

Revista

340

R Revista de Ciencias Jurídicas / Universidad de Costa Rica. --
 N° 1 (1963). -- San José, C. R.: Litografía e Imprenta
 LIL, S.A., 2013.
 184 p. ; 152 x 222 mm.

v.

ISSN: 0034-7787

1. Ciencias Jurídicas. Publicaciones periódicas.
2. Publicaciones periódicas costarricenses.

Revista fundada en 1963

Revista registrada en los siguientes *datbank*:

- Latindex directorio y catálogo
- Ulrich's Periodicals Directory
- Public Affairs Information Service Internacional
- Russian Academy of Sciences Bibliographies
- Index to Foreign Legal Periodicals

CONSEJO ASESOR Y EDITORIAL:

POR EL COLEGIO DE ABOGADOS:

Dr. Gary Amador Badilla	Presidente
M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez	Coordinador de Enlace y Prosecretario
Licda. Rosibel Jara Velásquez	Secretaria
Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón	Vocal V

POR LA FACULTAD DE DERECHO:

Dr. Alfredo Chirino Sánchez	Decano
Dr. Minor E. Salas	Profesor
Dr. Jorge Enrique Romero Pérez	Profesor

COMITÉ CIENTÍFICO INTERNACIONAL:

Dr. Jan-Michael Simon	Alemania
Dra. Marcela I. Basterra	Argentina
Dr. Agustín Gordillo	Argentina
Dr. Pedro Rubens David	Argentina
Dr. César Barros Leal	Brasil
Dr. Rodrigo Polanco Lazo	Chile
Dr. Jorge Witker Velásquez	Chile
Dr. Jaime Santofimio Gamboa	Colombia
Dr. Orlando Solano Bárcenas	Colombia
Dra. Josefina García García-Cervigón	España
Dr. Luciano Parejo Alfonso	España
Dra. María Paz Pous De la Flor	España
Dr. Juan Pérez Gálvez	España
Dr. Jaime Rodríguez Arana	España
Dr. Francois Collart-Dutilleul	Francia
Dr. Jorge Adame Goddard	México
Dr. Jorge Fernández Ruiz	México
Dr. Pedro López Elías	México
Dra. Elvia Arcelia Quintana Adriano	México
Dr. Karlos Navarro Medal	Nicaragua
Magister Carlos Gasnell Acuña	Panamá
Dra. Yoselyn Bermúdez Abreu	Venezuela
Dr. Allan Randolph Brewer Carías	Venezuela

Director y Editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Hecho el depósito de ley

Impreso en Costa Rica por Litografía e Imprenta LIL, S.A.

Revista de Ciencias Jurídicas N° 132, 2013, cuatrimestral.

ISSN: 0034-7787

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

Dirección de la revista digitalizada:

www.ij.derecho.ucr.ac.cr

<http://cijul.ucr.ac.cr>

www.latindex.ucr.ac.cr

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

Impreso por: Litografía e Imprenta LIL, S.A.

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA
DE
CIENCIAS JURIDICAS**

132

50 AÑOS 1963-2013

SAN JOSE, COSTA RICA

2013

SETIEMBRE -DICIEMBRE

(Cuatrimestral)

JUNTA DIRECTIVA
COLEGIO DE ABOGADOS

2013

Presidente:

Dr. Gary Amador Badilla

Vicepresidenta:

Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza

Secretaria:

Licda. Rosibel Jara Velásquez

Prosecretario:

M.Sc. Eduardo Rojas Sánchez

Tesorero:

M.Sc. Jorge Eduardo Villegas Rojas

Vocal I:

Lic. Francisco Rodríguez Araya

Voca II:

M.Sc. Edgar Castrillo Brenes

Vocal III:

Licda. Shirley González Quirós

Vocal IV:

Lic. John Jorge Tapia Salazar

Vocal V:

Licda. Ana Gabriela Badilla Zeledón

Fisca I:

Licda. Cindy Vanessa Solórzano Núñez

AUTORIDADES
UNIVERSITARIAS

Rector:

Dr. Henning Jensen Pennington

Director Consejo Universitario:

M.Sc. Eliécer Ureña Prado

Vicerrector de Docencia:

Dr. Bernal Herrera Montero

Vicerrectora de Investigación:

Dra. Alice Pérez Sánchez

Vicerrector de Acción Social:

Dr. Roberto Salom Echeverría

Vicerrector de Administración:

Dr. Carlos Araya Leandro

Vicerrector de Vida Estudiantil:

M.Sc. Ruth De la Asunción Romero

Decana Sistema de Estudios de Posgrado

Dra. Cecilia Díaz Oreiro

Decano de la Facultad de Derecho

Dr. Alfredo Chirino Sánchez

Antecedentes de la Revista de Ciencias Jurídicas

En marzo de 1956, la Universidad de Costa Rica, publica su No. 1 de la **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**; la No. 2 es de diciembre de 1957 y la No. 3 de diciembre de 1958. En setiembre de 1959, desaparece la publicación con el nombre de Revista de Ciencias Jurídico-Sociales, y aparece la **Revista de Ciencias Sociales** con el No. 4, como continuadora de la anterior. La No. 5 con este último nombre se publica en setiembre de 1960, manteniéndose la numeración sucesiva hasta el presente. Por lo que respecta a la **Revista de Ciencias Jurídicas** No. 1, se publica en mayo de 1963, indicando en la Presentación, el Decano de la Facultad de Derecho de ese entonces, el abogado Rogelio Sotela, que: “con anterioridad se había publicado la llamada **Revista de Ciencias Jurídico-Sociales**, de la cual tres números se dieron a la publicidad; y posteriormente, con el nombre de Revista de Ciencias Sociales aparecieron otros dos números” (p. 6).

*En este año del 2013 se cumplen
50 años de esta revista*

PRESENTACIÓN

Se publican artículos en los temas de:

Derecho y Religión, Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho de los Alimentos y Contratación Administrativa.

Se imprimen las reseñas de obras jurídicas relevantes.

En el año del 2013, se cumplen 50 años de esta revista, cuyo primer número data de 1963.

Por esta razón, los números 130, 131 y 132 de esta revista, corresponden a esta importante celebración.

Son 50 años en los cuales, esta revista se ha publicado sin interrupción.

Tanto la Universidad de Costa Rica como el Colegio de abogados y abogadas, siempre le han dado el apoyo necesario y oportuno.

El director-editor

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

INDICE

<i>Presentación</i>	9
La Libertad Religiosa <i>Prof. Miguel Román Díaz</i>	13
Control de constitucionalidad sobre resoluciones jurisdiccionales <i>Alex Rojas Ortega</i>	43
La comisión contra la impunidad en guatemala tendencias hacia un derecho penal internacional híbrido en centroamérica <i>M. Sc. Ignacio García Azofeifa</i>	61
Derecho y alimentos transgénicos <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	89
La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica Enrique López Jiménez	139
Reseñas Bibliográficas <i>Dr. Jorge Enrique Romero Pérez</i>	173

IN MEMORIAM

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA Y MARTINEZ – CARANDE (1923- 2013)

La vida de este gran maestro del Derecho Público llegó a los 90 años.

Nació en Ramales de la Victoria, Cantabria, en 1923. Fallece en Madrid en el 2013.

Mi conocimiento personal con este notable jurista y humanista sucede cuando llego a Madrid para realizar los estudios de Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, siendo el primer alumno costarricense bajo su magisterio.

Asistí cumplidamente, a sus lecciones de Derecho administrativo en esta universidad.

Me invitó a participar en los seminarios para docentes y juristas, que dirigía en el Instituto de Estudios Políticos (que cambió su nombre a Centro de Estudios Políticos y Constitucionales) en Madrid, asistiendo en mis visitas académicas a esta ciudad, también- posteriormente- a esta misma actividad en la citada Universidad.

Recuerdo que cuando presenté la tesis doctoral sobre la *licitación pública en Costa Rica*, bajo la dirección del Dr. García de Enterría, siendo el presidente de este tribunal académico, me invitó a publicar un resumen en la Revista de Administración Pública, el cual se imprimió en el No. 71 de 1973, con el título de *Aportación al estudio de la selección de contratistas en Costa Rica*. También tuvo la amabilidad de hacer el prólogo a la citada tesis cuando la Universidad de Costa Rica la publicó en 1974.

Parte de su itinerario vital fue el siguiente:

- 1947: Letrado del Consejo de Estado, en las que ganó una plaza con brillantez
- 1957: gana la Cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Valladolid en la que formo a sus primeros discípulos: Alejandro Nieto García, Ramón Martín Mateo, Sebastián y Lorenzo Martín-Retortillo, Ramón Parada Vázquez y Tomás Ramón Fernández Rodríguez.

1962: gana la cátedra de Derecho Administrativo, en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Los estudiantes de ese entonces, utilizaron como material didáctico sus *Apuntes* de su cátedra de Derecho Administrativo, en varios tomos, que conservo. Estos *Apuntes* redactados en conjunto con el Profesor Tomás Ramón Fernández Rodríguez, sirvieron de base a la publicación posterior del *Curso de Derecho Administrativo*, editado por Cívitas.

Doctorados honoris causa: los recibió durante su vida académica, por 17 universidades europeas y latinoamericanas.

Por ejemplo: París- Sorbonne, 1977, Bolonia, 1992; Valladolid, 1992; Universidad de Porto, 2009; Mendoza, Argentina, 1986; Buenos Aires, 2000; Nuevo León, México, 1987.

Premios:

Príncipe de Asturias de Ciencias Sociales en 1984 y el Alexis de Tocqueville del Instituto Europeo de Administración Pública.

Menéndez Pelayo en el 2006.

1978 a 1986: Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, 1950; y, hasta su fallecimiento director de la *Revista de Administración Pública* (RAP) y director también de la *Revista Española de Derecho Administrativo* (REDA). Fue miembro asimismo del Consejo Asesor de la *Revista Española de Derecho Constitucional*.

Fue miembro de la Real Academia Española (RAE).

Su producción intelectual fue de enorme impacto, por ejemplo sus libros *Curso de Derecho Administrativo*, en dos tomos, en colaboración con el catedrático Tomás Ramón Fernández, *Revolución Francesa y Administración contemporánea; la lengua de los derechos; La constitución como norma y el tribunal Constitucional; Democracia, jueces y control de la Administración*.

Además de un gran cantidad de artículos publicados en revistas especializadas españolas y extranjeras.

Descanse en paz, este apóstol del Estado de Derecho y de las libertades ciudadanas en democracia.

LA LIBERTAD RELIGIOSA

Profesor Miguel Román Díaz¹
Abogado Costarricense

(Recibido 02/08/12 • Aceptado 21/11/12)

¹ Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
E-mail: miguelroman@ucr.go.cr
Tel: 2511-1521

Resumen: Este artículo presenta un análisis de los contenidos y límites de la libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. Considera cuatro aspectos principales: 1) La etimología y el significado del concepto de libertad religiosa. 2) Personas a las que esta libertad se extiende. 3) El contenido de la libertad religiosa como derecho individual, así como su relación con los derechos colectivos y las etapas de su manifestación. 4) El orden y la salud pública como límites a la libertad religiosa en el régimen democrático, y las interferencias para su ejercicio. Este artículo concluye que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha venido delimitando el contenido de la libertad religiosa. Que ha establecido que este concepto involucra a la libertad de creencias, de conciencia, de proselitismo y otras. Y que las manifestaciones externas de la libertad religiosa deben ser coherentes con el régimen democrático.

Palabras Claves: Libertad religiosa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Jurisprudencia, Derechos Humanos.

Abstract: This article presents an analysis of the content and limits of religious freedom in jurisprudence of the European Court of Human Rights. This article concludes that jurisprudence of the European Court of Human Rights has been delimiting the content of religious freedom. This court has established that this concept involves the freedom of beliefs, conscience, proselytism, and others.

Keywords: Religious freedom, European Court of Human Rights, Jurisprudence, Human Rights.

Sumario:

- 1) Introducción.
- 2) Concepto de libertad religiosa.
 - 2.1 Etimología del concepto.
 - 2.2 Definición de la libertad religiosa desde la perspectiva jurídica.
 - 2.3 Concepto de libertad religiosa del TEDH.
- 3) Extensión de la libertad religiosa.
 - 4) Contenido de la libertad religiosa.
 - 4.1 Derechos del individuo.
 - 4.2 Etapas en la manifestación de la religión.
 - 4.3 Derechos colectivos.
- 5) Límites de la libertad religiosa.
 - 5.1 Libertad religiosa coherente con el régimen democrático.
 - 5.2 El orden público.
 - 5.3 La salud pública.
 - 5.4 No interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa.
- 6) Conclusiones.
- 7) Bibliografía citada.

1) Introducción

La religión ha sido consustancial a la historia del ser humano. Desde tiempos remotos la creencia en seres superiores ha generado el nacimiento de sistemas de creencias que han acompañado a las personas hasta nuestros días; sin embargo, en no pocas ocasiones la religión ha promovido la restricción total de la autonomía humana y su dignidad se ha visto menoscabada hasta los últimos límites.

La libertad religiosa como concepto jurídico requiere ser precisado para entender su complejidad. De ahí que pretendamos acometer esta tarea en un primer momento, con el propósito de clarificar su significado; ya que ello nos permitirá entender su contenido múltiple, así como su proyección en planos diferentes pero interconectados.

Dada la impronta permanente que la libertad religiosa tiene en la vida de la mayoría de los seres humanos nos ha parecido conveniente analizarla en su perspectiva más pragmática. De ahí que hayamos considerado pertinente utilizar la jurisprudencia como instrumento que nos permita desentrañar los límites que el ejercicio de la libertad religiosa.

Para ello se echara mano de casos concretos conocidos y resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y por el Tribunal Constitucional de Costa Rica. Pretendemos establecer algunos puntos de contacto entre las líneas jurisprudenciales de ambos órganos en relación con la libertad religiosa y con esto determinar los criterios que utilizan estas instancias en la práctica.

En palabras sencillas, la idea es estudiar el contenido de la libertad religiosa utilizando como instrumento la jurisprudencia del TEDH y del constitucional costarricense, sin perjuicio de tomar en cuenta las tesis teóricas en relación con el tema.

2) Concepto de libertad religiosa

Uno de los aspectos necesarios al estudiar la libertad religiosa es reparar en su concepto. En ese sentido, se impone hurgar en sus aspectos etimológicos y también en la definición desde la perspectiva jurídica que permite distinguirla de otros conceptos afines.

2.1 Etimología del concepto

Desde el punto de vista etimológico, el concepto “libertad religiosa” está compuesto por el término “libertad” en su función como sustantivo y la palabra “religiosa” en una función calificativa o de adjetivo. De las doce acepciones que establece el Diccionario de la Real Academia para la palabra “libertad”, la primera es la que se acerca a nuestro objeto de estudio al disponer que es la: “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos.”¹

Por su parte, el adjetivo “religiosa” se aplica cuando el sustantivo que se califica está relacionado con la religión. En ese sentido, se define como religión el: “Conjunto de creencias o dogmas acerca de la divinidad, de sentimientos de veneración y temor hacia ella, de normas morales para la conducta individual y social y de prácticas rituales, principalmente la oración y el sacrificio para darle culto.”²

Como se observa, la etimología de las palabras del concepto “libertad religiosa”, no nos permite tener una idea clara de su significado. De igual manera la utilización de ambos términos en el lenguaje común, genera una mayor imprecisión o ambigüedad del concepto; de ahí que sea necesario ahondar en un contenido conceptual para clarificar nuestro objeto de estudio³.

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22° edición, Real Academia Española, Madrid, 2001, p.1032.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22° edición, Real Academia Española, Madrid, 2001, p.1047.

³ Sobre la necesidad de precisar el concepto de “libertad religiosa” en 1989 se afirmaba: “El término «libertad», tanto en sí considerado como si se especifica con el adjetivo «religioso», ha sufrido ese fenómeno lingüístico según el cual la excesiva utilización de un vocablo acaba por vaciar de contenido el significado. Por tanto, la primera misión, tal vez la más difícil y polémica, sea deslindar no sólo los perfiles del fenómeno que

2.2 Definición de la libertad religiosa desde la perspectiva jurídica

Existen diferentes perspectivas desde las que se procura precisar el concepto de libertad religiosa. Desde la perspectiva filosófica se trata de un concepto relacionado con la autonomía del ser humano para pensar y escoger, ya que en ese tanto se configura su propia identidad como individuo; por su parte, la perspectiva teológica ha sido desarrollada especialmente por el catolicismo y el protestantismo y está sustentada, en términos generales, en la concepción de un Dios que otorga al ser humano la libertad para ser un fin en si mismo y no medio⁴.

Dejamos enunciados estas dos breves referencias de la perspectiva filosófica y teológica, debido a que a nosotros nos corresponde abordar el concepto de libertad religiosa desde la perspectiva jurídica. En ese sentido, coincidimos en la necesidad de ubicar el análisis de la libertad religiosa en el ámbito de la libertad jurídica; ello supone un plano independiente de lo moral y psicológico, pero que está relacionado con ellos debido al carácter social de los seres humanos y el derecho⁵.

La libertad jurídica es el espacio definido por el Derecho y en donde los seres humanos tienen el derecho de libertad religiosa y pueden ejercerla de conformidad con las normas jurídicas establecidas por la sociedad correspondiente. Dicho en forma simple: “La libertad religiosa es una de las dimensiones de esa libertad jurídica”⁶

se va a estudiar, sino precisar las perspectivas de análisis escogidas”. MOTILLA, Agustín, “Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo.”, en AA.VV., *Libertad y derecho fundamental de Libertad Religiosa*, IBAN, Iván (Coord), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p.193.

⁴ Una visión resumida del concepto filosófico y teológico de libertad religiosa se puede consultar en: BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 29-45.

⁵ En este mismo sentido: “Para Ruffini la libertad religiosa no hay que confundirla ni con un principio filosófico, ni con un concepto teológico, sino que hay que situarla en el terreno del Derecho, y consiste en la creación de aquellas condiciones jurídicas que permiten a todos la consecución de sus fines religiosos sin que el Estado o alguna otra persona – individual o colectiva – puedan interferir en ello, ni obstaculizarlos.” Citado por: MANTECÓN SANCHO Joaquín, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1996, p. 30.

⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa”, en AA.VV., *Libertad y derecho fundamental de*

La libertad jurídica y su configuración es necesaria para que el ser humano pueda desarrollar su libertad psicológica y moral. La determinación por parte de la persona de lo bueno y lo malo, así como la posibilidad real de desarrollar el proceso cognitivo y psicológico de toma de decisión, está íntimamente relacionado con el espacio externo definido por la libertad jurídica; la conjugación de las tres libertades tienen como telón de fondo el concepto de dignidad humana, el cual aboga en el plano objetivo por ese espacio jurídico de libertad donde el ser humano pueda ejercer, entre otras, la libertad religiosa⁷.

De ahí que una aproximación más perfilada del concepto de libertad religiosa viene a consignar que es: "(...) aquel derecho que garantiza a los hombres en el ámbito de la sociedad civil la posibilidad de vivir y practicar sus creencias religiosas, individual o colectivamente⁸." En otras palabras, se trata de una figura jurídica que determina el rango de acción y las limitaciones que tienen los seres humanos en el espacio social respecto a la religión como fenómeno social⁹.

Lo anterior no significa que no se tenga en cuenta que la libertad religiosa, desde el punto de vista jurídico, tiene una proyección o efectos en el ámbito interno de las personas. Sin embargo, el estudio de los efectos que una mayor o menor libertad religiosa tiene en el fuero interno de las personas, corresponde más a un estudio psicológico que a un estudio jurídico.

Libertad Religiosa, IBAN, Iván (Coord), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p.57.

⁷ En este sentido: "Es la dignidad que deriva de nuestra condición relacional y de esa racionalidad que actúa a través de la ética pública política y jurídica, para realizar el deber ser de nuestra dignidad, desde la autonomía que supone la libertad de elección hasta la autonomía que alcanza la libertad moral, desarrollando nuestra capacidad racional, estética, comunicativa y convivencial. Así se cierra el círculo y nuestra sociedad permite que la dignidad humana sea real y efectiva desde la propia dignidad." PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, "*La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*", Cuadernos Bartolomé de las Casas, n° 11, Dykinson, Madrid, 2002, p.68.

⁸ MANTECÓN SANCHO Joaquín, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1996, p. 31.

⁹ Es conveniente reafirmar que "la libertad religiosa sería aquella que goza el ciudadano con respecto al Estado en materia de religión, dejando de lado connotaciones puramente morales o religiosas en este concepto".

En consecuencia, corresponde al Derecho establecer las condiciones para que el ser humano pueda externar sus creencias o pensamientos, aspecto que conlleva a que se tome en cuenta varias relaciones posibles, a saber: 1) La relación dialéctica que se da entre la persona y el entorno social en términos genéricos. 2) La relación entre la persona y el Estado. 3) La relación entre la persona y los otros seres humanos que interactúan con éste.

2.3 Concepto de libertad religiosa del TEDH

Al existir un problema de precisión en relación con la libertad religiosa, es de esperar que Tribunal Europeo de Derechos Humanos realice un esfuerzo para solventar de alguna forma esta situación; sin embargo, su jurisprudencia no ha resuelto en forma cabal este problema y ello evidencia lo complejo que resulta la precisión del concepto en la práctica¹⁰.

Existen sentencias donde el TEDH ha realizado precisiones en relación con la libertad religiosa. Así en el caso Campbell y Cosans contra el Reino Unido, se estableció que la libertad religiosa consignada en el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se aplica a las convicciones que han obtenido un cierto grado de fuerza, de seriedad, de coherencia y de importancia¹¹.

Se constata así una serie de características que permiten diferenciar la libertad religiosa de la libertad de opinión y expresión, ya que según la jurisprudencia éstas no requieren gozar de fuerza y convicción propias de la libertad religiosa. Por otra parte, en la jurisprudencia del TEDH se consigna que la libertad religiosa se proyecta de diversas formas, a saber:

Ver, LARENA BELDARRAIN, Javier, La libertad religiosa y su protección en el derecho español, Dykinson, Madrid, 2002, p. 77.

¹⁰ Al respecto se ha dicho que: (...) un examen de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es tampoco clarificador respecto de la delimitación de la noción de las libertades de pensamiento, conciencia y de religión.” PEREZ MONTERO, María Eugenia, *La defensa de la libertad religiosa: manifestaciones externas de religiosidad como expresión de convivencia. Retos para el siglo XXI*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005, p.52.

¹¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Campbell y Cosans contra el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.

“ En términos del artículo 9, la libertad de manifestar su religión no se ejerce únicamente de manera colectiva, “en público” y en el círculo de los que comparten la fe, puede también ejercerse “individualmente” y “en privado”; además comporta el derecho de intentar convencer a su prójimo, por ejemplo, mediante la “enseñanza”, puesto que “la libertad de cambiar de religión o de convicción”, consagrada por el artículo 9, correría el riesgo de convertirse en letra muerta¹².”

3) Extensión de la libertad religiosa

La libertad religiosa se extiende a todas las personas. Cualquier persona, en principio, tiene la posibilidad de gozar del espacio jurídico que crea la libertad religiosa; empero, esa libertad religiosa puede ser ejercida de forma individual o en forma colectiva, es decir, no solo se extiende a toda persona considerada de manera individual sino que también abarca a las personas en su actuación colectiva¹³.

Tomando en consideración esta característica de extensión de la libertad religiosa se puede afirmar que:

“Por tanto, toda persona humana individual o colectivamente considerada tiene derecho a ejercer la libertad religiosa, que, negativamente, importa el que no sufra coacción alguna, sea física, sea moral, como individuo o unido en grupo, asociación, comunidad, Iglesia, confesión... con otros, y positivamente, importa que se promueva y fomente el libre ejercicio de la actividad religiosa, pudiendo adherirse a una religión o separarse de ella, practicar o no practicar..., sin que el Estado, ni sus organismos, ni persona o grupo alguno puede impedirle el ejercicio de tal derecho fundamental, obstaculizarlo o dificultarlo en las diversas manifestaciones en las que cumple tal derecho de libertad religiosa.¹⁴”

¹² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kokknekis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

¹³ Sobre la extensión de la libertad religiosa puede consultarse el Capítulo IV, “Extensión de la libertad religiosa”, en: BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 137-178.

¹⁴ VICENTE CANTÍN, Luis, *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 1990, p. 87.

La libertad religiosa en sentido jurídico, por ende, es un derecho fundamental que se puede considerar de contenido complejo. Su función negativa de limitación del poder público y en relación con los otros individuos, se presenta de forma más evidente que su función promocional¹⁵.

En la jurisprudencia del TEDH se ha afirmado que la libertad religiosa figura entre los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también se establece que es un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes¹⁶. Nos parece que el TEDH tiene razón, porque finalmente cualquier persona se beneficia de los efectos jurídicos que supone la existencia de la libertad religiosa; sin embargo, resulta obvio que esta afirmación se emite considerando principalmente la perspectiva negativa y no tanto la función promocional, que de alguna manera crea un desequilibrio a favor de los creyentes en el disfrute del derecho¹⁷.

La definición de la libertad religiosa junto con una idea más precisa de su extensión, nos lleva a plantearnos cuál es su contenido. Empero, ello no resulta ser una tarea sencilla si se toma en consideración tanto la perspectiva negativa como positiva de la libertad religiosa.

4) Contenido de la libertad religiosa

Tradicionalmente el contenido de la libertad religiosa ha estado determinado por: 1) La posibilidad de profesar la propia religión o no profesar ninguna. 2) Realizar culto en forma privada o pública. 3)

¹⁵ MOTILLA, Agustín, "Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo.", en AA.VV., *Libertad y derecho fundamental de Libertad Religiosa*, IBAN, Iván (Coord), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, p.196.

¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sentencia Kokknakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

¹⁷ Sobre esta realidad se ha indicado: "En las Constituciones liberales clásicas la función principal del Estado parece ser la de tutelar (o garantizar); en las Constituciones postliberales, junto a la función de la tutela o de la garantía aparece cada vez más frecuentemente la de promover." BOBBIO, Norberto, "La Función Promocional del Derecho", en RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho, Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990, p 381.

Recibir enseñanzas religiosas propias. 4) Ejercer apostolado y realizar propaganda de la propia fe. 4) Agruparse con otros fieles para desarrollar actividades de carácter religioso no propiamente litúrgicas o culturales. 6) Contraer matrimonio de acuerdo con los propios ritos. 7) Educar a los hijos conforme a las creencias de los padres¹⁸.

Como se observa, estamos en presencia de una figura jurídica con un contenido complejo¹⁹. El TEDH ha reafirmado en su jurisprudencia el contenido positivo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en ese sentido ha manifestado: “El Tribunal recuerda a continuación que el artículo 9 enumera las distintas formas que puede adoptar la práctica de una religión o de una creencia, a saber, el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos.”²⁰

Nos parece conveniente ir analizando los componentes que dan contenido a la libertad religiosa, con el propósito de ir visualizando los aspectos relevantes que la teoría y la jurisprudencia han definido en relación con cada uno de estos aspectos. Para tales efectos resulta útil el desarrollo que hace la distinción entre los derechos del individuo, las etapas de la manifestación religiosa y los derechos comunitarios²¹.

¹⁸ MANTECÓN SANCHO Joaquín, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1996, p. 82.

¹⁹ En España, por ejemplo, se ha planteado que se puede distinguir dos formas de entender el concreto contenido del derecho de libertad religiosa: a) Atendiendo a su regulación legal en donde se consagra una serie de derechos individuales y colectivos. b) Atendiendo a la tutela efectiva del derecho de libertad religiosa que supone garantizar: la libertad de profesar o no las creencias religiosas elegida libremente. La libertad de declarar o no declarar las propias convicciones religiosas. La libertad de culto. La libertad de información sobre las creencias religiosas que se profesan. La libertad ético o moral. La libertad de educación religiosa. Y la libertad de reunión, de manifestación y de asociación para realizar actividades religiosas. LARENA BELDARRAIN, Javier, *La libertad religiosa y su protección en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 89-90.

²⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Cha'are Shalom Ve Tsedek Kokknakis contra Francia*, de 27 de junio de 2000. También en: Sentencia Kalac contra Turquía, de 1 julio de 1997.

²¹ Este desarrollo se sigue en: BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 137-178.

4.1 Derechos del individuo

La libertad religiosa otorga a toda persona considerada individualmente el derecho de adherirse o no a una religión, así como la posibilidad de cambiar de religión. En relación con este punto se ha señalado que en realidad los convenios internacionales de derechos humanos al referirse a la religión y a las convicciones afirman tanto “la libertad de” como el “derecho a”.

En esa línea de argumentación se ha indicado que: “Con la primera de estas expresiones no sólo afirman la inmunidad de toda persona respecto de las medidas coactivas dirigidas a obligarla a aceptar una determinada doctrina, sino que, además proclaman el derecho a la exclusión de aquellas formas de presión con frecuencia discriminatorias las cuales privan de las libertades, teóricamente proclamadas, de elección y modificación de la elección.”²²

En esta línea el TEDH ha manifestado que: “Lo que, en medios civiles podría pasar por un intercambio inofensivo de ideas que el destinatario es libre de aceptar o de rechazar, puede, en el marco de la vida militar, ser percibido como una forma de acoso o como el ejercicio de presiones por un abuso de poder. Hay que precisar que las discusiones entre individuos de grados desiguales sobre religión u otras cuestiones delicadas no caerán en esta categoría. Si las circunstancias lo exigen, los Estados están autorizados para tomar medidas particulares para proteger los derechos y las libertades de los subordinados en las fuerzas armadas.”²³

Dicho en otras palabras, la libertad religiosa implica que la persona debe estar exenta de cualquier acción externa o presión que pueda influenciar su autonomía para decidir si se adhiere, cambia o desiste de pertenecer a una determinada religión. En el caso citado se consigna

²² MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, “Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional”, en: MINISTERIO DE JUSTICIA. DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS RELIGIOSOS, Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa, DE LA HERA, Alberto y MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María (Coordinadores), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 59.

²³ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Larissis contra Grecia, de 24 de febrero de 1998.

que la posición de poder que puede ostentar una persona en relación con otra, se considera como un elemento que puede afectar este la autonomía de la persona y por tanto violentar su libertad religiosa.

4.2 Etapas en la manifestación de la religión

Tomando como referencia el desarrollo de las diferentes fases de la vida de una persona, es posible advertir como la libertad religiosa es aplicable a algunas de estas etapas. De ahí que procuremos dar una mirada panorámica atendiendo a estas variables, pero en especial tomando en consideración lo resuelto por el TEDH.

4.2.1 Nacimiento

Lo normal en el desarrollo de cualquier ser humano es que los padres influyan en su vida. El aspecto religioso no es ajeno a este fenómeno, de manera que la libertad religiosa pretende garantizar que conforme el ser humano vaya creciendo, éste tenga la libertad de elegir en lo que a sus creencias religiosas se refiere²⁴.

En la sentencia Hoffmann contra Austria, el TEDH establece que la religión o ideología de los padres no podrá ser tenida en cuenta, de un modo exclusivo y apriorístico, como criterio para resolver conflictos donde esté de por medio el interés del menor de edad²⁵.

Por tanto, en relación con los hijos priva la libertad religiosa de estos sobre el derecho de los padres de inculcar a sus hijos sus creencias religiosas.

4.2.2 Educación

En relación con este aspecto, la libertad religiosa comprende el derecho preferente de los padres de escoger el tipo de educación que

²⁴ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 150.

²⁵ MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, “*Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional*”, en: MINISTERIO DE JUSTICIA. DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS RELIGIOSOS, *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, DE LA HERA, Alberto y MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María (Coordinadores), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 75.

más les convenga a sus hijos, teniendo la posibilidad de definir si éstos recibirán enseñanza religiosa y moral²⁶.

Sobre este particular en la sentencia Kjeldsen-Buskmadsen-Pedersen contra Dinamarca el TEDE se pronunció indicando: “En este derecho fundamental a la instrucción se inserta el derecho enunciado por la segunda frase del artículo 2 (apartado 50, supra). Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente “asegurar (la) educación y (la) enseñanza”, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción²⁷”

En este caso, la jurisprudencia del TEDH sí otorga a los padres la posibilidad de decidir sobre el tema de la enseñanza religiosa; sin embargo, esta preferencia irá desapareciendo conforme el menor vaya teniendo mayor capacidad de raciocinio y pueda decidir en relación con este tema.

4.2.3 Alimentación

Hay normas confesionales en relación con la preparación y consumo de los alimentos. En el caso de Judíos y Musulmanes, por ejemplo, se prescribe como deben ser preparados los alimentos para ser consumidos de acuerdo con los ritos o condiciones en el caso de los primeros y se prohíbe el consumo de ciertos alimentos como el cerdo en el caso de los segundos²⁸.

Sobre el particular el TEDH ha considerado que las normas en relación con los alimentos forman parte de la práctica religiosa. En relación con este punto, en el caso Cha'are Shalom Ve Tsedek Kokknakis contra Francia se deja claramente estipulado que: “(...) No

²⁶ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 150-151

²⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kjeldsen-Buskmadsen-Pedersen contra Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

²⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo II, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2007, p. 393.

se discute que el sacrificio ritual sea un «rito», como su nombre por otro lado indica, que trata de proporcionar a los fieles carne procedente de animales sacrificados conforme a las prescripciones religiosas, lo que constituye un elemento esencial en la práctica de la religión judía.²⁹

No obstante, como veremos, estas normas confesionales tienen que estar acorde con otras normas de carácter sanitario, de manera que no pongan en peligro el derecho a la salud.

4.2.4 Servicio militar

En la mayoría de países del mundo el servicio militar es una etapa en la vida de la mayoría de las personas. No obstante, esta circunstancia no inhibe que al realizar el servicio militar las personas continúen teniendo y manifestando su adhesión religiosa.

La libertad religiosa no queda en suspenso mientras se efectúa el servicio militar, aunque los valores de disciplina y obediencia pretendan, eventualmente, suprimir o suspender sus efectos. Dicho en otros términos, la disciplina y la obediencia no tienen la fuerza para que una persona en servicio militar deje de ejercer el derecho a la libertad religiosa³⁰.

El hecho de que la libertad religiosa no queda suspendida por el servicio militar se confirma en la sentencia *Larissis contra Grecia* cuando se dispone que: “El Tribunal recuerda que el Convenio vale también, en principio, para los miembros de las fuerzas armadas y no únicamente para los civiles. Al interpretar y aplicar las normas de este texto en asuntos como el presente, el Tribunal debe, sin embargo, tener en cuenta las particularidades de la condición militar y las consecuencias de ésta en la situación de los miembros de las fuerzas armadas.³¹”

Dicho en otras palabras, la libertad religiosa se aplica para los miembros de las fuerzas armadas también, no sólo para los civiles; de

²⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Cha'are Sbalom Ve Tsedek Kokknakis contra Francia*, de 27 de junio de 2000.

³⁰ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 153.

³¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Larissis contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998.

manera que las particularidades del servicio militar y las consecuencias de éste, no impide que una persona en su condición de militar continúe ejerciendo su derecho de libertad religiosa.

4.2.5 Ejercicio del culto

La posibilidad de ejercer el culto a nivel individual, especialmente de aquellos que no pertenecen a la religión mayoritaria u “oficial”, choca con las disposiciones jurídicas y sociales que secundan la dinámica impuesta por aquella. Esto se evidencia claramente en aspectos tan sencillos como el día establecido para realizar el culto, ya que en países con una religión católica predominante, la dinámica social, laboral y económica determina que el domingo es el día en que la persona tendría el tiempo para ejercer el culto religioso.

La libertad de ejercicio del culto no comprende una obligación de los Estados en el sentido de dispensar de obligaciones escolares o de cambiar fecha de exámenes para que no coincidan con el día de culto de una determinada religión.³² De ahí que el TEDH haya considerado que, en aplicación del principio de proporcionalidad, no era contrario al CEDH que las autoridades escolares no aprobaran una dispensa general para que un niño no asistiera a clase los sábados, por ser éste el día de culto de los miembros de la Iglesia Adventista³³.

4.3 Derechos colectivos

Entre los derechos relacionados con la libertad religiosa están los de asociación, reunión y organización aplicables a otras actividades en el contexto de una sociedad democrática. Asimismo, el derecho de predicar y hacer proselitismo como grupo religioso forma parte de un derecho que también ejercen otras agrupaciones como los partidos políticos; de ahí que convenga observar como ha sido su desarrollo en

³² FREIXES SANJUÁN, Teresa, “*La construcción jurisprudencial europea de la libertad religiosa*”, en AA.VV., *Libertad religiosa y Derechos Humanos*, MARZAL, Antonio (Ed), Bosch, Barcelona, 2004, p. 66.

³³ En este caso el derecho de los padres a educar al hijo según sus creencias cedió ante el derecho del niño a la instrucción. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Martins Casimiro y Cerveira Pereira contra Luxemburgo*, de 27 de abril de 1999.

lo atinente a la libertad religiosa, ya que existen puntos de contacto de estos derechos que se aplican a ésta.

4.3.1 Asociación

La posibilidad de las personas para asociarse, forma parte de un derecho consustancial a la naturaleza social de los seres humanos. No se puede separar la existencia individual de las personas de su existencia social, el ser humano adherido a una religión tanto individual como colectivamente necesita expandirse, hacer propaganda, ganar adeptos, crecer y desarrollarse³⁴.

El TEDH deja claramente establecido en la sentencia Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia que la asociación forma parte del ejercicio colectivo de la libertad religiosa, al respecto expresa que:

“Aunque la libertad religiosa es principalmente una cuestión de conciencia individual, implica también, entre otras cosas, la libertad de «manifestar su religión» individualmente y en privado o colectivamente, en público y con aquellos cuyas creencias se comparten. Como las comunidades religiosas existen tradicionalmente en forma de estructuras organizadas, el artículo 9 debe ser interpretado a la luz del artículo 11 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572), que protege la vida asociativa contra injerencias injustificadas del Estado. Visto desde esa perspectiva, el derecho de los creyentes a la libertad de religión, que incluye el derecho a manifestar su religión en comunidad con otros, abarca la expectativa de que se debe permitir a los creyentes asociarse libremente, sin intervenciones arbitrarias del Estado.³⁵”

La asociación como parte de la libertad religiosa es considerada como necesaria para procurar el pluralismo de la sociedad democrática. De ahí que por una parte se reafirme la posibilidad de los creyentes de asociarse y por otra se consigne la obligación del Estado de no interferir y mantenerse neutral en este aspecto.

³⁴ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 170.

³⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia*, de 14 de setiembre de 2006.

4.3.2 Organización

Unido a la posibilidad de asociarse, la libertad religiosa lleva aparejada la autonomía de los miembros de la asociación religiosa para organizarse conforme a su propia decisión. Ello permite que puedan establecer las normas de funcionamiento y las condiciones de admisión o exclusión de sus miembros; asimismo la libertad religiosa abarca la posibilidad de fijar las doctrinas y los ritos concomitantemente con la designación de sus propios dirigentes religiosos³⁶.

En la sentencia Iglesia metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia, el TEDH en relación con este aspecto dispuso:

“Por otro lado, como las comunidades religiosas existen tradicionalmente bajo la forma de estructuras organizadas, el artículo 9 debe interpretarse a la luz del artículo 11 del Convenio que protege la vida asociativa contra toda injerencia injustificada del Estado. Visto desde este ángulo, el derecho de los fieles a la libertad de religión, que comprende el derecho a manifestar su religión colectivamente, supone que los fieles puedan asociarse libremente, sin injerencia arbitraria del Estado. En efecto, la autonomía de las comunidades religiosas es indispensable para el pluralismo en una sociedad democrática y se encuentra por tanto en el centro mismo de la protección que ofrece el artículo 9 (Sentencia Hassan y Tchaouch previamente citada, ap. 62).³⁷”

Sobra decir que la posibilidad de autoorganización de la asociación religiosa parte del supuesto de que esa organización es para fines religiosos. Dicho de otro modo, en el momento que la organización se utilice para otros fines la tutela por parte de la libertad religiosa ya no es posible y tendría que ponderarse las características que tiene la nueva organización.

4.3.2 Reunión

La reunión como parte del ejercicio de la libertad religiosa supone la posibilidad que dos o más personas se reúnan en un lugar privado

³⁶ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 174.

³⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Iglesia metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001.

o público para manifestar su creencia religiosa. Esta reunión puede darse con motivo de manifestaciones públicas como las procesiones o la exhibición de signos externos como emblemas, indumentaria u otro tipo de manifestación externa, también por la convocatoria para realizar culto a la deidad que un determinado grupo religioso venera³⁸.

