiciones jurídicas internas

En principio, el TTLC reconoce el derecho de cada Parte a adoptar sus propias normas jurídicas en materia de prácticas desleales, al disponer que cada

(5) Artículo 1902.



una de las Partes se reserva el derecho de aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias a los bienes que se importen de territorio de cualquiera de las otras Partes.

Se consideran disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias, según corresponda en cada Parte, las leyes pertinentes, los antecedentes legislativos las reglamentaciones, la práctica administrativa y los precedentes judiciales.<sup>(6)</sup>

**B) Reserva para reformar las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias.<sup>(7)</sup>**

Cada una de las Partes se reserva el derecho de cambiar o reformar sus disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias, siempre que dicha reforma se realice cumpliendo con los siguientes requisitos:

- a) *Mención expresa de aplicación a la(s) Parte(s) de este Tratado.* En la reforma debe especificarse que la misma tendrá vigencia para los bienes de otra Parte o Partes del Tratado;
- b) *Notificación de la reforma.* La Parte que lleve a cabo la reforma debe notificarla por escrito con la mayor anticipación posible a la fecha de su aprobación legislativa a las Partes a las que se aplique.
- c) *Consultas con la parte a la que le sea aplicable la reforma.* Después de hecha la notificación, la Parte que lleve a cabo la reforma, a solicitud de cualquier Parte a la cual ésta se aplique, debe realizar consultas con esa Parte, previas a la aprobación de la misma; y
- d) *Compatibilidad de la reforma con el GATT, los códigos de conducta en la materia, el objeto y la finalidad de TTLC y del capítulo XIX.* La reforma, en lo aplicable a otra de las Partes, no debe ser incompatible con:
  - (i) El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Código Antidumping,<sup>(8)</sup> el Código de Subsidios,<sup>(9)</sup> o sus acuerdos sucesores de los cuales los signatarios originales de este Tratado sean parte, o

(6) Artículo 1902.1.

(7) Artículo 1902.2.

(8) Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

(9) Acuerdo para la Interpretación y Aplicación de los Artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

- (ii) El objeto y la finalidad de este Tratado y de este capítulo: establecer condiciones justas y predecibles para la liberalización progresiva del comercio entre las Partes y conservar disciplinas efectivas sobre las prácticas comerciales desleales.

Mientras por una parte, se reconoce y reserva –como consecuencia de la potestad legislativa de los Estados– el derecho de cada una de las Partes a modificar sus disposiciones jurídicas en estas materias, se establece, en forma paralela una serie de condiciones para que si la Parte que realiza la reforma a su legislación, pretende aplicarla a alguna de las otras Partes, se ajuste a las condiciones establecidas para tal propósito (consultar, notificar a las otras Partes, analizar su congruencia con el propio Acuerdo y con el GATT, etc.).

**4. REVISIÓN DE RESOLUCIONES DEFINITIVAS Y REVISIÓN DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS SOBRE ANTIDUMPING Y CUOTAS COMPENSATORIAS**

El sistema de revisión y resolución de controversias que establece este capítulo en materia de impuestos antidumping e impuestos compensatorios puede darse en dos vías distintas según se trate:

- a) De una *resolución definitiva* del órgano administrativo encargado de aplicar la ley de la materia en cada país. En este supuesto, se establece un pánel para analizar el caso y revisar la resolución conforme a la ley nacional aplicable.
- b) De una *modificación legislativa*. En este caso, los paneles binacionales están facultados para revisar las reformas a la legislación de alguna de las Partes en materia de antidumping y cuotas compensatorias a petición de la Parte a la que se le aplique dicha reforma.

**A) Revisión de Resoluciones Definitivas sobre Antidumping y Cuotas Compensatorias<sup>(10)</sup>**

Bajo este sistema estos paneles arbitrales deben revisar las resoluciones definitivas de antidumping y cuotas compensatorias aplicando en el aspecto

- (10) Las disposiciones del Artículo 1904 se aplicarán sólo a las mercancías que la autoridad investigadora competente de la Parte importadora decida que son mercancías de otra Parte, al aplicar sus disposiciones jurídicas en materia de

sustantivo, el derecho nacional de cada país sancionador y en el aspecto procedimental, de ser impugnados ante los paneles binacionales, las normas de procedimiento adoptadas para dichos paneles.

a) **¿Quién puede solicitar la revisión?**

Cualquiera de las Partes implicadas<sup>(11)</sup> podrá solicitar de oficio<sup>(12)</sup> que el pánel revise, con base al expediente administrativo<sup>(13)</sup> una resolución definitiva sobre antidumping y cuotas compensatorias emitida por una autoridad investigadora competente de una Parte importadora,<sup>(14)</sup> para dictaminar si esa

antidumping y cuotas compensatorias a los hechos de un caso específico. Artículo 1901. 1. La expresión *mercancías de una Parte* significa productos nacionales tal como se entienden en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio conforme a la definición del Artículo 1911.

1901.3. A excepción del Artículo 2203 "Entrada en vigor", ninguna disposición de otro capítulo de este Tratado se interpretará en el sentido de imponer obligaciones a las Partes con respecto a sus disposiciones jurídicas sobre antidumping y cuotas compensatorias.

(11) Para los propósitos de este capítulo y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1911 *Parte Implicada* significa:

- a) La Parte importadora, o
- b) Una Parte cuyas mercancías sean objeto de la resolución definitiva.

(12) El texto del Tratado dice "por iniciativa propia". Artículo 1904.5.

