Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

REVISTA JUDICIAL
Tomo I

Año XX – Núm. 64 – Setiembre 1997

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

PRESENTACIÓN

En esta ocasión, en nuestra Sección de Estudios, ofrecemos colaboraciones sobre Derecho Agrario, Derecho Ambiental, Derecho Registral, Derecho Procesal Civil, Derecho Comercial, Derecho Administrativo, Derecho de las Personas, Derecho de Menores e Informática Jurídica.

El **Lic. Alvaro Meza Lazarus,** especialista en Derecho Agrario y en Derecho Comercial, nos brinda su trabajo TITULACIÓN DE TIERRAS, en el que conceptualiza la figura y muestras las formas de titulación existentes en Costa Rica. Realiza interesantes distinciones con la asignación de tierras y la colonización. También aclara la distinción entre titulación y usucapión y la vinculación entre ambas instituciones. Comenta diversas leyes como las de Cabezas de Familia, la de Informaciones Posesorias y otras posteriores. Habla de la aplicabilidad del Código Civil (en los casos de posesión no precaria) en las diligencias de jurisdicción voluntaria correspondientes. Por aparte comenta los casos de titulación de tierras en virtud de la posesión en precario. Nos informa además sobre la titulación de vivienda campesina y la titulación a través del Instituto de Desarrollo Agrario. El autor toca otros temas como los plazos de convalidación de los títulos (mostrándonos los vaivenes jurisprudenciales).

En INSTRUMENTOS DE MERCADO Y AMBIENTE: UN ÁNALISIS JURÍDICO SOBRE LAS PROSPECCIONES DE BIODIVERSIDAD EN COSTA RICA, el **Lic. Jorge A. Cabrera M.** comenta los programas de prospección que realizan diferentes empresas farmacéuticas en relación con especies usadas por los indígenas. Trata problemas de manipulación genética y nos ofrece un claro panorama sobre la discusión relativa a los recursos genéticos, así como el papel desempeñado por la FAO. Analiza la Convención Sobre Diversidad Biológica de Río y el de las Prospecciones de Biodiversidad.

El **Lic. Henry Barrantes Rojas y la Licda. Magaly Pochet Meléndez** colaboran con COMENTARIO A UNA RESOLUCIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO (OPINABILIDAD DE LAS ANOTACIONES EN EL REGISTRO MERCANTIL), donde nos plantean el tema de la relevancia y eficacia de las anotaciones en la Sección Mercantil del Registro Público. Después de comentar los sistemas registrales y el carácter declarativo y público del nuestro critican

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las resoluciones del Registro Público sobre la materia, considerando que ya desde la presentación los documentos pueden ser conocidos por cualquier interesado.

Realizan también un ánalisis de la representación (en sus diferentes formas) y, en particular de la representación mercantil y del instituto de la revocación como forma de ineficacia sobreviniente.

OBSERVACIONES SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LA CAUSA es el título de la colaboración del **Dr. Felipe Rodríguez Serrano.** El autor se refiere a la legitimidad como requisito para que prospere la acción. Estudia diversas hipótesis de interés. Explica que la excepción de falta de legitimidad ad causam pasiva no es una excepción perentoria.

En COMENTARIOS EN RELACIÓN CON EL DUMPING, **el Lic. Róger Bravo Alvarez** realiza una definición del concepto a la luz del Acuerdo General de Aranceles y Comercio. Analiza diversos casos y comenta los diferentes regímenes, poniendo énfasis en los criterios de comparación equitativa. Distingue el "dumping" interno del internacional, indicándonos la normativa jurídica que regula a este último, los diversos documentos internacionales. En sus conclusiones sostiene que el "dumping" representa un fenómeno económico que reviste características propias de una competencia y un comercio desleal cuyo objetivo central es desestabilizar a la competencia con intenciones monopolizadoras de un mercado para efectos de controlar tarde o temprano los precios, el presente y el futuro de ese mercado.

El **Lic. Giovanni Muñoz Jiménez** colabora con DERECHOS DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO. El autor enfoca los principales derechos del contratista, como el derecho a la colaboración y al cumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración. Sobre el derecho al equivalente económico trata el importante tema de la variación de las circunstancias durante la fase de ejecución y nos habla del reajuste de precios y de las cláusulas de revisión, así como de la legislación existente al respecto en nuestro país.

En su trabajo EL CONTRATO DE KNOW HOW O DE PROVISIÓN DE CONOCIMIENTOS TÉCNICOS, la **Licda. Aura Céspedes Ugalde,** nos plantea el problema de la regulación de las nuevas figuras contractuales que han ido surgiendo recientemente, especialmente en el campo del Comercio Internacional. Estudia en particular el llamado contrato de "know how", determina su desarrollo, su objeto, la amplitud de su función económica, las posibles formas en que se presenta y su naturaleza jurídica. La autora realiza una interesante comparación con otras figuras contractuales como la compraventa, la locación y el arrendamiento. Nos habla también de la conclusión de este contrato y de sus efectos jurídicos, entre los cuales destaca la obligación de guardar y proteger el secreto, la obli-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

gación de ejercicio y la obligación de devolución. También nos ofrece una guía práctica para la elaboración de estos contractos.