La posibilidad de reunirse con fines religiosos es abordada por el TEDH en la sentencia Kuznetsov y otros contra Rusia, en ella se expresa que: “El Tribunal reitera que el artículo 9 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) protege actos de culto y devoción que son aspectos de la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida (véase C. contra el Reino Unido, núm. 10358/1983, Decisión de la Comisión de 15 diciembre 1983, Decisiones e Informes 37, pg. 142). Es innegable que el estudio y discusión colectivos de textos religiosos por parte de los miembros del grupo religioso de los Testigos de Jehová era una forma reconocida de manifestación de su religión en culto y enseñanza. Así, la reunión de los demandantes del 16 de abril de 2000 estaba protegida por el artículo 9 del Convenio.³⁹”

Importa agregar que la protección de la libertad religiosa para que dos o más personas puedan reunirse para propósitos religiosos contempla también, que la reunión pueda desarrollarse sin interrupción y en el tiempo previsto por el grupo religioso.

4.3.4 Predicación y proselitismo

La posibilidad de proclamar la doctrina religiosa en la que se cree, es otro de los aspectos que ampara la libertad religiosa. Ello implica no solo la manifestación externa de la predica, sino también la posibilidad de enseñar la religión a las personas que así lo quieran; ello va aparejado con la posibilidad de convencer a los interlocutores para que se adhieran o se cambien al grupo religioso que realiza la actividad proselitista.

El TEDH ha manifestado claramente sobre este punto que: “ En términos del artículo 9, la libertad de manifestar su religión no se ejerce

³⁸ BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989, p. 171-172.

³⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kuznetsov y otros contra Rusia*, de 11 de enero de 2007.

únicamente de manera colectiva, “en público” y en el círculo de los que comparten la fe, puede también ejercerse “individualmente” y “en privado”; además comporta el derecho de intentar convencer a su prójimo, por ejemplo, mediante la “enseñanza”, puesto que “la libertad de cambiar de religión o de convicción”, consagrada por el artículo 9, correría el riesgo de convertirse en letra muerta.⁴⁰”

Importa enfatizar que el TEDH le otorga al proselitismo una nueva dimensión. La libertad religiosa no va a permitir solo el predicar la doctrina, sino que ahora la labor proselitista puede tener como objetivo el convencer a las personas para que se adhieran o cambie de religión.

5) Límites de la libertad religiosa

Al igual que sucede con otros derechos, la libertad religiosa se enfrenta al difícil problema de definir sus límites. Se trata de un derecho limitado que se encuentra sometido a una serie de restricciones que vienen dadas por el necesario respeto a los derechos de los demás, al orden público y a las buenas costumbres⁴¹.

Resulta un tanto obvio indicar que estos límites están relacionados con la dimensión externa de la libertad religiosa. En efecto, como hemos planteado desde el principio, la dimensión interna de la libertad religiosa es un plano donde el Derecho no llega; sin embargo, cuando el creyente trasciende al ámbito externo y hace una manifestación pública de sus creencias, suelen darse colisiones con los derechos que también ostentan otras personas que tienen o no una creencia religiosa.

El TEDH desde sus primeras sentencias, estableció una especie de “test” para determinar la compatibilidad del Convenio con los límites de la libertad religiosa. Al respecto se han dispuesto fundamentalmente tres criterios, a saber: 1) Previsión legal pertinente. 2) Necesidad de su establecimiento en una sociedad democrática para alcanzar objetivos legítimos. 3) Proporcionalidad⁴².

⁴⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kokknakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

⁴¹ LARENA BELDARRAIN, Javier, *La libertad religiosa y su protección en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2002, p. 99.

⁴² FREIXES SANJUÁN, Teresa, “La construcción jurisprudencial europea de la libertad religiosa”, en AA.VV., *Libertad religiosa y Derechos Humanos*, MARZAL, Antonio (Ed), Bosch, Barcelona, 2004, p. 67.

Estos criterios funcionan como una especie de contrapeso a la necesidad de limitación de la libertad religiosa. Para ser más preciso, la limitación a cualquier derecho requiere ser justificada o de lo contrario el derecho podría ser vaciado de su contenido; de ahí que el TEDH haya venido desarrollando una jurisprudencia en relación con la libertad religiosa que procura plasmar esa justificación, se trata de una decisión razonada y que procura evitar la arbitrariedad⁴³.

De manera que atendiendo a casos específicos resueltos por el TEDH, procuraremos ir señalando algunas de las limitaciones que ha establecido en relación con la libertad religiosa.

5.1 Libertad religiosa coherente con el régimen democrático

Una primera limitación de carácter general que ha establecido el TEDH en relación con la libertad religiosa es que las diferentes manifestaciones externas que se derivan de ésta, no deben estar en contra de los postulados esenciales de la democracia⁴⁴.

En el caso del Partido Prosperidad contra Turquía, se reafirma como presupuesto de base la defensa del pluralismo como elemento esencial de la democracia. Se indica que: “No hay democracia sin pluralismo. Es por eso por lo que la libertad de expresión consagrada por el artículo 10 es válida, bajo reserva del apartado 2, no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan (véanse, entre otras, Sentencia «Handyside» contra el Reino Unido de 7 de diciembre de 1976 [TEDH 1976, 6] serie A núm.

⁴³ En relación con este punto el TEDH ha manifestado en el párrafo 49: “El Tribunal ha precisado que en una sociedad democrática, en la que varias religiones coexisten en el seno de una misma población, puede revelarse necesario asociar a esta libertad limitaciones capaces de conciliar los intereses de los diversos grupos y de garantizar el respeto de las convicciones de cada uno (*Sentencia Kokkinakis anteriormente citada*, pg. 18, ap. 33).” TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía, de 31 de junio de 2001.

⁴⁴ Esta limitación resulta relevante en otro ámbito diferente al religioso como lo es el político. En efecto, en el caso de España la existencia del grupo terrorista ETA y su utilización de la figura del Partido Político, ha llevado a un cuestionamiento en relación con la utilización de las instituciones democráticas para atacar y beneficiarse del propio régimen democrático.

24, pg. 23, ap. 49 y «Jersild contra Dinamarca» de 23 de septiembre de 1994 [TEDH 1994, 36], serie A núm. 298, pg. 26, ap. 37). En tanto en cuanto sus actividades participan de un ejercicio colectivo de la libertad de expresión, los partidos políticos pueden pretender la protección de los artículos 10 y 11 del Convenio (Sentencia «Partido Comunista Unificado de Turquía y otros contra Turquía» de 30 de enero de 1998 [TEDH 1998, 1], Repertorio de sentencias y resoluciones 1998-I, pg. 17, aps. 42 y 43)⁴⁵»

No obstante, teniendo claro lo anterior, se deja asentado en el caso aludido que no se puede utilizar los derechos y libertades democráticas para atentar contra la propia democracia. Por esta razón se perfila los criterios para limitar las acciones que al amparo de la libertad religiosa, pueden desarrollarse en el propio régimen democrático; al respecto se indica: “En opinión del Tribunal, un partido político puede hacer campaña a favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones: 1) los medios utilizados a este efecto deben ser desde todo punto de vista legales y democráticos; 2) el cambio propuesto debe ser él mismo compatible con los principios democráticos fundamentales.”⁴⁶»

5.2 El orden público

En orden público como límite a la libre manifestación de creencias ha sido interpretado por el TEDH de una manera amplia. Ello ha permitido que este criterio se haya convertido en una de las principales limitaciones a la libertad religiosa, ya que ha sido utilizada en diferentes casos como justificación.

Así en el caso *Shalom Ve Tsedek Kokknakis contra Francia* se indica que: “(...) el Tribunal señala que la medida enjuiciada, prevista por la ley, persigue un fin legítimo, el de la protección de la salud y del orden público, en la medida en que la organización por parte del Estado del ejercicio de un culto ayuda a la paz religiosa y a la tolerancia. Además, teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disponen los

⁴⁵ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía*, de 31 de junio de 2001

⁴⁶ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía*, de 31 de junio de 2001

Estados (Sentencia Manoussakis contra Grecia de 29 septiembre 1996, Repertorio 1996-IV, pg. 1364, ap. 44), concretamente en lo relativo al establecimiento de las delicadas relaciones entre el Estado y las religiones, no podría considerarse excesiva ni desproporcionada.⁴⁷”

Por otra parte en el caso Vergos contra Grecia con base en el criterio de orden público como limitación de la libertad religiosa se afirmó que: “El Tribunal constata que el criterio admitido por el Consejo de Estado no puede tacharse de arbitrario. La autorización de modificar el plan de ordenación del territorio no podía acordarse sino para la construcción de un edificio de utilidad pública. Ahora bien, es razonable pensar que, en tal hipótesis, las necesidades de la comunidad religiosa puedan jugar un rol. Es evidente que el interés público de ordenación racional del territorio no puede suplantarse por las necesidades de culto de un único fiel de los COV cuando existía en la ciudad vecina una casa de oración que cubría las necesidades de dicha colectividad religiosa en la región⁴⁸”

Finalmente en la sentencia del año 2003 del Partido de la Prosperidad contra Turquía, también se estableció que: “(...) no constituyen un incumplimiento del artículo 9 del Convenio las medidas tomadas en las universidades laicas para velar por que ciertos movimientos fundamentalistas religiosos no alteren el orden público y no atenten contra las creencias ajenas⁴⁹ ”

Como se observa la línea jurisprudencial del TEDH viene a limitar la libertad religiosa no ya para proteger los bienes a los que alude el Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino que se extiende a situaciones aún más diversas.

5.3 La salud pública

Otro de los criterios que el TEDH ha esgrimido como limitador de la libertad religiosa es la salud pública. Esto tiene especial relevancia en

⁴⁷ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Cha'are Shalom Ve Tsedek Kokknakis contra Francia*, de 27 de junio de 2000.

⁴⁸ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Vergos contra Grecia*, de 24 de junio de 2004.

⁴⁹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía*, de 13 de junio de 2003.

relación con ciertos grupos religiosos que tienen normas específicas en relación con la alimentación, así como respecto a grupos religiosos que abogan por no permitir procedimientos médicos como las transfusiones de sangre.

Sobre el particular, en el conflicto generado en Francia en relación con el sacrificio ritual para obtener la carne certificada no solamente «kosher» sino como «glatt», el TEDH fue claro al expresar en el párrafo 77 que: “El Tribunal considera, al igual que el Gobierno, que es en interés general por lo que se evitan los sacrificios salvajes, practicados en condiciones higiénicas dudosas y que, por lo tanto, es preferible, si existen sacrificios rituales, que sean practicados en mataderos controlados por la autoridad pública. Al conceder en 1982 la autorización a la ACIP, que emana del Consistorio Central, el organismo más representativo de la comunidad judía en Francia, el Estado no vulneró de modo alguno la libertad de práctica religiosa.⁵⁰”

Consecuentemente en este punto se puede inferir como para el TEDH en los casos donde las prácticas religiosas al amparo de la libertad religiosa ponen en peligro la salud pública o la personal, privará el derecho a la salud sobre la libertad religiosa.

5.4 No interferencia en el ejercicio de la libertad religiosa

En la definición más tradicional de todo derecho fundamental, la libertad religiosa establece una limitación en relación con la actuación del poder estatal. “El papel del Estado, como organizador neutro e imparcial del ejercicio de las diversas religiones, cultos y creencias, participa en el orden público, en la paz religiosa y en la tolerancia en una sociedad democrática⁵¹”

En el caso Vergos contra Grecia, se hace mención de esta limitación al establecer que: “El Tribunal recuerda también que en principio el derecho a la libertad de religión, tal como lo entiende el Convenio (RCL 1999, 1190 y 1572) , excluye la apreciación por parte del Estado en cuanto a la legitimidad de las creencias religiosas o a las modalidades

⁵⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Cha'are Shalom Ve Tsedek Kokknakis contra Francia*, de 27 de junio de 2000.

⁵¹ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía*, de 13 de junio de 2003.

de expresión de éstas (Sentencia Manoussakis y otros contra Grecia de 26 septiembre 1996 [TEDH 1996, 44] , *Repertorio de sentencias y resoluciones* 1996-IV, pg. 1365, ap. 47). Por consiguiente, cuando el ejercicio del derecho a la libertad de religión o de uno de sus aspectos está sometido, según la Ley interna, a un sistema de autorización previo, la intervención en el procedimiento de concesión de la autorización de una autoridad eclesiástica reconocida no puede conciliarse con los imperativos del apartado 2 del artículo 9 (ver, «mutatis mutandis», Sentencia Pentidis y otros contra Grecia de 9 junio 1997 (TEDH 1997, 35), *Repertorio* 1997-III)⁵²

Se aprecia así la línea jurisprudencial del TEDH que le otorga a la libertad religiosa el denominado efecto de protección ante la ingerencia del Estado. Sin embargo, ese criterio ha sido ampliado en relación con la protección que debe existir de la libertad religiosa respecto a los particulares, aspecto que se puede observar en el caso Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia.

En síntesis, de lo expuesto se infiere que la libertad religiosa ha venido siendo moldeada por la jurisprudencia del TEDH en su contenido y respecto a sus límites. La complejidad del fenómeno religioso ha llevado al Tribunal ha precisar aspectos que han ampliado el contenido tradicional dado a la libertad religiosa, pero también ha establecido las fronteras a partir de criterios que en su mayoría pretenden resolver el conflicto en relación con otros derechos.

7) Conclusiones

Como corolario de este estudio en clave jurisprudencial de la libertad religiosa, podemos afirmar lo siguiente:

La libertad religiosa es un concepto de difícil definición. Tanto desde el punto de vista de su etimología como de su definición teórica, el precisar su significado resulta difícil; ello genera que se confunda con conceptos afines como la libertad de conciencia y la libertad de culto entre otros, aspecto que resulta inconveniente y que se ve reflejado en la praxis jurídica que tiene relación con este tema.

⁵² TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Vergos contra Grecia*, de 24 de junio de 2004.

A nivel europeo, el TEDH ha ido delimitando el contenido de la libertad religiosa y ha establecido que este concepto encierra varios aspectos distintos en los que se involucra la libertad de creencias, de conciencia, de proselitismo y otras. De manera resumida podemos afirmar que la libertad religiosa se refiere fundamentalmente a la libertad para creer o no creer y para tener unas u otras convicciones; así como a la libertad para expresar y manifestar esas creencias, junto con la libertad de comportarse y no ser obligado a actuar en contra de ellas.

Por tanto, la libertad religiosa configura un derecho que posiciona a la persona en relación con el Estado y en donde éste debe abstenerse de realizar cualquier injerencia que menoscabe este derecho fundamental. Esta limitación de no injerencia se amplía también a los otros individuos que tienen la obligación de respetar las creencias de las otras personas, estableciéndose una relación dialéctica cuya contradicción es resuelta por la ponderación que realiza la jurisprudencia en cada caso concreto.

La libertad religiosa en la jurisprudencia del TEDH también ha definido una serie de límites que ha evidenciado que no estamos en presencia de un derecho fundamental absoluto o ilimitado. El orden y la salud pública, junto con el criterio genérico de que las manifestaciones externas de la libertad religiosa deben ser coherentes con el régimen democrático, constituyen límites que la jurisprudencia del TEDH ha ido definiendo en relación con la libertad religiosa.

Por tanto, el análisis de la libertad religiosa en clave jurisprudencial utilizando las sentencias del TEDH, abre la posibilidad de advertir que en esta materia existe una serie de desarrollos que merecen ser estudiados para ser puestos al servicio de las propias instancias judiciales y del propio ciudadano que muchas veces no se le reconoce este derecho en sus verdaderas dimensiones.

6) Bibliografía citada

6.1 Textos

- BASTERRA MONTSERRAT, Daniel, *El Derecho a la Libertad Religiosa y su Tutela Jurídica*, Civitas, Madrid, 1989.
- BOBBIO, Norberto, “*La Función Promocional del Derecho*”, en RUIZ MIGUEL, Alfonso (Ed), *Contribuciones a la Teoría del Derecho, Contribuciones a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1990.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMICA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española, 22ª edición, Real Academia Española*, Madrid, 2001.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, “*La construcción jurisprudencial europea de la libertad religiosa*”, en AA.VV., *Libertad religiosa y Derechos Humanos*, MARZAL, Antonio (Ed), Bosch, Barcelona, 2004.
- LARENA BELDARRAIN, Javier, *La libertad religiosa y su protección en el derecho español*, Dykinson, Madrid, 2002.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio, *Derecho de la libertad de conciencia*, Tomo I y II, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2007.
- MANTECÓN SANCHO Joaquín, *El derecho fundamental de libertad religiosa*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1996.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “*Algunas reflexiones sobre la libertad ideológica y religiosa*”, en AA.VV., *Libertad y derecho fundamental de Libertad Religiosa*, IBAN, Iván (Coord), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, “*La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*”, Cuadernos Bartolomé de las Casas, nº 11, Dykinson, Madrid, 2002.
- PEREZ MONTERO, María Eugenia, *La defensa de la libertad religiosa: manifestaciones externas de religiosidad como expresión de convivencia. Retos para el siglo XXI*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, “*Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional*”, en: MINISTERIO DE JUSTICIA. DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS RELIGIOSOS, Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa, DE LA HERA, Alberto y MARTÍNEZ DE CODES, Rosa María (Coordinadores), Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001.

MOTILLA, Agustín, “*Breves notas en torno a la libertad religiosa en el Estado promocional contemporáneo.*”, en AA.VV., Libertad y derecho fundamental de Libertad Religiosa, IBAN, Iván (Coord), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

REPÚBLICA DE COSTA RICA, *Constitución Política de 7 de noviembre de 1949.*

VICENTE CANTÍN, Luis, *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, Civitas, Madrid, 1990.

6.2 Jurisprudencia

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kjeldsen-Buskjædsen-Pedersen contra Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Campbell y Cosans contra el Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kokkakis contra Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Larissis contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Martins Casimiro y Cerveira Pereira contra Luxemburgo*, de 27 de abril de 1999.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Cha'are Shalom Ve Tsedek Kokkakis contra Francia*, de 27 de junio de 2000.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Iglesia metropolitana de Besarabia y otros contra Moldavia*, de 13 de diciembre de 2001.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía*, de 31 de junio de 2001.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Partido de la Prosperidad contra Turquía*, de 13 de junio de 2003.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Vergos contra Grecia*, de 24 de junio de 2004.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Delegación de Moscú del Ejército de Salvación contra Rusia*, de 14 de setiembre de 2006.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Sentencia Kuznetsov y otros contra Rusia*, de 11 de enero de 2007.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD SOBRE RESOLUCIONES JURISDICCIONALES

Alex Rojas Ortega (*)
Abogado costarricense

(Recibido 27/08/12 • Aceptado 21/11/12)

(*) Abogado costarricense con desempeño profesional en Derecho Público.
Correo electrónico: alex.rojas.09@hotmail.com. Tel: 8835-2005.

RESUMEN. La Constitución Política establece que los actos jurisdiccionales no son susceptibles de ser impugnados en la vía constitucional. Sin embargo, el Código Procesal Contencioso Administrativo ha abierto la posibilidad para que las resoluciones jurisdiccionales sean sometidas al contralor de constitucionalidad ante el Juez de Casación, lo cual amplía ostensiblemente las facultades del justiciable en procura de defender sus derechos e intereses ante los Tribunales de Justicia de la República.

PALABRAS CLAVE. Estado Social y Democrático de Derecho, conducta administrativa, Administración Pública, juridicidad, Derecho de la Constitución.

ABSTRACT. The Constitution establishes that jurisdictional acts are not susceptible to constitutional impugnation. However, the Code of Contentious Administrative Procedure has opened the possibility to submit jurisdictional resolutions to the cassation judge for constitutional control. This evidently extends people's opportunities to defend their rights and interests in Court of Law of the Republic.

KEYWORDS. Social and Democratic Rule of Law, administrative behavior, Public Administration, legality, Constitutional Law.

SUMARIO:

Introducción

- I. Imposibilidad normativa de someter a las resoluciones jurisdiccionales al control de constitucionalidad.
- II. Avance normativo establecido por el código procesal contencioso administrativo: control de constitucionalidad sobre resoluciones jurisdiccionales.
- III. Organos jurisdiccionales encargados del control jurisdiccionales.

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCION

La Jurisdicción Contencioso Administrativa y Civil de Hacienda es uno de los pilares fundamentales sobre los que descansa el Estado Social y Democrático de Derecho, que posibilita el control jurídico por parte de los Tribunales de Justicia, sobre la universalidad de la conducta administrativa desplegada por todos y cada uno de los órganos y entes públicos que integran la Administración Pública.

Actualmente, es lugar común afirmar que un Estado que pretenda respetar y garantizar la supremacía del Derecho, los derechos subjetivos e intereses legítimos de las personas, la responsabilidad, la rendición de cuentas de los servidores públicos y la transparencia del actuar público –todos ellos derechos fundamentales-, necesariamente deberá servirse de una Justicia Administrativa² firme, sólida e imparcial, que ejecute una tutela jurisdiccional celosa del ordenamiento jurídico, ante la inminente o bien, la efectiva lesión de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas y del interés general.

Así mismo, un control jurisdiccional firme e intachable sobre la conducta administrativa, reafirma otro de los principios dogmáticos y normativos más relevantes del derecho administrativo, cual es el principio de legalidad o juridicidad de la conducta pública.

Este principio de legalidad puede descomponerse en dos vertientes: por un lado, desde la óptica negativa del mismo, las Administraciones

² En nuestro criterio, el concepto “Justicia Administrativa” debe ser reservado para los supuestos en que el control de la juridicidad del comportamiento público es realizado y garantizado por los Tribunales de Justicia como órganos del Poder Judicial y únicos detentadores de la potestad de conocer, resolver y ejecutar con autoridad de cosa juzgada en virtud del principio de reserva de jurisdicción establecido en el artículo 153 de la Constitución Política, no incluyéndose dentro del concepto, el control que de la legalidad –inclusive de oportunidad- pudiere hacer la propia Administración Pública en sede administrativa. Tal como lo afirma doña Consuelo SARRIA cuando señala que “*Compartimos el concepto que limita la justicia administrativa al control judicial de la administración, sin incluir el control en sede administrativa. Pues, aunque “justicia” puede hacerse también por la administración, desde el punto de vista jurídico, administrar justicia y, concretamente, el control judicial de la administración se refiere al ejercicio mismo de la función jurisdiccional respecto de las actuaciones de la administración.*” Sarria, Consuelo; Martins, Daniel Hugo; & González Pérez, Jesús. Justicia Administrativa. Madrid, Ediciones Unsta, 1981, pág. 23.

Públicas se encuentran plenamente sometidas al respeto del bloque de legalidad en la conducta que adoptan, sea ésta activa u omisiva, ante lo cual, los entes y órganos públicos deberán ajustarse en su conducta a lo establecido por el ordenamiento jurídico, no pudiendo realizar todo aquello que no se encuentre previamente permitido a su margen de actuación.

Por su parte, desde el punto de vista de la vertiente positiva de este principio, todas las entidades y órganos públicos se encuentran jurídicamente obligados a poner en marcha su actividad para llenar, suplir y satisfacer los más básicos y nobles fines que han dado origen no solo a la habilitación normativa que les impone actuar a favor del interés general, sino también en procura de dar efectividad a los fines que justifican la existencia misma del ente público.

Indudablemente, el Derecho de la Constitución³ forma parte del parámetro contralor de legalidad que efectúa la Jurisdicción Administrativa, es decir, las normas, principios y valores constitucionales son elementos integrantes del bloque de juridicidad al que debe someterse la entera Administración Pública y son piezas indefectibles dentro del engranaje valorativo de legalidad que el Juez Contencioso Administrativo debe realizar; precisamente por ello, con justa razón, se ha señalado que la línea divisoria entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional es meramente académica, tanto que “*el Derecho Administrativo es Derecho Constitucional concretizado, llevado a su aplicación última*”⁴.

En torno a ello, en la cúspide del control jurisdiccional sobre la conducta administrativa, se encuentra la fiscalización jurídica que ejerce la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en materia contencioso administrativa, particularmente en lo tocante a las instancias de casación y revisión de resoluciones judiciales, así como en lo relacionado con la resolución de los conflictos de competencia propios de la Jurisdicción,

³ El Derecho de la Constitución puede definirse como “*aquella rama del Derecho Público interno que se ocupa de la estructura del Estado, de la composición y funcionamiento de los órganos constitucionales, de los principios fundamentales del régimen político del Estado y de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento a los administrados.*” Hernández Valle, Rubén. El Derecho de la Constitución. Tomo I, segunda edición, San José, Editorial Juricentro, 2004, pág. 29.

⁴ García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Tercera edición, Madrid, editorial Civitas, 1985, pág. 20.

todo ello de conformidad con lo normado en el artículo 54 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A ello debe sumarse la función ejecutada por el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 136 del Código Procesal Contencioso Administrativo y 94 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a este Tribunal le corresponde conocer en instancia de casación, los recursos de la materia interpuestos ante los supuestos específicos establecidos en dichos numerales. Sobre esto volveremos más adelante, pues es preciso recordar que actualmente es la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia quien carga sobre sus hombros las funciones que sobre la materia propia de casación le corresponden a este Tribunal.

Esta labor contralora que ejecuta la Sala Primera de Casación es sumamente importante, pues no solo permite mantener la unidad y coherencia jurídica de las decisiones judiciales, sino que además posibilita el escrutinio jurídico de la conducta administrativa, a través del análisis revisor de juridicidad de la respectiva resolución jurisdiccional, ante el más alto Tribunal de Justicia de la República en lo que concierne a la materia contencioso administrativa, lo cual es una verdadera garantía de acierto e imparcialidad tanto para el administrado como para la Administración Pública.

Este control de juridicidad que desempeña la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, indisponiblemente deberá contemplar al Derecho de la Constitución, pues tal como lo señalamos atrás, éste forma parte integrante y esencia misma del bloque de legalidad al que se encuentra sujeta la entera función administrativa, a tenor de lo establecido en los ordinales 11 y 49 de la Constitución Política, así como en los homólogos 6 y 7 de la Ley General de la Administración Pública.

I.- Imposibilidad normativa de someter a las resoluciones jurisdiccionales al control de constitucionalidad.

En nuestro país, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ejerce un control concentrado de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en los artículos 10 y 48 de la Constitución Política, en tanto le asignan a dicha Sala con exclusividad, respectivamente, el *“declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho*

Público” y el conocimiento exclusivo de los recursos de habeas corpus y de amparo.

Este control concentrado de constitucionalidad es el que precisamente, en palabras de la propia Sala Constitucional:

*“(…) no autoriza a los funcionarios que administran justicia para desaplicar por propia autoridad ninguna ley, norma o acto de cualquier naturaleza que sea contrario a la Constitución Política, porque, para el caso en que tengan duda fundada acerca de la constitucionalidad de esas normas, deben, necesariamente, formular la consulta ante la Sala Constitucional. Debe agregarse, en este sentido, que esta interpretación es la única conforme con la Constitución Política, ya que por una parte se preserva el diseño constitucional de una Sala especializada y con **poder concentrado para declarar la inconstitucionalidad**, pero, por otra, no deja al juez en la tesitura de aplicar normas que estima inconstitucionales, lo cual, como alguien ha dicho, sería un pecado de lesa Constitución, al permitirle en ese caso, formular una consulta fundamentada al órgano con competencia para decidir el punto⁵”.*

Lo anterior no riñe en modo alguno con el poder-deber del Juez Contencioso Administrativo de aplicar e interpretar conforme al Derecho de la Constitución las normas y hechos sometidos ante su estrado, pues como mencionamos líneas arriba, las normas, principios y valores de rango constitucional forman parte del parámetro de legalidad o bloque de juridicidad al que debe someterse plenamente la Administración Pública.

De nuevo, la Sala Constitucional se refirió a ello mediante la sentencia número 03035-1996 de las 10:35 horas del 21 de junio de 1996, en los siguientes términos:

“(…) los tribunales contencioso administrativos sí pueden-deben conocer de la violación de derechos fundamentales, que lo es, por definición, del Derecho de la Constitución, en la medida en que este implica un elemento de legalidad, y del más alto rango por cierto, vinculante por sí mismo para todas las autoridades y personas, públicas y privadas, inclusive, con mayor razón, para los tribunales de justicia, de todo orden y de toda materia. En este sentido la Sala ha definido, con el valor vincular erga omnes de sus precedentes y jurisprudencia (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), los alcances de dicha sujeción con respecto a los tribunales de justicia,

⁵ Sala Constitucional, voto N° 1185-95 de las 14:33 horas del 02 de marzo de 1995.

a los que corresponde el ejercicio universal y exclusivo de la función jurisdiccional (ver sentencia # 1148-90 de las 17:00 horas del 21 de setiembre de 1990), como sigue:

a) El Derecho de la Constitución les vincula directamente, y así deben aplicarlo en los casos sometidos a su conocimiento, sin necesidad de leyes u otras normas o actos que lo desarrollen o hagan aplicable, lo mismo que deben interpretar y aplicar todo el resto del ordenamiento en estricta conformidad con sus normas y principios” Lo resaltado no pertenece al original.

No obstante, el artículo 10 de la Carta Política, establece expresamente que no serán impugnables en la vía constitucional “los actos jurisdiccionales del Poder Judicial”, con lo cual se veda por parte del Constituyente Originario de 1949, la posibilidad de someter dichos actos jurisdiccionales al análisis concentrado de constitucionalidad que es ejecutado por la Sala Constitucional.

Así mismo, los artículos 30 inciso b) y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional confirman la imposibilidad de interponer tanto el recurso de amparo como la acción de inconstitucionalidad en contra de las resoluciones jurisdiccionales, con lo cual se cierra cualquier portillo a la interposición de dichas acciones ante la Sala Constitucional en aquellos supuestos en que el justiciable entienda lesionado sus derechos fundamentales por un acto jurisdiccional dictado por cualquier Tribunal de Justicia de la República.

Esta limitación normativa para el cuestionamiento de constitucionalidad de los actos jurisdiccionales es criticada por algún sector de la doctrina, que particularmente estima carente de sustento el mantenimiento de tales restricciones, verbigracia, podemos citar a don Rubén HERNÁNDEZ VALLE, *para quien “no existe ninguna razón jurídica para prohibir el amparo contra resoluciones judiciales, primero porque los tribunales son autoridades públicas al igual que las administrativas y, además, porque son posiblemente los que están en posibilidad real de violar con mayor frecuencia los derechos fundamentales.”*⁶

De lo anterior, fácilmente podría desprenderse que no existe en nuestro ordenamiento jurídico, la posibilidad de brindar tutela para todas aquellas lesiones que se generen contra los derechos fundamentales

⁶ Hernández Valle, Rubén. El Derecho de la Constitución,. Tomo II, Op. Cit., pág. 686.

con ocasión de los actos jurisdiccionales –salvedad hecha de la responsabilidad del Estado Juez cuando fuere procedente-, que como mencionamos, solo pueden provenir de los Tribunales de Justicia de la República, en virtud de la reserva de jurisdicción ostentada por el Poder judicial de conformidad con lo estatuido en el ordinal 153 de la Constitución Política.

Sin embargo, la anterior afirmación resulta no ser totalmente válida, pues el ordenamiento jurídico administrativo ha abierto la posibilidad a que dichos actos jurisdiccionales puedan ser sometidos a un contralor jurídico de constitucionalidad, por medio de la debida y correcta aplicación del Derecho de la Constitución por parte del Juez de Casación.

II.- Avance normativo establecido por el Código Procesal Contencioso Administrativo: Control de constitucionalidad sobre resoluciones jurisdiccionales.

A. Sometimiento pleno e intenso de la conducta administrativa al orden Jurisdiccional Contencioso Administrativo.

El Código Procesal Contencioso Administrativo⁷ (Ley N° 8508) ha marcado un nuevo rumbo al proceso administrativo, otorgándole dinamismo, celeridad, eficacia e inclusive mayor fortaleza a las potestades jurisdiccionales del Juez Contencioso Administrativo, lo cual se refleja en la considerable democratización que ha alcanzado esta Jurisdicción, provocando un mayor acercamiento de la Justicia a las necesidades e intereses de los justiciables y a los ciudadanos en general.

A más de lo anterior, en nuestro criterio, el logro más relevante de este Código Procesal es que ha posibilitado y ha hecho efectivo el mandato constitucional generado por virtud del Constituyente Derivado en el año 1963, por medio del cual se reformó el artículo 49 de la

⁷ Señala don Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA que *“Esa vinculación de la Administración al Derecho no es un mero concepto retórico o desiderativo. Como todos los conceptos constitucionales, es, estrictamente, un concepto normativo, al que hay que atribuir la plenitud de efectos jurídicos. Ahora bien, un «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» no puede tener sentido alguno si no implicase una sumisión plena al juez, que es elemento indispensable para que cualquier Derecho pueda ser eficaz”* García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración. Tercera edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997, pág. 127.

Carta Política con el fin de establecer un control universal y plenario de la función administrativa por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el cual no es admisible jurídicamente ninguna zona exenta del control jurisdiccional.

De manera tal que, el Código Procesal Contencioso Administrativo, en observancia del numeral 49 de la Constitución Política, apuesta por un control pleno de la función administrativa⁸, en el cual se exalta y se pone de manifiesto al Estado de Derecho por medio del indeclinable respeto al ordenamiento jurídico administrativo, lo que unido a la efectiva tutela de los derechos e intereses de las personas, permite a esta Jurisdicción consolidar la absoluta justiciabilidad de la conducta pública.

En virtud de lo anterior, puede concluirse que la Jurisdicción Administrativa es una Jurisdicción de libertad, que garantiza el respeto de sus derechos no solo al administrado sino también a la Administración Pública y que por ello, vela tanto por la legitimidad de la función administrativa -derivada de cualquiera de las formas de manifestación de la conducta administrativa o de una relación jurídico administrativa-, así como por el respeto de las situaciones jurídicas sustanciales de las personas.

⁸ En ese sentido, señala don Ernesto JINESTA LOBO que *“La existencia de una cláusula general de revisión jurisdiccional de la totalidad de la función administrativa, de rango constitucional, que instituye una protección jurisdiccional sin fisuras o lagunas, constituye un avance sustancial y notable en favor de la libertad en la lucha permanente contra las inmunidades, prerrogativas y arbitrariedades de la Administración Pública y de su intervencionismo exacerbado”*. Jinesta Lobo, Ernesto. La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. San José, Editorial Guayacán, 1999, pág. 19.

En ese sentido, señala don Ernesto JINESTA LOBO que “La existencia de una cláusula general de revisión jurisdiccional de la totalidad de la función administrativa, de rango constitucional, que instituye una protección jurisdiccional sin fisuras o lagunas, constituye un avance sustancial y notable en favor de la libertad en la lucha permanente contra las inmunidades, prerrogativas y arbitrariedades de la Administración Pública y de su intervencionismo exacerbado”. Jinesta Lobo, Ernesto. La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. San José, Editorial Guayacán, 1999, pág. 19.

B.- Control de constitucionalidad sobre resoluciones jurisdiccionales en materia Contencioso Administrativa

El análisis jurídico efectuado por el Juez Contencioso Administrativo en sus resoluciones debe contemplar, ineludiblemente, al Derecho de la Constitución, pues éste forma parte integrante del parámetro de legalidad que sin excepción debe observar la Administración Pública y por ello, el Juez se encuentra obligado a garantizar su efectivo cumplimiento a través de cada resolución que dicta.

En ese sentido se ha manifestado la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, verbigracia, mediante el voto N° 397-F-S1-2009 de las 10:35 horas del 23 de abril de 2009, expresó:

“Todo operador jurídico se debe al bloque de constitucionalidad, y por excelencia el Juez, que en sus pronunciamientos debe procurar ajustarse al elenco jerárquico del sistema jurídico. Este particular aspecto se torna especialmente trascendente para el Juez de Casación, pues hay que recordar que, a más de la correcta aplicación del Derecho en el caso concreto (y con ello la máxima aproximación posible a la justicia), el órgano encargado de la casación tiene como fin primordial la recta y correcta interpretación de la norma jurídica a la luz del Derecho de la Constitución.”

Ahora bien, como se mencionó líneas arriba, el artículo 10 de la Constitución Política establece expresamente que no serán impugnables en la vía constitucional “los actos jurisdiccionales del Poder Judicial”, lo que imposibilita someter dichos actos jurisdiccionales al análisis concentrado de constitucionalidad, lo cual en nuestro ordenamiento jurídico es atribución exclusiva de la Sala Constitucional⁹.

En el mismo sentido, los artículos 30 inciso b) y 74 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional reafirman esta restricción y establecen que ante este tipo de actuaciones jurisdiccionales no es posible interponer las acciones de amparo¹⁰ ni de inconstitucionalidad, lo cual puede

⁹ Mediante el voto 6346-2002 de las 14:49 horas del 26 de junio de 2002, la Sala Constitucional expresó que “(...) **nuestro sistema constitucional es concentrado y especializado y que por lo tanto la declaratoria de inconstitucionalidad le corresponde exclusivamente a esta Sala, por disposición expresa del artículo 10 de referencia. No obstante, se hace una importante salvedad, en el sentido de que, lo anterior, no implica dejar al juez en la tesitura de aplicar normas que estime inconstitucionales porque eso sería “un pecado de lesa Constitución”, en la medida que está sujeto a la Constitución y a la Ley...**”

¹⁰ En nuestro criterio, en estricta técnica jurídica, el recurso de amparo es una acción y no un recurso propiamente dicho, pues este último es el

imposibilitar la defensa del justiciable en aquellos supuestos en que una resolución jurisdiccional haya causado un daño a sus derechos e intereses por la aplicación o interpretación indebida o bien, la no aplicación del Derecho de la Constitución en aquellos casos sometidos a su conocimiento.

No obstante lo anterior, el artículo 138 inciso d) del Código Procesal Contencioso Administrativo le asigna a la Sala Primera de Casación –también al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo– la posibilidad de efectuar un control de constitucionalidad sobre las resoluciones jurisdiccionales recaídas en los procesos sometidos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; control que actualmente la propia Sala Constitucional no efectúa, lo cual mejora ostensiblemente las oportunidades del justiciable para defender sus derechos e intereses ante este tipo de actuaciones provenientes del Poder Público.

Dicho numeral 138 inciso d) establece:

*“También **procederá el recurso de casación** por violación de normas sustantivas del ordenamiento jurídico, en los siguientes casos:*

*d) Cuando la sentencia **virole las normas o los principios del Derecho constitucional**, entre otros, la razonabilidad, proporcionalidad, seguridad jurídica e igualdad”*

Es nuestro criterio que esta facultad atribuida tanto a la Sala Primera de Casación como al Tribunal de la materia, con el fin de conocer y resolver los recursos de casación en aquellos supuestos en que se estime lesionado el Derecho de la Constitución producto del ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Tribunal y Juzgado Contencioso Administrativos, encuentra pleno asidero jurídico sustantivo en el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el tanto esta norma establece, en lo que nos interesa, lo siguiente:

*“Los **funcionarios que administran justicia**¹¹ no podrán:*

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

medio jurídico procesal establecido para recurrir una resolución ya sea en vía judicial o bien en vía administrativa, por aspectos de legitimidad que el recurrente plantea, con el fin de lograr su anulación por parte del órgano competente para ello.

¹¹ El numeral 47 del mismo cuerpo normativo señala que “(...) cuando esta Ley se refiere a “funcionarios que administran justicia” ha de entenderse por tales a los **magistrados y jueces...**”; ello nos permite determinar con certeza a los sujetos pasivos de la obligación normativa señalada.

Si tuvieran duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional”.

De manera tal, la restricción que tradicionalmente se ha señalado, con fundamento en el numeral 10 de la Carta Magna, en el sentido de que las resoluciones jurisdiccionales no son susceptibles de cuestionarse ante la vía constitucional (salvo la línea reiterada de su interpretación), se ve menguada en beneficio de los derechos e intereses del justiciable, con la aplicación del contralor de constitucionalidad por parte del Juez de Casación, quien se encuentra obligado a garantizar el respeto del Derecho de la Constitución cuando lleva a cabo su función jurisdiccional, en razón del carácter jurídico supremo de aquél.

Sobre el particular, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto N° 397-F-S1-2009 de las 10:35 horas del 23 de abril de 2009, indicó:

“Con ello se cierra el círculo del control constitucional que, expresamente, ha excluido de la Sala encargada de la materia, la revisión de los pronunciamientos jurisdiccionales .. y envía dicho control, como debe, al vértice último de fiscalización jurisdiccional, que no es otro, que el órgano de casación (y que para este caso particular, lo sería la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia). El Juez de Casación se erige no sólo en operador del Derecho de la Constitución, sino también (y sobre todo) en su contralor.”

De dicha forma, la aplicación del Derecho de la Constitución por parte del Juez de Casación consolida, por un lado, la sumisión universal de la conducta administrativa al ordenamiento jurídico administrativo y con ello, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, por el otro, el sometimiento de la función jurisdiccional al Derecho de la Constitución, siendo pasible de ser revisada en sede casacional la aplicación directa e inmediata de éste sobre las resoluciones jurisdiccionales. Así lo expresó claramente la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto N° 397-F-S1-2009 de las 10:35 horas del 23 de abril de 2009:

“Este deber, aplicable a todas las materias, es reiterado, en forma expresa, por el precepto 138 del Código Procesal de mérito, que ha venido a reafirmar, en la tradición del sistema jurisdiccional costarricense, el sometimiento del juez y sus sentencias al Derecho

de la Constitución, y el posible control de ello, asignado, no en este caso a la Sala Constitucional, sino a la Sala de Casación de lo Contencioso Administrativo, como punto máximo de la jerarquía jurisdiccional.”