(13) Para los propósitos de este capítulo y de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1911, *expediente administrativo* significa, a menos que las Partes y otras personas que comparezcan ante un pánel acuerden otra cosa:

- a) Toda la información documental o de otra índole que se presente a la autoridad investigadora competente, o ésta obtenga, en el curso de un procedimiento administrativo, incluidos cualesquiera comunicaciones gubernamentales relacionadas con el caso, así como cualquier acta de las reuniones con una sola de las partes interesadas que se requiera conservar;
- b) Una copia de la resolución definitiva de la autoridad investigadora competente, que incluya la fundamentación y motivación de la misma;
- c) Todas las transcripciones o actas de las reuniones o audiencias ante la autoridad investigadora competente; y
- d) Todos los avisos publicados en el diario oficial de la Parte importadora en relación con el procedimiento administrativo.

(14) *Parte Importadora* significa la Parte que haya emitido la resolución definitiva. Artículo 191 1.

resolución fue dictada de conformidad con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias de la Parte importadora.<sup>(15)</sup>

En otras palabras, aquella Parte que considere que una resolución definitiva no fue adoptada de conformidad con las disposiciones jurídicas aplicables, podrá pedir al pánel su revisión. Pero debe notarse que si bien es la Parte la que solicita la revisión de una resolución definitiva, esta solicitud puede y debe también ser formulada a petición de una persona que conforme al derecho de la Parte importadora estaría legitimada para iniciar los procedimientos internos de revisión judicial de la misma resolución definitiva.<sup>(16)</sup>

b) **Ley aplicable para los efectos de la revisión**

Para este efecto, las disposiciones jurídicas en materia de antidumping y cuotas compensatorias consisten en las leyes aplicables, los *antecedentes legislativos*, las reglamentaciones, la práctica administrativa y los precedentes judiciales, en la medida en que un tribunal de la Parte importadora podría basarse en ellos para revisar una resolución definitiva de la autoridad investigadora competente.<sup>(17)</sup> Por lo tanto, únicamente para efectos de la revisión por el pánel, se incorporan al Tratado las leyes sobre antidumping y cuotas compensatorias de las Partes, con las reformas que ocasionalmente se les hagan.

c) **Criterios de revisión y principios generales del derecho<sup>(18)</sup>**

El pánel aplicará los criterios de revisión<sup>(19)</sup> y los principios generales de derecho que un tribunal de la Parte importadora aplicaría para revisar una

(15) Artículo 1904.2.

(16) Artículo 1904.5.

(17) Artículo 1904.2. Esto coincide con lo dispuesto por el Artículo 1902.1.

(18) Artículo 1904.3.

(19) La expresión "*criterio de revisión*" de una Parte, según se define en el Anexo 1911 significa:

a) En el caso de Canadá, las causales establecidas en la Sección 18.1(4) de la Federal Court Act respecto a toda resolución definitiva:

b) En el caso de *Estados Unidos*,

i) El criterio establecido en la Sección 516A (b)(1)(B) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, excepto la resolución a que se refiere al subinciso (ii), y

(ii) El criterio establecido en la Sección 516A (b)(1)(A) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas, respecto a una resolución que dicte la United States International Commission en el sentido de no iniciar la revisión conforme a la Sección 751 (b) de la Tariff Act de 1930, con sus reformas; y

resolución de la autoridad investigadora competente. La expresión *principios generales de derecho* incluye principios tales como legitimación del interés jurídico, debido proceso, reglas de interpretación de la ley, contradictoriedad y agotamiento de los recursos administrativos.<sup>(20)</sup>

d) **Solicitud para integrar un pánel**<sup>(21)</sup>

La solicitud para integrar un pánel se formulará por escrito a la otra Parte implicada, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la resolución definitiva en cuestión se publique en el diario oficial de la Parte importadora.

En el caso de resoluciones definitivas que no se publiquen en el diario oficial de la Parte importadora, ésta las notificará inmediatamente a la otra Parte implicada cuando esa resolución involucre sus mercancías, y esa Parte podrá solicitar la integración de un pánel dentro de los treinta días siguientes a que se reciba la notificación.

e) **Prescripción del derecho de revisión**

El derecho de revisión por un pánel, prescribirá cuando no se solicite la instalación del mismo, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de publicación de la resolución definitiva en el Diario Oficial de la parte importadora.<sup>(22)</sup>

f) **Efectos de la revisión**<sup>(23)</sup>

El pánel podrá después de haber realizado la revisión correspondiente, confirmar la resolución definitiva o bien, *devolverla* a la instancia anterior con el fin de que se adopten medidas compatibles con su decisión, es decir, para que sea modificada conforme a las observaciones del pánel.<sup>(24)</sup>

Cuando el pánel devuelva una resolución definitiva, fijará el menor plazo razonablemente posible, para el cumplimiento de lo dispuesto en la devolución,

- c) En el caso de *México*, el criterio establecido en el Artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, o cualquier ley que lo sustituya, basado solamente en el expediente.

(20) Artículo 1911.

(21) Artículo 1904.4.

(22) Artículo 1904.4 (última parte).

(23) Artículo 1904.8.