En BASES CIENTÍFICAS PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL (LA LEY DEL CONTINUO DEL GÉNERO), el **Dr. Javier Ortiz** plantea importantes temas relacionados con el derecho a la identidad, ya desarrollado por la doctrina italiana y peruana. Recordamos que, si bien la ley se formula con criterios generales, tomando en cuenta algunos de los criterios (parciales) normalmente usados en materia de género (los llamados factores determinantes del género, cromosomático, gonadal, estructural, genital, hormonal, corporal, caracterial, etc) es necesaria la tutela de las minorías que se ubican en los extremos de las llamadas curvas de normalidad (campana de Gauss). También aquí se especifican algunos de los principios relacionados con estos caracteres (independencia, impermanencia e indefinición). Este trabajo abre nuevas perspectivas sobre el tema y plantea novedosos interrogantes sobre la materia del género y sobre el tratamiento jurídico de éste, poniéndose como eje la idea de la propia identidad tal cual se presenta.

Nuestro asíduo colaborador, el **Msc. Mario A. Víquez Jiménez,** participa con su estudio NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL ENCUENTRO CON LA POLICÍA Y LAS ALTERNATIVAS DE ATENCIÓN SOCIAL, relativo al delicado tema de la reacción institucional frente a sectores desposeidos considerados "desviantes" poniendo especial énfasis en el irrespeto a los derechos de los menores a la hora de su detención y derivación inicial.

La **Licda. Laura Navarro Barahona** en LAS CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN, LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO SE UNEN EN FAVOR DE LA JUSTICIA EN COSTA RICA nos ofrece un comentario sobre el desarrollo que en los últimos años ha venido teniendo la idea de la organización de la información jurídica (idea planteada originalmente por el suscrito en la Revista de Ciencias Jurídicas Nº 51, hace ya 10 años y hoy convertida en realidad.

Como de costumbre, ofrecemos también nuestras Secciones LA CIENCIA AL SERVICIO DE LA JUSTICIA y PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES a cargo de la Licda Cecilia Sánchez lo mismo que la acostumbrada Sección de Jurisprudencia al cuidado del Centro Electrónico de Información Jurisprudencial.

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

Pág.

PRESENTACIÓN 5
Dr. Víctor Pérez Vargas

SECCIÓN I. ESTUDIOS:

Titulación de Tierras 11
Lic. Alvaro Meza Lazarus

Instrumentos de Mercado y Ambiente: Un análisis jurídico sobre las prospecciones de biodiversidad en Costa Rica 25
Lic. Jorge A. Cabrera M.

Comentario a una resolución del Registro Público (Opinabilidad de las anotaciones en el Registro Mercantil 53
Lic. Henry Barrantes Rojas
Licda. Magaly Pochet Meléndez

Observaciones sobre la legitimidad de la causa 61
Dr. Felipe Rodríguez Serrano

Comentarios en relación con el Dumping 65
Lic. Róger Bravo Alvarez

Derechos del Contratista en el Contrato Administrativo 75
Lic. Giovanni Muñoz Jiménez

El Contrato de Know How o de Provisión de Conocimientos Técnicos 87
Licda. Aura Céspedes Ugalde

Bases científicas para la regulación del derecho a la identidad sexual (La Ley del Continuo del Género) 99
Dr. Javier Ortiz

Niños, niñas y adolescentes: El encuentro con la policía y las alternativas de atención social 109
Msc. Mario A. Víquez Jiménez

Las ciencias de la información, la Informática y el Derecho se unen en favor de la justicia en Costa Rica 123
Licda. Laura Navarro Barahona

SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALES RELEVANTES 125
Licda. Cecilia Sánchez

SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA 195
Digesto 197

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

TITULACIÓN DE TIERRAS

LIC. ALVARO JOSÉ MEZA LAZARUS

MARCO TEÓRICO

La Titulación de Tierras es un tema del cual la doctrina, tanto civil como agraria, en América Latina y la misma Europa, se ha ocupado en muy pocas oportunidades, aparte de ello, la escasa doctrina que puede encontrarse en verdad resulta cuando no descriptiva de las leyes que sobre titulación existen más interesada en el tema de la usucapión o prescripción positiva de la misma titulación.