Finalmente, la redacción del numeral 138 inciso d) no deja lugar a equívocos en cuanto al amplio alcance del parámetro contralor, pues establece claramente que procederá éste cuando **“la sentencia viole las normas o los principios del Derecho constitucional”**, con lo cual se hace alusión al Derecho de la Constitución considerado integralmente, lo cual incluye no solo a las normas consagradas por la Carta Política, sino también los principios y valores del mismo rango. Sobre ello, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, mediante el voto N° 397-F-S1-2009 arriba mencionado, indicó:

“Y no sólo de las normas positivas del derecho constitucional (que como es sabido no se agotan en la Constitución misma), sino también de sus principios y reglas, muchas de las cuales se han venido esclareciendo mediante la misma jurisprudencia.”

En el mismo sentido, don Óscar GONZÁLEZ CAMACHO ha comentado que mediante este control jurídico **“(…) no solo se alude a las normas constitucionales sino a los principios de igual rango**, y de seguido se hace mención a algunos de ellos, pero dicha enumeración es solo ejemplificativa (numerus apertus), pues la misma norma enfatiza qué habrá infracción siempre que viole, entre otros, esos principios”¹².

En consecuencia, la facultad normada por el ordinal 138 inciso d) del Código Procesal Contencioso Administrativo abre la posibilidad, en forma expresa, para que los justiciables puedan acceder a la instancia de casación en procura de cuestionar la juridicidad de una resolución judicial en aquellos supuestos que se estime que la misma vulnera la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, así como sus principios y valores.

De manera tal que, puede afirmarse con toda certeza que en nuestro país sí existe la posibilidad jurídica de cuestionar la constitucionalidad de una resolución jurisdiccional, no precisamente ante el detentador del control concentrado de constitucionalidad, esto es, la Sala Constitucional,

¹² González Camacho, Oscar et al (2006). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, pág. 533.

pero sí ante los órganos judiciales de casación en lo que corresponde a la materia contencioso administrativa, es decir, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y, mientras se mantenga en funcionamiento, el Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.

Precisamente sobre ello, ha expresado don Óscar GONZÁLEZ CAMACHO:

*“(...) el trato independiente de este supuesto reviste gran importancia porque **habilita de manera expresa a los órganos de casación para que controlen o fiscalicen, y apliquen, el Derecho de la Constitución.** Puede afirmarse entonces, que en Costa Rica tanto la Sala Primera como el Tribunal de Casación Contencioso Administrativo, ejercen control de constitucionalidad sobre las sentencias que conocen en grado, lo cual implica decir que **sí existe control de constitucionalidad de las sentencias emitidas por Tribunales de Instancia (contenciosos), siempre que no hayan adquirido firmeza.**”¹³*

Corolario de lo expuesto, siempre que medie una aplicación o interpretación indebida o bien, una inaplicación de cualquier norma, principio o valor del Derecho de la Constitución por parte de la Jurisdicción Administrativa, habrá invalidez de la respectiva sentencia o auto con carácter de sentencia contencioso- administrativa y así deberá ser declarado por el Juez de casación.

III.- Órganos jurisdiccionales encargados del control de juridicidad.

De conformidad con lo establecido en los numerales 135 y 136 del Código Procesal Contencioso Administrativo, corresponde a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo, conocer y resolver los recursos de casación que con arreglo al ordenamiento jurídico administrativo y a la distribución de competencias entre ambos Despachos, sean susceptibles de ser interpuestos en contra de las resoluciones jurisdiccionales indicadas en el artículo 134 del mismo Código Procesal.

En este punto es necesario mencionar que mediante el artículo XXI adoptado en Sesión 4-2009 del 02 de febrero de 2009, la Corte Plena manifestó la posibilidad de plantear un proyecto de reforma al Código Procesal Contencioso Administrativo, con el fin de que en lugar de un

¹³ González Camacho, Oscar et al (2006). El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. Óp. Cit. Pág. 533.

Tribunal de Casación, lo que existiera fuera un Tribunal de Apelaciones. Mientras tanto, las funciones relativas a la instancia de casación del Tribunal de la materia, serían asumidas por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, en diciembre de 2009, mediante artículo XVII de la Sesión ordinaria 42-09 del 07 de diciembre de 2009, la Corte Plena aprobó y remitió al Ministerio de Justicia el proyecto de ley tendiente a reformar varios artículos del Código Procesal Contencioso Administrativo, particularmente en lo relacionado con el Tribunal de Casación.

Con vista en lo anterior y de acuerdo con el artículo IV de la Sesión celebrada el 14 de diciembre de 2009, la Comisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispuso que, con vista en los Acuerdos de Corte Plena, a partir del 04 de enero de 2010, se pondría en funcionamiento al Tribunal de Apelaciones.

De manera tal, el Tribunal de Apelaciones únicamente ejerce las competencias previstas en el inciso 3 del artículo 94 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es decir, el conocimiento y resolución de los recursos de apelación que en forma taxativa son susceptibles de ser interpuestos ante las resoluciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

CONCLUSIÓN

Actualmente, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia tiene a su cargo el conocimiento y la resolución tanto de los recursos de casación que el ordinal 135 del Código Procesal Contencioso Administrativo le asigna a ella propiamente, como también de aquellos que le correspondía conocer y resolver al Tribunal de Casación de lo Contencioso Administrativo.

En tales términos, son los altos Jueces de Casación de dichos órganos jurisdiccionales, los encargados de ejercer el contralor de constitucionalidad sobre las resoluciones judiciales sometidas ante su estrado, en aquellos supuestos en que el justiciable estime vulnerado el Derecho de la Constitución por parte de los actos jurisdiccionales del Poder Judicial.

Bibliografía

- Aragón Reyes, Manuel. Constitución y Control del Poder. Bogotá, Editorial Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Barra, Rodolfo Carlos et al. "La Legitimación para accionar. Una cuestión constitucional". En obra Derecho Procesal Administrativo. Estudios en Homenaje a Jesús González Pérez. Director, Juan Carlos Cassagne, Argentina, Editorial Hammurabi, 2004.
- Castro Loría, Juan Carlos. Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales. San José, Editorial jurídica FPDP, 2006.
- Cordón Moreno, Faustino. La Legitimación en el proceso contencioso-administrativo. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., 1979.
- Dromi, Roberto. El Derecho Público en la Hipermodernidad. Madrid, Editorial Hispania Libros, Servicio de Publicaciones- Facultad de Derecho Universidad Complutense, 2005.
- Dromi, Roberto. Instituciones de Derecho Administrativo. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1983.
- García de Enterría, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración. Tercera edición, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- García de Enterría, Eduardo. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Tercera edición, Madrid, editorial Civitas, 1985.
- García de Enterría, Eduardo. Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un Cambio de Paradigma?". Primera edición, Madrid, Editorial Civitas, 2007.
- González Camacho, Oscar et al. El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo. San José, Poder Judicial, Escuela Judicial, 2006.
- Hernández Valle, Rubén. El Derecho de la Constitución. Tomos I y II, Segunda edición, San José, Editorial Juricentro, 2004.
- Jinesta Lobo, Ernesto. La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. San José, Editorial Guayacán, 1999.

Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo. Tomo I, San José, Editorial Stradtman, 2002.

Sarria, Consuelo; Martins, Daniel Hugo; & González Pérez, Jesús. Justicia Administrativa. Madrid, Ediciones Unsta, 1981.

**LA COMISIÓN CONTRA LA IMPUNIDAD
EN GUATEMALA. TENDENCIAS HACIA UN
DERECHO PENAL INTERNACIONAL HÍBRIDO EN
CENTROAMÉRICA**

M.Sc Ignacio García Azofeifa¹
Abogado Costarricense

(Recibido 05/09/12 • Aceptado 21/11/12)

¹ El presente artículo es un extracto de la tesis de maestría presentada por el autor en la Universidad Humboldt de Berlin, Alemania, en Noviembre del año 2010. email: ig@igcr.info; tel: 85390503.

Resumen: El 12 de diciembre de 2006 las Naciones Unidas y el gobierno guatemalteco crearon la Comisión contra la Impunidad en Guatemala (CICIG). Su actual comisionado es el anterior fiscal General de Costa Rica, Francisco D'Allanese. La Comisión forma parte de un modelo de cooperación internacional sin precedentes. La intención del presente artículo es elaborar una breve progresión histórica que le permita al abogado costarricense entender el origen de la CICIG, así como prever hacia donde podría evolucionar en el futuro.

Palabras clave: derecho penal internacional; CICIG; derechos humanos en Centroamérica; cortes híbridas; cooperación internacional en materia de seguridad; Acuerdos de Paz en Centroamérica; Comisión de Esclarecimiento Histórico; Iniciativa Centroamericana de Seguridad Regional (CARSI); Iniciativa Mérida; doctrina de seguridad nacional en América Central.

Abstract: On December 12, 2006, the United Nations and the Government of Guatemala created the International Commission Against Impunity in Guatemala (CICIG). Its current commissioner is former Attorney General of Costa Rica, Francisco D'Allanese. This Commission is part of an unprecedented effort in the international community. The main objective of this article is to present a brief historical account that would allow Costa Rican lawyers understand the origins of CICIG, and anticipate the evolution it may experience in a near future.

Keywords: International Criminal Law; CICIG; Human Rights in Central America; hybrid courts; international cooperation in national security; Peace Agreements in Central America; Historical Clarification Commission; Central American Initiative on Regional Security (CARSI); Merida Initiative; doctrine of national security in Central America.

SUMARIO:

Introducción

- A. Centroamérica y la fase post-conflicto: a más de veinte años de Esquipulas.
- B. La CICIG como un resultado de los Acuerdos de Paz
 - 1. La Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH).
 - 2. El período entre la CEH y la CICIG
 - i. Alfonso Portillo, corrupción.
 - ii. Oscar Berger y el caso Pavón
 - iii. Alvaro Colom y el caso Rosenberg
- C. La CICIG y “la guerra contra el crimen organizado”
 - 1. Mandato y estructura
 - 2. Facultades y funciones de la CICIG
 - 2.a. Investigación de alto impacto
 - 2.b. Reforma Institucional
 - 3. Centroamérica y la guerra contra las drogas

Fuentes y bibliografía

Introducción: excepcionalismo tico.

A finales de Junio del año 2010, el fiscal general de Costa Rica, Francisco D'Allanese anunció su renuncia para asumir la dirección de la Comisión contra la Impunidad en Guatemala (en adelante CICIG).

D'Allanese asumió así la comisión de un órgano que venía operando en Guatemala bajo la dirección del español Carlos Castresana desde mediados del año 2006. La Comisión procede de un esfuerzo importante de pacificación en la región de más de veinte años por parte de la comunidad internacional. Sin embargo, es probable que el anuncio de D'Allanese haya tomado por sorpresa a muchos costarricenses. Prueba de ello es que las labores de la CICIG no hayan sido abordadas en estudios jurídicos costarricenses actuales o anteriores.

Esta ausencia expone uno de las paradojas sobre la forma del ser costarricense en concebir su realidad. Uno de los rasgos interesantes del estudio de la región centroamericana es una dualidad en la percepción de su propio entorno². Por un lado, la región centroamericana, incluidos Panamá y Belice, forman parte de una proyecto geopolítico para actores externos. La región es tomada como un todo para el diseño de políticas exteriores. Esta postura es especialmente clara en cuanto a la política exterior estadounidense³. Sin embargo, para el mismo centroamericano, su realidad es local, hasta cierto punto desligada de los fenómenos estructurales que enfrenta la región.

Se ha denominado ésta ilusión de Costa Rica como una isla centroamericana, como el “excepcionalismo tico”⁴. Esta paradoja ha sido

² “Centroamérica: frustración, ilusión, realidad y promesa”. Acuña, Víctor Hugo. En: Revista Paquidermo, <http://www.revistapaquidermo.com/archives/4995>. (20.12.2011.) Conferencia impartida en Managua, Nicaragua, el 16 de septiembre de 2011, en el marco del I Encuentro Centroamericano de Un Techo para mi País.

³ Recomiendo ver las deliberaciones del Congreso de Estados Unidos como ejemplo. Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 111th Congress, Hearing before the Subcommittee on the Western Hemisphere, Serial No. 110-176, Washington DC, May 8, 2008. En: <http://www.seguridadregional-fes.org/>. (Estado: 20.12.2011.).

El presidente de entonces, Ronald Reagan, manifestó: “No podemos darnos el lujo de perder de vista a nuestros vecinos del sur”. Address Before a Joint Session of the Congress on Central America, April 27, 1983, <http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1983/42783d.htm>. (Estado: 20.12.2011). Esta referencia también se encuentra en el reporte de la CEH.

⁴ Acuña, op.cit.

tradicionalmente apoyada sobre una ideología que retrata a Costa Rica como excepción; un país con tasas de delincuencia, seguridad social, analfabetismo, muy distintas al resto de América Central. Es reiterado el desinterés de nuestros gobiernos de acercarse a los procesos de integración centroamericana.

Centroamérica firmó sus acuerdos de Paz en 1996. Sin embargo, al día de hoy es la segunda región más violenta del planeta. La tasa es de 29,3 homicidios por cada 100.000 habitantes en Centroamérica para el 2004; Guatemala sufrió de 6500 asesinatos en el 2009; existen entre 70 mil y cien mil pandilleros en América Central; en el 2006 se incautaron sólo en Costa Rica cerca de 22.000 toneladas de cocaína⁵. Una cifra que se encuentra muy comúnmente en los estudios sobre la CICIG es que Guatemala posee una tasa de impunidad casi del 99%.⁶

La intención del presente capítulo es brindar un análisis de lo que podría definirse como una percepción de la CICIG desde el ambiente jurídico costarricense. Pareciera importante ahondar en los factores estructurales que podrían dar explicaciones basadas en la similitud, y no en la diferencia.

No se trata de dar un reporte de los antecedentes, alcances u objetivos de la CICIG, sino más bien de interpretar mediante este órgano internacional, las tendencias del derecho penal internacional en Centroamérica desde el punto de vista de un costarricense. Dicho estudio podría sentar bases para entender cómo incide la política criminal regional o exterior sobre la configuración de la política de seguridad ciudadana interna, y finalmente, cómo incide este contexto regional en la conformación del derecho penal costarricense.

A. Centroamérica y la fase post-conflicto: a más de veinte años de Esquipulas.

El asesinato de tres diputados del Parlacen el 19 de Febrero de 2006 evidenció un momento de profunda crisis en la institucionalidad del Estado guatemalteco.

⁵ PNUD; UNODC. UNDP. “Informe sobre Desarrollo Humano en América Central, 2009-2010. Abrir espacios a la Seguridad Ciudadana y el Desarrollo Humano”.

⁶ Schunnemann, Julia. Mirando al Mounstruo a la cara. La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y el “Contrato de Construcción del Estado de Derecho”, Initiative for Peacebuilding, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE. (2010).

Dentro de los tres parlamentarios muertos, se encontraba el parlamentario salvadoreño Eduardo D'Abuisson, hijo del fundador del Partido Arena de El Salvador, Roberto D'Abuisson. El padre, Roberto D'Abuisson, un militar entrenado en la Escuela de las Américas, en Fort Bennington, Georgia, fue responsabilizado por la Comisión para la Verdad de El Salvador en su informe "De la Locura a la Esperanza" como el autor intelectual del asesinato de monseñor Oscar Romero en los conflictos armados de los años ochenta.

En el vehículo en donde se calcinaron los diputados del Parlacen, D'Abuisson, Pichinte y Gonzáles, se encontraron 5 millones de dólares en efectivo y veinte kilos de cocaína.

Por un lado, el caso Parlacen dejó en franca exposición los cuerpos clandestinos ligados íntimamente a las instituciones públicas. El Acuerdo de Esquipulas, firmado en 1986, tenía como uno de sus fines la fundación del Parlacen como un medio para "fortalecer el diálogo, el desarrollo conjunto, la Democracia y la pluralidad como elementos fundamentales para la Paz de la Región". Sin embargo, el Parlacen tuvo serias fallas de legitimidad desde su inicio. El gobierno de Costa Rica nunca participó en su conformación. El caso Parlacen evidenció que las organizaciones clandestinas habían penetrado hasta lo más medular de los Estados en el triángulo norte. Originalmente, por ejemplo, los estudios especializados habían determinado dos tendencias del crimen organizado dentro del ejército guatemalteco: por un lado se hablaba de "El Sindicato" y por el otro "de la Cofradía", grupos que se escondían detrás de la institucionalidad como "poderes ocultos" de la sociedad guatemalteca⁷. Pero el caso Parlacen evidenció ligámenes de estas estructuras tradicionales con carteles y organizaciones de origen foráneo y de alcances regionales, como El Cartel de Sinaloa o los Zetas en México, grupos también de origen militar.

Así, el caso Parlacen no sólo develó el alcance de estos Cuerpos Ilegales o Aparatos Clandestinos y de Seguridad (lo que las Naciones Unidas acuñó con el acrónimo de CIACS), sino que además dejó en evidencia un aparente fracaso de los procesos de pacificación en el Triángulo Norte después de los Procesos de Paz posteriores a la caída del muro de Berlín.

⁷ Susan C. Peacock y Adriana Beltrán. "Hidden Powers in Post-conflict Guatemala. Illegal Armed Groups and the Forces Behind Them" (2003). Washington Office on Latin America, WOLA.

Hoy Centroamérica es la segunda región más violenta del mundo. Guatemala tenía en el 2006 una tasa de 47 homicidios por cada 100.000 habitantes; Honduras, 46; y El Salvador mostraba una tasa de 65. En comparación, zonas como Europa Central rondan una cifra cercana a los 8 homicidios por cada cien mil habitantes. Entre los años 2003 y 2008 la violencia tomó la vida de cerca de 79.000 centroamericanos.⁸ Estas cifras, hartamente expuestas en la literatura relacionada, confirman simplemente el hecho de que la violencia es un problema endémico en la región.

En contraste, la respuesta institucional a la violencia endémica es igualmente limitada. De una prueba de 600.000 casos en Guatemala, sólo la mitad fueron denunciados, y sólo la mitad de éstos (11.000) se tradujeron en acusaciones formales. Los juzgados de Guatemala redactan por mes cerca de 3 sentencias, pero reciben cerca de 500.000 denuncias en el mismo período. Con estas cifras una autora especializada en el tema reporta una impresionante cifra negra de impunidad del 99.75%.⁹ En palabras del Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Phillip Alston, “Guatemala es el lugar perfecto para matar a alguien, porque es probable que el homicidio quede impune”.

A pesar de los grandes esfuerzos de la comunidad internacional, y para el beneplácito de las tendencias neoliberales, se sigue hablando de un “Estado Fallido” en Guatemala¹⁰. En el 2009 se registraron 6500 homicidios, lo cual representa el equivalente a 16 asesinatos por día, el doble del registro en México y de hecho una cifra cercana al promedio registrado durante los tiempos de los enfrentamientos armados¹¹.

Es decir, que a pesar de los esfuerzos de pacificación y al ambicioso programa de Paz que la comunidad internacional anunciaba después de la caída del muro de Berlín, la región parece haber trasladado a la sociedad civil un conflicto que anteriormente se mostraba como el resultado de una lucha ideológica evidente propia del conflicto de la guerra fría¹².

⁸ UNDP. “Informe sobre Desarrollo Humano en América Central, 2009-2010. Abrir espacios a la Seguridad Ciudadana y el Desarrollo Humano”.

⁹ Schünnemann, op.cit. p.9.

¹⁰ Una revista del Fondo para la Paz, por ejemplo, mantiene un índice de Estados Fallidos. Ver: foreignpolicy.com, “Failed State Index”. En: http://www.foreignpolicy.com/failed_states_index_2012_interactive (Estado: 4 de Diciembre de 2012.)

¹¹ UNDP, Report on Human Development in Central America 2009-2010.

¹² Entre los antecedentes puede contarse la alianza política conocida con el nombre de “Grupo Contadora”, procedente de la iniciativa del primer

Sin embargo, a pesar de que se reporta un cumplimiento de apenas un 30% del utópico plan de Paz propuesto a inicios de la década de los ochenta, lo cierto es que Guatemala ha participado, recientemente en Octubre de 2011, de su sexto proceso democrático, por lo que sería poco realista e injusto referirse al proceso de Paz como un fracaso¹³.

B. La CICIG como un resultado de los Acuerdos de Paz

1. La Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH).

Del 7 de Agosto de 1987, fecha en la que se suscribe en Contadora, Panamá, el “Acta de Instalación de la Comisión Internacional de Verificación y Seguimiento”, hasta el 29 de Diciembre de 1996, día final en el que se firma el “Acuerdo de Paz Firme y Duradera”, es decir, en esos cerca de doce años, se negocian y firman cerca de 22 Acuerdos de paz entre los actores de los enfrentamientos armados de la región centroamericana.

Las negociaciones de Paz incluyeron entre muchos otros, los Acuerdos de Esquipulas I y II; Los Acuerdos de Oslo, Querétaro y de Madrid en el período comprendido entre 1990 y 1994; El Acuerdo Global sobre Derechos Humanos; la instalación de la Misión de Verificación de la ONU, MINUGUA y finalmente el mencionado Acuerdo de Paz Firme y Duradera y su programa de implementación. No haremos un recuento de los puntos y el progreso de las negociaciones (ver fig.1), porque el punto central de este trabajo es la CICIG como resultado de estos procesos de Paz. Sin embargo, sí es importante hacer la observación de que las negociaciones de Paz iban más allá de un cese al fuego. Se trataba de un plan de pacificación, de un plan de restablecimiento de la paz, pero además de un programa de Estado que facilitara la distribución de la tierra, la inclusión de los pueblos indígenas, reformas constitucionales y electorales que garantizaran la institucionalidad del Estado guatemalteco y los Estados de la región centroamericana. Los planes de Paz, junto con la caída del muro de Berlín, era un nuevo inicio para Centroamérica al final de la guerra fría.

Los esfuerzos iniciales de la comunidad internacional, derivaron para Guatemala en la institución de la Comisión de Esclarecimiento

ministro sueco Olaf Palme y de los escritores y premios Nobel Gabriel García Márquez y Alva Myrdal.

¹³ Tomuschat, Christian. “Fehlschlag oder Erfolg? Eine Bilanz der Arbeit der Wahrheitskommission in Guatemala”. Die Friedens-Warte 74 (1999), p.433-455.

Histórico (en adelante CEH), presidida por el Dr. Christian Tomuschat, la cual inició sus funciones en 1994 y cuyos resultados fueron publicados en 1997 en el reporte denominado “Memoria del Silencio”.

De acuerdo con lo previsto en los acuerdos de Oslo y el Acuerdo sobre una Paz Firme y Duradera de 1996, la tarea de la Comisión era la de “esclarecer con toda objetividad, equidad e imparcialidad las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, vinculados con el enfrentamiento armado”.¹⁴

Por la redacción del mandato, quedaba la pregunta de si la CEH podía mencionar nombres y responsabilidades específicas en su reporte. El mandato de la Comisión se diferencia claramente de la función y alcances de un tribunal de crímenes de guerra como el modelo de Nuremberg o Tokio. No era su objetivo esclarecer responsabilidades específicas y sancionarlas en las responsabilidad individuales de cada uno de los autores de los crímenes de guerra. Su función era facilitar una memoria histórica sobre lo acontecido.

En ese sentido, la CEH cumplió su misión a cabalidad. El reporte “Memoria del Silencio” es un documento histórico y una referencia exhaustiva de lo acontecido durante la época de los conflictos bélicos en Guatemala entre 1962 y 1996.

La CEH en palabras del antiguo ministro de relaciones exteriores de Guatemala, Edgar Gutiérrez, “no dejó un títere con cabeza”¹⁵. De manera muy notoria, “Memoria del Silencio” calculó el número de víctimas por el conflicto armado en cerca de 200.000, aproximadamente 160 mil muertes y 40 mil desapariciones. Señaló claramente las responsabilidades del gobierno de Guatemala (93% de las violaciones totales a los derechos humanos) en un enfrentamiento armado que calificó de genocidio según las normas del derecho internacional humanitario. Sentó las reponsabilidades de la guerrilla en el conflicto armado.¹⁶ De manera llana esbozó las responsabilidades de los gobiernos externos en el conflicto y explicó las consecuencias de su férreo intervencionismo en

¹⁴ Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca, Art. 1.

¹⁵ Gutiérrez, “La disputa sobre el pasado”. Nueva Sociedad Nr. 161 (1999). p.12.

¹⁶ “Los hechos de violencia atribuibles a la guerrilla representan el 3% de las violaciones registradas por la CEH. Esto contrasta con el 93% cometidas por agentes del Estado, en particular el Ejército.” CEH, Memoria del Silencio, p.128.

la política interna de Guatemala, especialmente el intervencionismo anticomunista de la doctrina de seguridad nacional de Estados Unidos, los envíos de armamento por parte del Estado de Israel, y por otro lado el apoyo militar y estratégico de Cuba y de la U.R.S.S.. El reporte de la Comisión define como la época más crítica del conflicto los años entre 1980 y 1983, años de los Gobiernos de Romeo Lucas García y de Efraín Ríos Montt.¹⁷

Los resultados de la CEH fueron expuestos el 25 de Febrero de 1999 en el Teatro Miguel Angel Asturias por el Coordinador de la Comisión, el Dr. Christian Tomuschat, en compañía de sus colegas coordinadores Emilia Lux de Cotí -indígena quiché- y Alfredo Bastells Tojo, -expresidente del Colegio de Abogados de Guatemala-. El momento de la entrega del informe en el Teatro Nacional es emblemático y simbólico, porque la reacción del gobierno ejemplifica el estado de las cosas en cuanto a los órganos clandestinos de criminalidad. El presidente Alvaro Arzú, presente en el acto, no recibió oficialmente el informe, sino que en representación del Estado guatemalteco, el informe fue recibido por la Procuradora de los Derechos Humanos Raquel Zelaya. Es decir, la posición del gobierno no fue de rechazo al dictamen de las Naciones Unidas, pero tampoco fue un apoyo total.

2. El período entre la CEH y la CICIG

El informe de la CEH fue presentado, como se indicó anteriormente, la final del gobierno de Alvaro Arzú. Su mandato terminó en el 2000. Después vendrían tres mandatos presidenciales: el gobierno de Alfonso Portillo; el gobierno de Oscar Berger, y finalmente el gobierno de Alvaro Colom. Este año asumió funciones el militar Otto Pérez de Molina.

i. Alfonso Portillo, corrupción.

El dictador militar Efraín Ríos Montt fue el fundador del Partido Frente Republicano Guatemalteco (FRG). Al igual que Roberto D`Abuisson, fue entrenado en la Escuela de las Américas y también recibió especialización militar en las bases estadounidenses en Panamá. Bajo su mando se llevaron a cabo las operaciones “Frijoles y Fusiles”, y durante su mandato, la CEH determinó una de las fases más sangrientas del conflicto armado (1980-82).

¹⁷ CEH, Memoria del Silencio. párr.359, 360.

Ríos Montt trató de postular su candidatura para el año 2000, pero ésta fue limitada por el tribunal constitucional, debido al golpe de Estado que él había protagonizado en 1982 y con el cual se instituyó en el poder. Sin embargo, su candidatura produjo una seria presión sobre la recién instaurada y frágil institucionalidad guatemalteca. Una revuelta nacional, denominada el “viernes negro”, pretendía infundir temor en la sociedad guatemalteca, haciendo la declaración abierta de que los tiempos bélicos pasados habían regresado. En 1994, Ríos Montt fue nombrado presidente del Congreso y con esto el FRG lograba tener mayoría en el Congreso.

En 1995 Ríos Montt volvió a postular su candidatura presidencial. Esto mientras el juez español Santiago Pedraza solicitaba la extradición a la Audiencia Nacional española por cargos de genocidio relacionados con hechos acontecidos durante su período presidencial en 1982-83, como lo eran el incendio de la Embajada Española¹⁸. Las órdenes de detención y extradición también iban dirigidas en contra de Oscar Mejía Vítores. Las órdenes de extradición no fructificaron ante la justicia guatemalteca. En relación con la prohibición para su candidatura presidencial, esta vez el Tribunal Supremo Electoral volvió a esgrimir los mismos argumentos del tribunal constitucional. Aunque Ríos Montt no pudo postular su candidatura, siguió dirigiendo su partido a través de su hija, Zury Ríos, casada con un congresista norteamericano, y por medio de su hijo Efraín Ríos Sossa, quien ostenta el cargo de general en el ejército. Pero sobretodo, el líder del FRG designó como candidato oficial a Alfonso Portillo, un político, anteriormente profesor universitario, que había iniciado su carrera como marxista de los movimientos sindicales, pero que finalmente dio un giro a su carrera volcándose a la derecha ultraconservadora. Portillo había muerto a dos asaltantes hacía algunos años bajo condiciones muy cuestionadas y había alegado legítima defensa, pero éste hecho le daba alguna supuesta autoridad para encajar en la figura del “hombre fuerte” que sabía defenderse, y que podía implementar la “mano dura” en un país ingobernable con un “Estado fallido”. El gobierno de Portillo ponía al poder militar nuevamente en el gobierno. Uno de sus principales asesores era Luis Francisco Ortega Menaldo, calificado claramente por un funcionario de la administración de los Estados Unidos como un narcotraficante¹⁹. Así, en el año 2000, después de ganar en segunda

¹⁸ Roht-Arriaza. p. 16.

¹⁹ WOLA. “Hidden Powers”. Op.cit.p.22.

ronda las elecciones presidenciales, Portillo prestó juramento ante Ríos Montt en su carácter de presidente del Congreso.

El gobierno de Portillo, en claro quebranto de las recomendaciones elaboradas por la CEH, elaboró un plan de compensación por “servicios prestados a la patria” para los miembros de las *Patrullas de Autodefensa Civil* (PAC), cuerpos militares que habían funcionado como escuadrones de la muerte durante los conflictos armados. Es decir, que mientras las compensaciones a las víctimas de los conflictos armados seguían pendientes, se había elaborado un presupuesto adicional para los victimarios, sin duda un paso atrás en los procesos de pacificación.

Al final de su período presidencial, Portillo fue cuestionado por cargos de corrupción. Huyó a México, y fue interceptado y detenido en el camino. Junto con su Ministro de Finanzas, Manuel Mazas Castellanos y el Ministro de Defensa Eduardo Arévalo Lacs, fue acusado por peculado por un monto de 15 millones de dólares. Portillo también fue acusado en Nueva York por cargos de lavado de dinero por la suma de 60 millones de dólares.

El caso de Alfonso Portillo fue la primera gestión crítica del nuevo comisionado D´Allanese, al asumir su función en el 2010. Portillo, junto con los otros dos acusados, fue absuelto por la justicia guatemalteca en mayo de 2011. La CICIG, junto con la Fiscalía guatemalteca, presentó el correspondiente recurso de apelación. Su juicio se encuentra aún pendiente en los Estados Unidos. Portillo fue requerido por los Estados Unidos en Enero de 2010, su extradición fue autorizada por el gobierno de Alvaro Colom y actualmente está en trámite su extradición.²⁰

ii. Oscar Berger y el caso Pavón

El triple homicidio de los diputados del PARLACEN se le atribuyó, según la justicia guatemalteca, a nueve personas, entre ellas un diputado del Congreso de ese país, Manuel de Jesús Castillo.

Sin embargo la fiscal costarricense de la CICIG, Giselle Rivera, y un grupo de investigadores de ese órgano de las Naciones Unidas, logró identificar que el crimen había sido efectuado por un grupo clandestino de policías, que formaban parte de una estructura de crimen organizado

²⁰ Portillo presentó un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional. Periódico Prensa Libre, 28 Ago.2012. http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Maldonado-aparta-amparo_0_760124041.html

que operaba paralelamente desde la institucionalidad del gobierno de ese país.

Giselle Rivera había sido fiscal en Costa Rica en el caso del homicidio del periodista Parmenio Medina.²¹ El grupo de investigadores de la CICIG tenían la convicción de que la investigación del caso estaba siendo obstaculizada por la misma Fiscalía, en específico por el fiscal Alvaro Matus. Para otros sectores de la sociedad guatemalteca, el órgano de las Naciones Unidas, la CICIG, se había salido fuera de control.

El líder de ese grupo era un venezolano, Víctor Rivera, conocido como “Zacaría”, un “exconsultor en materia de seguridad” que había sido traído a El Salvador por el gobierno de Napoleón Duarte durante los Procesos de Paz en Centroamérica de inicios de la década de los noventa, pero que finalmente fue expulsado de ese país. El consultor fue entonces contratado por las autoridades guatemaltecas. Su tarea consistía en negociar secuestros, hacer perfiles criminológicos, en fin, sustituir al Estado en el monopolio de la violencia mediante una especie de contrato de “outsourcing”, avalado y apoyado por la institucionalidad del Estado guatemalteco. Víctor Rivera fue asesinado en abril de 2008.

Dentro de sus tareas, la organización de “Zacaría”, se dedicaban a la “limpieza social” de criminales. De esta manera, en setiembre del 2006 se lleva a cabo la ejecución sistemática de 7 reclusos en la cárcel de Pavón, un lugar olvidado en donde el Estado guatemalteco había perdido presencia y que tenía interés en recuperar. Este caso es uno de los principales casos que el exfiscal general costarricense, Francisco D’Allanese, llega a conocer al asumir su posición como comisionado de la CICIG en Guatemala, en sustitución del penalista español Carlos Castresana.

Con el gobierno de Alvaro Colom, la justicia guatemalteca juzga a la cúpula de la policía del gobierno anterior de Oscar Berger, por lo que parece una operación de “limpieza social” guiada por el Estado. Dentro de los acusados se encuentran el Ministro de Gobernación Carlos Vielmann; el jefe de la policía Erwin Sperissen; y el subdirector, Javier

²¹ Según también la versión recién publicada de un periodista costarricense que reside en el Salvador, Lafitte Fernández. Fernández trabajó en Costa Rica en el periódico La Nación, y decidió trasladarse a El Salvador por polémicas con un expresidente costarricense. Fernández, Lafitte. “Crimen de Estado. El caso Parlacen”. 2nda.ed.FG Editores. 2011.

Figueroa, así como el jefe de investigaciones de la Policía Nacional Civil (PNC), Hugo Soto Dieguez.

iii. Alvaro Colom y el caso Rosenberg

El gobierno de Alvaro Colom sufrió una crisis política, al punto de que un caso de homicidio llegó a poner en riesgo la institucionalidad del Estado y la gestión del Presidente.

En su discurso inaugural del 14 de Enero de 2008, Colom hacía el llamado a un gobierno socialdemócrata. Hacía referencia, después de más de 53 años, a los gobiernos de Arévalo y Arbenz, derrocados en 1954. Su tío, Manuel Colom Argueta, asesinado por Romeo Lucas García en 1979, fue un importante representante de la oposición socialdemócrata. Como su ministro de Finanzas fungía Alberto Fuentes Knight, hijo del fundador del partido socialdemócrata Alberto Fuentes Mohr.²²

En Mayo de 2009 apareció muerto Rodrigo Rosenberg, un reconocido político y abogado de la sociedad guatemalteca. En un video que se difundió horas después y muy rápidamente por la Internet, aparecía Rosenberg, responsabilizando al Presidente Colom de su muerte. El video produjo la protesta de miles de personas que se tiraron a las calles a solicitar la renuncia del presidente. El caso creó una seria crisis institucional para el gobierno.²³

El caso Rosenberg abrió las puertas para la legimitación de la CICIG ante el pueblo guatemalteco. Mediante el uso de recursos tecnológicos (rastreo de teléfonos celulares, grabaciones de videocámaras), la CICIG logró determinar que Rodrigo Rosenberg, a raíz de una depresión sentimental, había contratado a una banda para que le asesinasen, haciendo parecer el suicidio como un asesinato, y con la intención de perjudicar políticamente el gobierno de Colom.²⁴

²² v. “Rendición de cuentas”. Alberto Fuentes Knight, FG Editores (2012).

²³ El reportaje de David Gann en la revista “The New Yorker” agotó dos veces la edición. Grann David, A murder foretold. Unravelling the latest political conspiracy. En: http://www.newyorker.com/reporting/2011/04/04/110404fa_fact_grann (Estado: 4 Nov.2012)

²⁴ CICIG, Informe del tercer año de labores. http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-LABO_DOC05_20100901_ES.pdf (Estado 10. Nov.2012)

El caso le otorgó mucha credibilidad a la CICIG. El comisionado Carlos Castresana rindió informes de seguimiento masivo ante la prensa, lo cual le devolvió la tranquilidad al gobierno. Sin embargo, debido a la forma en la que se presentaron los resultados, Castresana fue muy criticado por un supuesto afán de notoriedad.

A pesar del golpe creado por el caso Rosenberg, el gobierno de Colom reportó pasos hacia delante en la lucha contra la impunidad.²⁵ Al final de su gobierno, el grupo socialdemócrata trató de inscribir la candidatura de Sandra Torres, la exesposa de Colom, pero ésta fue limitada por la corte constitucional.

Este hecho facilitó las elecciones para el presidente electo, Otto Pérez de Molina, un exmilitar, quien finalmente ganó las elecciones en Setiembre de 2001 e inició su período presidencial en el 2012. Para Pérez no existió genocidio en los términos en los que lo indicó la Comisión de Esclarecimiento Histórico.²⁶

C. La CICIG y “la guerra contra el crimen organizado”

1. Mandato y estructura

El 12 de Diciembre de 2006 firman la Organización de las Naciones Unidas y el Estado de Guatemala el “Acuerdo relativo a la creación de una Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG)”. La Comisión sigue un modelo similar al de las cortes “híbridas” de Timor, Sierra Leona, Cambodia y Líbano.²⁷

La CICIG, sin embargo, crea un mecanismo híbrido sin precedentes. En primer lugar, la finalidad de la CICIG –a diferencia de la Comisión de Esclarecimiento Histórico–, sí es sentar responsabilidades individuales. Su labor no desemboca en un informe, sino en una sentencia con efectos jurídicos. Esta sentencia, sin embargo, no es emitida por la Comisión. Su función es claramente la “desarticulación de aparatos clandestinos de seguridad y cuerpos ilegales de seguridad”.²⁸ La CICIG no realiza

²⁵ Palma, Claudia. “Colom, tres años después”. En: www.elperiodico.com.gt; (Estado: 11. Feb.2011)

²⁶ “Quiero que alguien me demuestre que hubo genocidio”. Entrevista con Otto Pérez Molina, por Martín Rodríguez Pellecer. 25 de Julio de 2011. En: Bestiario del Poder. Plaza Pública. FG Editores. 2012.p.71.

²⁷ Werle, Gerhard. *International Criminal Law* (2007), p.277.

²⁸ Mandato de la CICIG, art.2b.

las investigaciones únicamente por sí misma, sino que sirve de apoyo para los órganos de persecución penal del Estado. En este punto se diferencia de los modelos de las cortes híbridas anteriormente citadas. Esta característica le otorga a la CICIG una especie de “doble carácter”, tanto como un órgano independiente en términos de su personalidad jurídica y sujeto de derecho internacional, pero que siempre queda sujeto a la jurisdicción nacional guatemalteca, lo cual constituye “una gran virtud de la CICIG, así como su talón de Aquiles”.²⁹

Teniendo la experiencia de la CEH como antecedente, la CICIG sí cuenta con su propia personalidad jurídica. Esta situación había generado algunos inconvenientes durante el funcionamiento de la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Adicionalmente, otra corrección que se hizo del modelo anterior, fue la inmunidad expresa de sus funcionarios como oficiales de las Naciones Unidas protegidos por el derecho humanitario, establecida claramente desde el mandato de la CICIG.

La CICIG inicia en su primer año con un personal de 109 Oficiales, cinco áreas de trabajo, y un presupuesto de aproximadamente 13 millones de dólares.³⁰ A diferencia de la CEH, la CICIG sí contó con un presupuesto inicial concreto desde su inicio. El mandato original regía por un período de dos años, hasta el 4 de Setiembre de 2011, un lapso muy corto considerando la misión de la CICIG. El 13 de Enero de 2011 el Secretario General de las Naciones Unidas ratificó la prórroga del Mandato, quedando en vigencia hasta el 4 de Setiembre de 2013.

2. Facultades y funciones de la CICIG

Los poderes de la CICIG se resumen en dos vertientes: la persecución individual de casos, y los poderes de reforma institucional.³¹ Es decir, por un lado la CICIG tiene la capacidad de impulsar investigaciones y apoyar a la fiscalía en casos específicos. Por otro lado, la Comisión también busca garantizar una reforma institucional. En tercer lugar, la CICIG procura asistencia técnica y capacitación para los funcionarios del sistema judicial guatemalteco.