(24) *Devolución de la resolución definitiva* significa la remisión para que se expida una resolución compatible con el fallo de un pánel o del Comité. Artículo 1911.

tomando en cuenta la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho implicadas y la naturaleza de su fallo, pero en ningún caso dicho plazo excederá el periodo máximo (a partir de la fecha de la presentación de la petición, queja o solicitud) señalado por la ley para que la autoridad investigadora competente en cuestión emita una resolución definitiva en una investigación. En otras palabras, la resolución que haya sido objeto de revisión y devuelta a su emisora, debe ser modificada dentro de los tiempos establecidos por el pánel, pero el plazo no podrá excederse más allá del establecido por la ley nacional correspondiente para que la autoridad investigadora dicte una resolución definitiva.

g) **Obligatoriedad del fallo**

El fallo de un pánel será obligatorio para las Partes implicadas con relación al asunto concreto entre esas Partes que haya sido sometido al pánel.<sup>(25)</sup>

h) **No aplicación a Resoluciones no definitivas**

Respecto de las resoluciones que no tengan carácter definitivo, este Tratado no afectará los procedimientos de revisión judicial de cualquiera de las Partes; ni los asuntos impugnados conforme a esos procedimientos.<sup>(26)</sup>

Sin embargo el artículo 1904.4. establece que cuando la autoridad investigadora competente de la Parte importadora haya dictado medidas provisionales con motivo de una investigación, la otra Parte implicada podrá notificar su intención de solicitar un pánel de conformidad con este artículo, y *las Partes lo instalarán a partir de ese momento.*

g) **Casos en los que no se lleva a cabo la revisión de una resolución definitiva** (Supuestos de Inaplicabilidad del artículo 1904).<sup>(27)</sup>

La revisión de una resolución definitiva no se llevará a cabo:

- Cuando ninguna de las Partes implicadas haya solicitado la revisión de una resolución definitiva por un pánel.

(25) Artículo 1904.9.

(26) Artículo 1904.10.

(27) Artículo 1904.12

- Cuando se emita una resolución definitiva revisada, como consecuencia directa de la revisión judicial de la resolución definitiva original por un tribunal de la Parte importadora, en los casos en que ninguna de las Partes implicadas haya solicitado la revisión ante un pánel de la resolución definitiva original;<sup>(28)</sup> o
- Cuando se emita una resolución definitiva como resultado directo de la revisión judicial que se haya iniciado ante un tribunal de la Parte importadora antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

**h) Reglas del Procedimiento de revisión de resoluciones definitivas<sup>(29)</sup>**

Las Partes adoptarán reglas de procedimiento para llevar a cabo la revisión de resoluciones definitivas, a más tardar el 1.º de enero de 1994. Las reglas se formularán de modo que se expida el *fallo definitivo* dentro de los 315 días siguientes a la fecha en que se presente la solicitud de integración de un pánel y concederán:

- a) 30 días para la presentación de la reclamación;
- b) 30 días para el señalamiento o certificación del expediente administrativo y su presentación ante el pánel;
- c) 60 días para que la Parte reclamante presente su memorial;
- d) 60 días para que la Parte demandada presente su memorial;
- e) 15 días para presentar réplicas a los memoriales;
- f) 15 a 30 días para que el pánel sesione y escuche las exposiciones orales; y
- g) 90 días para que el pánel emita su fallo por escrito.

Dichas reglas se basarán en *reglas procesales en grado de apelación judicial* e incluirán reglas relativas a:

- El contenido y trámite de las solicitudes para integrar los paneles.
- La obligación de la autoridad investigadora competente para remitir al pánel el expediente administrativo del procedimiento.

(28) Pese al principio de exclusión de la revisión judicial, la legislación nacional puede establecer la posibilidad de realizar la revisión judicial de una resolución, en aquellos casos en los que no se presente la revisión ante el pánel.

(29) Artículo 1904.6. El pánel llevará a cabo la revisión según los procedimientos establecidos por las Partes conforme al Artículo 1904.14.

- La protección de información comercial reservada, información gubernamental clasificada y otra información privilegiada (incluidas las sanciones contra personas que intervengan ante los paneles y hagan uso indebido de esa información).
- La intervención de particulares.
- Las limitaciones a la revisión arbitral por errores aducidos por las Partes o por particulares;
- Presentación y trámite;
- Cómputo y prórroga de plazos;
- Forma y contenido de los memoriales y otros documentos;
- Reuniones previas o posteriores a las audiencias;
- Mociones;
- Exposiciones orales, solicitudes de reposición de audiencias; y desistimiento voluntario de revisión ante el pánel.

**i) Unicidad en la revisión**

Cuando ambas Partes implicadas soliciten que un pánel revise una resolución definitiva, un solo pánel revisará tal resolución.<sup>(30)</sup>

Si se requiere la *revisión de la medida adoptada* por la autoridad investigadora competente *en cumplimiento de la devolución*, esa revisión se llevará a cabo *ante el mismo pánel*, el que normalmente emitirá un fallo definitivo dentro de los noventa días siguientes a la fecha en que dicha medida le haya sido sometida.<sup>(31)</sup>

**j) Derecho de audiencia y representación ante el pánel**

La autoridad investigadora competente que haya dictado la resolución definitiva en cuestión tendrá el derecho de comparecer y ser representada por abogados ante el pánel. Cada una de las Partes dispondrá que las personas que por otro lado, de conformidad con el derecho de la Parte importadora, estarían legitimadas para comparecer y ser representadas en un procedimiento interno de revisión judicial de la resolución de la autoridad investigadora competente, tengan el derecho de comparecer y ser representadas por abogados ante el pánel.<sup>(32)</sup>

(30) Artículo 1904.6.

(31) Artículo 1904.8, (última parte).

(32) Artículo 1904.7.