La CICIG está integrada por el Comisionado (en sus inicios el español Castresana y actualmente Francisco D´Allanese) y por cinco unidades: la Oficina del Comisionado, la Unidad de Investigaciones y

²⁹ Schünneman, Op.cit. p.12.

³⁰ CIGG. Reporte, Primer Año de Labores. Sept.2008.

³¹ Hudson, Taylor. p.9.; Mandato de la CICIG, Arts.3, 4.

Litigio, la Unidad de Información y Análisis, la Unidad de Administración y la Unidad de Seguridad y Salvaguarda.

2.a. Investigaciones de alto impacto

Ya en su primer año, la CICIG intervino en 15 casos de “alto impacto” en coordinación con el Ministerio Público. Entre estos casos el llamado caso de Zacapa, el enfrentamiento armado entre narcotraficantes el 25 de marzo de 2008 con un saldo de 11 muertos.³²

En vista de que la función de la CICIG no es sustituir las funciones estatales, sino apoyarlas, el 27 de Febrero de 2008 se firmó un acuerdo con el Ministerio Público, en el que se crea la Fiscalía Unidad Especial de Fiscalía Adscrita a la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (UEFAC). La UEFAC operaba como una fiscalía modelo a cargo de cuatro agentes, recibía apoyo técnico de la CICIG, pero quedando siempre subordinada a la dirección del Agente Fiscal del Ministerio Público. En diciembre del 2010 se firma un addendum al acuerdo con el Ministerio Público, y se cambia el nombre de la UEFAC por Fiscalía Especial contra la Impunidad (FECI). El cambio de nombre obedeció a una simple razón de nomenclatura.

La CICIG recibió en su primer año 64 denuncias, descartando 49 por encontrarlas fuera del ámbito de su mandato. En el período de septiembre 2010 a agosto 2011, la CICIG recibió 201 denuncias, teniendo a la fecha un total de 62 investigaciones abiertas.³³

Una de las críticas iniciales a las investigaciones de alto impacto de la CICIG fueron los criterios de selección para abordar un caso o desistir de hacerlo. La crítica era que los casos eran políticamente seleccionados, y que los criterios de admisibilidad no eran lo suficientemente claros como para establecer cuándo un caso implicaba la participación de cuerpos ilegales o clandestinos de seguridad, o se podía considerar de “alto impacto”.

2.b. Reforma Institucional

Reformas legislativas. La CICIG tiene dentro de sus objetivos impulsar reformar legales e institucionales por medio de propuestas legislativas. Sin embargo, ninguna de las propuestas legislativas

³² CICIG, Reporte Primer Año de labores. Op.cit. p.4.

³³ Ibidem.

formuladas por la CICIG desde el año 2009 ha sido aprobada por el Congreso de la República.

Dentro de las propuestas se encuentran: una reforma a la ley de Armas y Municiones y una serie de reformas procesales del Código Penal y contenidas en leyes especiales, que permitan una persecución más efectiva en casos de crimen organizado y organizaciones delictivas. De esta forma, las propuestas de reforma legislativa están relacionadas con la recabación de prueba, la utilización de videoconferencias, la seguridad de los sujetos intervinientes en el proceso y reformas procesales que en general tienen que ver con los fenómenos de criminalidad de los aparatos clandestinos de seguridad.

Postulaciones y nombramientos. La CICIG ha participado activamente en la discusión de los nombramientos a cargos públicos. Unos de los roles más importantes e iniciales fue la destitución del Fiscal General, hecho que motivó en parte la renuncia del Comisionado Castresana. Castresana entendió el nombramiento de Reyes por parte de Alvaro Colom como un retroceso en la labor de institucionalidad de la CICIG, por cuanto acusaba a Reyes de estar relacionado con narcotráfico y redes de adopciones ilegales. El nombramiento de Reyes fue finalmente anulado por la Corte de Constitucionalidad por motivo de los argumentos expuestos por otro interesado en el puesto.³⁴

Pero es de notar la transparencia que se ha dedicado a la elección de cargos públicos en el estado de Guatemala. Para la elección de Magistrados en el 2009, la CICIG se involucró en el proceso de selección, emitiendo informes acerca de los postulantes, de las formas de calificación y de los puntajes. En este proceso es también importante señalar la participación del Movimiento Pro Justicia, una organización formada y representada por la sociedad civil.³⁵ En el proceso de elección de magistrados de Octubre del año 2009, la sociedad civil presentó objeciones sobre un total de 8 candidatos a magistrado. Finalmente, en razón de la oposición expuesta, así como de los recursos de constitucionalidad incoados, el Congreso se vió en la necesidad de reformular 3 de estos nombramientos.³⁶

³⁴ <http://www.elperiodico.com.gt/es/20100610/pais/157011>

³⁵ <http://movimientoprojusticia.blogspot.com>

³⁶ CICIG, Informe del Proceso de Elección de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones y Otros Tribunales Colegiados de Igual Categoría. (2009).

3. Centroamérica y la guerra contra las drogas

El presidente electo de Guatemala, Otto Pérez de Molina, ha puesto en discusión el tema de la legalización de drogas en América Latina.³⁷ La Cumbre de las Américas en Colombia, el 14 de abril de este año, suponía un foro propicio para este debate. Sin embargo, la discusión, parece haber sido neutralizada por diálogos bilaterales.

La reacción de Estados Unidos ha sido un poco en ese sentido de llevar la discusión en términos bilaterales y no regionales. La visita de Hillary Clinton primero en Marzo de 2010 a Costa Rica, en Junio de 2011 a Guatemala, con ocasión de la Conferencia Internacional de Apoyo a la Estrategia de Seguridad de Centroamérica, fue seguida por la visita de Joe Biden como parte de la organización del Plan Mérida y del proyecto de la Iniciativa Regional de Seguridad para América Central. Finalmente el seguimiento fue confirmado por la visita de la secretaria de seguridad nacional Janet Napolitano, una semana después de que Pérez de Molina expresara sus ideas sobre la legalización.

El mayor consumidor de cocaína del mundo son los Estados Unidos, con 6,2 millones de consumidores. Cerca de un 0.4% de la población del mundo consumen cocaína por lo menos una vez al año. De los consumidores de cocaína a nivel mundial, 18% son adictos. De las 500 toneladas métricas que se consumen por año en el mundo, 165 terminan en los Estados Unidos, y 124 en Europa.³⁸

La posición del gobierno de los Estados Unidos sobre el tema, sin embargo ha variado de manera constructiva. Según declaraciones del Secretario Gil Kelikowske, Director de Política de Control de Drogas de la administración Obama, la cuestión de la legalización no se trata de una guerra contra las drogas -en los términos en los que la pudo haber anunciado el expresidente Richard Nixon cuarenta años atrás-, sino de un problema de salud pública.³⁹ Estados Unidos recientemente financia la Iniciativa Mérida, un plan de seguridad regional que dispone de 1400 millones de dólares junto con el Plan Colombia, y que presupuesta para Centroamérica un financiamiento de 145 millones de dólares.⁴⁰

³⁷ "We have to find new solutions to Latin America's drugs nightmare". Pérez, Otto. Periódico The Guardian. En:<http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/apr/07/latin-america-drugs-nightmare> (Estado:7 Abril, 2012).

³⁸ UNODC. World Drug Report. (2011). p.70.

³⁹ Gil Kerlikowske, www.whitehouse.gov (11 Marzo, 2009)

⁴⁰ United States Secretary of State; www.state.gov/p/inl/merida.

El Dr. Manuel Ventura Robles escribía en el 2001 en un seminario en Rio de Janeiro, sobre la necesidad de una Corte Interamericana Permanente.⁴¹ La misma Corte Penal Internacional surgió en su momento, en parte por la iniciativa de Trinidad y Tobago, quien solicitó a las Naciones Unidas apoyo para la creación de un órgano para combatir el tráfico de drogas. Finalmente, Arturo Valenzuela, Secretario de Estado de Estados Unidos para Asuntos del Hemisferio Oeste, mencionó en Marzo del 2011 la posibilidad de una CICIG regional para Centroamérica. Sus observaciones fueron apoyadas por el Secretario General de Naciones Unidas Ban Khi Moon.⁴² Adicionalmente, la Corte Penal Internacional realiza actualmente su primera investigación en Latinoamérica, en el caso de Colombia, y en Centroamérica, en relación con el caso de Manuel Zelaya en Honduras.

El mismo día en el que el Viceministro de Justicia de Costa Rica y director de Adaptación Social, Eugenio Polanco, manifestaba su preocupación por la gran cantidad de presos en el sistema carcelario que bajo la modalidad del procedimiento de flagrancia han ingresado al sistema penitenciario, la embajada de Estados Unidos en Costa Rica anuncia que Costa Rica ya implementa el Desafío Donación de parte de la Iniciativa Centroamericana de Seguridad Regional (CARSI).

La preocupación de Polanco se extiende a que según sus proyecciones, “podríamos pasar a una tasa de presos de 320 por cada 100 mil habitantes, lo que nos haría estar dentro del los 10 países con más presos por cada 100 mil habitantes. Algo que hay que meditar y que constaría una inversión de 100 mil millones de colones para atender el problema”.⁴³

Así que es posible inferir en los próximos años de una institución de similar naturaleza a la CICIG, sólo que de alcances regionales.

Es importante que en estas nuevas dinámicas de cooperación externa no se repitan los errores del pasado.

⁴¹ Ventura Robles, Manuel. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente” En: El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. pp.109-165.

⁴² “discuten posibilidad de crear una CICIG regional”. www.elperiodico.com.gt Aunque no es una obra de carácter científico, sino de ficción, la idea queda sugerida en la reciente novela del exfiscal general costarricense, Francisco D’Allanese, “La huella de los Zopilotes”. (Alfaguara, 2012).

⁴³ “Primeras Jornadas sobre el Procedimiento de Flagrancia en el Colegio de Abogados”. 27 de Agosto, 2012. Colegio de Abogados de Costa Rica.

Fuentes y bibliografía

1. Acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las violaciones a los derechos humanos y los hechos de violencia que han causado sufrimientos a la población guatemalteca.
2. Anónimo. Guatemala: ¿Volverán los militares a sus cuarteles?. Nueva Sociedad Nro.76 Marzo- Abril 1985, Pp. 4-7. Tomado de Nueva Voz , No 26, Servicio Informativo Quincenal, Estocolmo, Suecia.
3. Acuña, Víctor Hugo. "Centroamérica: frustración, ilusión, realidad y promesa". En: Revista Paquidermo, <http://www.revistapaquidermo.com/archives/4995>. (20.12.2011.) Conferencia impartida en Managua, Nicaragua, el 16 de septiembre de 2011, en el marco del I Encuentro Centroamericano de Un Techo para mi País.
4. Arias, Arturo. La quema de la Embajada de España en Guatemala: la versión de Máximo Cajas y la construcción ideológica de la versión defendida por Stoll. Prepared for delivery at the 2001 Meeting of the Latin American Studies Association, Marriot, Wardman Park, Washington D.C., September 6-8, 2001.
5. Azpuru, Dinorah; Blanco, Ligia. Guatemala 2006, El aniversario de la Democracia y de la Paz. Revista de Ciencia Política, año/vol 27, Número especial. Pontificia Universidad Católica de Chile. S.149-163.
6. Bethell, Leslie, The Cambridge History of Latin America, Oxford University Press, 1996.
7. Briscoe, Ivan. The Proliferation of the Parallel State. Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE). Working Paper 71, 2008.
8. Castresana, Carlos. La ONU en la lucha contra la impunidad en Guatemala. Papeles, N. 87, 2004. 105-144.
9. CICIG. Reporte, Primer Año de Labores. Sept.2008.
10. CICIG, Informe del tercer año de labores. http://cicig.org/uploads/documents/informes/INFOR-LABO_DOC05_20100901_ES.pdf
11. CICIG, Informe del Proceso de Elección de Magistrados a la Corte Suprema de Justicia y Cortes de Apelaciones y Otros Tribunales Colegiados de Igual Categoría. (2009).

12. Committee on Foreign Affairs, House of Representatives, 111th Congress, Hearing before the Subcommittee on the Western Hemisphere, Serial No. 110-176, Washington DC, May 8, 2008. En: <http://www.seguridadregional-fes.org/>. (Estado: 20.12.2011.).
13. Comisión para el Esclarecimiento Histórico (CEH). “Memoria del Silencio”. En: <http://shr.aas.org/guatemala/ceh/mds/spanish/toc.html> (Estado: 4 Dic.2012).
14. Chirouze Montenegro, Christina. ¿Democratización sin Memoria? El caso de Guatemala. Congreso Internacional de Latinoamericanistas 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, Universidad de Salamanca, España.
15. Colburn, Forrest D., Latin America at the End of Politics, Princeton University Press, 2002.
16. Conferencia: “Primeras Jornadas sobre el Procedimiento de Flagrancia en el Colegio de Abogados”. 27 de Agosto, 2012. Colegio de Abogados de Costa Rica. En: <http://www.youtube.com/watch?v=cZwqml6yMIU> (Estado: 4 dic.2012)
17. D’Allanese, Francisco. “La huella de los Zopilotes”. Alfaguara, 2012.
18. www.elperiodico.com.gt: “discuten posibilidad de crear una CICIG regional”.
19. Fernández, Lafitte. “Crimen de Estado. El caso Parlacen”. 2nda. ed.FG Editores. 2011.
20. Fuentes Knight, Alberto. “Rendición de cuentas”. FG Editores (2012).
21. Grann David, A murder foretold. Unravelling the latest political conspiracy. http://www.newyorker.com/reporting/2011/04/04/110404fa_fact_grann
22. Kauffman, Craig. Transitional Justice in Guatemala: Linking the Past and the Future. Prepared for the ISA-South Conference Miami, Florida November 3-5, 2005
23. Groome, Dermot. The Right to Truth in the Fight Against Impunity. Berkeley Journal of International Law. Vol. 29:1, 175-199.

24. Galtung, Johann. Cultural Violence. *Journal of Peace Research*, Vol.27, Nr.3, August 1990. S.291-305.
25. Gilda Pacheco Oreamuno, Lorena Acevedo Narea, Guido Galli (ed.). Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, (2005).
26. Graham, John. Guatemala, Can Berger break the cycle? *Focal* (2003).
27. Guatemala: five years after the Peace Accords, the challenges of implementing peace, A Report for the Norwegian Ministry of Foreign Affairs. Hilde Salvesen, International Peace Research Institute, Oslo (PRIO) March 2002.
28. Gutiérrez, Edgar. La disputa sobre el pasado. *Nueva Sociedad*, Nr.161. Mayo-Junio, 1999. S. 159-173.
29. Harnecker, Marta. Pueblos en Armas. Entrevistas a los principales guerrilleros de Nicaragua, El Salvador, Guatemala. Editorial Nueva Nicaragua, 1985.
30. Hidalgo Morales, Mariela Eulalia. Análisis Jurídico De La Cicig y su interferencia en el Derecho Penal Guatemalteco. Diplomarbeit-These. Universidad de San Carlos de Guatemala Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. (2008).
31. Hudson, Andrew; W. Taylor, Alexandra. The International Commission against Impunity in Guatemala, A New Model for International Criminal Justice Mechanisms. *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, 2010. Nr. 8 S. 53-74.
32. International Crisis Group. Guatemala: Asfixiada Entre El Crimen Y La Impunidad. Informe Sobre América Latina N°33, 22 De Junio De 2010.
33. International Crisis Group. Learning To Walk Without A Crutch: An Assessment Of The International Commission Against Impunity In Guatemala. *Latin America Report* N°36 – 31 May 2011.
34. Kirchhof, Paul; Carrasco David (ed.), 2001, *The Oxford Encyclopedia of Mesoamerican Cultures*, Oxford University Press;

35. Kurtenbach, Sabine. Guatemala nach den Wahlen: Zurück in der Vergangenheit oder Chance für ein neuer Amfang? Brennpunkt Lateinamerika. Institut für Iberoamerika-Kunde Hamburg. Nr.2, 29 Januar 2000, S.9-18.
36. Molden, Berthold. Die Debatte um David Stolls Menchú- Kritik: Vom US-Akademiker-Streit zur geschichtspolitischen Kontroverse in Guatemala. Lateinamerika Analysen 7, Februar 2004, S. 3-28. Hamburg: IIK.
37. Molina-Mejia, Raúl. Guatemala: Turning Back the Clock. NACLA Report on the Americas. N. 6, Vol. 36, S.8. (2003)
38. Oettler, Anika. Der Stachel der Wahrheit, Zur Geschichte und Zukunft der Wahrheitskommission in Lateinamerika. Hamburg IIK, Lateinamerika Analysen 9, Oktober 2004. S.93-126.
39. Oettler, Anika. Die Wiederbelegung der Vergangenheit? Guatemala in Wahljahr 2003. Brennpunkt Lateinamerika. Nr.6, 30 März 2003. (S. 49-56)
40. Oettler, Anika. Guatemala in the 1980s: A Genocide Turned into Ethnocide? German Institute of Global and Area Studies, GIGA. Leibniz Institut für Globale und Regionale Studien. Research Program: Violence and Security Cooperation Working Paper Nr.19, March 2006.
41. Rodríguez Pellecer, Martin. (edit.) Bestiario del Poder. Plaza Pública. FG Editores. 2012.
42. Oettler, Anika. Guatemala: Demokratie auf dem Nährboden der Gewalt. Zu den Perspektiven des Friedensprozesses unter der neuen Regierung Berger. Brennpunkt Lateinamerika. Institut für Iberoamerika-Kunde Hamburg. N. 3, 15. Februar 2004.
43. Oettler, Anika. Guatemala: Zwanzig Jahre Demokratie. Brennpunkt Lateinamerika. Institut für Iberoamerika-Kunde Hamburg. N. 13. Juli 2005.
44. Oettler, Anika. Mehrdimensionale Aufarbeitung: Wahrheitskommissionen in Lateinamerika. Lateinamerika Analysen 14, 2/2006, S. 113-139. Hamburg: IIK.
45. Periódico Prensa Libre, 28 Ago.2012. "Portillo presentó un recurso de amparo ante la jurisdicción constitucional."; http://www.prensalibre.com/noticias/justicia/Maldonado-aparta-amparo_0_760124041.html

46. Popper, Karl und Eccles, John. "Das Ich und sein Gehirn". Piper (1989)
47. Pérez-Brignoli, Héctor. A Brief History of Central America. University of California Press. (1989).
48. Pérez de Molina, Otto. "We have to find new solutions to Latin America's drugs nightmare". Periódico The Guardian. 7 Abril, 2012. <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/apr/07/latin-america-drugs-nightmare>
49. Palma, Claudia. "Colom, tres años después". En: www.elperiodico.com.gt; 11. Feb.2011.
50. Ranf, Florian. Verspätete Wahrheitskommissionen in Theorie und Praxis. Universitätsverlag Potsdam, 2010.
51. Reagan, Ronald. Address Before a Joint Session of the Congress on Central America, April 27, 1983, <http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1983/42783d.htm>. (Estado: 20.12.2011).
52. Rodríguez Pellecer, Martín. Centroamérica, Estado, Crimen y Ciudadanía. Revista Diálogo. FLACSO. Nr. 9, Tercera época, 9 Mayo, 2010.
53. Roht-Arriaza, Naomi. Making the Do Justice: Transitional Prosecution and International Support for criminal investigations in Post-Conflict Guatemala. Chicago Journal of International Law (2008).
54. Salazar, Katya. Die Wahrheitskommissionen in Argentinien, El Salvador und Guatemala. Eine Untersuchungen ihrer Rechtsgrundlagen, Aufgaben und Strukturen sowie ihr Verhältnis zur Strafverfolgung. Nürnberger Menschenrechtzentrum.
55. Schulz, Christiane. Guatemala: Erinnerung an das Schweigen – die Schwierigkeiten der Vergangenheitsbewältigung. Brennpunkt für Lateinamerika, Politik, Wirtschaft, Gesellschaft. Institut für Iberoamerika, Kunde-Hamburg. Nr.6, 25 März 1995.
56. Schunnemann, Julia. Mirando al Mounstruo a la cara. La Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala y el "Contrato de Construcción del Estado de Derecho", Initiative for Peacebuilding, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE. (2010).

57. Seils, Paul F. Reconciliation in Guatemala: the role of intelligent justice. *Race & Class*, Institute of Race Relations Vol. 44 (1): 33-59 (2002).
58. Simon, Jan-Michael. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico: Verdad y Justicia en Guatemala. Ponencia en el coloquio internacional “Estado de Derecho y Delincuencia de Estado en América Latina. Procesos de transformación comparados” celebrado del 22 al 24 de Febrero de 2002 en la ciudad de Sao Paulo/Brasil organizado por el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais, la Fundación Konrad Adenauer/Programa Estado de Derecho en Sudamérica y el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2002.
59. Susan C. Peacock and Adriana Beltrán. “Hidden Powers in post-conflict Guatemala. Illegal Armed Groups And The Forces Behind Them” (2003). Washington Office on Latin America (WOLA).
60. Susanne Knoke, Guatemala auf dem Weg in einen dauerhaften Frieden? Der Acuerdo de Paz Firme y Duradera: Das Friedensabkommen vom 29. Dezember 1996 und seine bisherige Umsetzung. KAS-AI 6/03, S. 69–84.
61. Tomuschat Christian. Friedenssicherung durch Wahrheitsfindung. Die Kommission zur Aufklärung der Vergangenheit in Guatemala, Vereinte Nationen 47 (1999), 192-199.
62. Tomuschat, Christian. Between national and international law. Guatemala’s Historical Clarification Commission, in: *Liber amicorum Günther Jaenicke*, Berlin et al. 1998, 991-1011.
63. Tomuschat, Christian. Clarification Commission in Guatemala, *Human Rights Quarterly* 23 (2001), 233-258.
64. Tomuschat, Christian. Die Wahrheitskommission in Guatemala, in: Th. Marauhn (ed.), *Recht, Politik und Rechtspolitik in den internationalen Beziehungen*, Tübingen 2005, 27-43.
65. Tomuschat, Christian. Fehlschlag oder Erfolg? Eine Bilanz der Arbeit der Wahrheitskommission in Guatemala, *Die Friedens-Warte* 74 (1999), 433-455.
66. Tomuschat, Christian. Guatemala: unas víctimas ansiosas de hablar, *Hechos del Callejón* (UNDP, Bogotá), Número 21 (December 2006/ January 2007), 11-15.

67. Trudeau, Robert H. The Guatemalan Election of 1985: Propects of Democracy. In: Elections and Democracy in Central America. Ed.by John A.Booth and Mitchell A. Seligson. S-126-158. University of North Carolina Press. 1989.
68. UNDP, Report on Human Development in Central America 2009-2010.
69. UNODC. World Drug Report, 2011.
70. United States Secretary of State; www.state.gov/p/inl/merida.
71. Werle, Gerhard. International Criminal Law. TMC Asser Press, 2009. 2nda Ed.
72. Verein ¡Fijáte!. Frieden in Guatemala bleibt eine Utopie. No. 376, (2007).
73. Ventura Robles, Manuel. “La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un tribunal permanente” En: El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Interamericana de Derechos HUmanos, 2003.
74. Victoria Sanford, From Genocide to Femicide: Impunity and Human Rights in Twenty-First Century Guatemala. Journal of Human Rights, 7:104–122, 2008
75. Victoria Sanford. The ‘grey zone’ of justice: NGOs and rule of law in postwar Guatemala. Journal of Human Rights, Vol. 2, No. 3 (September 2003), 393–405.
76. Vorwärts in die Vergangenheit oder rückwärts in die Zukunft? Wahlen zum Ende des Jahrhunderts in Guatemala, Mario Solórzano Martínez. Ibero-Amerikanisches Institut · Stiftung Preußischer Kulturbesitz, Heft 1. (1999)
77. White House, “Gil Kerlikowske”, www.whitehouse.gov (11 Marzo, 2009)

DERECHO Y ALIMENTOS TRANSGÉNICOS

Dr. Jorge Enrique Romero Pérez (*)
Coordinador de Doctorado en Derecho
Universidad de Costa Rica

(Recibido 25/09/12 • Aceptado 21/11/12)

(*) jorgerp10@gmail.com;
tels. (506) 2250- 1160; (506) 2259 4844.
Apartado postal 1264 Y Griega 1011. San José. Costa Rica

RESUMEN: El tema de los transgénicos es polémico sin duda. Puede ser examinado desde diversas perspectivas: biológica, económica, jurídica, de negocios, medio ambiente, etc.

Lo anterior significa que siendo un tema interdisciplinario, implica asumir un ángulo o punto de vista, en su análisis.

PALABRAS CLAVE: biología, células embrionarias no diferenciadas, organismo genéticamente modificado, transgénicos, retroalimentación, sistémica.

ABSTRACT: The topic of genetically-modified foods is controversial without a doubt. It can be examined from many angles, such as biological, economic, juridical, business, environmental, and other standpoints.

The above means that, as this is an interdisciplinary topic, it is necessary to take a stand or point of view to analyze it.

KEY WORDS: Biology, Embryo-derived stem cells, Genetically-modified organism, Transgenic food, Feedback, Systemic

SUMARIO

Introducción

1. Concepto
2. Generalidades
3. ¿Cuáles son algunos de los alimentos transgénicos?
4. Riesgos de los cultivos y alimentos transgénicos
5. Datos básicos sobre transgénicos
6. Los 10 principales peligros de los cultivos y alimentos transgénicos en el contexto sociopolítico actual
7. La privatización del conocimiento y de la vida
8. Las graves consecuencias de la privatización del conocimiento y de la vida
9. Privatizar la biodiversidad
10. Sistema de patentes y propiedad intelectual
11. Aspectos críticos para la salud
12. Control monopólico, comercialización y dependencia
13. Principio de precaución
14. Protocolo de Cartagena
15. Posición de los promotores de los cultivos transgénicos
16. La hegemonía corporativa
17. La revolución verde
18. Consumidores y etiquetas
19. La ley de biodiversidad No. 7788 de 1998, Costa Rica
20. Comisión técnica de biodiversidad, Costa Rica
21. Ley de protección de las obtenciones vegetales, No. 8631 del 6 de marzo del 2006

22. Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales, ley No. 8635 del 21 de abril del 2008
23. Reglamento No. 35677-MAG del 19 de noviembre del 2009, a la Ley de protección de las obtenciones vegetales, No. 8631 del 6 de marzo del 2006

Conclusión

Glosario

Bibliografía

INTRODUCCION

El tema de los transgénicos es polémico sin duda. Puede ser examinado desde diversas perspectivas: biológica, económica, jurídica, de negocios, medio ambiente, etc.

Lo anterior significa que siendo un tema interdisciplinario, implica asumir un ángulo o punto de vista, en su análisis.

Mi posición se ubica con aquellos que son críticos de los transgénicos y parte de la Dimensión Jurídica.

La exposición que se detallará tiene, al menos, estas aristas:

- a- Crítica
- b- Informativa

Se sabe que los transgénicos u organismos genéticamente modificados (OGM), permiten acelerar la evolución natural con nuevas variedades de semillas vegetales o de animales de diseño (Tamames, p. 26).

Dejo constancia del agradecimiento por la valiosa colaboración del Dr. Jaime García González, Doctor en Ciencias Agrícolas, Catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Estatal a Distancia, por su valiosa información sobre transgénicos que ha tenido la gentileza de proporcionarme para elaborar esta investigación; y, por la motivación y el estímulo para finalizarla.

1.- CONCEPTO

Alimento transgénico es aquel en cuyo diseño se han usado técnicas de ingeniería genética, para obtener características que respondan a exigencias de rendimiento en el mercado (Tamames, p. 34, 2003).

Por lo que respecta a los organismos genéticamente modificados se puede decir que son aquellos en los cuales se ha introducido uno o más genes, con el fin de conferirle una o más características puntuales que la variedad convencional no posee (Schaper; y, Parada, 2001).

2.- GENERALIDADES

La modificación genética implica introducir en los alimentos, genes provenientes de otras especies (u, organismos), porque esta información específica que contiene el gen introducido no se transmite naturalmente por los métodos reproductivos tradicionales.

Esta modificación implica introducir códigos genéticos de una proteína que nunca estuvo presente en este organismo.

La irrupción en pocos años (1994- 2004) de una nueva generación de tecnologías basadas en la manipulación genética y en las biotecnologías, y su rápida difusión e implementación, está revolucionando la producción de alimentos y materias primas de origen agropecuario (Schaper; y, Parada, 2001).

3.-¿CUÁLES SON ALGUNOS DE LOS ALIMENTOS TRANSGÉNICOS?

Los alimentos obtenidos por manipulación genética son:

- Los organismos que se pueden utilizar como alimento y que han sido sometidos a ingeniería genética ,
- alimentos que contienen un ingrediente o aditivo derivado de un organismo sometido a ingeniería genética,
- alimentos que se han producido utilizando un producto auxiliar para el procesamiento, creado mediante ingeniería genética (Riechmann, p. 79).

4.-RIESGOS DE LOS CULTIVOS Y ALIMENTOS TRANSGÉNICOS

Los riesgos que plantean los cultivos y alimentos transgénicos son:

- Efectos tóxicos o alergénicos debido a productos transgénicos o productos de interacciones con genes huéspedes,
- propagación de transgenes a especies silvestres cercanas por hibridación sexual, creando por hibridación “malísimas hierbas”, resistentes a los herbicidas,
- transferencia horizontal de genes a través de la mediación de un vector a especies de plantas sin relación alguna,
- transferencia horizontal de genes a través de la mediación de un vector y recombinación para crear nuevas bacterias patógenas,

- recombinación de vectores que generan nuevas cepas virulentas de virus,
- transmisión a través de un vector de resistencia a los antibióticos a bacterias del medio,
- incremento de la contaminación química del agua y los alimentos; aumento de las enfermedades relacionadas con biocidas entre los trabajadores del campo ,
- las plantas transgénicas equipadas con bio-insecticidas, aceleran la evolución de resistencias a estos en las plagas,
- concentración de los insectos normales sobre los cultivos no transgénicos, sometiéndolos a daños acrecentados,
- fracasos agrícolas debidos a la inestabilidad de los genomas de las plantas transgénicas,
- alimentos manipulados para que tengan buen aspecto, con independencia de su valor real para la nutrición,
- la expansión de los cultivos transgénicos amenaza la diversidad genética por la simplificación de los sistemas de cultivos y la producción de la erosión genética (Riechmann, pp. 82-83).

5.- DATOS BÁSICOS SOBRE TRANSGÉNICOS

La gran mayoría de los transgénicos (77 .2%) son diseñados para ser resistentes a herbicidas, lo que les permite aumentar las ventas de sus propios herbicidas. Sólo 14.8% de estos cultivos tienen genes de resistencia a insectos y el restante 8% una mezcla de ambos. Esto genera una grave dependencia de la agricultura a los insumos y semillas de las empresas, poniendo en peligro la autonomía de los países para decidir sobre sus sistemas productivos y la seguridad alimentaria.

La siembra mundial de transgénicos fue de 52.6 millones de hectáreas en 2001.

Los tres países líderes en la siembra de transgénicos en el mundo son: Estados Unidos con 35,7 millones de hectáreas , Argentina .con 11.8 millones de hectáreas y Canadá con 3.2 millones de hectáreas en el 2001.

Los principales cultivos transgénicos son: la soya (63.6%), el maíz (18.6%), seguidos de canola (5%) y algodón (13%). Las compañías o empresas han seleccionado aquellos cultivos que más se comercializan a nivel mundial, y actualmente se están enfocando en la producción comercial de trigo y arroz.

La tecnología transgénica, es además innecesaria. En el caso de la agricultura, existen alternativas tecnológicas tradicionales que no representan riesgos al medio ambiente y son compatibles con la conservación de la biodiversidad. Por ejemplo, para el problema de la sequía, la biotecnología produciría plantas con genes que le confieren resistencia a la sequía, en tanto que la agricultura tradicional utilizaría prácticas de conservación de humedad, surcos en contorno y variedades adaptadas a los microclimas, entre otras.

Los cultivos transgénicos finalmente, tampoco son una solución para el problema del hambre en el mundo, como sus proponentes aseguran. El problema del hambre es un problema político económico de inequidad en la distribución de los recursos. Las personas que sufren hambre no poseen dinero para adquirir alimentos. Los informes pertinentes, señalan que la cantidad de alimentos que se produce actualmente es más que suficiente para suplir a toda la humanidad (Manzur, 2003, p. 13).

La realidad de los cultivos transgénicos nos muestra lo siguiente:

- Sólo cinco empresas dominan la totalidad del mercado de semillas transgénicas plantadas comercialmente en el mundo hasta 2002:

Monsanto, Syngenta (Novartis + AstraZeneca), DuPont, Bayer (incluida Aventis) y Dow. (BASF se incorporó posteriormente). Estas cinco compañías están entre las 6 mayores productoras de agroquímicos del mundo, controlan 70% del valor de ese mercado en el nivel mundial. Dos de ellas están simultáneamente entre las 8 farmacéuticas más grandes del mundo.

- Apenas cuatro cultivos de exportación -soya, algodón, canela, maíz- responden por casi la totalidad de semillas transgénicas cultivadas en el mundo
- Tres países -Estados Unidos, Argentina y Canadá- tienen 96% del área total de cultivos transgénicos, y si agregamos a China, se alcanza 99%

- Dos características de modificación genética totalizan el área plantada comercialmente en el mundo; 77%, es decir, más de las tres cuartas partes de los cultivos transgénicos plantados comercialmente en 2001 estaban manipulados con una sola característica: la tolerancia a herbicidas patentados por la compañía que vendió las semillas. Del resto, 15% fueron manipulados para ser plantas insecticidas, introduciéndoles el gen de la toxina de la bacteria *Bacillus thuringiensis* (Bt), y el 8% restante fue una combinación de ambas características
- Una sola empresa -Monsanto- vendió 91 % de las semillas transgénicas plantadas comercialmente hasta diciembre de 2001.3

Lo que mejor describe los cultivos transgénicos desde su introducción comercial en 1996 es la agricultura industrial, la concentración corporativa y la uniformación.

Más que “libertad de elección”, se trata de un virtual monopolio del mercado de semillas transgénicas, introducido en mercados prácticamente “cautivos”, donde la agricultura industrial ha establecido relaciones de fuerte dependencia de los agricultores con las compañías semilleras y de agroquímicos, por medio de sistemas de contratos Y otras formas de dependencia estructural, tales como condicionamientos de compra, créditos o préstamos.

6.- LOS 10 PRINCIPALES PELIGROS DE LOS CULTIVOS Y ALIMENTOS TRANSGENICOS EN EL CONTEXTO SOCIOPOLITICO ACTUAL

1. Riesgos para lo salud pública (alergias, intoxicaciones, resistencia o antibióticos)
2. Contaminación genética (por difusión incontrolada de los transgenes en la biosfera)
3. Aumento de lo contaminación químico por biocidas
4. Pérdida acrecentado de biodiversidad silvestre y agropecuaria
5. Creciente inseguridad alimentaria
6. Enorme concentración de poder en un puñado de transnacionales
7. Degradación de lo democracia

8. Incremento de las desigualdades Norte-Sur, y en general de la injusticia
9. Inactivación de recursos de la agricultura ecológica y perjuicios para los agricultores que no se suban al carro de los transgénicos (v.gr. concentración de plagas en sus campos)
10. Privatización y mercantilización de la agricultura, la ganadería, y la vida misma. (Riechmann, p. 140).

7.- LA PRIVATIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO Y DE LA VIDA

Una tendencia de largo alcance: la ampliación del derecho de patentes

El derecho de patente sobre una invención consiste en un monopolio comercial sobre ésta, de duración limitada (normalmente 20 años), que se otorga como contrapartida de una completa revelación de la información científica y de un efectivo acceso a la invención por parte de la sociedad. Para que se conceda una patente deberían satisfacerse tres criterios: novedad, carácter de invención no obvia y utilidad práctica.

Desde que el actual sistema de patentes industriales nació en **1883** ha sido revisado en seis ocasiones, y en cada ocasión los privilegios monopólicos de la industria se han reforzado y los derechos de la sociedad se han debilitado.

En el *siglo XX*, se concedieron patentes sobre plantas ornamentales a comienzos de siglo, se amplió la propiedad intelectual a los cultivos alimentarios a mediados de este siglo, y en el último cuarto de siglo esta tendencia se ha ampliado y acelerado hasta incluir microorganismos, animales, plantas y -más recientemente- material genético humano.

En **1971** se solicitó en Estados Unidos la primera patente sobre un microorganismo manipulado genéticamente. En 1980, después de un decenio de litigios, el Tribunal Supremo de este país, afirmó la patentabilidad de tales microorganismos.

A partir de **1988** se han patentado mamíferos transgénicos (comenzando por el famoso "oncorratón" desarrollado en la Universidad de Harvard).

Entre **1981** y **1995** se otorgaron en todo el mundo 1.175 patentes sobre secuencias génicas humanas, tres cuartas partes de ellas a

empresas privadas (japonesas y estadounidenses en su mayor parte). En la Unión Europea se localizan los propietarios del 24% de estas patentes de material genético humano.

Con semejante extensión del derecho de patentes, por primera vez en la historia de la humanidad, la investigación básica (o casi) es una mercancía vendible; y los seres vivos, sus partes y sus procesos se tratan como “inventos” que pueden ser apropiados privadamente.

8.- LAS GRAVES CONSECUENCIAS DE LA PRIVATIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO Y DE LA VIDA

La concesión de patentes sobre material biológico tiene profundas consecuencias en la seguridad alimentaria nacional, en el desarrollo rural y en la protección ambiental.

Entraña el riesgo de incrementar todavía más los procesos de mercantilización, oligopolización de la agricultura y erosión de la diversidad genética presente en los cultivos agrícolas -fenómenos que ya hoy son extremadamente preocupantes.

Las patentes obligarían a los campesinos a comprar nuevas semillas cada año, obstaculizarían el intercambio libre de datos científicos y aumentarían aún más el control por parte de las grandes empresas transnacionales.

Si se convierten los cultivos alimentarios o las medicinas en mercancías patentadas, se puede negar su acceso a pueblos y países enteros (Riechmann, p. 127).

9.- PRIVATIZAR LA BIODIVERSIDAD

En 1998, la empresa biotecnológica estadounidense Diversa llegó en secreto a un acuerdo con la UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México) para hacer bioprospección durante tres años en México.

Diversa se comprometió a pagar 5.000 dólares en equipo de investigación, y porcentajes entre el 0.3% y el 0.5% de las ventas de productos desarrollados a partir de los biomateriales hallados. El acuerdo es escandaloso por varias razones: negociado en secreto, sólo se pudo conocer por una filtración, un año después; lo UNAM no estaba legitimado para vender la rica biodiversidad mejicana por un plato de lentejas; el trato violó la legislación mejicana (legislación ambiental y derecho de potentes, sobre todo); y, los royalties son

más de veinte veces inferiores a los que lo mismo empresa negoció con los autoridades estadounidenses para hacer bioprospección en el Parque Nacional de Yellowstone ... cuya biodiversidad no igualo ni remotamente a la mejicana. (Alejandro Nadal en La Jornada, México, 28.setiembre de 1999; Riechmann, pp. 125-126).

10. SISTEMA DE PATENTES Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Existe una urgente necesidad de rechazar el sistema de patentes y los derechos de propiedad intelectual intrínsecos de la Organización Mundial del Comercio, que no sólo provee a las corporaciones multinacionales el derecho de apropiarse y patentar recursos genéticos, sino que también acentúa la velocidad a la cual las fuerzas del mercado estimulan el monocultivo con variedades transgénicas genéticamente uniformes (Manzur et al, 2009).

11.- ASPECTOS CRÍTICOS PARA LA SALUD

a) Alergias

Los genes codifican proteínas y algunas pueden provocar alergias.

b) Resistencia a antibióticos

Se utilizan genes marcadores que tienen la característica de ser resistentes a algún antibiótico.

c) Preocupaciones por el uso de virus en las modificaciones genéticas

En la construcción de alimentos genéticamente modificados se insertan secuencias genéticas de virus para activar los genes introducidos de interés (promotores) (Herbert et al, 2006).

12.- CONTROL MONOPÓLICO, COMERCIALIZACIÓN Y DEPENDENCIA

Las pocas corporaciones transnacionales involucradas en este campo, tienen la capacidad de ejercer un control considerable sobre la cadena de alimentos, y de hecho, están usando los alimentos transgénicos para consolidar ese control (García, 2007).

13.- PRINCIPIO DE PRECAUCIÓN

Se le conoce también como principio de cautela . Quiere decir que ante la duda de perjuicio o daño para la salud provocado por un producto, la Comisión Europea no autoriza su comercialización, recomendando su inmovilización y retirada de los países de la Unión Europea.

Por este principio existe la obligación de realizar los estudios exhaustivos, hechos por comités científicos independientes que determinen con claridad los efectos que puedan ocasionar determinados alimentos transgénicos (Tamames, pp. 90, 92, 96 y 103; 2003).