**B) Revisión de las Reformas Legislativas<sup>(33)</sup>**

**a) Quién puede solicitarla y objeto de la revisión y opinión declarativa del pánel**

La Parte a la cual se aplique una reforma a la legislación en materia de antidumping y cuotas compensatorias de otra Parte, podrá solicitar por escrito que tal reforma se someta a un pánel binacional, para que éste emita una opinión declarativa respecto de:

- a) La compatibilidad de la reforma con el GATT, los códigos de conducta en la materia, así como, con el objeto y la finalidad de TTLC y del capítulo XIX.
- b) Si la reforma tiene la función y el efecto de revocar una resolución previa de un pánel, dictada en virtud de la revisión de una resolución definitiva y resulta incompatible con el GATT, los códigos de conducta en la materia, el objeto y la finalidad de TTCL y del capítulo XIX.

**b) Efectos de la opinión declarativa resultante de la revisión a reformas legislativas<sup>(34)</sup>**

**Consultas.** En caso de que el pánel recomiende modificaciones a la reforma para eliminar disconformidades que en su opinión existan las dos Partes iniciarán de inmediato *consultas* y procurarán una solución mutuamente satisfactoria al asunto dentro de un plazo de noventa días a partir de que el pánel emita su opinión declarativa final. La solución puede considerar la propuesta de legislación correctiva a la ley de la Parte que haya promulgado la reforma.

Si la legislación correctiva no es aprobada en un plazo de nueve meses, a partir del fin del período de consultas de noventa días, y no se ha alcanzado ninguna otra solución mutuamente satisfactoria, la Parte que haya solicitado la integración del pánel podrá optar por:

La Retaliation, esto es, por la adopción de medidas legislativas o administrativas, o

La *Denuncia del TTLC*, respecto a la Parte que hace la reforma, 60 días después de notificarlo por escrito a la Parte.

(33) Artículo 1903.

(34) Artículo 1903. 3.

De este modo, las Partes quedan obligadas a realizar consultas para dar solución a la controversia de conformidad con la opinión declarativa emitida por el pánel. En caso de que la Parte que adoptó la legislación en disputa no adopte la legislación correctiva recomendada por el pánel, la Parte que ha solicitado la revisión estará facultada a adoptar medidas equiparables (*countermeasures*) o denunciar el Tratado respecto de la Parte que hizo la reforma.

**c) Procedimiento de los pánels para la revisión de una reforma legislativa<sup>(35)</sup>**

Para llevar a cabo la revisión de una reforma legislativa el pánel establecerá sus propias reglas de procedimiento, salvo que las Partes acuerden otra cosa previamente al establecimiento del pánel. Los procedimientos garantizarán el derecho a cuando menos una audiencia ante el pánel, así como la oportunidad de presentar comunicaciones escritas y réplicas. Las actuaciones del pánel serán confidenciales, salvo que las dos Partes pacten otra cosa. El pánel fundará su resolución únicamente en los argumentos y comunicaciones de las dos Partes.<sup>(36)</sup>

El pánel presentará a las dos Partes dentro de los 90 días siguientes al nombramiento de su presidente, una *opinión declarativa preliminar* por escrito, que contenga las conclusiones de hecho y su resolución, a menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa.<sup>(37)</sup>

Cuando las conclusiones del pánel sean afirmativas, éste podrá incluir en su dictamen recomendaciones respecto a los medios para hacer compatible la reforma con el GATI, los códigos de conducta, el objeto y finalidad del TTLC y el capítulo XIX. Al determinar las recomendaciones apropiadas, si las hubiera, *el pánel tomará en cuenta el grado en que la reforma afecta los intereses protegidos por este Tratado*. Los miembros del pánel en lo individual, podrán formular votos particulares sobre las materias en que no haya acuerdo unánime. La opinión preliminar del pánel se convertirá en la *opinión declarativa definitiva*, a menos que una Parte contendiente solicite la reconsideración de la opinión preliminar conforme al párrafo 4.<sup>(38)</sup>

La opinión declarativa definitiva del pánel se publicará, junto con cualquier opinión personal de sus miembros y con cualquier opinión escrita que alguna de las Partes desee publicar,<sup>(39)</sup> salvo que las Partes contendientes acuerden otra cosa.<sup>(40)</sup>

(35) Artículo 1903.2 y Anexo 1903.2.

(36) Anexo 1903.2-1.

(37) Anexo 1903.2-2.

(38) Anexo 1903.2-3.

(39) Anexo 1903.2-5.

(40) Anexo 1903.2-6.

**Reconsideración.** En los 14 días siguientes a que se pronuncie la opinión declarativa preliminar, la Parte contendiente que esté en desacuerdo total o parcialmente con dicha opinión, podrá presentar al panel una declaración escrita con sus *objeciones* debidamente razonadas y motivadas. En este caso, el panel solicitará las opiniones de ambas Partes y reconsiderará su opinión preliminar. El panel realizará cualquier revisión ulterior que considere conveniente, y pronunciará una opinión definitiva por escrito, junto con las opiniones disidentes o concurrentes de miembros del panel en lo individual, dentro de los 30 días siguientes a la solicitud de reconsideración.<sup>(41)</sup>

## 5. INTEGRACION DE LOS PANELES BINACIONALES<sup>(42)</sup>

Los paneles binacionales se integrarán por 5 panelistas, en su mayoría juristas de buena reputación, nombrados en base a una lista trinacional con cuando menos 75 candidatos nacionales de Canadá, Estados Unidos o México, de los cuales cada una de las Partes seleccionará al menos 25. Las Partes realizarán consultas para elaborar la lista,<sup>(43)</sup> mantendrán la lista y le harán las modificaciones que se requieran, después de llevar a cabo consultas.

Los candidatos deben ser probos, gozar de gran prestigio y buena reputación, y ser escogidos estrictamente sobre la base de su objetividad, confiabilidad, buen juicio y familiaridad general con el derecho comercial internacional. No deben tener filiación con ninguna de las Partes y en ningún caso recibirán instrucciones de alguna de ellas. La lista debe incluir, en lo posible, individuos que sean jueces o lo hayan sido.

Dentro del plazo de 30 días a partir de la solicitud de integración de un panel, cada una de las Partes implicadas, en consulta con la otra Parte implicada nombrará dos panelistas, por lo general, de los que estén en la lista.

Cada una de las Partes implicadas tendrá derecho a cuatro recusaciones irrevocables, que se ejercerán de manera simultánea y en secreto para descalificar el nombramiento de hasta cuatro candidatos propuestos por la otra Parte implicada. Las recusaciones irrevocables y la selección de panelistas sustitutos se realizarán dentro de los 45 días siguientes a la solicitud de integración del panel.

(41) Anexo 1903.2-4.

(42) Artículo 1901.2. (Disposiciones Generales). Para los efectos de los Artículos 1903 y 1904, los paneles se establezcan de conformidad con las disposiciones del Anexo 1901.2.

(43) A la fecha de entrada en vigor del TTLC, las Partes elaborarán y en lo subsecuente conservarán una lista de individuos que actúen como panelistas en las controversias del capítulo XIX.

Cuando una de las Partes implicadas no nombre a los miembros del panel que le corresponda en un plazo de 30 días, o si el panelista es rechazado y no se elige sustituto en un plazo de 45 días, ese panelista será seleccionado por sorteo en el trigésimo primero o en el cuarenta y sexto día, según corresponda, de entre los candidatos de esa Parte en la lista.

Dentro de un plazo no mayor a 55 días a partir de la solicitud de integración de un panel, las Partes implicadas deberán convenir en la selección del quinto panelista. Si no llegan a un acuerdo, decidirán por sorteo cuál de ellas seleccionará, a más tardar el sexagésimo primer día, al quinto panelista de entre la lista, excluidos los candidatos eliminados por recusación irrevocable.

Una vez designado el quinto integrante del panel, los panelistas nombrarán, un presidente de entre los juristas, por mayoría de votos. Si no hay una mayoría en las votaciones, el presidente será nombrado por sorteo de entre los juristas en el panel.

El panel adoptará sus decisiones por mayoría, sobre las bases de los votos de todos los miembros del panel. El panel emitirá un fallo escrito motivado, junto con cualquier opinión disidente o coincidente de los panelistas.

Los panelistas estarán sujetos a un código de conducta.<sup>(44)</sup> Si una Parte implicada juzga que un panelista contraviene dicho código, las Partes implicadas realizarán consultas y, si están de acuerdo, el panelista será removido y se seleccionará uno nuevo. Los panelistas podrán realizar otras actividades mientras dure el panel, a reserva de lo dispuesto en el código de conducta, y siempre que ello no interfiera con el desempeño de sus funciones. Pero durante el tiempo de su encargo, ningún panelista podrá comparecer como asesor jurídico ante otro panel.

Cada panelista estará obligado a firmar un compromiso de confidencialidad respecto a la información que proporcionen Estados Unidos, Canadá y México, que comprenda la información confidencial, comercial reservada y otra información privilegiada de otro tipo. La omisión de la firma de estos compromisos por un panelista traerá como consecuencia su descalificación.

Una vez que uno de los miembros del panel hubiere aceptado las obligaciones y los términos de un compromiso de confidencialidad, la Parte importadora otorgará acceso a la información comprendida por ese compromiso. Cada una de las Partes establecerá sanciones procedentes en caso de violación al compromiso de confidencialidad que expida una Parte o se le otorgue, y aplicará dichas sanciones respecto de toda persona dentro de su jurisdicción.<sup>(45)</sup>

(44) El Artículo 1909 dispone que a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Tratado, las Partes establecerán, mediante canje de notas, un código de conducta para los miembros de los paneles y comités establecidos conforme a los Artículos 1903, 1904 y 1905.

(45) Anexo 1901.2.8.

Los panelistas gozarán de inmunidad frente a toda demanda o proceso relacionado con el desempeño de sus funciones oficiales, salvo que violen los compromisos de confidencialidad.

Cuando un miembro del pánel no se encuentre en condiciones de cumplir sus funciones de panelista o sea descalificado, las actuaciones del pánel se suspenderán hasta que se seleccione su sustituto, conforme a los procedimientos de este anexo.

## 6. INIMPUGNABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES DEL PÁNEL<sup>(46)</sup>

Ninguna de las Partes establecerá en su legislación interna la posibilidad de impugnar ante sus tribunales nacionales una resolución de un pánel. De este modo, se sustituye la revisión judicial por un procedimiento arbitral con decisiones inapelables. Únicamente se establece un procedimiento de impugnación extraordinaria, pero es la excepción.

### A) Impugnación extraordinaria<sup>(47)</sup>

Cualquiera de las Partes podrá acudir al procedimiento de impugnación extraordinaria cuando en un plazo razonable posterior a que se haya emitido el fallo del pánel, considere que:

- (i) Un miembro del pánel ha sido culpable de una falta grave, de parcialidad, o ha incurrido en grave conflicto de intereses, o ha violado materialmente las normas de conducta;
- (ii) El pánel se ha apartado de manera grave de una norma fundamental de procedimiento, o se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción, por ejemplo por no haber aplicado el criterio de revisión adecuado; y
- (iii) Cualquiera de las acciones anteriores ha afectado materialmente el fallo del pánel y amenaza la integridad del proceso de revisión por el pánel binacional.