14.- PROTOCOLO DE CARTAGENA

El Protocolo de Cartagena de Indias, establece el principio de precaución o cautela, como prevención de la salud pública.

El 28 de enero del 2000 se adoptó en Montreal, Canadá, este Protocolo de seguridad de la biotecnología, en el marco del Convenio sobre diversidad biológica de las Naciones Unidas, que se aprobó en la Cumbre de la Tierra, en Río de Janeiro, Brasil ,en 1992 (Tamames, p. 102, 2003; Villalobos, pp. 29 a 98, 2002). Entró en vigor el 11 de setiembre del 2003 y para marzo del 2007, 1^º40 países se habían adherido a él (Villalobos, p. 92, 2008).

Este protocolo, fue ratificado por Costa Rica mediante la ley No. 8537 del 2006.

Artículo 1 OBJETIVO

De conformidad con el enfoque de precaución que figura en el Principio 15 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, el objetivo del presente Protocolo es contribuir a garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana, y centrándose concretamente en los movimientos transfronterizos.

Artículo 2 DISPOSICIONES GENERALES

1. Cada Parte tomará las medidas legislativas , administrativas y de otro tipo necesarias y convenientes para cumplir sus obligaciones dimanantes del presente Protocolo.

2. Las Partes velarán por que el desarrollo, la manipulación, el transporte, la utilización, la transferencia y la liberación de cualesquiera organismos vivos modificados se realicen de forma que se eviten o se reduzcan los riesgos para la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.

3. El presente Protocolo no afectará en modo alguno a la soberanía de los Estados sobre su territorio establecida de acuerdo con el derecho internacional, ni a los derechos soberanos ni la jurisdicción de los Estados sobre sus zonas económicas exclusivas y sus plataformas continentales de conformidad con el derecho internacional, ni al ejercicio por los buques y las aeronaves de todos los Estados de los derechos y las libertades de navegación establecidos en el derecho internacional y recogidos en los instrumentos internacionales pertinentes.

4. Ninguna disposición del presente Protocolo se interpretará en un sentido que restrinja el derecho de una Parte a adoptar medidas más estrictas para proteger la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica que las establecidas en el Protocolo, siempre que esas medidas sean compatibles con el objetivo y las disposiciones del presente Protocolo y conformes con las demás obligaciones de esa Parte demandante del derecho internacional.

5. Se alienta a las Partes a tener en cuenta, según proceda, los conocimientos especializados, los instrumentos disponibles, y la labor emprendida en los foros internacionales competentes en la esfera de los riesgos para la salud humana.

Artículo 3 TÉRMINOS UTILIZADOS

A los fines del presente Protocolo:

a) Por “Conferencia de las Partes” se entiende la Conferencia de las Partes en el Convenio.

b) Por “uso confinado” se entiende cualquier operación, llevada a cabo dentro de un local, instalación u otra estructura física, que entrañe la manipulación de organismos vivos modificados controlados por medidas específicas que limiten de forma efectiva su contacto con el medio exterior o sus efectos sobre dicho medio.

c) Por “exportación” se entiende el movimiento transfronterizo intencional desde una Parte a otra Parte.

d) Por “exportador” se entiende cualquier persona física o jurídica sujeta a la jurisdicción de la Parte de exportación que organice la exportación de un organismo vivo modificado.

e) Por “importación” se entiende el movimiento transfronterizo intencional a una Parte desde otra Parte.

f) Por “importador” se entiende cualquier persona física o jurídica sujeta a la jurisdicción de la Parte de importación que organice la importación de un organismo vivo modificado.

g) Por “organismo vivo modificado” se entiende cualquier organismo vivo que posea una combinación nueva de material genético que se haya obtenido mediante la aplicación de la biotecnología moderna.

h) Por “organismo vivo” se entiende cualquier entidad biológica capaz de transferir o replicar material genético, incluidos los organismos estériles, los virus y los viroides.

i) Por “biotecnología moderna” se entiende la aplicación de:

a.- Técnicas in vitro de ácido nucleico, incluidos el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucleico en células u orgánulos, o

b.- La fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional.

j) Por “organización regional de integración económica” se entiende una organización constituida por Estados soberanos de una región determinada, a la cual los Estados miembros han transferido la competencia en relación con los asuntos regidos por el presente Protocolo y que está debidamente autorizada, de conformidad con sus procedimientos internos, a firmarlo, ratificarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse a él.

k) Por “movimiento transfronterizo” se entiende el movimiento de un organismo vivo modificado de una Parte a otra Parte, con la excepción de que a los fines de los artículos 17 y 24 el movimiento transfronterizo incluye también el movimiento entre Partes y los Estados que no son Partes.

***Artículo 4* ÁMBITO**

El presente Protocolo se aplicará al movimiento transfronterizo, el tránsito, la manipulación y la utilización de todos los organismos vivos modificados que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana.

15.- POSICIÓN DE LOS PROMOTORES DE LOS CULTIVOS TRANSGÉNICOS

En todo el mundo, los cultivos transgénicos son presentados por sus promotores -la industria biotecnológica y los científicos financiados por ella- como la nueva revolución tecnológica que traerá múltiples beneficios para la humanidad: prometen que aumentará los rendimientos en la cosechas y disminuirá el uso de agroquímicos, que producirá cultivos tolerantes a enfermedades, a sequía y suelos salinos, así como alimentos más nutritivos. Anuncian que será la solución para el hambre y la desnutrición en el mundo. Se enorgullecen de que es un fenómeno global porque en 6 años el área cultivada con transgénicos

se multiplicó por 30, pasando de 1.7 millones de hectáreas en 1996 a 52.6 millones de hectáreas en 2001.

Recientemente, un representante de la Organización de la Industria Biotecnológica (BIO por sus siglas en inglés), escribió: “Hay una razón por la que los cultivos mejorados mediante de la biotecnología moderna han sido adoptados mucho más rápido que lo nunca antes visto en la historia de la agricultura: la biotecnología da resultado, y lo que le da al productor es mayor libertad de elección, mayores ganancias, y mayor sostenibilidad, De hecho, donde los propios agricultores se han podido expresar, la libertad de elección ha definido el ritmo meteórico de adopción de las variedades biotecnológicas” (Val Giddings, 2002).

La realidad de los transgénicos, sin embargo, contradice estas promesas, y el análisis riguroso de las estadísticas nos muestra aspectos que la industria biotecnológica y los científicos financiados por ella se empeñan en desconocer.

No se trata de un fenómeno global: los cultivos transgénicos no muestran aceptación por parte de la vasta mayoría de los agricultores que producen una gran diversidad de cultivos alimentarios a lo largo y ancho del mundo. Tampoco han aumentado los rendimientos más que marginalmente en casos específicos y por cortos periodos de tiempo. En la mayoría de los casos no han disminuido el uso de plaguicidas, lo han aumentado. La industria biotecnológica ha debido invertir enormes sumas en propaganda para forzar la aceptación de una tecnología introducida en el mercado prácticamente por una sola compañía multinacional, en regiones geográficas muy limitadas.

16.- LA HEGEMONÍA CORPORATIVA

La concentración corporativa es un fenómeno que no atañe solamente a los transgénicos, se ha venido acentuando en todos los rubros industriales en el último decenio. Desde 1990, el valor mundial de las fusiones y adquisiciones empresariales saltó de 462 000 millones de dólares estadounidenses a más de 3.5 billones de dólares en el año 2000.⁴ Este valor global de fusiones y adquisiciones fue equivalente a 12% del total del producto bruto mundial en el año 2000. El poder de estas megaempresas multinacionales (corporaciones como instituciones) va mucho más allá del mercado. Utilizan su poder económico para ganar enorme poder político. Por alianzas, presencia de representantes de las corporaciones en los gobiernos, dependencias estructurales (por ejemplo, deuda externa, tratados de libre comercio), presiones,

o directamente corrupción o chantaje, los gobiernos se convierten en servidores de las corporaciones en vez de servir a los ciudadanos, convirtiendo la democracia en un apén dice nominal de la plutocracia. Los poderes económicos han ido tomando más y más esferas de las decisiones sobre la vida pública, tanto en los gobiernos nacionales como en los foros internacionales -cuyas asambleas se componen también de representantes de gobiernos. De esta forma van logrando, además de la dominación de mercado, que se formulen normas Y legislaciones a su favor.

Siguen algunos ejemplos en cifras del desarrollo histórico de la concentración en los sectores directamente vinculados con la alimentación, la agricultura y la farmacéutica, ya que son los sectores donde las autodenominadas y mal llamadas “industrias de la vida” desarrollan productos transgénicos.

- Hace 20 años existían miles de empresas semilleras, la mayoría de ellas pequeñas empresas familiares. Ninguna llegaba a dominar 1 % del mercado mundial. Hoy, las 10 empresas de semillas más grandes del mundo controlan aproximadamente la tercera parte del comercio mundial de semillas, que factura anualmente más de 24 000 millones de dólares estadounidenses
- Hace 20 años existían unas 65 empresas de agroquímicos que producían insumos agrícolas. Actualmente, las 10 mayores empresas de agroquímicos controlan 90% del mercado mundial, valuado en 27 700 millones de dólares por año
- En 1989, las 10 empresas farmacéuticas mayores controlaban 29% de las ventas mundiales. Actualmente las 10 mayores controlan 58.4% de las ventas, estimadas en 322 mil millones de dólares por año.

Las tablas siguientes muestran quiénes son actualmente las mayores empresas de cada sector, en el nivel mundial (Ribeiro, Silvia, *cultivos transgénicos: contexto empresarial y nuevas tendencias; en: Muñoz, pp. 67 a 70; 2004*)

17.- REVOLUCION VERDE

El aumento del uso de diversas tecnologías, tales como plaguicidas, herbicidas y fertilizantes, así como nuevas variedades de cultivos de alto rendimiento se emplearon en las décadas después de la Segunda Guerra Mundial para aumentar en gran medida la producción alimentaria mundial.

Revolución verde en los círculos internacionales al importante incremento de la productividad agrícola. Gran parte de la producción mundial de alimentos de la actualidad se ha logrado gracias a lo que se conoce como Revolución verde, ocurrida entre 1940 y 1970 en Estados Unidos.

Esta revolución verde, consistió en utilizar variedades mejoradas de maíz, trigo y otros granos, cultivando una sola especie en un terreno durante todo el año (monocultivo), y la aplicación de grandes cantidades de agua, fertilizantes y plaguicidas. Con estas variedades y procedimientos, la producción es de dos a cinco veces superior que con las técnicas y variedades tradicionales de cultivo.

Fue iniciada por el ingeniero agrónomo estadounidense Norman Borlaug (1914- 2009, USA; ingeniero agrónomo, considerado como padre de la agricultura moderna y de la revolución verde; Premio Nobel de la Paz, 1970) con ayuda de organizaciones agrícolas internacionales, quien durante años se dedicó a realizar cruces selectivos de plantas de maíz, arroz y trigo en países en vías de desarrollo, hasta obtener las más productivas. La motivación de Borlaug fue la baja producción agrícola con los métodos tradicionales en contraste con las perspectivas optimistas de la revolución verde con respecto a la erradicación del hambre y la desnutrición en los países subdesarrollados.

La revolución verde afectó, en distintos momentos, a todos los países y puede decirse que ha cambiado casi totalmente el proceso de producción y venta de los productos agrícolas.

El término “*Revolución Verde*” fue utilizado por primera vez en 1968 por el ex director de USAID, *William Gaud* (USA, biólogo, 1907- 1077), quien destacó la difusión de las nuevas tecnologías (www.wikipedia.org).

18.- CONSUMIDORES Y ETIQUETAS

En la mayor parte del mundo, los alimentos transgénicos son rechazados. Además, existe una tendencia de la industria biotecnológica a no indicar el origen transgénico de sus productos, negándole así a los consumidores esta información vital, con lo cual se viola uno de sus derechos fundamentales.

La trazabilidad, implica obligaciones para toda la cadena productora o comercial que maneje organismos genéticamente modificados. La industria y los operadores deben tener sistemas de información sobre esos organismos, de dónde vienen, etc. (Tamames, pp. 99 y 100, 2003).

En el conjunto de los países de América Latina, por ejemplo, últimamente se han referido al tema Ecuador y Uruguay:

Ecuador: el 11 de setiembre del 2013, la Superintendencia de control de poder de mercado, emitió *la norma técnica 001, por la cual se reguló que todo alimento y bebida que las empresas produzcan o comercialicen en Ecuador, deberá incluir una etiqueta informando si contiene o no componentes transgénicos.*

Uruguay: el 12 de diciembre del 2013, se promulgó el decreto N° 34.903, v.gr., con estas disposiciones:

Artículo D.1774.83.- *Los alimentos que han sido manipulados genéticamente o que contienen uno o más ingredientes provenientes de éstos que superen el 1% del total de componentes, deberán ser etiquetados especialmente conforme lo dispuesto en las presentes normas.*

Artículo D.1774.84. *Los productos mencionados en el artículo anterior deberán lucir en su rotulación las siguiente frase: “Este producto contiene organismos modificados genéticamente”.*

Artículo D.1774.85. *Las disposiciones establecidas en estos artículos no se aplicarán a los alimentos que:*

- I) *Se sirven en restaurantes u otros establecimientos alimentarios similares, o que no requieran rotulación;*
- II) *incluyen únicamente el uso de un auxiliar tecnológico modificado genéticamente como levaduras o enzimas.*

En Costa Rica, el consumo de alimentos transgénicos se ha venido dando, sin informar a la población, desde hace ya bastante tiempo, puesto que gran parte de las importaciones de alimentos semillas, provienen de Estados Unidos, el mayor productor mundial de cultivos genéticamente modificados (García,2007).

Se viola impunemente lo que disponen los artículos 46 y 48 de la Ley de biodiversidad:

19.- LEY DE BIODIVERSIDAD NO. 7788 DE 1998.

Anotaciones varias

Artículo 46.- Registro y permisos de los organismos genéticamente modificados

Cualquier persona física o jurídica que se proponga importar, exportar, experimentar, movilizar, liberar al ambiente, multiplicar, comercializar y

usar para investigación organismos genéticamente modificados en materia agropecuaria, creados dentro o fuera de Costa Rica, deberá obtener el permiso previo del Servicio de protección fitosanitaria. Cada tres meses, este Servicio entregará un informe a la Comisión.

Obligatoriamente, las personas mencionadas deberán solicitar a la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad un dictamen que será vinculante y determinará las medidas necesarias para la evaluación del riesgo y su manejo.

Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, que realice labores de manipulación genética está obligada a inscribirse en el registro de la Oficina Técnica de la Comisión.

Artículo 48.- Revocatoria de permisos para manipulación genética

Con base en criterios técnicos, científicos y de seguridad, la Oficina Técnica de la Comisión podrá modificar o revocar cualquier permiso otorgado de acuerdo con los artículos anteriores.

Ante peligro inminente, situaciones imprevisibles o incumplimiento de disposiciones oficiales, la Oficina podrá retener, decomisar, destruir o reexpedir los organismos genéticamente modificados u otro tipo de organismos; además, prohibir su traslado, experimentación, liberación al ambiente, multiplicación y comercialización para proteger la salud humana y el ambiente.

20.-COMISIÓN TÉCNICA NACIONAL DE BIOSEGURIDAD. COSTA RICA

Esta Comisión se regula en el artículo 40 de la Ley de protección fitosanitaria, No. 7664 del 8 de abril de 1997.

Artículo 40.- Créase la Comisión técnica nacional de bioseguridad, como órgano asesor del servicio Fitosanitario del Estado, en biotecnología.

La mera existencia de esta Comisión no es suficiente para “garantizar la seguridad para la salud y el ambiente en la investigación, desarrollo, producción, aplicación, liberación e introducción de organismos modificados por medio de la ingeniería genética y salvaguardar el derecho constitucional a tener un ambiente sano y equilibrado”, como lo afirman Espinoza et al (2004).

Una muestra de la falta de capacidad de dicha Comisión, lo constituye desconocer la existencia de las importaciones de granos de cultivos genéticamente modificados. Claro está, que la legislación y la reglamentación en este campo, no pueden tomarse como garantía real de que se cumplirán (García, 2007).

21. LEY DE PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES, No. 8631 DEL 6 DE MARZO DEL 2006

Artículo 1.- Objeto

La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen jurídico para la protección de los derechos de los obtentores de variedades vegetales, salvaguardando el derecho al uso por parte del pequeño y mediano agricultor.

La protección otorgada no implica la autorización para la explotación comercial de la variedad, para lo cual deberán cumplirse los requisitos establecidos en la legislación correspondiente, pudiendo impedirse la comercialización cuando proceda para proteger el orden público o la moral, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente.

Interesante será comprobar en la realidad, en los hechos, el cumplimiento de esta norma.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la presente Ley se extiende a las variedades de todos los géneros y especies vegetales.

(Así reformado el párrafo anterior por el artículo 7° de la Ley N° 8686 del 21 de noviembre de 2008)

No se otorgará protección a las plantas silvestres de la biodiversidad costarricense que no hayan sido mejoradas por las personas, cuyo acceso se registrará de acuerdo con la normativa vigente en la materia.

Artículo 3.- Interés nacional

Declárase de interés nacional la actividad de generación de variedades por parte de personas físicas y jurídicas, públicas o privadas, por los beneficios que esto deriva al desarrollo y la competitividad agropecuaria nacional.

(Así reformado por el artículo 7° de la Ley N° 8686 del 21 de noviembre de 2008).

Resulta relevante preguntarse por el efecto práctico que pueda tener esa declaratoria de “interés nacional” .

Artículo 4.- Definiciones

Para los efectos de esta Ley se definirán los siguientes términos:

Título de obtención vegetal: título que se otorga al obtentor de una variedad vegetal, con base en el cual se confieren sus derechos de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley.

Descubierto y puesto a punto: proceso que incluye la observación de una variación natural de una especie vegetal, su identificación, aislamiento, selección, reproducción o multiplicación, caracterización y evaluación. No quedará comprendido en la definición anterior el mero hallazgo.

Desarrollar: empleo de técnicas de mejoramiento genético para obtener una nueva variedad vegetal.

Material: se entenderá por material, en relación con una variedad, lo siguiente:

a) El material de reproducción o de multiplicación vegetativa, en cualquier forma.

b) El producto de la cosecha, incluidas las plantas enteras y las partes de las plantas.

Obtentor: persona física o jurídica que haya desarrollado o descubierto y puesto a punto una nueva variedad.

Ofinase: Oficina Nacional de Semillas.

Semilla: toda estructura vegetal de reproducción, multiplicación o propagación destinada a la siembra o plantación de una variedad vegetal. Se incluyen, dentro de esta definición, la semilla sexual y asexual, las plantas de vivero y el material de multiplicación o propagación producidos mediante técnicas biotecnológicas.

Varietal o cultivar: conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un genotipo o de una combinación de genotipos; distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de al menos uno de dichos caracteres y considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración.

Varietal esencialmente derivada: variedad que se deriva principalmente de una variedad inicial o de una variedad que a su vez se deriva, principalmente, de una variedad inicial, conservando al mismo tiempo las expresiones de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial; se distingue claramente de la variedad inicial y, salvo por lo que respecta de las diferencias resultantes de la derivación, es conforme a la variedad inicial

en la expresión de los caracteres esenciales que resulten del genotipo o de la combinación de genotipos de la variedad inicial. Podrán obtenerse, por la selección de un mutante natural o inducido, de una variante somaclonal, la selección de un individuo variante entre las plantas de la variedad inicial, retrocruzamientos o transformaciones por ingeniería genética, entre otros.

Variedad notoriamente conocida: *en particular se considera notoriamente conocida si:*

- a) Está inscrita o en trámite de inscripción en un registro de variedades comerciales o protegidas, si este conduce a la concesión del derecho o a la inscripción de la variedad en el registro correspondiente.
- b) Se encuentra en una colección de referencia o en un banco de germoplasma.
- c) Ha sido o está en proceso de comercialización.
- d) Fue objeto de una descripción precisa publicada en el ámbito nacional o internacional.
- e) Se encuentra protegida por derechos intelectuales comunitarios sui géneris, hayan sido estos derechos registrados o no, de conformidad con lo establecido en los artículos 82 y 84 de la Ley de Biodiversidad, N° 7788, siempre y cuando la variedad se encuentre suficientemente descrita y sea posible verificar su existencia.

Variedad protegida: variedad que se encuentra inscrita en el Registro de Variedades Protegidas.

Se realizan definiciones operativas, en contexto de esta ley.

22. CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES, LEY No. 8635 DEL 21 DE ABRIL DEL 2008

ARTÍCULO 1.- Aprobación

Apruébase el Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales, en cada una de sus partes. El texto dirá:

“Convenio internacional para la protección de las obtenciones vegetales del 2 de 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972, el 23 de octubre de 1978 y el 19 de marzo de 1991.

UPOV: Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales

Ginebra. Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales.

Capítulo I. Artículo 1. Definiciones

A los fines de la presente Acta:

i) se entenderá por “el presente Convenio” la presente Acta (de 1991) del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales;

ii) se entenderá por “Acta de 1961/1972” el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales de 2 de diciembre de 1961, modificado por el Acta adicional de 10 de noviembre de 1972;

iii) se entenderá por “Acta de 1978” el Acta de 23 de octubre de 1978 del Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales;

iv) se entenderá por “obtentor” :

-la persona que haya creado o descubierto y puesto a punto una variedad,

-la persona que sea el empleador de la persona antes mencionada o que haya encargado su trabajo, cuando la legislación de la Parte Contratante en cuestión así lo disponga, o

-el causahabiente de la primera o de la segunda persona mencionadas, según el caso;

v) se entenderá por “derecho de obtentor” el derecho de obtentor previsto en el presente Convenio;

vi) se entenderá por “variedad” un conjunto de plantas de un solo taxón botánico del rango más bajo conocido que, con independencia de si responde o no plenamente a las condiciones para la concesión de un derecho de obtentor, pueda

- definirse por la expresión de los caracteres resultantes de un cierto genotipo o de una cierta combinación de genotipos,

- distinguirse de cualquier otro conjunto de plantas por la expresión de uno de dichos caracteres por lo menos,

-considerarse como una unidad, habida cuenta de su aptitud a propagarse sin alteración;

vii) se entenderá por “Parte Contratante” un Estado o una organización intergubernamental parte en el presente Convenio;

viii) se entenderá por “territorio”, en relación con una Parte Contratante, cuando sea un Estado, el territorio de ese Estado y, cuando sea una organización intergubernamental, el territorio en el que se aplique el tratado constitutivo de dicha organización intergubernamental;

ix) se entenderá por “autoridad” la autoridad mencionada en el Artículo 30.1) ii);

x) se entenderá por “Unión” la Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales constituida por el Acta de 1961 y mencionada en el Acta de 1972, en el Acta de 1978 y en el presente Convenio;

xi) se entenderá por “miembro de la Unión” un Estado parte en el Acta de 1961/1972 o en el Acta de 1978, o una Parte Contratante.

Estas definiciones son operativas, para ser entendidas en el propio convenio.

Capítulo II . Obligaciones generales de las partes contratantes

Artículo 2. Obligación fundamental de las Partes Contratantes

Cada Parte Contratante concederá derechos de obtentor y los protegerá.

Artículo 3. Géneros y especies que deben protegerse

1) [Estados ya miembros de la Unión] Cada Parte Contratante que esté obligada por el Acta de 1961/1972 o por el Acta de 1978, aplicará las disposiciones del presente Convenio,

i) en la fecha en la que quede obligada por el presente Convenio, a todos los géneros y especies vegetales a los que, en esa fecha, aplique las disposiciones del Acta de 1961/1972 o del Acta de 1978, y

ii) lo más tarde al vencimiento de un plazo de cinco años a partir de esa fecha, a todos los géneros y especies vegetales.

2) [Nuevos miembros de la Unión] Cada Parte Contratante que no esté obligada por el Acta de 1961/1972 o por el Acta de 1978, aplicará las disposiciones del presente Convenio,

i) en la fecha en la que quede obligada por el presente Convenio, por lo menos a 15 géneros o especies vegetales, y

ii) lo más tarde al vencimiento de un plazo de 10 años a partir de esa fecha, a todos los géneros y especies vegetales.

Artículo 4. Trato nacional

1) [Trato] Los nacionales de una Parte Contratante, así como las personas naturales que tengan su domicilio en el territorio de esa Parte Contratante y las personas jurídicas que tengan su sede en dicho territorio, gozarán, en el territorio de cada una de las demás Partes Contratantes, por lo que concierne a la concesión y la protección de los derechos de obtentor, del trato que las leyes de esa otra Parte Contratante concedan o pudieran conceder posteriormente a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos previstos por el presente Convenio y a reserva del cumplimiento por dichos nacionales y dichas personas naturales o jurídicas de las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales de la otra Parte Contratante mencionada.

2) ["Nacionales"] A los fines del párrafo precedente se entenderá por "nacionales", cuando la Parte Contratante sea un Estado, los nacionales de ese Estado y, cuando la Parte Contratante sea una organización intergubernamental, los nacionales de cualquiera de sus Estados miembros.

23. REGLAMENTO No. 35677-MAG, DEL 19 DE NOVIEMBRE DEL 2009, A LA LEY DE PROTECCIÓN DE LAS OBTENCIONES VEGETALES, No. 8631 DEL 6 DE MARZO DEL 2006

Artículo 1º. Objeto

La presente normativa tiene por objeto reglamentar la Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales N° 8631 del 2008, Su aplicación e interpretación, para efectos administrativos, corresponde a la Oficina Nacional de Semillas.

Artículo 2º. Ámbito de aplicación

La protección se extenderá a las variedades de todos los géneros y especies vegetales, exceptuándose las plantas silvestres de la biodiversidad costarricense que no hayan sido mejoradas por las personas.

Artículo 3º. Definiciones

Para la correcta interpretación y aplicación de este reglamento se utilizarán las definiciones de la Ley y las siguientes:

Caracteres pertinentes: Expresiones fenotípicas y genotípicas propias de la variedad vegetal, que permiten su identificación.

Examen técnico: Examen a realizar para determinar si la variedad es distinta, homogénea y estable.

Genealogía: Conjunto de elementos que definen en forma esquemática la ascendencia y el proceso de mejoramiento en la obtención de una variedad vegetal.

Ley: La Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales N° 8631.

Oficina: *La Oficina Nacional de Semillas.*

Solicitante: *Persona física o jurídica que presente una solicitud de concesión de un título de obtentor.*

Titular: Titular de un derecho de obtentor.

Título de obtentor: *Documento expedido por la Oficina en el que se reconoce y ampara el derecho de obtentor en una variedad vegetal nueva, distinta, estable y homogénea.*

Artículo 4°—Oficina para la protección de las obtenciones vegetales. Todas las

funciones establecidas en el presente Reglamento para la protección de los derechos de las obtenciones vegetales serán desempeñadas por la Oficina Nacional de Semillas, según lo dispone el artículo 5 de la Ley de Protección de las Obtenciones Vegetales N° 8631. Para este efecto, la Oficina podrá coordinar y se podrá vincular con todos los organismos nacionales e internacionales, públicos y privados que coadyuven a lograr ese objetivo.

Artículo 5°—Cooperación en materia de examen. La Oficina estará facultada para concertar acuerdos administrativos de cooperación en materia de examen técnico de las variedades, y de control del mantenimiento de las variedades con las autoridades de aquellos países con los que se tengan convenios de colaboración.

CONCLUSIÓN

Una relación entre el derecho, en su calidad de norma regulatoria, y el tema de los transgénicos, atañe a la eficacia o capacidad de surtir efectos de lo jurídico en este campo de los cultivos y alimentos transgénicos.

Focalizar la atención en la letra de la norma, con la pretensión de que en la realidad lo que establece el derecho se cumple, es una ilusión, ya que los hechos apuntan en una dirección diversa.

Habiendo tanto dinero de por medio localizados en las corporaciones transnacionales, que realizan negocios gigantescos en esta materia, el derecho es un elemento sujeto, como herramienta que es, a intereses de todo tipo y a la manipulación respectiva. Por ello, no hay que dejarse engañar por la apariencia del derecho, en su texto físico o digital. Lo que importa es la realidad, los hechos; no, la norma jurídica, cuya aplicación o no, está sujeta a una variedad de elementos y de interés.

Se presentó un proyecto de Ley N° 18,941 del 2013, a la corriente legislativa con el fin de:

Artículo 1: Se declara una moratoria nacional a la liberación y cultivo de organismos vivos modificados. Se suspende hasta que exista certeza y consenso científico sobre los diversos riesgos.

Artículo 3: Las investigaciones científicas con organismos vivos modificados se permitirán exclusivamente en ambientes confinados controlados. No se podrán hacer ensayos en campo ni liberar en el ambiente.

Artículo 4: Se declara de interés público y nacional el fomento de prácticas agroecológicas.

GLOSARIO

Ácidos nucleicos. Biomoléculas formadas por macropolímeros de nucleótidos, o polinucleótidos. Están presentes en todas las células y constituyen la base material de la herencia transmitida de una a otra generación. Existen dos tipos, el desoxirribonucleico (ADN) y el ribonucleico (ARN).

ADN: Ácido desoxirribonucleico. Es el formado por nucleótidos en los que el azúcar es desoxirribosa, y las bases nitrogenadas son adenina, timina, citosina y guanina. Excepto en los retrovirus, que tienen ARN, el ADN codifica la información para la reproducción y funcionamiento de las células y para la replicación de propia molécula de ADN. Representa, por así decirlo, la copia de seguridad o depósito de la información genética primaria, que en las células eucarióticas está confinada en la caja fuerte del núcleo.

ADN desnudo. ADN desprovisto de cubierta proteínica o lipídica. Para la transferencia de genes, suele estar constituida por un plásmido bacteriano que contiene el gen a transferir. Se inyecta directamente en el tejido objetivo, donde se expresa generalmente sin integrarse en el genoma de las células huésped.

ADN recombinante. Molécula de ADN formado por recombinación de fragmentos de ADN de orígenes diferentes. La proteína que codifica es recombinante. Se construye mediante la unión de un fragmento de ADN de origen diverso a un vector, como, por ejemplo, un plásmido circular bacteriano. El vector se abre por un sitio específico, se le inserta entonces el fragmento de ADN de origen diverso y se cierra de nuevo. El ADN recombinante se multiplica en la célula huésped en que puede replicarse el vector.

ARN: Ácido ribonucleico. Ácido nucleico formado por nucleótidos en los que el azúcar es ribosa y las bases nitrogenadas son adenina, uracilo, citosina y guanina. Actúa como intermediario y complemento de las instrucciones genéticas codificadas en el ADN. Existen varios tipos diferentes de ARN, relacionados con la síntesis de proteínas. Así, existe ARN mensajero (ARNm), ARN ribosómico (ARNr), ARN de transferencia (ARNt), y ARN heterogéneo nuclear (ARN Hn). El ARN es normalmente el producto de la transcripción de un molde de ADN, aunque en los retrovirus el ARN actúa de plantilla y el ADN de copia.

ARNHn: ARN heterogéneo nuclear : ARNm primario.

Localizado en el núcleo y de tamaño variable. Precursor del ARN mensajero, se transforma en él tras la eliminación de los intrones, esto es, las secuencias que no codifican genes.

ARNm: ARN mensajero. Molécula de ARN que representa una copia en negativo de las secuencias de aminoácidos de un gen. Las secuencias no codificantes (intrones) han sido ya extraídas. Con pocas excepciones el ARNm posee una secuencia de cerca de 200 adeninas (cola de poli A), unida a su extremo 3' que no es codificada por el ADN.

- Adenovirus.** Virus con ADN desprovistos de cubierta, que comprende 47 subtipos; la mayoría de los cuales atacan preferentemente las vías respiratorias aunque no son muchos los que resultan patógenos para el hombre. Los vectores derivados de los serotipos 2 y 5 se utilizan para la terapia génica in vivo.
- Agrobacteria.** Género de bacterias del suelo que introducen genes en ciertos vegetales mediante sus plásmidos.
- Alelos.** Cada uno de los dos genes presentes en el mismo lugar (locus) del par de cromosomas homólogos. En general, es uno de los diferentes estados alternativos el mismo gen.
- Alérgeno o alergénico.** Sustancia de naturaleza tóxica que produce alergia.
- Alergia.** Alteración de la capacidad de reacción de un organismo. Estado de susceptibilidad específica exagerada de un individuo por una sustancia que resulta ser inocua en grandes cantidades y en las mismas condiciones para la mayoría de los individuos de la misma especie.
- Aminoácido.** Molécula orgánica que contiene los grupos amino y carboxilo. Son los monómeros de las proteínas. De su diversidad como del enorme número de combinaciones y longitudes resulta la gran variedad de proteínas existentes.
- Aminoácido esencial.** Es el aminoácido que no puede ser sintetizado por el propio organismo. De los 20 aminoácidos necesarios en las proteínas humanas, solamente son esenciales los 8 siguientes: leucina, isoleucina, lisina, metionina, fenilalanina, treonina, triptófano y valina.
- Antibiótico.** Literalmente destructor de vida. Término que comprende todas las sustancias antimicrobianas dependientemente de su origen, ya sean derivadas de microorganismos (bacterias, hongos, etc.), de productos químicos sintéticos, o de ingeniería genética.
- Anticodon.** Secuencia de tres nucleótidos en una molécula de ARNt que forma puentes de H₅ con el triplete complementario (codón) de ARNm.
- Anticuerpo.** Sustancia defensora (proteína) sintetizada por el sistema inmunológico como respuesta a la presencia de una proteína extraña (antígeno) que el anticuerpo neutraliza.
- Anticuerpo monoclonal.** Anticuerpo monoclonado a partir del cultivo de un único tipo de células (un clan de hibridoma), y que contiene por tanto un solo tipo de proteínas (inmunoglobulina).
- Antígeno.** Es la sustancia extraña a un organismo, normalmente una proteína, que desencadena como reacción defensiva la formación de anticuerpos que reaccionan específicamente con el antígeno. En general se da este nombre a cualquier sustancia que provoca una respuesta inmunitaria.

Biodiversidad. Conjunto de todas las especies de plantas y animales, su material genético y los ecosistemas de los que forman parte.

Biología. Ciencia que trata del estudio de los seres vivos y de los fenómenos vitales en todos sus aspectos.

Biología molecular. Parte de la biología que trata de los fenómenos biológicos a nivel molecular. En sentido restringido comprende la interpretación de dichos fenómenos sobre la base de la participación de las proteínas y ácidos nucleicos.

Biomoléculas. Elementos arquitectónicos básicos de los seres vivos, antiguamente llamados principios inmediatos. Las biomoléculas inorgánicas son sobre todo agua, sales minerales y gases como oxígeno y dióxido de carbono. Los grupos de compuestos orgánicos exclusivos de los seres vivos son cuatro: glúcidos, lípidos, proteínas y ácidos nucleicos.

Biotecnología. Toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos, o sus derivados, para la creación o modificación de productos o procesos en usos específicos.

Cáncer. Tumor maligno en general y especialmente el formado por células epiteliales. La característica básica de la malignidad es una anomalía de las células transmitida a las células hijas, que se manifiesta por la reducción del control del crecimiento y la función celular, conduciendo a una serie de fenómenos adversos en el huésped, a través de un crecimiento masivo, invasión de tejidos vecinos y metástasis. La proliferación celular en los tumores malignos no es totalmente autónoma. Además de la dependencia del cáncer respecto al huésped para su irrigación sanguínea, su crecimiento se ve afectado por las hormonas, los fármacos y los mecanismos inmunológicos del paciente. Los cánceres se dividen en dos grandes categorías de carcinoma (epitelios) y sarcoma (mesénquimas).

Carácter. Rasgo distintivo como expresión de un gen.

Catalizador. Sustancia que altera la velocidad de una acción química, acelerándola o retrasándola, pudiendo recuperarse sin cambios esenciales en su forma o composición al final de la reacción.

Célula. Unidad estructural y funcional de plantas y animales que consta típicamente de una masa de citoplasma que encierra un núcleo (excepto en procariotas) y que está limitada por una membrana diferencialmente permeable. Es la unidad viva más simple que se reproduce por división. Normalmente, cada célula contiene material genético en forma de ADN incorporado a un núcleo celular, que se escinde al dividirse la célula. Los organismos superiores contienen grandes cantidades de células interdependientes. Sin embargo, estas últimas pueden tratarse independientemente como células libres en medios de cultivos apropiados.

- Células sexuales.** Células que al unirse forman el huevo fertilizado. En la especie humana los gametos o células sexuales son el espermatozoide (masculino) y el óvulo (femenino).
- Células de complementación.** En la terapia génica, es la célula que permite multiplicar virus defectuosos que sirven de vectores de genes.
- Cepa.** En microbiología, conjunto de virus, bacterias u hongos que tienen el mismo patrimonio genético.
- Clonación celular.** Proceso de multiplicación de células genéticamente idénticas, a partir de una sola célula.
- Clonación de genes.** Técnica que consiste en multiplicar un fragmento de ADN recombinante en una célula huésped (generalmente una bacteria o una levadura) y aislar luego las copias de ADN así obtenidas.
- Clonación molecular.** Inserción de un segmento de ADN ajeno, de una determinada longitud, dentro de un vector que se replica en un huésped específico.
- Clones.** Grupo de células o de organismos de idéntica constitución genética entre sí y con el antepasado común del que proceden por división binaria o por reproducción asexual.
- Código.** Conjunto de reglas o preceptos, dispuestos según un plan metódico y sistemático, que reglamentan el funcionamiento de cualquier materia. También se refiere a la correspondencia entre una información y las señales que la materializan. Por ejemplo: código penal, de tráfico, marítimo, morse, telegráfico, alimentario, aeronáutico Q, binario o genético.
- Código del triplete.** Sucesión de tres bases de tres nucleótidos en la molécula de ADN que cifra un aminoácido.
- Código genético.** Código cifrado por la disposición de nucleótidos en la cadena polinucleótida de un cromosoma que rige la expresión de la información genética en proteínas, es decir, la sucesión de aminoácidos en la cadena polipeptídica. La información sobre todas las características determinadas genéticamente en los seres vivos está almacenada en el ADN y cifrada mediante las 4 bases nitrogenadas. Cada sucesión adyacente de tres bases bases (codón) rige la inserción de un aminoácido específico. En el ARN la timina es sustituida por uracilo. La información se transmite de una generación a otra mediante la producción de réplicas exactas del código.
- Codón.** Secuencia de tres nucleótidos consecutivos en un gen o molécula de ARNm determinada por sus bases nitrogenadas, que especificará la posición de un aminoácido en una proteína.
- Comercialización de OMG.** Todo acto que suponga una entrega a terceros de OMG o de productos que los contengan. Sinónimo de puesta en el mercado.

Comisión Nacional de Bioseguridad. Órgano consultivo de las administraciones central y autonómica españolas para todas las cuestiones relacionadas con OGM, establecido en la Ley 15/94 de 3 de junio.

Confinamiento (métodos de). Barreras de seguridad físicas, químicas o biológicas, utilizadas tanto en los laboratorios de manipulación genética como en las habitaciones de pacientes tratados con terapia génica.

Congénito. Carácter hereditario que se manifiesta desde el nacimiento de un ser vivo.

Conjugación. Uno de los procesos naturales de transferencia de material genético de una bacteria a otra, junto con la transducción y la transformación, realizado por contacto entre ellas.

Contenedores biológicos. Diseñados como mecanismos de protección en el uso de organismos para aplicaciones de ingeniería genética. Su finalidad es la de minimizar la habilidad de los organismos empleados para sobrevivir, persistir y autorreplicarse. El proceso se conoce también como debilitamiento genético y conduce a organismos ingenierilmente disminuidos.

Cromosoma. Corpúsculo intracelular alargado que consta de ADN, asociado con proteínas, y constituido por una serie lineal de unidades funcionales conocidas como genes. La especie humana tiene 46 cromosomas (23 pares). Su número varía desde el mínimo de un cromosoma en las hormigas obreras, *Myrmecia pilosula*, hasta los 1.260 cromosomas (630 pares) del helecho *Ophioglossum recitulatum*.

Delito genético. El Código Penal vigente en España considera delito la manipulación de genes humanos que altere el genotipo con fines distintos a la eliminación de defectos o enfermedades graves (art. 159). También se castiga la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, y se castiga tanto la creación de seres humanos idénticos por clonación dirigida a la selección de la raza (art. 161), como la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento (art. 161).

Diagnóstico genético. Técnica de localización e identificación de la secuencia de un determinado gen para establecer su normalidad o malformación. En ausencia de síntomas permite predecir, en algunos casos, la existencia de enfermedades congénitas; y en otros, los factores ambientales de riesgo que las provocarán.

Discriminación genética. Discriminación debida a las implicaciones sociolaborales que el conocimiento de la identidad genética lleva implícita.