### B) Procedimiento de impugnación extraordinaria<sup>(48)</sup>

#### a) Comité de impugnación extraordinaria

Este comité estará integrado por tres miembros, y se establecerá dentro del

(46) Artículo 1904.10 (segunda parte).

(47) Artículo 1904.13.

(48) Anexo 1904.13.

plazo de 15 días a partir de la solicitud. Los miembros se seleccionarán de una lista integrada por 15 jueces, o personas que lo hayan sido, de un tribunal federal de Estados Unidos o un tribunal de jurisdicción superior de Canadá o de un tribunal judicial federal de México. Cada una de las Partes nombrará cinco integrantes de la lista, y cada una de las implicadas, seleccionará a un miembro de esta lista y las Partes implicadas decidirán por sorteo cuál de ellas seleccionará de esa lista al tercer miembro.

### b) Reglas de procedimiento<sup>(49)</sup>

Las reglas de procedimiento que establezcan las Partes dispondrán que las resoluciones del comité se dicten en un plazo no mayor de 90 días a partir de su instalación.

### c) Obligatoriedad de las Resoluciones del Comité

Las resoluciones del comité serán obligatorias para las Partes respecto a la controversia entre ellas de la que haya conocido el pánel.

### d) Efectos del procedimiento de impugnación extraordinaria

Después de un análisis de hecho y de derecho sobre el que se funden el fallo y las conclusiones del pánel para conocer si se satisface una de las causas de impugnación extraordinaria, y una vez que compruebe la existencia de dicha causa, el comité anulará el fallo original del pánel o lo devolverá al pánel original para que adopte una medida que no sea incompatible con la resolución del comité; si no proceden las causas, confirmará el fallo original del pánel. Si se anula el fallo original, se instalará un nuevo pánel.

## 7. SALVAGUARDA DEL SISTEMA DE REVISIÓN ANTE EL PÁNEL<sup>(50)</sup>

### A) Consultas

Cualquiera de las Partes podrá solicitar por escrito consultas con otra de las Partes cuando alegue que la aplicación de la legislación de la otra Parte:<sup>(51)</sup>

(49) Anexo 1904.13. 2. A más tardar a la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes establecerán las reglas de procedimiento de los comités.

(50) Artículo 1905.

(51) Para los propósitos del Artículo 1905.1 *derecho Interno* significa la constitución, leyes, reglamentaciones y precedentes judiciales de una Parte, en la medida que

- a) Ha impedido la integración de un panel solicitado por la Parte reclamante;
- b) Ha impedido que el panel solicitado por la Parte reclamante dicte un fallo definitivo;
- c) Ha impedido que se ejecute el fallo del panel solicitado por la Parte reclamante, o una vez dictado le ha negado fuerza y efecto obligatorios respecto al asunto particular examinado por el panel; o
- d) No ha concedido la oportunidad de revisión de una resolución definitiva por un tribunal o panel con jurisdicción, independiente de las autoridades investigadoras competentes, que examine los fundamentos de la resolución de estas autoridades y si éstas han aplicado adecuadamente las leyes internas en materia de antidumping y cuotas compensatorias al dictar la resolución impugnada.

Las consultas comenzarán dentro de los 15 días siguientes a la fecha de solicitud de las mismas.

#### B) Comités especiales

Si el asunto no ha sido resuelto dentro de los 45 días de la solicitud de consultas o en cualquier otro plazo que las Partes consultantes convengan, la Parte reclamante podrá solicitar la instalación de un comité especial, el cual se instalará dentro de los 15 días siguientes a la solicitud, a menos que las Partes implicadas convengan algo distinto.

El comité especial estará integrado por tres miembros, seleccionados de acuerdo con los procedimientos y la lista de candidatos que se establezca para los paneles binacionales.

##### a) Procedimiento del Comité Especial<sup>(52)</sup>

Las Partes fijarán reglas de procedimiento de acuerdo con los siguientes principios:<sup>(53)</sup>

tengan relación con las leyes aplicables en materia de antidumping y cuotas compensatorias; de conformidad con las definiciones establecidas en el Artículo 1911.

(52) Anexo 1905.6.

(53) Anexo 1905.6. A más tardar en la fecha de entrada en vigor de este Tratado, las Partes establecerán reglas de procedimiento.

- a) Los procedimientos asegurarán el derecho a cuando menos una audiencia ante el comité especial, así como la oportunidad para presentar comunicaciones escritas iniciales y de réplica;
- b) Los procedimientos asegurarán que el comité especial prepare un informe preliminar, generalmente dentro de los 60 días posteriores a la designación del último miembro, y otorgará a las Partes 14 días para formular observaciones sobre el informe, antes del definitivo que se emitirá en un plazo de 30 días posteriores a la presentación del informe preliminar;
- c) Las audiencias, las deliberaciones y el informe preliminar del comité especial y todas las promociones por escrito y las comunicaciones con el comité especial serán confidenciales;
- d) A menos que las Partes implicadas convengan otra cosa, la resolución de un comité especial se publicará 10 días después de que sea enviada a las Partes contendientes, así como también cualesquiera opiniones de los miembros emitidas por separado y cualesquiera puntos de vista por escrito que cualquiera de las Partes desee publicar; y
- e) A menos que las Partes en la controversia convengan otra cosa, las reuniones y las audiencias del comité especial se llevarán a cabo en la oficina de la sección del Secretariado de la Parte demandada.

#### C) Efectos del dictamen del comité especial

##### a) Consultas

Si el comité especial formula un dictamen positivo, la Parte reclamante y la Parte demandada iniciarán consultas en un plazo no mayor de 10 días y procurarán llegar a una solución mutuamente satisfactoria dentro de los 60 días posteriores a la emisión de la determinación del comité.

##### b) Suspensión de beneficios o del funcionamiento del artículo 1904

Si dentro del plazo de 60 días, las Partes no llegan a una solución mutuamente satisfactoria, o la Parte demandada no ha demostrado, a satisfacción del comité especial, haber corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité ha formulado un dictamen positivo, la Parte reclamante podrá suspender respecto de la Parte demandada:<sup>(54)</sup>

(54) El procedimiento de solución de controversias se encuentra basado en el principio de efectividad a su vez basado en el principio de cooperación y en la posibilidad de suspender beneficios equivalentes por el país afectado, asegurando así, de alguna manera, el cumplimiento de los informes finales.



- a) El funcionamiento del Artículo 1904, en este caso, la Parte demandada, podrá suspender recíprocamente el funcionamiento del Artículo 1904, pero en todo caso, la suspensión debe notificarse por escrito a la otra Parte.
- b) La aplicación de aquellos beneficios derivados del Tratado que las circunstancias ameriten. En este supuesto, la Parte demandada podrá solicitar que el comité especial se reúna de nuevo, para determinar si: la suspensión de beneficios por la Parte reclamante es ostensiblemente excesiva; o si la Parte demandada, ha corregido el problema o los problemas respecto a los cuales el comité formulara un dictamen positivo.

**Terminación de la suspensión.** El comité especial presentará, dentro de los 45 días posteriores a la solicitud, un informe a ambas Partes que contenga su determinación. Si el comité especial concluye que la Parte demandada ha corregido el problema o los problemas, se dará por terminada la suspensión aplicada por la Parte reclamante, la Parte demandada, o ambas.

**c) Aplazamiento de los revisión o impugnación extraordinaria**

Si el comité especial formula un dictamen positivo al día siguiente a la fecha en que se emita la decisión del comité especial se aplazarán los procedimientos de revisión del pánel o del comité de impugnación extraordinaria respecto a la revisión de cualquier resolución definitiva:

1. De la Parte reclamante cuando la haya solicitado la Parte demandada, si tal revisión se solicitó después de la fecha en que se solicitaron las consultas y en ningún caso después de los 150 días anteriores a un dictamen positivo expedido por el comité especial, o
2. De la Parte demandada que haya solicitado la Parte reclamante, a petición de esta última; y

En estos casos, si cualquiera de las Partes suspende el funcionamiento del Artículo 1904, se dará por terminada la revisión aplazada, y la impugnación de la resolución definitiva se remitirá irrevocablemente al tribunal interno competente para su resolución.

**d) Interrupción del plazo para solicitar la revisión**

Se interrumpirá el plazo para solicitar la revisión por parte de un pánel o un comité, y no correrá de nuevo sino cuando cualquiera de las Partes suspenda el funcionamiento del Artículo 1904.

Si la suspensión del artículo 1904 no se hace efectiva, se reanudarán los procedimientos suspendidos de revisión ante el pánel o comité de acuerdo y cualquier plazo interrumpido.

**8. CONSULTAS<sup>(55)</sup>**

Las Partes realizarán consultas anuales, o a solicitud de una de ellas, para examinar cualquier problema que resulte de la ejecución u operación de este capítulo, y para recomendar soluciones.

Cada una de las Partes nombrará uno o más funcionarios, que incluyan funcionarios de la autoridad investigadora competente, que se hagan cargo de que se lleven a cabo las consultas cuando se requiera.

Además, las partes consultarán entre sí, la factibilidad de desarrollar reglas y disciplinas más eficaces sobre el uso de subsidios gubernamentales, así como, la *factibilidad* de apoyarse en un sistema sustituto de reglas para tratar las prácticas transfronterizas desleales de precios y el otorgamiento de subsidios gubernamentales.

**A) Consultas entre las autoridades investigadoras competentes**

Las autoridades investigadoras competentes de cada una de las Partes consultarán entre ellas anualmente o a petición de cualquier Parte y podrán presentar informes a la Comisión.

En el contexto de estas consultas entre autoridades investigadoras se establece que es conveniente, para la mejor administración de las leyes nacionales antidumping y de cuotas compensatorias, que se sigan los siguientes lineamientos.

**a) Publicación de la notificación de inicio**

La idea es que se publique la notificación del inicio de las investigaciones en el diario oficial del país importador, que establezca la naturaleza del procedimiento, la fundamentación según la cual se inicia y una descripción del producto en cuestión.

(55) Artículo 1907.

**b) Notificación de plazos**

Esto es, que se notifiquen los plazos para presentar información y para que la autoridad investigadora competente adopte las determinaciones a las que esté obligada expresamente por la ley o por las reglamentaciones.

**c) Aviso e instrucciones sobre la información requerida**

Se proporcione aviso e instrucciones por escrito en lo relativo a la información requerida de las partes interesadas, incluidas las personas interesadas y un plazo razonable para dar respuesta a los requerimientos de información.