Diseminación de OGM. Liberación en el medio ambiente de un organismo genéticamente modificado.

Dogma Central de la Biología Molecular. Formulado por Francis Crick (1916-2004), postula que la información genética contenida en los cromosomas determina la síntesis de las proteínas mediante la traducción de un molde intermediario de ARN, formado anteriormente por la transcripción del ADN. También satisface la hipótesis formulada anteriormente por George Beadle (1903- 1989), Edward Tatum (1909- 1975) y Norman Horowitz (1915- 2005), de un gen = un enzima. Existen dos casos que escapan a la regla: la transcripción inversa como reacción complementaria de doble sentido y, aparentemente, los priones .

Dominante. Referido a un gen, el que sólo necesita una dosis para expresarse por lo que enmascara la presencia de su alelo recesivo. La mayoría de los alelos dominantes representan el estado evolucionado y completamente funcional del gen.

Ecología. Neologismo propuesto por el biólogo alemán Ernst Haeckel (1834-1919) en 1868 para referirse a la ciencia que estudia las interacciones en las diferentes poblaciones de seres vivos y el medio abiótico (aire, agua, tierra).

Ecossistema. Complejo dinámico de las comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente, que actúan entre sí como una unidad funcional.

Enfermedad. Alteración o desviación del estado fisiológico en una o varias partes del cuerpo, por causas en general conocidas, manifestada por síntomas y signos característicos, y cuya evolución es más o menos previsible.

Enfermedad hereditaria. La dolencia que tiene su causa en la alteración del material genético, por lo que se transmite de generación en generación.

Enzima. Catalizador biológico, normalmente una proteína, que mediatiza y promueve un proceso químico, sin alterarse o destruirse ella misma. Son catalizadores extremadamente eficientes y específicamente vinculados a reacciones particulares.

Enzimas de restricción. Enzimas bacterianas sintetizadas como reacción defensiva frente a la invasión de ADN extraño; por ejemplo, bacteriófagos ADN, a los que degrada mientras que el propio está protegido. Cada una de estas enzimas escinden el ADN siempre en el mismo sitio, en loci específicos o secuencias objetivo. Son las tijeras de la ingeniería genética que abrieron las puertas a la manipulación genética.

Embryo-derived stem cells. Células embrioarias no diferenciadas. Pueden cultivarse in vitro de manera prolongada y ser modificadas genéticamente. En un ratón, por ejemplo, una vez implantadas en un embrión contribuyen a la formación de un individuo-quimera que puede transmitir genéticamente la modificación a su descendencia.

Especie. Clasificación taxonómica formada por el conjunto de poblaciones naturales que pueden cruzarse entre sí real o potencialmente. Dos individuos pertenecen a la misma especie si pueden generar descendencia producible; en caso contrario son de especies diferentes.

Especie domesticada o cultivada. Especie en cuyo proceso de evolución han influido los seres humanos para satisfacer sus propias necesidades.

Específico. Referido a una especie, es el efecto característico sobre las células o los tejidos de los miembros de esa especie en particular. Se dice de antígenos, fármacos o agentes infecciosos.

Estrategia secuenciadora de disparo. Técnica de análisis de secuencias de nucleótidos.

Evolución biológica. Cambios, primero molecular, después celular, y por último de organismos, experimentos a lo largo de la historia como resultado de mutaciones en el ADN, de su reproducción y de procesos de selección. Los caracteres adquiridos en vida no se heredan. La especie humana comparte el 98,4 % del ADN con el de dos especies de chimpancé, el común y el pigmeo. La evolución depende sobre todo de mutaciones en los genes reguladores de los genes estructurales, que hacen que se activen o desactiven; más que por las mutaciones en los mismos genes estructurales.

Exones. Secuencias de ADN específicas de genes, que codifican secuencias de aminoácidos en las proteínas.

Expresión del gen. Producto proteico resultado del conjunto de mecanismos que efectúan la decodificación de la información contenida en un gen, procesada mediante transcripción y traducción.

Ex-situ. Se refiere a la conservación de recursos genéticos fuera de su hábitat natural, como bancos genéticos (de germoplasma), zoológicos o botánicos.

Fármaco. Droga, medicamento.

Fenotipo. Conjunto de todos los caracteres aparentes expresados por un organismo, sean hereditarios (genotipo) o no.

Fermentación. Conversión biológica anaeróbica (sin oxígeno) de las moléculas orgánicas, generalmente hidratos de carbono, en alcohol, ácido láctico y gases, mediante la acción de ciertas enzimas que actúan bien directamente o como componentes de ciertas bacterias y levaduras.

Gen. Unidad física y funcional del material hereditario que determina un carácter del individuo y que se transmite de generación en generación. Su base material la constituye una porción de cromosoma (locus) que codifica la información mediante secuencias de ADN.

Gen egoísta. Teoría formulada por Edward Osborne Wilson (1929-) en 1975, que refuta el concepto de especie considerándole una categoría intelectual humana, y para el que sólo tiene entidad la población. Desarrollada después como Escuela Socio biológica, su reduccionismo llega a adoptar el punto de vista de los genes, que son los únicos que tienen existencia real, y como consecuencia, los individuos y sus comportamientos en las poblaciones sólo son estrategias génicas para garantizar su supervivencia y proliferación. Los genes egoístas rivalizan dotando a sus huéspedes (los organismos vivos) de una longevidad lo suficientemente prolongada como para llegar a reproducirse. Por consiguiente, todo comportamiento, incluido el humano, es automático y se rige por las leyes de la supervivencia del gen más fuerte.

Gen estructural. El que regula la formación de una enzima o de una proteína estructural.

Gen híbrido. El formado por recombinación in vitro de dos o más fragmentos de ADN.

Gen operador. El que pone en funcionamiento el gen estructural.

Gen recesivo. El que necesita doble “dosis” para expresarse.

Gen regulador. El que modifica la acción del operador.

Gen represor. El que reprime el gen operador.

Gen suicida. El que codifica una proteína, que directa o indirectamente es tóxica para la célula en la que se ha introducido.

Genética. Ciencia que trata de la reproducción, herencia, variación y el conjunto de fenómenos y problemas relativos a la descendencia.

Genoma. Conjunto de todos los genes de un organismo, de todo el patrimonio genético almacenado en el conjunto de su ADN o de sus cromosomas.

Genotipo. Constitución genética, de uno o más genes, de un organismo en relación a un rasgo hereditario específico o a un conjunto de ellos.

Germoplasma. La variabilidad genética total, representada por células germinales, disponibles para una población particular de organismos.

Hereditario. El carácter que se transmite de generación en generación.

Heterodúplex. Molécula de ADN de doble cadena, formada por hibridación de cadenas sencillas complementarias, de diferentes orígenes. Sólo las secuencias de ADN homólogas o complementarias pueden formar regiones de doble cadena, mientras que las secuencias de ADN no complementarias quedan como cadenas sencillas y son visibles como tales en el microscopio electrónico.

Hibridación. Proceso de generación de una molécula, célula u organismo, combinando material genético procedente de organismos diferentes. En las técnicas tradicionales, los híbridos se producían mediante el cruzamiento de variedades distintas de animales y plantas. La tecnología de fusión celular y la manipulación transgénica son las nuevas modalidades de hibridación introducidas por la manipulación genética.

Hibridoma. Célula híbrida. Se obtiene fusionando células plasmáticas con células de mieloma (cancerosas) que tienen la capacidad de crecer y dividirse continuamente.

Hidratos de carbono. Biomoléculas orgánicas formadas por polialcoholes con un grupo aldehído o cetona. También se les llama glúcidos (dulces), glícidos, glicoles y azúcares. Realizan funciones energéticas, plásticas o estructurales formando parte de las estructuras celulares, y almacenan información como señales de la identidad celular.

Hormona. Sustancias químicas de acción especializada que actuando como mensajeras, controlan tejidos y órganos situados en cualquier parte del organismo, actuando sobre aquellas células que responden al estímulo que provocan. La diferencia entre las hormonas de los animales y de las plantas radica en que las primeras se elaboran en órganos específicos y regulan casi todas las funciones orgánicas.

Huella génica. Representación gráfica de determinadas secuencias del genoma que funcionan como un código de barras de la identidad de un individuo.

Huésped. Animal o vegetal que alberga o nutre otro organismo (parásito). En el área de la manipulación genética es el organismo de tipo microbiano, animal o planta cuyo metabolismo se utiliza para la reproducción de un virus, plásmido o cualquier otra forma de ADN extraño a ese organismo y que incorpora elementos de ADN recombinado.

Infección. Invasión de un ser vivo por un agente patógeno que desencadena una enfermedad.

Ingeniería genética. Conjunto de técnicas utilizadas para introducir un gen extraño (heterólogo) en un organismo, a fin de modificar su material genético y los productos de expresión.

Integración genética. Inserción de una secuencia de ADN en otra por recombinación.

Interferón. Proteína con actividad antivírica producida por células animales en respuesta a la infección por virus. Los interferones se sintetizan a modo de respuesta más rápida a la infección vírica que la resultante de la formación de anticuerpos. Se utilizan de forma masiva como agentes terapéuticos contra enfermedades víricas y algunas formas de cáncer.

Intrones. Secuencias de ADN que no codifican genes y cuya función es desconocida. El 90 % del genoma humano no es codificante.

In situ. Referido a conservación de recursos genéticos. La que se realiza en su medio natural, y que para las especies domesticadas se verifica en el lugar donde desarrollaron sus propiedades distintivas.

In vitro. Literalmente en el vidrio, en el tubo de ensayos del laboratorio, en el proceso de investigación y manipulado fuera del organismo vivo.

Kilobase (Kb). Unidad empleada para medir la longitud de los fragmentos de ADN constituidos por una serie de bases. 1 Kb = 1.000 bases.

Legislación sui generis. Forma particular de protección de la propiedad intelectual, especialmente diseñada para cubrir ciertos criterios y necesidades.

Liberación voluntaria de OGM. Introducción deliberada en el medio ambiente de un OGM o de una combinación de ellos sin que se hayan adoptado medidas de contención, tales como barreras físicas o una combinación de éstas con barreras químicas o biológicas para limitar su contacto con la población humana y el medio ambiente.

Lípidos. Grupo de biomoléculas orgánicas químicamente muy diversas, con las características comunes de la insolubilidad en agua, y de solubilidad en disolventes orgánicos polares y de poca densidad. Sinónimo del término común «grasas».

Liposomas. Vesícula esférica artificial constituida por dos o más capas de lípidos. Los liposomas se utilizan como vector de genes.

Loci. En latín, plural de Iocus, y equivalente, pues, a lugares.

Locus. En genética, punto de un cromosoma ocupado por un gen.

Manipulación genética. También denominable ingeniería genética o tecnología de ADN recombinante, es la formación de nuevas combinaciones de material hereditario a través de la inserción de moléculas de ácido nucleico, obtenidas fuera de la célula, en el interior de cualquier virus, plásmido bacteriano u otro sistema vector. De esta forma se permite la incorporación del ácido nucleico a un organismo huésped en el que no aparecen de forma natural, pero en el que sí son capaces de reproducirse. Al referirse al proceso en sí, puede hablarse de manipulación genética. También admite la denominación de clonación molecular o clonación de genes, dado que la formación de material heredable puede propagarse o crecer mediante el cultivo de una línea de organismos genéticamente idénticos.

Mapa citogenético. Configuración de las bandas coloreadas de los cromosomas observada en el microscopio óptico después de su tinción.

- Mapa genético.** Diagrama descriptivo de los genes en cada cromosoma.
- Material genético.** Toda sustancia de origen vegetal, animal, microbiano o de otro tipo que contenga unidades funcionales de la herencia.
- Medicamentos recombinantes.** De momento se han comercializado la eritropoyetina, insulina humana, hormona del crecimiento (HGF), interferón alfa y gamma, G-CSF o factor estimulante de colonias de células, factor activador del plasminógeno o T-PA, interleuquina 2, factor VIII sanguíneo, DNasa.
- Microbio.** Sinónimo de microorganismo.
- Microinyección.** Técnica que permite introducir en una célula un gen en solución, gracias a una micropipeta bajo microscopio.
- Microorganismo.** Seres orgánicos microscópicos, en general virus, bacterias, algas, hongos, o protozoos.
- Monómero.** Compuesto de bajo peso molecular cuyas moléculas son capaces de reaccionar entre sí o con otras para dar lugar a un polímero.
- Mosaico.** Individuo que presenta dos o más líneas celulares genéticamente diferentes como consecuencia de una anomalía en las primeras mitosis del cigoto. Sinónimo de quimera.
- MRB =** Modificadores de la respuesta biológica. Grupo de fármacos obtenidos mediante manipulación genética.
- Mutación.** Cambio del material genético. Puede afectar a cambios en pares de bases de ADN, en un gen específico, o en la estructura cromosómica. La mutación en la línea germinal o relativa a las células sexuales, puede conducir a patologías genéticas o a cambios sustanciales de la evolución biológica. Con relación a las células somáticas la mutación constituye el origen de algunos cánceres y de ciertos aspectos del envejecimiento.
- Nick traslation.** Método que permite reemplazar nucleótidos de ADN de doble cadena por otros idénticos marcados, mediante tratamiento con ADNasa 1 y posterior repartición con ADN-polimerasa. Ambas cadenas son marcadas con esta técnica.
- Nucleósido.** Combinación de un azúcar pentosa con una base nitrogenada púrica o pirimidínica.
- Nucleótido.** Monómero de los ácidos nucleicos, integrado por la combinación de una base nitrogenada (purina o pirimidina), un azúcar (ribosa o desoxirribosa) y un grupo fosfato. Se obtiene como producto de la hidrólisis de ácidos nucleicos por acción de nucleasas.
- Oncogén o gen transformante.** Gen que produce la transformación morfológica de células hícticas en cultivo o formación tumoral en animales. Se

han identificado oncogenes en retrovirus de transformación aguda o en ensayos de transfección de ADN de tumores. Los oncogenes están presentes en todas las especies animales, e intervienen en los procesos de diferenciación y crecimiento celular. En condiciones normales están inactivos (protooncogenes) pero pueden activarse como consecuencia de mutaciones o de infecciones por virus oncogénicos. Las alteraciones cromosómicas, como roturas y deleciones, pueden activar los oncogenes.

Operador. Segmento especial del DNA adyacente al promotor que forma parte de la región controladora de la transcripción de un operón. El operador interactúa con la proteína represora, regulando de esa manera el proceso de la transcripción sincronizada del operón correspondiente.

Operón. Conjunto del gen operador con los genes estructurales que controla.

Organismo. Entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares. Casi todo organismo está formado por células, que pueden agruparse en órganos, y éstos a su vez en sistemas, cada uno de los cuales realiza funciones específicas.

OGM = Organismo Genéticamente Modificado. Es cualquier organismo cuyo material genético ha sido modificado de manera que no se produce de forma natural en el apareamiento (multiplicación) o en la recombinación natural. Se clasifican como de alto riesgo o de bajo riesgo, atendiendo a su naturaleza, a la del organismo receptor o parental, y a las características del vector y del inserto utilizados en la operación.

Palíndromos. Fragmento de dos cadenas de ADN en que las bases complementarias de la doble hélice están ordenadas según una simetría rotacional. Constituyen el sustrato de las endonucleasas de restricción que rompen la molécula en el entorno del eje de simetría y en ambas cadenas. Son segmentos capicúas que resultan iguales vistos en uno u otro sentido. Como el capicúa alfabético anilina.

Partenogénesis. Reproducción unisexual en el que las hembras originan la descendencia sin fertilización por los machos, como, por ejemplo, en rotíferos y áfidos.

Patente. Derecho exclusivo otorgado por un período limitado de tiempo a la propiedad de un invento como contrapartida social a la innovación. Tal monopolio de uso otorga al propietario el derecho legal de actuar contra cualquiera que explote la aplicación patentada sin su consentimiento.

Patógeno. Elemento productor o causante de una enfermedad.

Péptido. Polímero o cadena de aminoácidos.

- Planta transgénica.** Aquella en cuyo material genético se ha incorporado uno o más genes foráneos o propios previamente modificados en el laboratorio (Blanco, p. 24, 2008).
- Plásmido.** Forma no celular de vida, fragmento circular de ADN bicatenario que contiene unos cuantos genes y se encuentra en el interior de ciertas bacterias. Actúa y se replica de forma independiente al ADN bacteriano, y puede pasar de unas bacterias a otras. Igual que el provirus no produce enfermedades pero induce pequeñas mutaciones en las células. Se utiliza como vector en manipulación genética.
- Polímero.** Compuesto químico formado por la combinación de unidades estructurales repetidas (monómero) o cadenas lineales de la misma molécula. Precaución. Criterio básico que rige la actuación ambiental a priori. Incorporado a la legislación comunitaria con el Tratado de Maastricht (1992) de la Unión Europea, según el cual debe demostrarse la compatibilidad con el medio ambiente de cualquier sustancia, organismo o tecnología así como la salud pública antes de ser autorizada su producción y utilización.
- Prevenición.** Criterio básico que rige la actuación ambiental a posteriori. Incorporado en el Tratado de Maastricht de la Unión Europea (1992), preconiza que debe evitarse la causa originaria de un perjuicio ambiental ya producido, de modo que no vuelva a repetirse.
- Prión.** Proteína de carácter infeccioso capaz de autorreproducirse. Procedente de una proteína natural e inocua, que se transforma en una forma nociva, resistente a las proteasas y a las radiaciones ionizante y ultravioleta. Es el factor responsable de enfermedades como la encefalopatía espongiforme bovina, la de Creutzfeldt-Jacob o el kuru.
- Procariota.** Organismo cuyas células poseen un solo cromosoma y no existe una membrana que lo aisle del citoplasma, por lo que carece de núcleo celular verdadero. Sus ejemplos más representativos son las algas verdi-azuladas y las bacterias.
- Profilaxis.** Conjunto de medios que sirven para preservar de enfermedades al individuo o a la sociedad. Sinónimo de tratamiento preventivo.
- Proteína.** Biomolécula formada por macropolímeros de aminoácidos, o macropolipéptidos. Actúa como enzima, hormona y estructura contráctil que atribuye a los organismos sus propias características de tamaño, potencial metabólico, color y capacidades físicas.
- Protocolo.** Documento de normalización que establece su justificación, los objetivos, el diseño, la metodología y el análisis previsto de los resultados así como las condiciones bajo las que se realizará y desarrollará.

Protooncogenes. Genes de células normales que tienen la capacidad potencial de convertirse en oncogenes después de su activación por transducción debida a retrovirus, reordenamientos de ADN o mutaciones puntuales.

Proyecto Genoma Humano. Programa de Investigación consistente en determinar la secuencia completa de nucleótidos de los cromosomas de la especie humana para conocer todos y cada uno de los genes humanos, su localización y función. Liderado por James D. Watson y dependiente del Departamento de Energía y de los Institutos Nacionales de Salud de Estados Unidos, dispone de un presupuesto anual de 200 millones de dólares desde 1990 hasta 2005.

Puesta en el mercado de OGM. Situar a disposición de terceros, con carácter gratuito u oneroso, productos compuestos total o parcialmente de organismos genéticamente modificados. Sinónimo de comercialización de OGM.

Quimeras. Híbridos interespecíficos. Organismos cuyos tejidos son de dos o más clases genéticamente distintas. Sinónimo de mosaico.

Reacción en cadena. Sucesión de reacciones semejantes, en las que uno de los agentes que provoca cada reacción es producto de otra anterior. En energía nuclear se refiere a reacciones de fisión.

RCP = Reacción en cadena de polimerasa. Técnica de análisis del genoma mediante la amplificación ilimitada de porciones específicas del ADN, aunque sean minúsculas. Es un método revolucionario de amplificación exponencial del ADN por la intervención de una enzima termoestable, la Taq polimerasa, inventado por Kary Mullis (1944-) hallazgo por el cual se le concedió en 1993 el Premio Nobel. Fue el proceso fundamental para la secuenciación (del Proyecto Genoma Humano).

Recombinación genética. Redistribución genética, *in vitro*, entre fragmentos de ADN de orígenes diferentes.

In vivo entre copias homólogas de un mismo gen (manipulación cromosómica), o como resultado de la integración en el genoma de un elemento genético (trasposón, profago o transgén).

Rediciva. Reparición de una enfermedad más o menos tiempo después de transcurrido un período de salud completa. En tumores, reproducción de un tumor en el mismo punto en que fue extirpado.

Replicación. Proceso a través del cual una molécula de ADN o ARN origina otra idéntica a la preexistente. En general, duplicación del ácido nucleico.

Replicón. Estructura de ácido nucleico con capacidad de autoduplicación. Son replicones los cromosomas de las células eucariotas, el ADN nuclear de los procariontes, los plásmidos y los ácidos nucleicos de los virus.

Retroacción. En todo sistema de automatización, mecanismo que transmite a los otros elementos del sistema la información necesaria para que readapten su funcionamiento. Con lo cual se cierra el ciclo de automatización.

Retroalimentación = feed-back. Sinónimo de retroacción. En biología, acción que aplica el resultado de un proceso biológico al sistema de que procede, cuya actividad queda así regulada.

Retrovirus. Virus cuyo genoma está constituido por ARN monocatenario, que es transcrito de forma inversa en ADN durante su infección y replicación. La copia de ADN se integra en el ADN cromosómico del huésped. Esta copia, llamada provirus, se transcribe en ARN vírico y produce múltiples ARNm que codifican productos proteicos del virus o de oncogenes. Los retrovirus más conocidos son los virus del sida (VIH) y de la leucemia humana de los linfocitos T (HTLV). El más utilizado para la transferencia de genes es el virus de la leucemia murina de Moloney (Mo-MLV).

Ribosomas. Pequeñas partículas donde se realiza la síntesis de proteínas en todos los organismos vivos.

Riesgo. Posibilidad o probabilidad de que suceda un daño futuro.

Secuencia de ADN. Orden de encadenamiento de las bases nitrogenadas de los nucleótidos que constituyen el ADN y que cifra toda la información genética. Cuando es codificante (exón), define el orden de los aminoácidos que forman la proteína correspondiente.

Sistema. Conjunto coherente de elementos en interacción que pueden ser aislados del resto del universo con la ayuda de un criterio apropiado.

Sistémica. Estudio de los sistemas, tanto desde el punto de vista abstracto como desde el de sus aplicaciones.

Sonda de ADN. Fragmento de ADN que se utiliza para averiguar si los cromosomas investigados contienen la secuencia complementaria. La Federal Drug Administration (FDA) de EE. UU. ha autorizado 60 productos diagnósticos basados en sondas de ADN que determinan la predisposición a padecer enfermedades.

Susceptibilidad. Propensión, morbilidad.

Técnica. Campo de la actividad humana en que los conocimientos científicos se aplican a fines útiles.

Técnica de re combinación del ADN. Conjunto operativo de manipulación genética que emplea la recombinación in vitro asociada a la inserción, réplica y expresión del ADN recombinado dentro de células vivas.

Terapia génica. Conjunto de los procesos destinados a la introducción in vitro o in vivo de un gen normal en células, germinales o somáticas, en las que

el mismo gen, anormal, provoca una deficiencia funcional, origen de una enfermedad; o la de un gen codificador de una proteína, por ejemplo, con una acción antitumoral en las células cancerosas, o antivírica en células infectadas por un virus patógeno.

Totipotente. Es equivalente a capaz de todo .

Toxina. Proteína responsable de la especificidad funcional de ciertas bacterias, que es venenosa para determinados organismos. Entre las mejor conocidas, tanto por su estructura como por los mecanismos de acción, figuran las toxinas colérica y tetánica que interaccionan con las células diana a través de gangliosidos de membrana.

Traducción genética. Cambio de la información con teñida en la secuencia de los cuatro nucleótidos del ARNm por la debida al ordenamiento de los 20 aminoácidos en la estructura de las cadenas polipeptídicas. Cada aminoácido se une a una pequeña molécula específica de ARN, denominado ARN de transferencia, que sirve para su identificación. Esta molécula transfiere los aminoácidos libres de la solución al punto de formación de las cadenas polipeptídicas cuando está indicado por las instrucciones contenidas en la molécula de ARN mensajero. El proceso tiene lugar en la interacción de los codones del ARNm con la región del anticodon de los aminoacil-ARNt. Se distinguen en ella las etapas de iniciación, elongación y terminación, en las que participan diferentes factores proteicos.

Transcripción genética. Biosíntesis de una molécula de ARN por polimerización de nucleótidos complementarios a un ADN patrón. Esta molécula de ARN es un precursor de ARNm Y representa una copia fiel de la secuencia complementaria de ADN de la que ha sido transcrita. Una secuencia específica situada por delante del gen (promotor) actúa identificando el sitio de inicio de la transcripción. En el ARN, el uracilo (U) ocupa las posiciones que la timidina (T) tiene en el ADN. Es la copia de trabajo de determinados segmentos de ADN.

Transcripción inversa. Proceso de síntesis de ADN complementario a partir del ARN genómico de los retrovirus efectuado por la enzima transcriptasa inversa.

Transducción. Proceso natural de transferencia de material genético, originalmente entre bacterias, como la conjugación y la transformación, que se efectúa por medio de un bacteriófago que transporta un fragmento cromosómico del huésped a otra bacteria.

Transfección de ADN. Introducción en una célula en cultivo convertida en permeable al ADN, de moléculas de ADN extrañas (heterólogas) insertadas en un vector. Reúne características comunes a la transformación V a la infección por bacteriófagos: La transformación requiere la integración del ADN exógeno en el cromosoma bacteriano, mientras que la transfección usualmente no la requiere. El ADN extraño se asocia con el del cromosoma del huésped y se expresa como un fenotipo identificable.

Transformación bacteriana. Uno de los procesos naturales de transferencia de material genético de una bacteria a otra, junto con la conjugación y la transducción, que es una integración directa del ADN. Experimentalmente consiste en hacer penetrar un fragmento de ADN en una bacteria para provocar en ella una recombinación genética. Por extensión (abusiva) se habla a veces de transformación para designar un proceso idéntico que afecta a las células eucarióticas (levaduras, células animales y vegetales).

Transformación celular. En una célula, adquisición de ciertas propiedades de una célula tumoral bajo la acción de virus o de genes causantes de tumores (oncógenos).

Transgénesis. Conjunto de procesos que permiten la transferencia de un gen (que se convierte en transgén) a un organismo receptor (llamado transgénico), que generalmente puede transmitirlo a su descendencia. Como técnica permite la asociación de genes que no existen en la naturaleza, saltándose las barreras entre especies y entre reinos.

Translocación. Modificación estructural de cromosomas por la que un segmento cromosómico cambia de posición relativa dentro del propio cromosoma (translocación intracromosómica) o entre cromosomas (translocación intercromosómica).

Transmisión horizontal. Proceso natural por el que las bacterias adquieren o proporcionan material genético fuera de la reproducción, mediante multiplicación celular por conjugación, transducción o transformación.

Transposición. Cambio de posición de determinados pares de bases en la secuencia de ADN. Translocación de un segmento cromosómico a otra posición dentro del mismo cromosoma. Sinónimo de translocación intracromosómica.

Trasposón. Elemento genético móvil con una secuencia de ADN definida, que puede trasladarse a nuevas posiciones en el cromosoma de la célula sin pérdida de la copia en su posición original. Se comporta, además, como verdadero parásito intracelular. Los elementos trasponibles de eucariotas se agrupan en dos categorías de acuerdo con su mecanismo de transposición. Los elementos de la clase 1, o retrotransposones, saltan por el genoma a través de un paso intermedio, esto es, mediante ARN y con intervención de la enzima transcriptasa inversa. Los elementos de la clase 2 se transponen directamente de un sitio cromosómico a otro mediante otra enzima, la transposasa.

Utilización confinada de OGM. Cualquier actividad por la que se modifique el material genético de un organismo o por la que éste, así modificado, se cultive, almacene, emplee, transporte, destruya o elimine, siempre que en la realización de tales actividades se utilicen barreras físicas o una

combinación de éstas con barreras químicas o biológicas, a fin de limitar su contacto con la población humana y el medio ambiente.

Utilización sostenible. Manejo de componentes de la diversidad biológica de modo y a ritmo tal que no ocasionen disminuciones a largo plazo de la diversidad biológica. De esa forma, se mantienen las posibilidades de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras.

Vacuna. Antígeno procedente de uno o varios organismos patógenos que se administra para inducir la inmunidad activa protegiendo contra la infección de tales organismos. Es una aplicación práctica de la inmunidad adquirida.

Vector. Portador que transfiere un agente de un huésped a otro. Sistema que permite la transferencia, la expresión y la replicación de un ADN extraño en células huésped para una posterior clonación o transgénesis. Se trata de una molécula de ADN (plásmido bacteriano, microsoma artificial de levadura o de bacteria) o de un virus defectuoso. Por extensión, un vector designa todo el sistema de transferencia del gen, por ejemplo, un sistema sintético como el de los liposomas.

Virión. Unidad estructural de los virus. Consta fundamentalmente de dos esquemas imprescindibles: un ácido nucleico (ADN o ARN) y una envoltura proteica (cápside). A este montaje básico se añade en algunos casos una envoltura lipídica (peplos) y/o espículas de glucoproteína.

Viroide. Agente causal de ciertas enfermedades de las plantas, denominado así por su semejanza con los virus, de los que se diferencia por carecer de cápside. Se trata de ácido nucleico envuelto por una membrana procedente de la célula en la que se replicó. Por extensión, se aplicaba a lo que hoy se denomina priones.

Virus. Entidad acelular infecciosa que, aunque puede sobrevivir extracelularmente, es un parásito absoluto porque solamente es capaz de replicarse en el seno de células vivas específicas, pero sin generar energía ni ninguna actividad metabólica. Los componentes de los virus son ácido nucleico (ADN o ARN, de una o de dos cadenas) envuelto por una cubierta proteica llamada cápside.

Virus defectivo. Virus incapaz de reproducirse en una célula huésped sin la ayuda de un virus auxiliar que aporta los genes que le faltan.

(fuente: Tamames, pp. 133 a 157; *Diccionario de biología*, Rioduero, 1972; *Diccionario de ecología*, Rioduero, 1973; *Diccionario de zoología*, Rioduero, 1976; *Diccionario didáctico de ecología*, 2005; glosario sobre investigación agrícola, GRAIN, revista *Biodiversidad* No.43, enero del 2005, www.biodiversidad.org; Seeding, January 2004, July 2004; www.grain.org).

BIBLIOGRAFIA

- Amat, Pablo *La propiedad industrial sobre obtenciones vegetales y organismos transgénicos* (Valencia, España: Tirant lo Blanch, Universidad Politécnica de Valencia, 2007)
- Bakan, Joel *The Corporation* (London: Constable & Robinson, 2004)
- Blanco, Carlos (coordinador) *Cultivos transgénicos para la agricultura latinoamericana* (México. Fondo de Cultura Económica, 2008)
- Brena, Ingrid (coordinadora) *Células troncales* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005)
- Boyens, Ingeborg *Cosecha mortífera*. De los transgénicos a las vacas locas (Barcelona: Flor del viento, 2001)
- Cerdas, María *Alimentos transgénicos: promesa o peligro* (San José: Revista del Colegio de Médicos, mayo 2005)
- Chaparro, Alejandro (editor) *Propiedad intelectual en la era de los cultivos transgénicos* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009)
- Cienfuegos, David ; María Macías (coordinadores) *Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico* (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006)
- Díaz, Alberto *Bioteconología* (Buenos Aires: Siglo XXI, 2005)
- Drucker, Peter *Concept of the Corporation* (New York: John Day, 1946)
- Espinoza, Ana et al *Relación de los cultivos modificados genéticamente con el ambiente y la salud de la población costarricense* (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Biología Tropical, No. 52,3 ; 2004)
- Fenoll, Carmen; Fernando González *Transgénicos* (Madrid: Catarata, 2010)
- Galván, Francisco *Diccionario ambiental* (México: ediciones Arlequín, 2009)
- García, Jaime *Consideraciones básicas sobre agricultura sostenible* (San José: UACA, Revista Acta Académica, mayo 2009)
- Tres decenas de razones por las que Costa Rica no debe acepar los cultivos transgénicos* (San José: Revista Biocenosis, vol. 19, 1; 2004; revista *Ambientico*, No. 132, 2004; revista *Alerta Transgénica*, No. 4, 2006) *Contaminación por transgénicos y agricultura orgánica* (San José: revista *Ambientico*, No. 146, 2005)

Cultivos genéticamente modificados: las promesas y las buenas intenciones no bastan (San José: Universidad de Costa Rica, Revista de Biología Tropical, junio del 2007)

Guiliani, Nicolás (presentación)

Organismos genéticamente modificados: transgénicos
(Santiago, Chile: editorial Aún creemos en los sueños, 2003)

Herbert, Martha et al *Alimentos transgénicos: incertidumbres y riesgos basados en evidencias* (San José: UACA, Revista Acta Académica, noviembre 2006)

Herrera, Ramón; María Cazorla (coordinadores) *Agricultura transgénica y medio ambiente. Perspectiva legal* (Almería, España: Universidad de Almería, 2009)

Kaczewer, Jorge *La amenaza transgénica*
(Buenos Aires: Editorial del nuevo extremo, 2009)

Larach, María *El comercio de los productos transgénicos: el estado del debate internacional* (Santiago, Chile: CEPAL, 2001)

Lepage, Corinne *La verdad sobre transgénicos* (Madrid: Icaria, 2013)

Manzur, María et al (editoras) *América Latina. La transgénesis de un continente*
(www.agroeco.org, Heinrich Boll Stiftung, 2009)
Et al Organismos genéticamente modificados: transgénicos, ¿progreso o peligro? (Santiago, Chile: editorial Aún creemos en los sueños, 2003)

Mendiola, Ignacio *El jardín biotecnológico, tecnociencia, transgénicos y biopolítica* (Madrid: catarata, 2006)

Montero, Laura *La regulación nacional de las semillas genéticamente modificadas* (San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, tesis en Derecho 2008)

Morales, Juan *Propiedad intelectual sobre variedades vegetales en Costa Rica*
(San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, tesis de Derecho, 2010)

Muñoz, Julio (coordinador) *Alimentos transgénicos* (México: editorial Siglo XXI, 2004)

Nottingham, Stephen *Cómo los alimentos transgénicos están en nuestra dieta*
(Barcelona: Paidós, 2004)

Ortega, Luis (director) *Lecciones de derecho del medio ambiente* (Valladolid, España: editorial LexNova, 2000)

Pérez, Efraín *Derecho ambiental* (Bogotá: McGrawHill, 2000)

- Ramade, Francois *Dictionnaire de L'Ecologie* (Paris: Encyclopaedia Universalis, 1999)
- Riechmann, Jorge *Cultivos y alimentos transgénicos* (Madrid: catarata, 2000)
- Ruiz, Ruth *Alimentos transgénicos. Derecho comparado: Argentina, Nueva Zelanda, Unión Europea y situación en Chile* (Santiago: Congreso Nacional de Chile, 2002)
- Schaper, Marianne; *Soledad Parada Organismos genéticamente modificados: su impacto socioeconómico en la agricultura de los países de la Comunidad Andina, Mercosur y Chile* (Santiago, Chile: CEPAL, 2001)
- Sindico, Francesco et al (editores) *Derecho internacional del medio ambiente* (London: Cameron May, 2011)
- Tamames, Ramón *Los transgénicos* (Barcelona: Ariel, 2003)
- Valadez, Ana et al *¿Un mundo patentado? La privatización de la vida y el conocimiento* (El Salvador: editorial bellas Artes, Fundación Heinrich Boll, 2005)
- Villalobos, Víctor *Los transgénicos* (México: Mundiprensa, 2008)

CDs:

- 4 CDs proporcionados por el profesor de la Universidad de Costa Rica, Dr. Jaime García González, expositor relevante de un posición crítica frente a los transgénicos.

Internet

Transgénesis - 1: Selecciones No Naturales, por David Suzuki y Holly Dressell:

<<http://www.sangay.org/suzuki1.html>

- Los peligros del arroz transgénico, por Chee y oke Heong: <http://www.redtercermundo.org.uY/revista_deCsur/texto_completo.php?id=2807>
- Biodiversidad en América Latina: <<http://www.biodiversidadla.org/>>
- Transgénicos, soberbia suicida: <<http://www.aporrea.org/tecnologia/a1470.htm>>

Ecologistas en acción www.ecologistasenaccion.org

- Transgénicos al día:

<<http://www.aporrea.org/tecnologia/a23783.htm>>

- Alimentos Transgénicos:

<http://www.geocities.com/lla_cou/biotecno.htm>

- Riesgos Ambientales de los Cultivos Transgénicos _ Una Evaluación Agroecológica del Dr. Miguel Altieri: <http://www.ambiente-ecologico.com/ediciones/071_06-20001071-miguelaltieri_biotecnologia.htm>
- Alimentos Transgénicos - Más riesgos que beneficios: <<http://WWW.Ianeta.apc.org/cgi-bin/WebX?230@254.QOODa01REfe%5EO@.ee730c6>>
- Peligros de los transgénicos - Alimentos y Cosechas, por Ronnie Cummins: <<http://bioseguridad.blogspot.com/2007/04/cummins-ha-bla-sobre-transgnicos.html>>
- Brasil - El peligro de los transgénicos: <<http://www.nuestraamerica.info/leer.htmls/1531>>
- La amenaza creciente de los transgénicos: <<http://www.terra.org/articulos/artOI487.htm>>

LA TEORÍA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO Y FINANCIERO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN COSTA RICA¹

Enrique López Jiménez (**)
Abogado Costaricense

(Recibido 13/08/12 • Aceptado 21/11/12)

¹ El presente artículo es un adelanto del libro que llevará el mismo nombre.

(**) Abogado Carné 20339.

(506) 2431-4929 / (506) 8841-1056

Urbanización Montenegro, Esquina Noroeste en las oficinas de Ajesa sobre avenida 9.
Alajuela Costa Rica. Apdo. 35-4003.

elopez@ajesa.com

RESUMEN: El presente estudio analiza la aplicación del principio del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica. Se hace especial énfasis en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En el presente estudio se analizan cinco puntos de interés: (1) Fundamento normativo. (2) La introducción del riesgo en la relación contractual. (3) La materialización del principio de equilibrio económico (principios de riesgo y ventura, *factum principis*, *ius variandi*, *sujétions imprévues*, teoría de la imprevisión, reajuste de precios o tarifas). (4) Metodologías de reajuste. (5) Remedios procesales.

PALABRAS CLAVES: contrato administrativo; equilibrio económico; principios constitucionales reajuste de precios.

ABSTRACT: This study examines the application of the principle of economic and financial equilibrium of administrative contracts in Costa Rica. Special emphasis is put on jurisprudence of the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice. This study analyzes five major issues: (1) Normative foundations. (2) The introduction of the concept of risk in the contractual relationship. (3) The materialization of the principle of economic equilibrium (principles of risk and responsibility, *factum principis*, *ius variandi*, *sujétions imprévues*, *théorie de l'imprévision*, price or tariff adjustment). (4) Adjustment methodologies. (5) Remedy processes.

KEYWORDS: Administrative contract; Economic equilibrium; Constitutional principles; Price adjustment.

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN

- 1) Fundamento normativo
- 2) Clasificaciones del riesgo
 - (a) El “triple áleas” del contrato
 - a.a) Áleas administrativas
 - a.b) Áleas empresariales (comerciales internas)
 - a.c) Áleas económicas (comerciales externas)
 - (b) Imputación subjetiva del riesgo
 - (b.a) Alteraciones imputables a una de las partes.
 - (b.b) Alteraciones no imputables a ninguna de las partes.
 - (c) El “álea normal” y el “álea anormal”
- 3) Materialización del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos
 - (a) Riesgo y ventura
 - (b) Hecho del príncipe
 - (c) Ius variandi o modificación unilateral
 - (d) Sujétions imprévues
 - (e) Teoría de la imprevisión
 - (f) Reajuste de precios/ajuste de tarifas
- 4) Metodología utilizadas para garantizar el derecho al equilibrio económico del contrato
- 5) Remedios procesales

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

I. INTRODUCCIÓN²

Parafraseando al famoso y “archiconocido” **arrêt Cie. Française des Tramways de 21 de marzo de 1910 del Conseil d’État** en todo contrato administrativo debe existir una igualdad entre las ventajas que se conceden al contratista y las obligaciones que le son impuestas compensándose “*los beneficios probables y las pérdidas previsibles*”, honesta equivalencia entre lo que se concede y lo que se exige. “*Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato [...]*.”³

En términos generales el equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos es el ideal perseguido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos y Costa Rica no es la excepción. En Costa Rica la teoría del equilibrio económico y financiero se encuentra recogida y desarrollada en los votos **998-98**⁴ y **6432-98**⁵ de la SCCSJ. El primero de dichos fallos desarrolla los principios de la contratación administrativa y el segundo la teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos apropiadamente dicha.