**d) Otorgamiento de "acceso razonable" a la información**

"Acceso razonable" en este contexto significa acceso durante el curso de la investigación, hasta donde sea factible, de manera que se otorgue la oportunidad de presentar pruebas y argumentos. Cuando no sea factible otorgar acceso a la información sobre la investigación en un plazo tal que permita presentar pruebas y argumentos, "acceso razonable" significará el tiempo para permitir que la parte afectada desfavorablemente adopte una decisión informada sobre la conveniencia de solicitar la revisión judicial o la de un pánel. "Acceso de información" significa acceso a los representantes que la autoridad investigadora competente decida que están calificados para tener acceso a la información que reciba esa autoridad, incluido el acceso a la confidencial (comercial reservada).

**e) Derecho de defensa**

Que se brinde oportunidad a las partes interesadas, para presentar pruebas y argumentos, hasta donde el tiempo lo permita, incluida la oportunidad para formular observaciones a la resolución provisional sobre dumping u otorgamiento de subsidios.

**f) Protección a la información confidencial**

Se proteja la información confidencial (comercial reservada) que reciba la autoridad investigadora competente para garantizar que no se divulgue, excepto a representantes que esta autoridad determine que están calificados.

**g) Constancias y asesoría oficial**

Se preparen expedientes que incluyan recomendaciones de organismos asesores oficiales, así como actas de cualesquiera reuniones con una sola de las partes interesadas, que se requiera conservar.

**h) Difusión de la información en la que se funden**

Se difunda la información relevante en la que se funden las resoluciones provisionales o definitivas sobre dumping o subsidio, dentro de un plazo razonable posterior a la petición de las partes interesadas, incluida una explicación de los cálculos o de la metodología utilizada para determinar el margen de dumping o el monto de subsidio.

**i) Motivación y fundamentación del dumping**

Se fundamenten y motiven las resoluciones definitivas de dumping u otorgamiento de subsidios.

**j) Motivación y fundamentación del daño o amenaza**

Se fundamenten y motiven las resoluciones definitivas en lo relacionado al *daño material o amenaza del mismo a la industria nacional, o retraso material del establecimiento de la industria nacional.*

Sin embargo, estos lineamientos no tienen fuerza vinculante sobre los paneles binacionales, al revisar una resolución definitiva, en su decisión sobre si tal resolución estuvo de acuerdo con las disposiciones jurídicas en materia de antidumping o de cuotas compensatorias de la Parte importadora.

**9. APLICACION EN LO FUTURO<sup>(56)</sup>**

Este capítulo se aplicará en lo futuro únicamente a las resoluciones definitivas de una autoridad investigadora competente y las reformas a las leyes en materia de antidumping o cuotas compensatorias que se dicten y que se aprueben, respectivamente, después de la fecha de entrada en vigor del TTLC.

(56) Artículo 1906.

### 1.1.3. Reformas a las legislaciones internas y definiciones específicas por país

Para alcanzar los objetivos del artículo 1904, las Partes reformarán sus leyes y reglamentaciones en materia de antidumping y cuotas compensatorias, así como las que se refieran al funcionamiento de aquéllas, en relación a las mercancías de las otras Partes.<sup>(57)</sup>

#### 1. Objetivos de las reformas

En particular, cada una de las Partes reformará sus leyes o reglamentaciones para asegurar:

- a) Que los procedimientos vigentes referentes a la devolución, con intereses, de los impuestos antidumping y cuotas compensatorias permitan dar cumplimiento al fallo definitivo de un pánel cuando éste señale que procede la devolución;
- b) Que sus tribunales reconozcan plena autoridad y vigencia, respecto a cualquier persona en su jurisdicción, a toda sanción impuesta de conformidad con el derecho de las otras Partes, para hacer cumplir las disposiciones o compromisos protectores de la información confidencial, personal, comercial reservada u otra información privilegiada que la otra Parte haya expedido o aceptado con el fin de permitirle acceso para efectos de revisión por el pánel del procedimiento de impugnación extraordinaria;
- c) Que los procedimientos internos de revisión judicial de una resolución definitiva no puedan iniciarse antes de que concluya el plazo para solicitar la integración de un pánel; y
- d) Que como requisito previo para iniciar un procedimiento interno de revisión judicial de una resolución definitiva, una de las Partes u otra persona que pretenda iniciar dicho procedimiento, notificará su intención a las Partes implicadas y a las demás personas que tengan derecho a iniciar los procedimientos de revisión de la misma resolución definitiva, a más tardar diez días antes de la conclusión del plazo en que pueda solicitarse la integración de un pánel.

(57) Artículo 1904.15. Esta disposición se relaciona también con el Artículo 1907.2 (b).

## INDICE

	Pág.
<i>Presentación</i> .....	8
<i>Ensayos:</i>	
El poder conservador: inicio del control de constitucionalidad en Costa Rica <i>Dr. Carlos José Gutiérrez</i> .....	9
Las controversias constitucionales entre la federación y las entidades federativas <i>Lics. José Pedro López Elías y Leonel Alejandro Armenta López</i> .....	45
Contratos para la prospección de la biodiversidad: El contrato de colaboración entre el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica y la Compañía Farmacéutica Merck. -Su relevancia para el desarrollo sostenible- <i>Dr. Rodrigo Barahona Israel</i> .....	73
Reflexiones sobre acuerdos comerciales internacionales (México y Centroamérica) <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i> .....	91
Propiedad intelectual, Ronda Uruguay y transferencia de tecnología <i>Lic. Jorge Alberto Cabrera Medaglia</i> .....	111
Resolución de controversias en materia de antidumping y derechos compensatorios en el tratado trilateral de libre comercio E.U.A.-Canadá-México <i>Dr. Jorge Witker</i> .....	143