El mencionado Voto **6432-98** de la SCCSJ acertadamente parte de la definición de contrato administrativo dado que como afirma la doctrina:

² **ABREVIATURAS.** **Aresep:** Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. **CC:** Código Civil. **C de C:** Código de Comercio. **CP:** Constitución Política de la República de Costa Rica. **CPCA:** Código Procesal Contencioso Administrativo. **PGR:** Procuraduría General de la República. **LARESEP:** Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. **LCA:** Ley de Contratación Administrativa. **LGCOPSP:** Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos. **LGAP:** Ley General de la Administración Pública. **LRAC:** Ley de Resolución Alternativa de conflictos y Promoción de la Paz Social. **LRJCA:** Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (Derogada) **RLCA:** Reglamento a la LCA. **RLGCOPSP:** Reglamento a la LGCOPSP. **RRP:** Reglamento para el reajuste de precios en los contratos de obra pública de construcción y mantenimiento. **SCCSJ:** Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. **SPCSJ:** Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. **Trib. Cont. Adm.:** Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda.

³ Traducción de: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2006). Curso de Derecho Administrativo. 1ed. argentina de la 12ed. española. Editorial La Ley. Argentina. Tomo I. p. 750.

⁴ Voto **998-98** de las 11:30 hrs. del 16 de febrero de 1998 de la SCCSJ.

⁵ Voto **6432-98** de las 10:30 hrs. del 4 de setiembre de 1998 de la SCCSJ.

“Desde un punto de vista doctrinal, la solución sobre la equivalencia que debe presidir los contratos onerosos dependerá de cual [sic] sea el concepto que se tenga del contrato, de su sentido y alcances en la vida jurídica y cual [sic] sea el juego, en su seno, de las obligaciones y derechos que de él nacen, para una mejor realización de la justicia”.⁶

En Costa Rica si bien encontramos regulaciones expresas acerca de la figura del contrato administrativo desde la propia Constitución Política (arts. 140, inc. 19), 121, incisos 14) y 15), 105, 112, 123, 174 y 182) no podemos hablar de la existencia de una “teoría general del contrato administrativo”.

Por su parte, la jurisprudencia, en especial la de la SCCSJ, no es del todo clara en la definición de la figura del contrato administrativo⁷. Sin perjuicio de lo anterior⁸ podemos encontrar ciertos “puntos comunes” sentados por las resoluciones judiciales:

“1. El reconocimiento de una distinta “naturaleza jurídica” entre el contrato privado y el administrativo, así como de la existencia de contratos privados de la Administración regidos por el derecho privado. 2. La existencia de una relación jurídica con la Administración de la cual se derivan derechos subjetivos para las

⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos. Primera ed. Instituto de Estudios Administrativos. España. p. 6.*

⁷ Voto 6432-98. Voto 2001-1055 de las 16:48 hrs. del 6 de febrero de 2001. Voto 5403-95 de las 16:06 hrs. del 3 de octubre de 1995. Voto 2006-1736 de las 18:04 hrs. del 14 de febrero de 2006. Votos 2318-98 y 2319-98 de las 17:51 hrs. del 31 de marzo de 1998. Voto 2005-9802 de las 14:51 hrs. del 27 de julio de 2005. Res. 61-2006 de las 10:25 del 7 de julio de 2006, Trib. Cont. Adm. Sec. IV. Res. 329-2006 de las 9:40 del 30 de agosto de 2006, Trib. Cont. Adm. Sec. III. Res. 797-F-2002 de las 16:05 hrs. del 27 de noviembre de 2002, de la SPCSJ.

⁸ En última instancia parece recogerse el criterio de la “cláusula exorbitante” para la definición del contrato administrativo. Res. 75-02 de las 9:10 hrs. del 8 de febrero de 2002 del Trib. Cont. Adm. Sec. III.: “[...] *Una de las características que singularizan a los contratos administrativos, frente a los del derecho privado, lo constituyen las denominadas cláusulas exorbitantes del derecho común que tienen fundamento en las potestades o privilegios de imperio de las que son titulares las administraciones públicas contratantes. Entran dentro de tal categoría, todas aquellas facultades de una administración pública en una relación contractual que exceden o exorbitan los límites permitidos en el derecho privado y que no son usuales en este último ámbito, puesto que, de consignarse serían absolutamente nulas*

partes y efectos para terceros. 3. La subordinación del contratista al ordenamiento jurídico administrativo. 4. La cooperación del contratista con la Administración en la consecución de sus fines, en el marco del servicio público, de forma directa o indirecta. 5. La existencia de cláusulas exorbitantes dentro de los contratos suscritos por la Administración, como consecuencia de su régimen de prerrogativa. 6. Y el respeto del equilibrio económico del contrato y de las prestaciones de las partes, así como el derecho del contratista a reclamar el reconocimiento de este derecho.⁹

En términos generales las regulaciones contenidas y desarrolladas en el voto **6432-98** de la SCCSJ, las cuales son también sus mayores aciertos, son las siguientes:

- (a) La “teoría del equivalente económico” es la reacción que el ordenamiento jurídico costarricense prevé para garantizar el principio de “intangibilidad patrimonial en los contratos administrativos” con especial “énfasis” en el “reajuste de precios”.

[...]”. En el mismo sentido puede verse la opinión jurídica OJ-067-2005 del 16 de mayo del 2005, de la PGR: “En definitiva, el contrato administrativo es un instrumento para la satisfacción de los intereses generales. Y según hemos explicado, esa instrumentalidad justifica el régimen particular a que se somete ese contrato. Nota característica de dicho régimen es, precisamente, la titularidad de prerrogativas exorbitantes de poder público, presentes en todo contrato, inherentes a él, aún cuando no hayan sido pactadas por las partes. El ejercicio de esas potestades es irrenunciable y sólo puede ser afectado por disposición del propio ordenamiento. Entre esas prerrogativas se encuentran los poderes de dirección, de control, la potestad sancionatoria, la potestad de modificación, la ejecución de garantías y la rescisión y/o resolución administrativas del contrato. (Véase sobre el particular el pronunciamiento C-035-2003 de 11 de febrero de 2003)”.

⁹ LÓPEZ JIMÉNEZ, Enrique (2010). Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: *Universidad de Costa Rica*. p. 87. “Se reconoce también, de parte de la Sala Primera, la obligatoriedad del contrato administrativo entre las partes contratantes (Res. **1019-F-2006** de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005); la preeminencia de las normas administrativas sobre las normas y principios del derecho privado en apego de los principios de autonomía, independencia y autointegración (Res. 520-F-2003 de las 11:20 hrs. del 28 de agosto de 2003); y la presencia de las cláusulas exorbitantes como elemento de distinción entre el contrato administrativo y el contrato privado de la Administración [...] (Res. 527-F-S1-2008 de las 14:10 hrs. del 1 de agosto de 2008).” *Ídem*. p. 85

- (b) Del concepto mismo de contrato administrativo se deriva la idea de equilibrio de los intereses contrapuestos dado que el contrato responde al tipo de los contratos que son onerosos pero también conmutativos.
- (c) El valor subjetivo del contrato (valor que cada parte da al contrato de acuerdo con sus intereses) se objetiviza con la formalización del contrato por el “simple mecanismo sinalagmático”.
- (d) La existencia de riesgos y circunstancias no previstas en el momento de formalización del contrato, pueden afectar las prestaciones, y se mencionan el grado de incidencia de la circunstancia no prevista, la complejidad de la relación contractual y la permanencia de ese hecho o circunstancia.
- (e) El beneficio del contratista —utilidad—, previsto en el contrato, no solo se calcula sobre la prestación, sino también sobre el capital que se debe invertir. Por este motivo, de introducirse una “razón sobreviniente o imprevisible”, si ese beneficio proyectado se menoscaba, debe restablecerse, para que el contratista “pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplirse con el contrato en las condiciones originarias”¹⁰.
- (f) Partiendo de la jurisprudencia constitucional anterior al voto **6432-98** se concluye que: “[...] -para mantener el equilibrio económico del contrato, existe un derecho a los reajustes de precios, que nace desde el momento mismo en que el contratista entrega su oferta a la Administración; -los reajustes deben originarse en situaciones imprevistas para las partes o que, aunque previsibles, por ser el producto del comportamiento normal del mercado local, afectan el nivel de las prestaciones de las partes; -los riesgos derivados del punto inmediato anterior deben ser asumidos por la Administración y desprendido de este fundamento del que es consecuencia, resulta que el contratista no debe asumir riesgos irracionales; -reconocer los reajustes de precios no es potestativo del Estado, sino su obligación, puesto que está involucrando el interés público inmerso en la ejecución del contrato; -las sumas que se reciben por concepto de reajustes de precios no constituyen, en estricto sentido jurídico, una indemnización, sino la restitución del valor real de la obligación, o sea, el pago integral del precio del contrato;-el derecho de los contratistas a cobrar los reajustes de precios es irrenunciable

¹⁰ Voto **6432-98**.

*anticipadamente y prescribe junto con el derecho a percibir el pago. [...]*¹¹

- (g) *“[...] el derecho a la intangibilidad patrimonial, dentro del que se encuentra inmerso el de los reajustes de precios como modo de mantener estable la ecuación financiera del contrato administrativo, tiene rango constitucional, como principio derivado del artículo 182 constitucional en relación con el 45 ibídem [...]”*.¹²
- (h) *“el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, como tema y desarrollo de un principio constitucional, no permite ni el extremo perjuicio injustificado a cargo del contratista, ni el enriquecimiento ilícito para ninguna de las partes”*.¹³
- (i) *“El reconocimiento de los reajustes de precios no depende de la existencia de una norma jurídica expresa ni de un convenio previo entre las partes. Tratándose de un principio constitucional, puede aplicarse de forma directa, lo cual se deriva de la “naturaleza” misma de la relación contractual administrativa”*.¹⁴
- (j) El contratista tiene el derecho de impugnar un sistema de reajuste que no garantice el derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato administrativo. Y la Administración tiene la obligación de modificar un sistema que no brinde una adecuada tutela del derecho al equilibrio económico del contrato, porque de lo contrario se incurriría en una violación de este principio constitucional.
- (k) *“Tratándose de un derecho de “superior rango”, su desarrollo debe reservarse a la ley formal, en atención del principio de reserva de ley, con las limitaciones que ello impone a la potestad reglamentaria. Por lo tanto, vía reglamento solo se podrían [...] establecer los mecanismos o procedimientos mediante los cuales se hagan los respectivos cálculos, en cuyo contenido estén comprendidos los parámetros estrictos de igualdad, razonabilidad y proporcionalidad, para que se pueda obtener un mecanismo equitativo y ponderado que mantenga el equilibrio de la ecuación financiera del contrato, caso contrario, se estaría ante una violación constitucional”*.¹⁵

¹¹ Ídem.

¹² Ídem.

¹³ Ídem.

¹⁴ LÓPEZ JIMÉNEZ (2010). p. 137.

¹⁵ Ídem. p.138.

- (l) Los reajustes proceden en ausencia de ley e inclusive si existe un sistema de revisión previsto en el contrato si no llena las aspiraciones de equidad y justicia, las partes están autorizadas a variarlo sin quebranto del principio de legalidad.
- (m) Pueden coexistir, simultáneamente, distintos métodos o sistemas de cálculo de reajuste de precios en tanto garanticen el mismo resultado, el mantenimiento del valor real del precio del contrato.
- (n) “ [...] *la definición política de la planeación de la contratación de obra pública, la determinación de los recursos financieros para hacerlo, la definición del contenido normativo de los contratos, su ejecución y como parte de ello, el mantenimiento de la ecuación financiera de los contratos, es tarea de la Administración activa, y no de los órganos de control, que no están diseñados para compartir la responsabilidad de lo que se hace o se deja de hacer, limitándose su esfera de acción a la verificación de las reglas constitucionales y legales del uso de los fondos públicos. Asimismo, si por un lado se afirma que los reajustes están regulados por el principio de reserva de ley [...] no resulta constitucionalmente posible que sea la propia Contraloría la que defina qué, cómo y cuándo se paga por concepto de reajustes, y que le corresponda a esta Institución elaborar fórmulas y emitir criterios generales de administración activa. Pareciera, desde la óptica de la institución jurídica bajo examen, que lo que entra en juego es la oposición de los derechos del contratista a percibir el pago íntegro y el del Estado de ser eficiente en la construcción de sus proyectos [...]*”.¹⁶ (El subrayado se agregó al texto original).

Indudablemente el voto **6432-98** constituye un hito jurisprudencial en la materia en Costa Rica al punto que es el referente obligatorio y punto de partida para cualquier reclamación administrativa, proceso judicial o reforma normativa. Sin embargo, la SCCSJ ha dejado claro que no es en la sede constitucional en donde deben plantearse las

¹⁶ Esta conclusión es congruente con la reforma introducida al artículo 10 del *Reglamento sobre el refrendo de las contrataciones de la administración pública*, R-CO-44-2007 de 11 de octubre de 2007, según el cual: “**Artículo. 10.-** Cuando las partes hayan establecido un mecanismo de reajuste o revisión de precios, la Contraloría General lo analizará como parte del trámite de refrendo en los términos del inciso 7) del artículo 8 de este Reglamento, en lo conducente, excepto en los casos de contratos de servicios, suministros y obra pública, en los que será de entera responsabilidad de la Administración la legalidad del mecanismo pactado [...]”.

controversias originadas por este principio constitucional. Por ello, y en cuanto a la jurisprudencia constitucional posterior al voto **6432-98** se tiene que:

*“[...] se han presentado tres tipos de resoluciones o fallos: (1) Los que reconocen la tutela constitucional del principio de intangibilidad patrimonial, como en el caso de los Votos **600-99, 03296-99 y 2001-04552**. Sin embargo, estos fallos son consecuencia del dimensionamiento dado a los efectos del Voto **6432-98** y a violaciones tajantes de este. (2) Parte importante de los asuntos que la Sala declara con lugar, corresponden a violaciones de los derechos de petición y respuesta (art. 27 CP) o a una justicia pronta y cumplida (art. 41 CP), lo cual reviste una importancia tangencial para el tema en estudio; por ejemplo, los Votos **2000-01028, 2002-11596, 2004-03741, 758-05, 04477-07 y 10651-08**. (3) Así mismo, el grueso de los casos que conoce la Sala se rechazan por tratarse de asuntos que requieren un análisis exhaustivo del caso y de la prueba aportada; por ello, la Sala opina que se “ordinararía” la “vía sumarísima” del amparo, remitiendo su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa. Al respecto, véanse los Votos **2001-04644, 2002-06923, 17045-05, 10130-07 y 15097-08**”.¹⁷*

Se puede agregar un cuarto tipo de resoluciones en donde se han reafirmado las competencias de la Aresep en materia tarifaria “*como institución a la que compete justamente fijar precios y tarifas en materia de servicios públicos, así como velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima en materia de servicios públicos. Y es que este Tribunal no puede ni debe sustituir a las administraciones o autoridades públicas en la resolución de los asuntos que—por disposición expresa de nuestro ordenamiento jurídico— son propios de su ámbito de competencia*”.¹⁸

La jurisprudencia de los tribunales de justicia y de la SPCSJ parte de la jurisprudencia sentada por el citado voto **6432-98** y por el voto **998-98** de la SCCSJ.¹⁹ Se recogen los principios sentados por la SCCSJ y se desarrollan aquellas cuestiones de legalidad propias de la jurisdicción contenciosa como es el caso del ajuste tarifario en los contratos de concesión de gestión de servicio público.

¹⁷ LÓPEZ JIMÉNEZ (2010). p. 142.

¹⁸ Pueden verse los siguientes votos de la SCCSJ: **2000-08628, 2000-439, 2000-10457, 1998-1318, 1999-9589, 02001-03061, 2004-09293, 5153-98, 11856-04 1999-09185, 11856-04 y 1407-08**.

¹⁹ Pueden verse las resoluciones 568-F-02 de las 14:50 hrs. del 24 de julio de 2002 y 1019-F-2006 de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005 de la Sala

En cuanto a este último punto, la Res. **577-F-2007** de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007 de la SPCSJ se ha encargado de delimitar los alcances del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero en materia tarifaria sentando las siguientes premisas:

- a) La diferencia entre el contrato administrativo y el de concesión, consiste en que el precio en este último está a cargo del usuario y no de la Administración. El pago de la tarifa se realiza directamente al concesionario. Esta debe ser justa y equilibrada, de modo que le permita al operador una ganancia y al usuario pagar lo debido por un servicio de calidad.
- b) Si bien el contrato de concesión es suscrito entre la Administración y el concesionario “[...] *a nivel de su ejecución, la relación es triangular pues se incluye dentro del marco de sus efectos al usuario, quien recibe el servicio, debe cancelar al concesionario por esa prestación y la Administración concedente debe fiscalizar la actividad y fijar el precio o tarifa*”.²⁰ El destinatario es el “*parámetro de satisfacción*” y “*objeto primordial del contrato*”, porque debe pagar la tarifa fijada por el Estado.
- c) En los contratos de concesión rige el principio de “*aseguramiento del beneficio económico convenido*”. El particular explota el servicio público con ánimo de lucro. Teniendo el concedente la posibilidad de fijar todo lo relativo a la organización y funcionamiento del servicio (en los aspectos técnicos, comerciales o económicos), tiene con ello la potestad de modificar unilateralmente el contrato.
- d) “*La tarifa debe ser un medio de retribución, justo y razonable, que permita amortizar la inversión que se ha realizado para la prestación debida del servicio público, y además, permitir la reinversión en la actividad de manera tal que el servicio continúe siendo eficiente, así como un margen de utilidad. Los postulados que subyacen en el concepto mismo de servicio público justifican y exigen que la tarifa funja como un*

Primera y del Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda las resoluciones **013- 2009-II** de las 11:45 hrs. del 28 de enero de 2009 (sec. II), **005-2008-VI** de las 9:15 hrs. del 15 de abril de 2008 (sec. VI) y 002-2009-S-VIII de las 14:16 hrs. del 16 de enero de 2009 (sec. VIII).

²⁰ Res. **577-F-2007** de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007, de la SPCSJ.

*medio que permita mantener un nivel de calidad apto en el servicio*²¹.

- e) La negación del aumento o fijación tarifaria no puede sustentarse únicamente en el “*principio de mayor beneficio del usuario*”, si técnicamente procede. En este caso, debe primar el justo equilibrio de intereses, mediante “*un precio objetivo, razonable y debido*”.
- f) “[...] *el análisis económico que se realiza a través del sistema de cálculo es el que debe determinar y fundamentar el acto tarifario. [...] cuando el examen refleje la necesidad del incremento y se han satisfecho los requisitos pertinentes, no existe discrecionalidad para dictar el rechazo, alegando razones ajenas a la técnica. Ergo, en ese tanto opera una reducción a cero de las potestades inicialmente discrecionales, siendo que una vez realizado el cálculo, es el resultado de esa operación la que determina y precisa el contenido de la decisión. [...] Lo opuesto comportaría un riesgo de que por cuestiones ajenas a la técnica, no se otorgue un aumento cuando se ha logrado comprobar que existe un desequilibrio financiero que debe ser ajustado, o bien, que se mantenga una tarifa que acorde al análisis económico, otorga al operador un beneficio excesivo en perjuicio del usuario [...]*”²²
- g) “[...] *Por ende, cuando la situación financiera de la empresa, pese a la variación de algún componente económico, se mantiene equilibrada con los términos originales, no procede la alzada del precio [sic]. Entonces, el derecho surge con el acto que determina el aumento. Antes de ello, el concesionario tiene una expectativa [...]*”²³

Sin perjuicio de los principios sentados por las resoluciones de la SCCSJ y la SPCSJ recién citadas, considero que las verdaderas controversias en cuanto al reconocimiento del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos se encuentran en: (1) el fundamento normativo de este principio constitucional, (2) las distintas categorizaciones del riesgo en los

²¹ Ídem.

²² Ídem.

²³ Ídem.

diferentes contratos administrativos, (3) la materialización de este derecho, (4) las distintas metodologías utilizadas para garantizar dicho derecho y (5) los remedios procesales para su reclamación.

1) Fundamento normativo

Los citados votos **998-98** y **6432-98** sustentan el derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en los artículos 45 y 182 de la Constitución Política (CP), articulado que en lo literal dicen:

“Artículo 45.- La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.”

“Artículo 182.- Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.”

Sin embargo, a diferencia de lo que considera la Sala Constitucional, la doctrina mayoritaria con ARIÑO ORTIZ, GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, CASSAGNE, MARIENHOFF, BANDEIRA DE MELLO, VILLAR EZCURRA, VILLAR PALASÍ, JÈZE, VEDEL y DE LAUBADÈRE, entre otros, encuentran un fundamento distinto y lo encuadran en los principios de justa distribución de las cargas públicas, justo precio y enriquecimiento sin causa.

“De acuerdo con el principio de igualdad ante las cargas públicas, el contratista participa en el financiamiento de la contratación con la contribución tributaria que realiza, al igual que el resto de los ciudadanos. Entonces, pretender que corra con el riesgo imprevisible de la contratación, significaría una doble imposición al contratista, al tener que colaborar con la Administración Pública sin una justa retribución como contrapartida. Así, “el principio general de la igualdad ante las cargas públicas [...] establece un equilibrio entre los ciudadanos para

*soportarlas, de manera que no solo uno tenga que tolerar mayores sacrificios que otro”.*²⁴

*Esta es, por supuesto, una interpretación abierta del principio de igualdad ante las cargas públicas en el sentido expuesto supra con cita del profesor HERNÁNDEZ VALLE,²⁵ dado que se tiende a pensar en este principio ligado exclusivamente al principio de legalidad tributaria, lo cual restringe sus alcances.”*²⁶

*“(55) Siguiendo la doctrina y jurisprudencia comparada, es más correcto sustentar el derecho al equilibrio económico en los principios de igualdad ante las cargas públicas, justo precio y enriquecimiento sin causa de la Administración (arts. 18, 33, 40, 45 y 121, inc. 13), CP.”*²⁷

2) Clasificaciones del riesgo

La distribución del riesgo del contrato depende del tipo de contrato que se trate. En el ámbito doctrinal y jurisprudencial comparado históricamente se han sostenido tres categorizaciones del riesgo partiendo del concepto de “áleas”²⁸.

- (a) **El “triple áleas” del contrato:** Se centra en la procedencia de la alteración, para luego asignar, a uno de los sujetos vinculados a una determinada contratación, la carga de la alteración de las condiciones originalmente pactadas. Esta asignación no siempre recae sobre quien produce o genera el riesgo.

²⁴ Voto 1139-98 de las 10:18 hrs. del 20 de febrero de 1998 de la SCCSJ. En similar sentido, se pueden consultar los Votos **2002-08689**, **2002-09231**, **2002-09497**, **2002-09498**, **2002-09499** y **2002-08**.

²⁵ Afirma el profesor HERNÁNDEZ VALLE que: “[...] los gobernados deben soportar igualmente las sujeciones impuestas por la Administración en aras del interés público y disfrutar de las ventajas colectivas [...]”. HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2008) El derecho de la Constitución. Tomo. II. Primera ed. Editorial Juricentro. Costa Rica. pp. 211-212.

²⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ (2010). p. 200.

²⁷ Ídem. p. 453.

²⁸ “[...] consideramos que la palabra “áleas” proviene del concepto jurídico de “aleatoriedad”, por cuanto este último introduce la incertidumbre como variable por tomar en cuenta por el contratista o concesionario a la hora de asumir una carga frente a la Administración. En tal sentido, es más adecuado que el uso de “aleas”. La confusión puede venir también de la palabra en francés “aléa”, que significa ‘riesgo’ o ‘azar’, tomada precisamente del derecho francés e incorporada al DRAE por su uso cotidiano por personas ajenas al derecho.” Ídem. p. 175.

- a.a) *Áleas administrativas*. Hace referencia a todos los riesgos derivados de la “naturaleza jurídica” de las Administraciones Públicas (administración subjetiva)²⁹ y del ejercicio de actividades administrativas por parte de la Administración o de sus vicarios (administración objetiva) y, en ese sentido, a las modificaciones contractuales producto de la acción unilateral de la Administración, “que pueden llevarse a cabo por norma o acto administrativo no contractual”³⁰ (factum principis), así como a las modificaciones contractuales introducidas por “actos contractuales” de la misma Administración (potestas variandi).
- b.b) *Áleas empresariales (comerciales internas)*. Se refieren al riesgo implícito en la prestación misma del objeto del contrato. Por ejemplo, los aparejados a la construcción de grandes obras o del suministro de un bien por un período prolongado. En el ámbito doctrinario, se citan como supuestos de hecho “*las equivocaciones o destrucciones en las obras (error calculi), el acaecimiento de daños o destrucciones de las obras (periculum rei) y las dificultades materiales de ejecución, que, sin producir daño a las obras o el servicio, las encarecen considerablemente (dificultades de excavación o cimentación, temporales de agua o nieve que paralizan las obras, huelgas prolongadas y, en general, las denominadas por el Conseil de’Etat sujétions imprévues)*”.³¹
- c.c) *Áleas económicas (comerciales externas)*. Constituye el riesgo económico-comercial no imputable a ninguna de las partes del contrato y cuya previsibilidad o imprevisibilidad se debate. Se afirma que es externa a la ejecución del contrato y agrava la situación del contratista al hacerla más onerosa. Se trata de fenómenos económicos, por lo general macroeconómicos, que pueden perjudicar solo al contratista, o al contratista y a la Administración, como una hiperinflación, una guerra, el aumento de salarios, el aumento de un tributo o impuesto que afecte directamente la ejecución del contrato, entre otros,

²⁹ Vid. CASSETTA, Elio (2005). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Sétima ed. Giuffrè Editore. Italia. Capítulo 1.

³⁰ ARIÑO ORTIZ. (1968) p.7. En cuyo caso, existe la discusión acerca de si ese acto o norma emanada de la Administración debe serlo de la misma Administración contratante o de cualquier otro “poder del Estado”.

³¹ Ídem. p. 8.

además de fenómenos económicos internacionales que no solo afectan a un área específica de la economía, sino a la economía en general”.

(b) Imputación subjetiva del riesgo:

(b.a) Alteraciones imputables a una de las partes. Entre ellas encontramos las ya nombradas *factum principis*, potestas *variandi*, y el error *calculi* en sus modalidades de equivocaciones o errores materiales y errores en cuenta.

(b.a) Alteraciones no imputables a ninguna de las partes. Se refiere más bien a hechos o acontecimientos sobrevenidos, algunos previsibles y otros no, que acaecen indistintamente de la voluntad o de la diligencia de las partes. De tratarse de uno de estos últimos supuestos, nos encontraríamos ante una situación de reclamación de incumplimiento y/o responsabilidad civil contractual, y no de un supuesto de riesgos o *vis maior*.

(c) El “álea normal” y el “álea anormal”:

Como afirma MARIENHOFF “*en todo contrato, el cocontratante en un contrato “administrativo” debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea “normal” de toda negociación, no así el álea “anormal”, cuyas consecuencias deben serle resarcidas o atenuadas*”.³² En cuanto a la primera, se señala que:

“El álea ordinaria es la circunstancia desfavorable, de la que se puede decir razonablemente que las partes han debido prever en sus previsiones. Este álea la soporta el contratante”.³³

Por otro lado, explica:

“Álea “extraordinaria” o “anormal” es el acontecimiento que frustra o excede de todos los cálculos que las partes pudieron hacer en el momento de formalizar el contrato. Las variaciones

³² MARIENHOFF, Miguel (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-A. Abeledo-Perrot. Argentina. p. 470.

³³ JÈZE, Gaston (1950). *Principios generales del derecho administrativo*. (Teoría general de los contratos administrativos). Vol. V. Trad. Tercera ed. Editorial Depalma. Argentina. p. 43. El precedente de esta teoría viene formulado desde 1916 por el Consejo de Estado francés, como afirma JÈZE, en los siguientes términos: “*La variación del precio de las materias primas, en razón de circunstancias económicas, representa un álea del contrato,*

de precios que provengan de fluctuaciones económicas corrientes, constituyen áleas ordinarias; en cambio, pueden constituir áleas anormales, excepcionales y que, por tanto, no pudieron entrar en las previsiones de las partes en el momento de contratar. Como ejemplo de estos últimos pueden mencionarse las guerras, las depresiones monetarias, las crisis económicas, etc.”³⁴

Según la doctrina clásica, con JÈZE a la cabeza, el álea anormal o extraordinaria excede los límites o extremos que las partes pudieran tener en cuenta al celebrar el contrato, y puede invocarse para obtener una participación temporaria de la Administración en la pérdida sufrida por el contratista.³⁵ Por ello:

“El quebranto, trastorno o deterioro, ocasionado por el hecho o acto perturbador debe superar el álea “normal”. [...] Sólo el álea “anormal” puede dar lugar al resarcimiento”³⁶

En definitiva, la dificultad consistirá en determinar si estamos, de hecho, ante un supuesto de álea normal o de álea anormal.³⁷ El contratista, sostiene JÈZE, intentará siempre ampliar los límites del álea anormal, mientras la Administración procurará restringirla. Como se puede ver, en esta teoría del álea normal (ordinaria) y del álea anormal (extraordinaria) convergen elementos de todas las anteriores clasificaciones. Se hace referencias a elementos económicos (álea económica o comercial externa) y a la diligencia que debe tener el contratista en el riesgo implícito en su actividad; a su vez, estos elementos no son imputables a ninguna de las partes, por tratarse de externalidades económicas. Pero lo más importante es que asocia la normalidad con la previsibilidad, y la anormalidad con la imprevisibilidad, suponiendo riesgos previsibles o normales y riesgos imprevisibles o anormales y, por ello excepcionales; por este motivo estos últimos son indemnizables, porque de lo contrario

pudiendo, según el caso, ser favorable o desfavorable al proveedor y quedar a su cargo, considerándose que cada parte ha tenido en cuenta dicha álea, en los cálculos y previsiones que ha hecho antes de contratar. El juez del contrato sólo puede derogar estos principios en caso de que circunstancias imprevistas impongan al proveedor recargos excepcionales” (Cons. de Est., 30 marzo 1916, Société du gaz de Bordeaux; 8 febrero 1918, Société du gaz de Poissy; 3 diciembre 1920, Fromassol; 9 noviembre 1921, Société des carbures, etc.) [...]”. p. 43; cfr. p. 17.

³⁴ MARIENHOFF. (1970) T. 3-A. p. 524.

³⁵ JÈZE. (1950) Vol. V. p. 44.

³⁶ MARIENHOFF. (1970) T. 3-A. p. 470.

³⁷ JÈZE. Óp. cit. Cfr. MARIENHOFF. Íd. p. 543.

se obligaría al contratista a prever lo imprevisible y a soportar las consecuencias derivadas de esas alteraciones contractuales.

3) **Materialización del derecho al mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos:**

La doctrina ha señalado seis principios del equilibrio económico y financiero³⁸, a continuación se detalla el tratamiento dado a cada uno de estos principios en Costa Rica.

(a) Riesgo y ventura:

Como atinadamente apunta el profesor JIMÉNEZ MEZA, en Costa Rica se regula el principio de riesgo pero no así el principio de ventura para “*mantener la exigida proporcionalidad entre la desventura y la ventura, siendo que su inclusión daría un mejor ángulo de precisión conceptual, aún cuando no por su falta de regulación positiva deje de estar como principio objetivo de la relación contractual*”.³⁹ Este principio se sobrentiende parte de la relación contractual, con arreglo de la jurisprudencia constitucional aplicable a la materia y del adecuado equilibrio de las prestaciones.

Los artículos 15 y 20 de la LCA disponen la obligación de la Administración y del contratista, respectivamente, de ejecutar el contrato de acuerdo con lo pactado, reconociendo el derecho del contratista a que le sean reconocidos los intereses respectivos por el atraso de la Administración en el “*pago de sus obligaciones*” (art. 19 LCA). Sin embargo, en la LCA, solo el artículo 60 menciona el “riesgo” propiamente dicho, y referido exclusivamente a la “regulación especial” de la obra pública: “*La ejecución del contrato de obra se realizará por cuenta y riesgo del contratista y la Administración no asumirá ante él más responsabilidades que las previstas en la contratación*”. [El resaltado se agregó al texto original].

La Res. **12-2008** de las 16:00 hrs. del 30 de abril de 2008 del Trib. Cont. Adm. Sec. VI, desarrolla el tema de la fuerza obligatoria de los contratos administrativos, así como la diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.⁴⁰ Específicamente los

³⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2008). Tratado de derecho administrativo. Tomo IV (Contrato administrativo). Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. Navarra, España. pp. 387 y ss.

³⁹ JIMÉNEZ MEZA, Manrique (1999). Justicia constitucional y administrativa. Segunda ed. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica. pp. 162-163.

⁴⁰ Como complemento pueden verse las Resoluciones: **000460-F-03** de las 10:45 hrs del 30 de julio de 2003, **000904-F-2006** de las 8:55 hrs. del 17 de

votos **7261-94** de las 8:30 hrs. del 9 de diciembre de 1994, **1555-98** de las 11:57 hrs. del 6 de marzo de 1998 y el citado Voto **6432-98**, todos de la SCCSJ, se refieren al presente principio.

Interesa resaltar que la jurisprudencia del Trib. Cont. Adm. sostiene que la doctrina de la fuerza mayor y del caso fortuito actúa como eximente de la responsabilidad contractual; la carga de la prueba recae sobre quien alega la existencia de dicha situación, y no puede prosperar una acción en ese sentido cuando anteriormente ha mediado el incumplimiento puro y simple del contratista. Véase la Res. **16-08-S.X** de las 13:30 hrs. del 30 de setiembre de 2008, del Trib. Cont. Adm. Sec. X.

(b) Hecho del príncipe:

En el ordenamiento jurídico costarricense, el principio del “hecho del príncipe” encuentra poca regulación, y exclusivamente referida a la figura de la concesión. En el caso de la concesión de gestión de servicios públicos⁴¹, lo encontramos regulado en el artículo 31, párr. tercero, de la LARESEP, cuando afirma que: “[...] La Autoridad Reguladora deberá aplicar modelos de ajuste anual de tarifas, en función de la modificación de variables externas a la administración de los prestadores de los servicios, tales como inflación, tipos de cambio, tasas de interés, precios de hidrocarburos, fijaciones salariales realizadas por el Poder Ejecutivo y cualquier otra variable que la Autoridad Reguladora considere pertinente [...]”. [El subrayado se agregó al texto original].

En consonancia con lo dispuesto en el artículo 60 de la LCA parcialmente transcrito, el artículo 150 del RLCA, aunque haciendo eco de lo dispuesto en la ley, reconoce también el derecho al equilibrio económico como contrapartida del riesgo y en consideración a la mayor o menor ventura o desventura del contratista. Este último artículo nos dice: “*En el contrato de obra la ejecución se realizará por cuenta y riesgo del contratista, sin perjuicio de su derecho a que se mantenga el equilibrio económico del contrato, en los términos que lo regula la respectiva normativa. La Administración no asumirá ante el contratista más responsabilidades que las previstas y derivadas de la respectiva contratación*”. [El resaltado se agregó al texto original].

noviembre de 2006 y **309** de las 14:50 hrs. del 31 de octubre de 1990, todas de la SPCSJ.

⁴¹ El régimen de presentación indirecta de los servicios públicos bajo la modalidad de concesión, está doblemente regulado en Costa Rica. La concesión de gestión de servicio público en la LCA y LARESEP, y la concesión de obra pública (con gestión de servicio público o sin ella) en

La distribución del riesgo en el contrato de concesión se encuentra en el artículo 36 de la LGCOSP, pero referida exclusivamente a la etapa de construcción. El inciso a) de dicho artículo indica que la obra se ejecutará a riesgo del concesionario, quien debe asumir, incluso, los fenómenos de caso fortuito o de fuerza mayor que se presenten. Sin embargo, cuando se produce un atraso por causas imputables a la Administración, contará con una prórroga igual al período de entorpecimiento o paralización (art. 36, inc. b), LGCOSP). Así mismo, el concesionario debe rendir una garantía de cumplimiento específica para la etapa de construcción, conforme al artículo 41 del RLGOPSP, en consonancia con los artículos 32 y 33 de la LGCOSP.

Por otro lado, el artículo 17, inc. d), de la LGCOSP parece referirse de forma directa al “hecho de la Administración”, cuando dispone con un derecho del concesionario: “[...] *d) Plantear ante la Administración concedente el reclamo pertinente cuando se encuentre en un caso de imposibilidad de cumplimiento por medidas generales o económicas adoptadas por los poderes del Estado con posterioridad al contrato; para ello se estará sujeto a que disponga en la cláusula arbitral del contrato de concesión. En esos casos, el concesionario estará obligado a demostrar, a la Administración concedente, la verdad real de la causa que imposibilita el cumplimiento. Mientras tanto, deberá continuar brindando el servicio público. La Administración concedente tendrá un plazo improrrogable de quince días hábiles para resolver; comprobada la causa, estará obligada a acordar el rescate de la concesión [...]*”.⁴² [El subrayado se agregó al texto original]

El presente principio se encuentra recogido en los citados votos 998-98 y 6432-98, de la SCCSJ.⁴³ En el mismo sentido, véase el voto 2001-04552 de las 10:41 hrs. del 25 de mayo de 2001, de la SCCSJ, y la Res. **001019-F-2006** de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005, de la SPCSJ.

la LGCOSP.

⁴² Medidas generales o económicas, como la prevista en el artículo 66 de la LGCOSP en cuanto al régimen salarial de los trabajadores portuarios.

⁴³ “[...] *es vital examinar el origen de las alteraciones que modifiquen la economía del contrato, para definir el tipo de reacción que la Administración deba adoptar para restituir ese nivel, puesto que es jurídicamente posible que se den varias modalidades. Así, cuando las modificaciones corresponden a la acción unilateral de la Administración (hecho del príncipe) o responde a un acto contractual derivado de su facultad modificadora de la relación, es la Administración la que deberá asumir, integral y plenamente, los efectos de sus propias decisiones [...]*”.

Y aún y cuando así parece recogerse también en las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo como puede verse de la Res. **37-2007** de las 13:30 hrs. del 13 de agosto de 2007, (Sec. IV)⁴⁴ y la Res. **10-2006** de las 11:00 hrs. del 8 de febrero de 2006 (Sec. IV); la CGR ha asumido de forma distinta el citado principio para equipararlo al de modificación contractual, por las razones que se mencionan:

*“[...] al ser la causa de la variación un hecho imputable a la Administración (hecho del príncipe), esta tiene la obligación de indemnizar al contratista a fin de mantener el equilibrio económico del contrato. Al respecto el autor Miguel Angel Bercaitz señala: [...] “... La mayoría de los autores no hace distinción alguno entre “hecho de la Administración” y “hecho del príncipe”, como lo hace Escola, según se trate de un acto o de un hecho que emane de la Administración, como parte contratante, en el primer caso, o exclusivamente como poder público en el segundo. Nosotros consideramos que la distinción no se justifica, por cuanto el “hecho de la Administración”, como el “hecho del príncipe”, actúan por igual, con sus consecuencias, dentro del “álea administrativa”, y otorgan al cocontratante una indemnización también igual, integral y definitiva, para restablecer el equilibrio económico financiero del contrato...”. (Ver Bercaitz Miguel Angel, Teoría General de los Contratos Administrativos, Ediciones Depalma Buenos Aire, 2da. Edición, 1980, pg. 387.) Como se puede observar, la jurisprudencia y la doctrina son uniformes al señalar que las variaciones en el precio de un contrato originadas en un hecho de la Administración o del Príncipe deben ser objeto de indemnización, al amparo del principio de intangibilidad patrimonial que rige la contratación administrativa”.*⁴⁵

⁴⁴ “[...] como lo previeron tales disposiciones que forman parte del contrato, y que dan sustento a la teoría de la imprevisibilidad, sino a una decisión unilateral de la Municipalidad, la que tampoco puede sustentarse en la llamada doctrina hecho del príncipe (*factum Principis*) —que precisamente está edificada en las potestades de la Administración para modificar unilateralmente el contrato, y que en tal virtud, genera la obligación de resarcir los quebrantos que cause al Contratista por ese motivo, pues de otro modo se pone en peligro el equilibrio financiero del contrato—, por cuanto la misma no es de carácter general ni objetiva que se manifiesta en el ámbito económico del contrato (por ejemplo la creación de cargas tributarias) sino más bien específica para el contratista, en este caso, la empresa [...]; en tanto la responsabilidad del hecho del príncipe no es directa, sino refleja pero incide en el ámbito del contrato, en tanto le causa al Contratista un daño resarcible; con lo cual en este caso, se genera más bien la responsabilidad de la Administración (reparación integral) de los daños causados por el indebido ejercicio de sus potestades de modificación unilateral”. [El subrayado se agregó al texto original].

⁴⁵ Res. **RC-101-2003** de las 8:00 hrs. del 17 de febrero del 2003, de la CGR; como ya lo había sostenido en el oficio **4139** del 16 de abril de 2002

“Pero [...] la posición de la CGR es desacertada al señalar que los efectos de la modificación unilateral del contrato y el hecho del príncipe son idénticos y, por ende, deben tratarse como una sola figura. Fundamento mi criterio en que, en el primero de los casos, la Administración otorgará una compensación del precio del contrato o de la tarifa por cobrar a los usuarios, mientras que en el segundo de los casos —como afirmamos— dependerá de la especialidad del daño causado al concesionario o al contratista.”⁴⁶

(c) Ius variandi o modificación unilateral:

Contrario a lo ocurrido con el *principio de hecho del príncipe*, el principio de *potestas variandi* o modificación unilateral del contrato como prerrogativa de la Administración, sí encuentra un desarrollo normativo considerable en Costa Rica.

El más importante lo encontramos en el artículo 12 de la LCA y en el 200 del RLCA, los cuales imponen límites cualitativos y cuantitativos (nomenclatura utilizada por la CGR) para el ejercicio de esa prerrogativa administrativa.⁴⁷ En ese sentido, la Administración podrá modificar el objeto de la contratación (aumentándolo o disminuyéndolo) siempre y cuando:

1. El contrato esté en ejecución y no se encuentre acabado, recibida la obra o suministro, finiquitado o suspendido.
2. La disminución o el aumento no puede ser mayor del 50% del objeto actual del contrato.
3. Únicamente cuando concurren circunstancias imprevisibles al momento de iniciarse los procedimientos.
4. Que la modificación sea la única forma de satisfacer plenamente el interés público perseguido.
5. Que la suma de la contratación original y el incremento adicional no excedan del límite previsto para el procedimiento de contratación de que se trate.⁴⁸

(DAGJ-569-2002).

⁴⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ (2010) p. 243.

⁴⁷ En el caso del derecho privado, el artículo 1023.2, inc. a), del CC establece la nulidad absoluta de las cláusulas según *“las cuales el vendedor u oferente se reserva el derecho de modificar unilateralmente el contrato o de determinar, por sí solo si el bien vendido es conforme al mismo”*.

⁴⁸ Se refiere al artículo 27 de la LCA, el cual establece los topes de contratación, en relación con el presupuesto asignado a cada Administración, para la

En el caso de los objetos de contratación, como el equipo tecnológico, que varían rápidamente en el tiempo e, incluso, en algunos casos alcanza la obsolescencia, se establece la posibilidad de la Administración de recibir objetos actualizados en relación con el bien adjudicado, siempre y cuando:

- a) Los objetos sean de la misma naturaleza.
- b) Se dé un cambio tecnológico que mejore el objeto.
- c) No se incremente el precio ofertado.
- d) Se mantengan las demás condiciones que motivaron la adjudicación.

En el caso de la concesión de gestión de servicios públicos, el artículo 74, párr. 6, de la LCA sostiene que: *“La Administración podrá variar las características del servicio concedido y el régimen tarifario, cuando existan razones de interés público, debidamente acreditadas, previo trámite del expediente respectivo. Si estas modificaciones alteran el equilibrio financiero de la gestión, la Administración deberá compensar al contratista, de manera que se restablezcan las condiciones consideradas en el momento de la adjudicación”*.

Por otro lado, la LGCOPSP regula, en su artículo 15, el derecho de la Administración de modificar *“por razones de interés público, las características de las obras concesionadas y los servicios de la concesión”* (art. 15, inc. a), LGCOPSP)⁴⁹, y *aparejado a ello, el derecho del concesionario de solicitar “ante la Administración concedente, la modificación de los términos del contrato cuando, por razones ajenas a sus obligaciones se afecte el equilibrio económico y financiero previsto en él para restablecerlo”* (art. 17, inc. c), LGCOPSP). Sin embargo, en este último caso cabría preguntarse si estamos ante una verdadera modificación unilateral de la Administración si esta ocurre a pedido del concesionario.⁵⁰

El contenido de este artículo 15, inc. a), de la LGCOPSP se encuentra desarrollado en el artículo 47 del RLGCOPSP, el cual impone

determinación del contrato y procedimiento de contratación (licitación pública, abreviada o contratación directa) por utilizar.

⁴⁹ En el mismo sentido se expresa el artículo 48.1 de la LGCOPSP.

⁵⁰ Distinto a lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto previsto en el artículo 48.3. del RLGCOPSP, el cual dispone que: **“Artículo 48.- Potestades**

una serie de límites similares a los contenidos en el artículo 12 de la LCA. Se regula así el derecho de modificación del contrato por razones de interés público, en el siguiente sentido:

1. La Administración podrá modificar, disminuir o aumentar unilateralmente el contrato (art. 47.1).
2. Debe darse durante la ejecución del contrato (art. 47.1).
3. La modificación recaerá sobre las obras y los servicios contratados, y no podrá superar el 25% de la inversión prevista en el contrato (art. 47.1).
4. Solo procederá por razones de interés público, según lo dispuesto en el artículo 113 de la LGAP⁵¹ (art. 47.1).
5. Si las modificaciones causan perjuicio al concesionario, se compensará al concesionario con las indemnizaciones necesarias⁵² (art. 47.2).
6. El monto de las indemnizaciones por reconocer al concesionario, se fijará por acuerdo mutuo de las partes y, a falta de este, por la cláusula arbitral prevista en el contrato⁵³ (art. 47.2).

de fiscalización y control. [...] 48.3 *Corresponderá al órgano designado, verificar el cumplimiento del objeto de la concesión, advertir, a quien corresponda de acuerdo con el régimen interno, la conveniencia de introducir modificaciones o señalar correcciones en la ejecución de las obras o la explotación del servicio, recomendar la ejecución de las garantías o bien la rescisión o resolución del contrato de concesión cuando advierta fundamento para ello”.*

⁵¹ “**Artículo 113.-** 1. El servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. 2. El interés público prevalecerá sobre el interés de la Administración Pública cuando pueda estar en conflicto. 3. En la apreciación del interés público se tendrá en cuenta, en primer lugar, los valores de seguridad jurídica y justicia para la comunidad y el individuo, a los que no puede en ningún caso anteponerse la mera conveniencia”.

⁵² El artículo 47.2 confunde el pago por compensación y el pago indemnizatorio. El primero forma parte del precio del contrato; en el segundo caso, la Administración participa de los daños ocasionados al contratista con ocasión de la modificación contractual.

⁵³ Artículos 4.2., 15 inc. b), 17 inc. d), 39 y 48 LGCOPSP.

7. La indemnización podrá reconocerse en el plazo de la concesión, por aumento de las tarifas, aportes de la Administración concedente o cualquier otro régimen económico de la concesión, y se puede recurrir a más de un factor a la vez con el propósito de restablecer el equilibrio económico financiero del contrato (art. 47.2)
8. Cuando la facultad de modificación se ejercite para aumentar el monto de inversión, el concesionario deberá ajustar el monto de las garantías de explotación o de construcción, según sea el caso, a solicitud de la Administración (art. 47.3).
9. Si la variación de las condiciones pactadas inicialmente a favor del concesionario le permiten la recuperación de su inversión de manera anticipada, junto con su correspondiente utilidad, “*la Administración podrá gestionar una disminución real en la tarifa, previo estudio de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos*” (art. 47.4).

Acerca del desarrollo jurisprudencial de la prerrogativa de *ius variandi* pueden consultarse las siguientes resoluciones: **2001-01055** de las 16:48 hrs. del 6 de febrero de 2001 (SCCSJ), **2003-11398** de las 14:44 hrs. del 8 de octubre de 2003 (SCCSJ), **001019-F-2006** de las 16:25 hrs. del 21 de diciembre de 2005 (SPCSJ), **DCA-1664** del 22 de mayo de 2007 (CGR), oficio **04603** del 6 de abril de 2006 (CGR) y **000577-F-2007** de las 10:20 hrs. del 10 de agosto de 2007 (SPCSJ).

Esta teoría de los contratos de obra pública no ha tenido reconocimiento en Costa Rica y ha sido incorrectamente reconducida a la prerrogativa de *ius variandi*. Aunque no encontremos en el ordenamiento jurídico costarricense sustento normativo para la aplicación de este principio, si atendemos al fundamento de la imputación de responsabilidad reconocido por la doctrina, tendremos elementos comunes presentes en el ordenamiento jurídico costarricense que permitirían esta aplicación de la que hablamos. Así en cada uno de estos principios parece recurrirse a los mismos criterios constitucionales para justificar el mantenimiento del equilibrio económico y financiero del contrato. Al respecto, se tienen dos soluciones:

- a) Aplicar el principio de que el contrato de obra es un contrato de resultado y entender que, por ser un hecho no imputable a ninguna de las partes, el contratista debe asumir el riesgo de haber pactado la obra a un precio fijo y determinado, y posiblemente a suma alzada (art. 1193 CC).

- b) La segunda solución, seguida por el Consejo de Estado Francés⁵⁴ es aplicar los principios de buena fe y de equidad y, atendiendo a la presunta intención de las partes, reconocer que el contratista siempre tendrá el derecho de cobrar la obra que realmente ejecute⁵⁵ y, de ese modo, concederle a este una indemnización por concepto de los mayores costos de ejecución, así como el respectivo lucro cesante.

(d) Sujétions imprévues:

“Se trata de una teoría especial (por lo menos en la práctica) de los contratos de obras públicas. Supone dificultades de orden material que las partes no podrían prever y que hacen recaer una carga grave y anormal sobre el empresario (p. ej., el encuentro de una capa de agua, que no se podía sospechar, al hacer un túnel)”.⁵⁶

En el ámbito doctrinario se discute sobre el fundamento de esta segunda solución. De Laubadère, por ejemplo, la crítica por ser una *“solución facilista y artificial y sostiene que la indemnización surge como una “regla de equidad” creada pretoriamente por la jurisprudencia”*.⁵⁷ Bajo las mismas consideraciones pueden encontrarse las posiciones de MARIENHOFF⁵⁸ y BERÇAITZ⁵⁹, quienes también critican el recurso de la equidad como fuente del derecho y, por el contrario, proponen el principio de enriquecimiento sin causa de la Administración como fundamento de la indemnización, por el surgimiento de las dificultades materiales imprevistas.⁶⁰

Por su parte, GRANILLO OCAMPO estima que el fundamento de hacer recaer esa carga extracontractual en la Administración, se encuentra en la vinculación del contrato al interés público, el cual es, necesariamente, el fin perseguido por la Administración.

⁵⁴ VEDEL, Georges (1980). *Derecho administrativo*. Trad. Sexta ed. Aguilar Ediciones. España. pp. 211-212.

⁵⁵ Véase: JÉSE. (1950) Tomo V. pp. 243-247.

⁵⁶ GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique (1990). *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Primera ed. Editorial Astrea. Argentina. p.59 Citado por: Ídem.

⁵⁸ MARIENHOFF, Miguel (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-B. Cuarta ed. Abeledo-Perrot. Argentina. pp. 576-580.

⁵⁹ BERÇAITZ, Miguel Ángel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda ed. Ediciones Depalma. Argentina. pp. 444-446.

⁶⁰ Afirma GRANILLO OCAMPO que: *“el Estado es quien desea que la obra se ejecute de todas maneras y es quien se beneficia del mayor volumen ejecutado”*. En: Óp. cit. p. 60.

*“Esa nota tipificante implica la asociación de la figura contrato (como fuera pensado en el derecho privado) con el interés social, lo que se traduce en la totalización de una convención originalmente conmutativa mediante la aplicación de principios de justicia distributiva. Satisfacer ese interés público, impone al Estado privilegiar la vida económica del contrato. Para lograrlo, es necesario subordinar todas las contingencias posibles a ese fin primario esencial, de manera que sin perjuicio de mantener en principio la inmutabilidad del contrato, sea posible imponer en él todas aquellas restricciones necesarias para evitar que circunstancias imprevisibles o imprevistas, a través de la agravación de la carga del contratista, resulten en su extinción. [...] Esa nota teleológica del contrato, esa necesidad de que el fin del contrato se concrete, no puede traducirse en una carga diferencial en contra del contratista. Si la sociedad como un todo es la interesada, es esa sociedad la que debe satisfacer en conjunto el pago de trabajos no previstos en el contrato, pero necesarios para que la obra la obra se ejecute o el contrato se complete [...]”.*⁶¹

Entonces, con fundamento en el principio de justa distribución de las cargas públicas (arts. 18 y 33 CP), debe hacerse público (a través de la recaudación fiscal) el mayor costo de ejecución, a diferencia de lo que sucedería en el derecho privado, y cubrir la Administración ese mayor costo, indemnizando al contratista, procurando la satisfacción del interés público y evitando así un enriquecimiento sin causa. Pero, como afirmaba DE LAUBADÈRE, optar por una u otra solución es una decisión jurisprudencial pretoriana que, salvo disposición expresa en el contrato, dependerá del arbitrio del juzgador.

(e) Teoría de la imprevisión:

La teoría de la imprevisión sentada por el affaire “Compagnie générale d’éclairage de Bordeaux” del 30 de marzo de 1916, del Consejo de Estado francés, no tiene reconocimiento alguno en Costa Rica desde la derogación del *Reglamento de la Contratación Administrativa*, Decreto n.º 7576-H del 23 de setiembre de 1977.⁶²

⁶¹ Ídem. pp. 61-62.

⁶² Derogado por el *Reglamento General de la Contratación Administrativa*, Decreto Ejecutivo n.º 25038-H del 6 de marzo de 1996, el cual a su vez fue derogado por el actual *Reglamento a la Ley de Contratación Administrativa*, Decreto Ejecutivo n.º 33411-H, del 27 de setiembre de 2006.

En ese sentido, pueden consultarse la Res. 114-1990 de las 14:30 del 28 de marzo de 1990, de la SPCSJ; el sumamente ilustrativo oficio 14327 del 24 de noviembre de 1988 (3154-L-88) y el oficio **19393** del 18 de marzo de 1996, estos últimos de la CGR.

La única referencia que podemos encontrar a la “teoría de la imprevisión” se la debemos a la SCCSJ:

*“VI.- DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS QUE ORIENTAN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Son los caracteres jurídicos de los servicios públicos los que determinan la esencia de su prestación, sin los cuales la noción de servicio público quedaría desvirtuada. Comprende los siguientes: 1.- la continuidad, de donde, debe adoptarse toda medida necesaria para impedir que la prestación efectiva y eficiente se lesione, es decir, que quien preste el servicio no debe realizar acto alguno que comprometa la eficacia y continuidad en la prestación del servicio público, para garantizar la prestación sin interrupción alguna, para que la prestación sea oportuna. Coadyuvan a este carácter la prohibición de la huelga de los trabajadores que lo prestan o el paro patronal; la teoría de la imprevisión, la prohibición de la ejecución forzosa, y la ejecución directa o rescisión de la concesión [...]”*⁶³

(f) Reajuste de precios/ajuste de tarifas:

Las figuras del reajuste de precios y la modificación de tarifas persiguen el mismo objetivo, el cual es, automatizar y objetivizar las reclamaciones de ajuste respectivas ya sea a través de las fórmulas introducidas en los contratos o por metodologías preestablecidas. Como veíamos, con cita del voto **6432-98**, no interesa que existan distintas metodologías aplicables para el mantenimiento del equilibrio financiero del contrato siempre y cuando independientemente de la metodología utilizada se mantenga en valor real de la prestación.

Así, por ejemplo, el RRP prevé distintas metodologías de reajuste según sea que el contrato se haya pactado en colones (moneda de curso legal de Costa Rica) o en moneda extranjera, sin que ello signifique un quebranto del derecho al mantenimiento del equilibrio económico.

Para el caso de los contratos de concesión de gestión de servicio público la competencia de revisión tarifaria recae de forma exclusiva

⁶³ Voto 2001-09676 de las 11:25 hrs. del 26 de setiembre de 2001, de la SCCSJ.

en la Aresep (Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos) “*como institución a la que compete justamente fijar precios y tarifas en materia de servicios públicos, así como velar por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima en materia de servicios públicos. Yes que este Tribunal no puede ni debe sustituir a las administraciones o autoridades públicas en la resolución de los asuntos que—por disposición expresa de nuestro ordenamiento jurídico— son propios de su ámbito de competencia*”.⁶⁴

Por el contrario, en el caso de los contratos de concesión de obra pública con o sin gestión de servicio público dicha competencia de revisión tarifaria recae sobre la entidad adjudicataria. En Costa Rica la experiencia en este tipo de contratos es escasa dado que son pocos los contratos celebrados bajo esta modalidad contractual, los cuales en algunos casos ni siquiera han iniciado la ejecución contractual. Este es el caso del “Contrato de concesión de obra pública con servicios públicos para la construcción y operación de la terminal granelera de Puerto Caldera” (febrero de 2006).⁶⁵

Se denota en el ordenamiento jurídico costarricense dos puntos de interés, el primero respecto de la ausencia de regulación normativa en materia de reajuste de precios y exclusivamente referida a los contratos de obra pública, y segundo, la ausencia de un procedimiento de reclamación claramente establecido que permita una respuesta célere evitando el tratamiento casuístico de este tipo de reclamaciones.

Interesa también rescatar que en materia de concesión de obra, y en general en toda la contratación administrativa, el financiamiento se ha convertido en un tema central. En otros países “*en el área de financiamiento público de carreteras, se ha llegado a hablar de una “nueva era de la gestión privada de las infraestructuras de carreteras en el mundo”, con la aparición de figuras como el “peaje en sombra”, los “sistemas privados de financiación de carreteras y sistemas mixtos e intermedios” y la delegación de funciones públicas de construcción y financiación de carreteras por agentes privados concesionarios previsto en la Ley alemana de 1994*”.⁶⁶

⁶⁴ Voto **7317-05** de las 14:56 hrs. del 14 de junio de 2005, SCCSJ.

⁶⁵ Licitación pública internacional n.º 03-2001-CNC, publicada en el Diario Oficial La Gaceta n.º 68 del 5 de abril de 2001.

⁶⁶ LÓPEZ JIMÉNEZ (2010) P. 125. Con cita de: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. *Tratado de derecho administrativo*. Tomo VI (Derecho administrativo económico). pp. 185, 195 y 200.

4) Metodología utilizadas para garantizar el derecho al equilibrio económico del contrato

En Costa Rica históricamente se han seguido cuatro metodologías de reajuste. Aunque de vieja data, el Voto 7261-94 de las 8:30 hrs. del 9 de diciembre de 1994 de la SCCSJ explica, grosso modo, en qué radica cada metodología:

“VIII.- MÉTODOS DE CÁLCULO.- [...] El Método Sintético, que está basado en el comportamiento de los índices de precios, sean éstos publicados por el Ministerio de Economía, Industria y Comercio o por las Cámaras de Construcción en las diferentes ramas. El Método Analítico, que se fundamenta en las variaciones de los precios primarios iniciales de los elementos predominantes. El Método Analítico Modificado, que se basa en los aumentos de la mano de obra, los pagos internacionales, en los materiales incorporados y combustibles requeridos en la ejecución de la obra. Y por último, el llamado Método Sintético Alterno, como procedimiento particular para los contratos de construcción de edificios y obras similares. Como el reajuste es la actualización del precio, en los términos ya definidos, el empleo de uno u otro método debe ser indiferente. Todos deben llevar a concretizar el valor real del precio contractual y lo que tienen en común todos estos métodos, es que el cálculo se hace con la aplicación de una fórmula matemática que se define de previo en los carteles de las licitaciones, en los contratos respectivos o en las modificaciones a los contratos, y dentro de la fórmula, se deben incluir los elementos que la componen y los valores que se atribuyen [...]”⁶⁷ [El resaltado y el subrayado se agregaron al texto original].

El RRP recoge los métodos sintético y analítico en los artículos 11 a 19 (y en el artículo 18 de la LCA) para el caso del método sintético y 20 y 23 para el método analítico. Tan solo el artículo 23 del RRP (Metodología de reajuste para cálculo de contratos en moneda extranjera) introduce una metodología distinta a las anteriores:

“En los contratos pactados total o parcialmente en moneda extranjera, [...] la variación del tipo de cambio vigente a la fecha efectiva de pago actúa como “medio natural de reajuste”, según el párr. primero del artículo 23 del RRP. No obstante, y excepcionalmente, procederá el reajuste de precios cuando el mecanismo de la variación del tipo de cambio no haya cubierto el precio del insumo o servicio en cuestión.”⁶⁸

⁶⁷ Debe tenerse presente que: “[...] el método sintético alternativo se encuentra derogado [...]”. Oficio 4203 del 22 de marzo de 2006 (DCA-0697), de la CGR.

⁶⁸ LÓPEZ JIMÉNEZ (2010) p. 365.

5) Remedios procesales

- (1) El procedimiento administrativo seguido en Costa Rica para el reconocimiento del derecho al mantenimiento del equilibrio económico de los contratos administrativos, posee una escueta regulación, así como la remisión al procedimiento común contemplado en la LGAP. Se debería, por ello, plantear la necesidad de crear un procedimiento sumarísimo, que garantice la celeridad en la tramitación de estos procedimientos.
- (2) El CPCA trae consigo un cambio paradigmático⁶⁹ en cuanto a cómo entendemos la tutela judicial en la contratación administrativa. Se concluye que:
 1. El CPCA ofrece un nuevo panorama para la práctica forense administrativa, provechoso especialmente a la materia de contratación administrativa, a la cual se le otorga un reconocimiento expreso en el ámbito competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, en su artículo 2, inc. a), del Código. Con ello, se cuenta con una mayor receptividad de la jurisdicción contenciosa a la materia de contratación administrativa y, más importante aún, al contrato administrativo como figura.
 2. Si bien la nueva jurisdicción contenciosa costarricense no ofrece regulaciones exclusivas en esta materia, el CPCA establece una serie de innovaciones respecto de la legislación anterior (LRJCA), que conllevan una mayor tutela del contratista en su relación jurídico contractual administrativa. Así, las partes del contrato deberán ajustar sus conductas, ante la naturaleza revisora universal y plenaria de la nueva jurisdicción contenciosa, por ser la posición de la Administración menos acomodaticia y, evidentemente, más equiparable a la del contratista, al menos en el ámbito procesal.
- (3) Salvo el régimen tarifario de competencia exclusiva de la Aresep, no se encuentra imposibilidad alguna para la conciliación o la arbitración de las controversias originadas en materia de equilibrio económico, en tanto no se contravenga el orden público; la

⁶⁹ Véase: JINESTA LOBO, Ernesto (2009). “*La nueva justicia administrativa en Costa Rica*”. Revista de Administración Pública (179). Mayo-agosto.

irrenunciabilidad, intransmisibilidad e imprescriptibilidad de potestades de imperio, o la imposibilidad de disponer del dominio público, servicio público o de conceder beneficios que solo pueden otorgarse previo procedimiento administrativo, como concesiones, permisos y autorizaciones.

- (4) En Costa Rica el arbitraje de las controversias patrimoniales es un derecho fundamental (art. 43 CP) que no distingue entre sujetos públicos y privados. La patrimonialidad o disponibilidad del derecho sometido a arbitraje actúa como criterio funcional para la aplicación del arbitraje en el derecho público. Si bien es improcedente someter a arbitraje el ejercicio de potestades de imperio, no se encuentra imposibilidad para que los efectos patrimoniales (de índole indemnizatoria) que del ejercicio de dichas potestades de imperio puedan derivarse sean arbitrables.
- (5) El papel de la jurisdicción constitucional en reclamaciones por equilibrio económico de los contratos administrativos, debe descartarse. El recurso de amparo no es un mecanismo idóneo para el reequilibrio de los contratos administrativos. A lo sumo, el conocimiento de esta jurisdicción debe limitarse a las acciones de inconstitucionalidad dirigidas a “atacar” las normas de carácter general, que nieguen el derecho al equilibrio económico de los contratos administrativos.

CONCLUSIONES

- (a) Los principios sentados por la SCCSJ, en materia de equilibrio económico, han tenido una significativa asimilación en la jurisprudencia administrativa y judicial.
- (b) Sin embargo, se denotan confusiones terminológicas y conceptuales en ciertas resoluciones judiciales y administrativas.
- (c) Se puede apreciar, por ejemplo, que las resoluciones de la SCCSJ que definen la figura del contrato administrativo recurren a criterios disímiles y contradictorios, tales como la subordinación del contratista a la Administración, la teoría negativa del acto bilateral y el criterio de naturaleza administrativa del acto.
- (d) Así mismo, del año 2008 a la fecha (entrada en vigencia del CPCA), han proliferado los reclamos por reajuste de precios y tarifas en esta jurisdicción. Preocupa, eso sí, que en tanto se denota el conocimiento que algunas secciones del Tribunal tienen en la

materia, otras secciones no están especialmente familiarizadas con este tipo de reclamaciones. Será de gran importancia que la SPCSJ sienta los precedentes jurisprudenciales de rigor para aclarar muchas de esas confusiones.

- (e) Preocupa también que muchos de los fallos estudiados realizan una repetición mecánica de los Votos 998-98 y 6432-98, sin efectuar una verdadera valoración de cada caso y como si de estos se abstraieran soluciones para casos concretos.
- (f) Considero que, a pesar de las críticas de judicialización de la contratación administrativa, se puede ser optimista en cuanto a la tutela judicial ofrecida por el CPCA, al adaptarse dicha legislación, de una manera más adecuada, a los cánones del artículo 49 de la CP.
- (g) Por último, sería recomendable la aclaración y desarrollo, vía legislativa, de los principios de equilibrio de intereses e intangibilidad patrimonial, sin limitarlos al supuesto de reajuste de precios, como lo hace la actual legislación.

BIBLIOGRAFIA

- ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1968). *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*. Primera ed. Instituto de Estudios Administrativos. España.
- BERÇAITZ, Miguel Ángel (1980). *Teoría general de los contratos administrativos*. Segunda ed. Ediciones Depalma. Argentina.
- CASSETTA, Elio (2005). *Manuale di Diritto Amministrativo*. Sétima ed. Giuffrè Editore. Italia.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2006). *Curso de Derecho Administrativo*. 1ed. argentina de la 12ed. española con Notas de Agustín Gordillo. Editorial La Ley. Argentina. Tomo I.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago (2008). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV (Contrato administrativo) y Tomo VI (Derecho administrativo económico). Primera ed. Editorial Aranzadi-Thomson-Civitas. Navarra, España.
- GRANILLO OCAMPO, Raúl Enrique (1990). *Distribución de riesgos en la contratación administrativa*. Primera ed. Editorial Astrea. Argentina.

ENRIQUE LÓPEZ JIMÉNEZ: La teoría del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos en Costa Rica

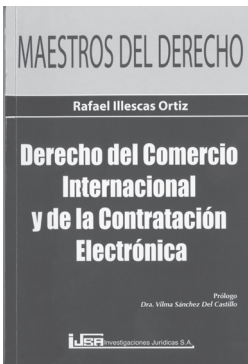
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén (2008). *El derecho de la Constitución*. Tomo. II. Primera ed. Editorial Juricentro. Costa Rica.
- JÈZE, Gaston (1950). *Principios generales del derecho administrativo*. (Teoría general de los contratos administrativos). Vol. V. Trad. Tercera ed. Editorial Depalma. Argentina.
- JIMÉNEZ MEZA, Manrique (1999). *Justicia constitucional y administrativa*. Segunda ed. Editorial Investigaciones Jurídicas. Costa Rica.
- JINESTA LOBO, Ernesto (2009). “*La nueva justicia administrativa en Costa Rica*”. Revista de Administración Pública (179). Mayo-agosto.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Enrique (2010). *Mantenimiento del equilibrio económico y financiero de los contratos administrativos*. Tesis de graduación para optar al grado de licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.
- MARIENHOFF, Miguel (1998). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-B. Cuarta ed. Abeledo-Perrot. Argentina.
- MARIENHOFF, Miguel (1970). *Tratado de derecho administrativo*. Vol. 3-A. Abeledo-Perrot. Argentina.
- ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique (2002). *Contratación Administrativa*. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica.
- VEDEL, Georges (1980). *Derecho administrativo*. Trad. Sexta ed. Aguilar Ediciones. España.

Reseñas bibliográficas a cargo del Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez

Córdoba Ortega, Jorge **Código de Derecho Público** (San José: Investigaciones Jurídicas S A, 2013, 527 páginas).

Este libro contiene normas clasificadas en este orden:

- I.- Derecho Constitucional
- II.- Derecho Administrativo sustantivo y procesal
- III.- Control y vigilancia de la gestión administrativa
- V.- Leyes que regulan derechos de los administrados frente a la Administración Pública
- VI.- Expropiaciones
- VII.- Derecho de petición

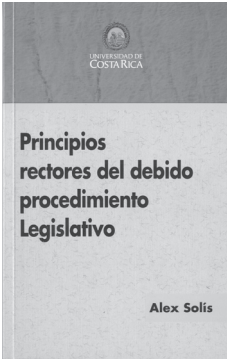


Illescas Ortiz, Rafael **Derecho del comercio internacional y de la contratación electrónica** (San José: Investigaciones Jurídicas S A, colección Maestros del Derecho, 2013, 368 páginas).

En el *Prólogo* la Dra. Vilma Sánchez del Castillo, afirma que el autor de este libro logra fusionar el Derecho Uniforme del Comercio Internacional con el Derecho del Comercio Electrónico, lo cual es un encuentro lógico procurado por el embate de la electrónica en la vida cotidiana y en las relaciones comerciales sin distingo de género, donde el comercio internacional (...) no fue ajeno a la injerencia de la revolución provocada por el advenimiento de la sociedad de la información y de los servicios electrónicos (p. 19).

El contenido de esta obra está dividido en los siguientes capítulos:

- I El derecho uniforme del comercio internacional y su sistemática
- II Fundamentos jurídicos del comercio electrónico
- III La contratación mercantil en el entorno electrónico



Solis, Alex **Principios rectores del debido procedimiento legislativo** (San José: SIEDIN, Universidad de Costa Rica, 2013, 147 páginas).

En la *Introducción*, el autor Dr. Alex Solís nos expresa que sin exagerar, se puede afirmar que lo que sabemos en Costa Rica sobre procedimiento legislativo es producto de lo que ha establecido, poco a poco, de manera inteligente, pero también abusando de su poder, la Sala Constitucional. No es de extrañar, entonces, que una buena parte de esta investigación esté fundada en el análisis de la jurisprudencia que sobre procedimiento legislativo ha producido este prestigioso tribunal (p. XV).

Este libro se divide en los capítulos siguientes:

- I Aspectos conceptuales
- II Clases, concepto y características del procedimiento legislativo
- III Fuentes jurídicas del procedimiento legislativo
- IV Fases del procedimiento legislativo
- V Manipulación jurídica procedimiento legislativo
- VI Negociación política
- VII Principios orientadores del procedimiento legislativo
- VIII Control de constitucionalidad del procedimiento legislativo

Brewer- Carias, Allan **Principios del procedimiento administrativo** (San José: Investigaciones Jurídicas S A , Editorial Jurídica Venezolana, 2012, 363 páginas).

El autor expresa que la edición del libro en San José (Costa Rica) se publica debido al interés puesto en el mismo por el editor Lic. Eugenio Vargas Chavarría, motor fundamental de la Editorial Investigaciones Jurídicas S A (p. 17).

En el prólogo a esta obra publicada en 1990 por la editorial Cívitas, el *Dr. Eduardo García de Enterría y Martínez Carande* (1923- 2013) señaló que los buenos libros de Derecho como el presente, son siempre fecundos no sólo en el plano de los grandes principios, sino también en el de las aplicaciones prácticas, pues toda teoría en Derecho se acredita justamente en sus consecuencias regulativas finales, que es el propio de toda técnica jurídica (p. 21).

El contenido de esta obra, se divide en dos partes:

Primera

La contribución de la codificación del procedimiento administrativo al afianzamiento del principio de legalidad

Capítulo I Carácter sublegal de la actividad administrativa

Capítulo II Importancia de la positivación de los principios del procedimiento administrativo

Capítulo III los límites al ejercicio del poder discrecional

Segunda

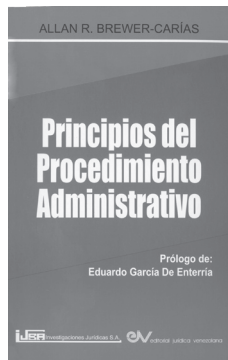
El régimen de los actos administrativos en la codificación del procedimiento administrativo

Capítulo I Los elementos del acto administrativo

Capítulo II Principios relativos a los efectos de los actos administrativos

Tercera

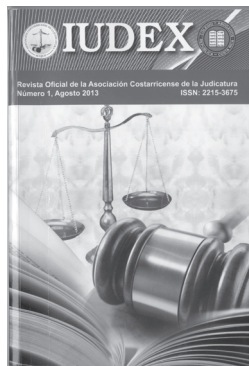
Los principios del procedimiento administrativo y las garantías de los administrados



Capítulo I Principios del procedimiento administrativo

Capítulo II El derecho a la defensa y sus consecuencias

IUDEX, Revista oficial de la Asociación Costarricense de la Judicatura, No. 1, agosto del 2013. Director: Dr. Alvaro Burgos Mata (San José: Imprenta LIL S. A. 182 páginas)



Los artículos que presenta esta revista son:

El falso testimonio y las personas menores de edad en Costa Rica. *Álvaro Burgos*

Aspectos procesales del Código de la Niñez y la Adolescencia pendientes de ser efectivizados. *Diego Benavidez*.

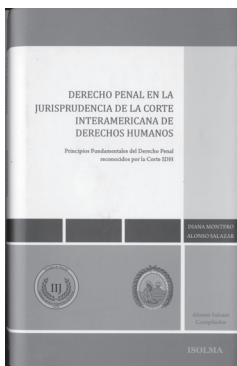
¿ Un derecho procesal social? *Enrique Ulate*.

Prisión preventiva, medida excepcionalísima en el derecho penal juvenil. *Gary Amador Badilla*

De tén Marín de do pingüé, cúcara, múcara, títere fue, yo no fui, fue la ley ... (La decisión judicial: entre el azar y lo predecible) *Gustavo Adolfo Jiménez Madrigal*

La licitud del tratamiento médico desde la perspectiva de la tutela integral de la persona *José Rodolfo León Díaz*.

Montero, Diana. Alonso Salazar **Derecho Penal en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Principios fundamentales del Derecho Penal reconocidos por la Corte Interamericana de Derecho Humanos** (San José: Universidad de Costa Rica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Isolma, 2013, 370 páginas).



Esta obra está dedicada al Dr. Javier Llobet Rodríguez

En el *Prólogo*, el Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez, hace un análisis detallado de cada tema que compone este libro.

Los aspectos que integran esta obra son:

El derecho indígena en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ms C. Diana Montero Montero*

Derecho penal juvenil en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *LL.M Alonso Salazar*

Las garantías del derecho penal sustantivo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ms C. Diana Montero Montero*

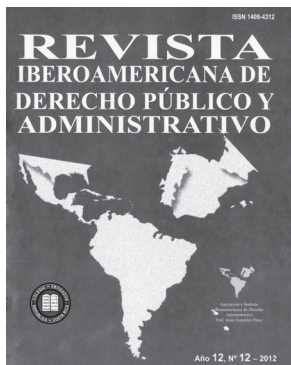
Las garantías en la ejecución de la pena en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *LL.M Alonso Salazar*

Garantías judiciales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el órgano Jurisdiccional competente, independiente e imparcial. *Ms C. Diana Montero Montero*

La masacre de las dos erres vs. Guatemala (jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) *LL.M Alonso Salazar*

Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Ms C. Diana Montero Montero / LL.M Alonso Salazar*

Tratos crueles, inhumanos y degradantes (Jurisprudencia Constitucional) *LL.M Alonso Salazar*



Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, año 12, No. 12, 2012.

Director: Dr. Alvaro Enrique Mora Espinoza. (San José: Colegio de Abogados y de Abogadas de Costa Rica- Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo Profesor Jesús González Pérez, 2012, 488 páginas).

Este No. 12 de la revista está dedicado al Catedrático español Dr. Luciano Parejo Alfonso.

El Catedrático *Dr. Luciano Parejo Alfonso*, nace en Santa Cruz de Tenerife, en 1947.

Formación académica: Licenciado en Derecho (La Laguna, 1969). Asistente científico en Saarbrücken (Alemania, 1969-70). Ayudante (Zaragoza, 1971-1972). Doctor en Derecho por Universidad Autónoma de Barcelona (1977).

Carrera: Prof. adjunto, La Laguna (1980); Prof. agregado interino, Complutense (1981-1982); Catedrático, La Laguna (1983-1989), Alcalá (1989) y UC3M (desde 1990). *Profesor invitado en Universidades:* Paris-X Nanterre; la S.P.I.S.A. (Bolonia); Roma III; Institut Freiherr vom Stein (Münster); Instituto de Minas y Energía (Bochum); Verwaltungshochschule (Speyer); Albert-Ludwigs-Universität (Freiburg); Viena; Externado, Javeriana y Católica (Colombia); ITAM y Autónoma (México); Buenos Aires, Mendoza, Tucumán y El Salvador (Argentina).

Investigación: Responsable del grupo de investigación “*Actividad urbanística y cohesión social: medio ambiente, salud pública y gestión de riesgos*” en la Universidad

Carlos III de Madrid; Director de más 50 proyectos o contratos de investigación. Ha dirigido 28 tesis doctorales. Tiene reconocido seis sexenios de investigación, el máximo posible.

Publicaciones: Autor o editor de 20 libros y de más de 300 estudios en revistas nacionales o internacionales, sobre Derecho público y, en particular, en relación con los siguientes temas: Constitución, organización territorial del Estado, ordenación del territorio y urbanismo.

Director de la *Revista Documentación Administrativa* desde 1987 (INAP), miembro del Consejo Asesor de editoriales y revistas, entre ellas Der Juristische Verlag (Lexxion, Berlín), Journal for European Environmental & Planning Law (Lexxion, Berlin). Cargos académicos: UC3M: Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas (1990-1993), Director del Instituto Universitario Pascual Madoz desde su creación en 1991, Director del Máster en Política Territorial y Urbanística (18 ediciones), Secretario General y Vicerrector de Profesorado y Departamentos (1993-2003), Vicerrector de Coordinación (2004-2005). UIMP: Rector (2005-2006).

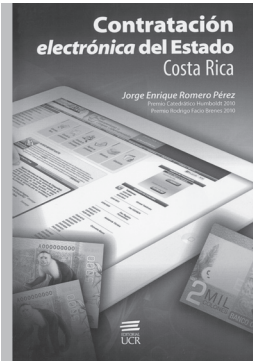
Integrante del Comité Científico Internacional de la *Revista de Ciencias Jurídicas* de la Universidad de Costa Rica y del Colegio de Abogados y de Abogadas de Costa Rica.

Cargos públicos: Director General del Instituto de Estudios de la Administración Local (1983-1985), Subsecretario del Ministerio de

Administración Territorial (1985-1986), Subsecretario del Ministerio para las Administraciones Públicas (1986-1987), Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública (1987-1989)

Los académicos que escriben en esta revista- homenaje, son:

Jesús González Pérez	María Nieves de la Serna Bilbao
Allan Brewer- Carias	Mariano Bacigalupo Sagese
Antonio Descalzo González	Isabel Hernández San Juan
Antonio Hernández	Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Carlos Delpiazzo	Miguel Casino Rubio
Daniel Entrena Ruiz	Orestes Díaz Legón y Lisette Pérez Hernández
Enrique Orduña Rebollo	Miriam Mabel Ivanega
Ernesto Jinesta Lobo	Jaime Rodríguez Arana
Federico Castillo Blanco	Alberto palomar Olmeda
Fernando Fonseca Ferrandis	Víctor Hernández Mendible
Manrique Jiménez Meza	Hidemberg Alvez Da Frota
Jorge Fernández Ruiz	César Hines Céspedes
Jorge Reinaldo Vanossi	Domingo García Belaunde
José Antonio Domínguez	Josefina Campos Cortés
Teresa Parejo Navajas	
Jorge Córdoba Ortega	
Marcos Vaquer Caballería	



Romero Pérez, Jorge Enrique ***Contratación electrónica del Estado. Costa Rica.***

(San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 2013, 188 páginas).

Autor de esta reseña: Dr. Rafael González Ballar.

En el *Prólogo*, el *Dr. Hugo Alfonso Muñoz Quesada*, señala que en este libro hay temas de relevancia y actualidad, como la importancia de la decisión política y la regulación en este campo (p.xix).

El contenido de esta obra se divide:

Introducción

- I Marco normativo.
- II Documentación administrativa del Ministerio de Hacienda y el Instituto Costarricense de Electricidad.
- III Acciones de inconstitucionalidad.
- IV Informes de la Contraloría General de la República.
- V Metodología de la Organización para la Cooperación Económica y Desarrollo.
- VI Observaciones sobre el sistema de contrataciones electrónicas públicas en la región centroamericana.

Bibliografía

Impreso por
Litografía e Imprenta LIL, S.A.
San José, Costa Rica
www.lilcr.com
Tel. (506)2235-0011
387480