Haciendo resaltar la anterior limitación es que se inicia el tratamiento de la Titulación de Tierras como objeto de investigación a seguir. En el presente estudio se realizará, en primera instancia, un intento de conceptualización de la titulación y de diferenciación de la misma con otras instituciones del derecho que pueden llegar a confundirse con aquella. Posteriormente, nos adentraremos al estudio de la titulación en Costa Rica examinando una a una las distintas formas en que la misma se manifiesta a través del derecho positivo costarricense para luego concluir con el tema más conflictivo y apasionante del estudio de la Titulación de Tierras, a saber, el conflicto existente con relación a las acciones de nulidad de terceros contra el título.

1. Noción y delimitación de la Titulación de Tierras.

La Titulación, en adelante titulación, puede ser definida como el medio jurídico para la obtención de un título de propiedad inscribible en el Registro Público de Propiedad, por quien reuniendo las características que señala para ello la ley ha poseído dicho bien y adquirido el mismo por usucapión.

La titulación, aparece, como una constante, la posesión, es decir, quien pretende obtener el título de propiedad sobre un inmueble debe demostrar la titularidad de la posesión- y en el Derecho Agrario el ejercicio de la misma en forma productiva-, con los plazos, requisitos, condiciones y conceptos posesorios que exige la ley en cada caso determinado, tratándose de titulación agraria, civil. Ahora bien, esta posesión debe ser una posesión ad usucapionem y a efectos de la adquisición del título debe de haber transcurrido el término de prescripción a efectos de iniciar y que sean aprobadas las diligencias de titulación.

La titulación de tierras ha sido constantemente confundida con algunas instituciones de derecho positivo, por lo que es preciso, de previo a analizar el mismo, distinguirlo de algunos institutos como la Asignación de Tierras, la Colonización, la Usucapión.

Distinción entre la Titulación y la Asignación de Tierras.

La asignación de tierras puede ser definida como un contrato, que como es dato teniendo como objeto un fundo agrario, se denomina como contrato agrario. En dicho contrato podemos hablar de una naturaleza jurídica mixta: pública y agraria dado que una de las características del mismo es que interviene, necesariamente, como asignante, un ente estatal. Es además un modo de adquisición de la propiedad derivativo por cuanto el bien es adquirido mediante transmisión inter vivos. Este contrato, por su naturaleza jurídica, contiene normas de Derecho Administrativo en

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las cuales el Poder de Imperio del Estado se manifiesta, y otras normas de Derecho Agrario.

En contraposición a la anterior idea, la titulación de tierras es más bien concebida como un acto jurídico, aún en caso de que la misma sea efectuada mediante acto administrativo. La titulación es también una institución originaria encuanto al modo de adquisición de la propiedad dado que lo que determina la adquisición de la propiedad es la conducta posesoria del titulante.

Diferencia entre la Titulación y la Colonización.

En lo que a la Colonización se refiere también existe la tendencia a confundir esta institución jurídica y no como política agraria de incentivo para la ampliación de la frontera agrícola de un país determinado, las mismas pueden diferenciarse en cuanto a que la colonización-institución se da necesariamente una asignación de tierras en la que la posesión no es un requisito para el otorgamiento del título de la propiedad sobre las tierras que se pretenden colonizar, asímismo por cuanto en ésta última van implícitas una serie de elementos como la asistencia técnica y financiera e incluso algunas veces la entrega del título de propiedad no se da sustituyéndose la misma por un derecho subjetivo (arrendamiento) o real (usufructo). Aparte de lo anterior en los casos en que se otorga el título de propiedad de figura determinante de la adquisición lo es la Administración Pública la cual otorga la propiedad en virtud de un denuncio que realiza el sujeto beneficiario de la misma, denuncio cuyo contenido consiste más en una localización del inmueble que en una posesión.

En la colonización concebida como una política agraria o económica -no como instituto jurídico- el estado procura crea leyes que incentiven a los particulares a la adquisición en propiedad de tierras vírgenes a través de la usucapión o prescripción positiva, exigiéndose menos requisitos que los establecidos para ello en la legislación civil, otorgándole a los poseedores de estas tierras un título de propiedad luego de comprobar los requisitos exigidos para ello y el plazo de la prescripción. En estricto sentido jurídico, las leyes que se promulgen tomando en cuenta esta política agraria-económica son leyes de titulación y obligan al poseedor a comprobar su posesión sea en la vía judicial o administrativa según el derecho positivo así lo exija. Por último, es conveniente señalar que en estos casos la colonización es propia de una conducta del titulante más que de la administración que simplemente crea los incentivos para que se dé la misma.

La titulación de tierras ¿modo de adquisición de la propiedad o procedimiento para la registración de la propiedad adquirida por usucapión? Diferencias entre usucapión y titulación.

Resulta de vital importancia el determinar si la Titulación de Tierras es un modo de adquisición de la propiedad o si bien el modo de adquisición lo es la usucapión o prescripción positiva de modo que la titulación es el procedimiento o medio jurídico por medio del cual se le otorga al sujeto que prescribe positivamente un inmueble el título de propiedad a efectos de que sea reconocida y ejercitada ante terceros. La determinación, en otras palabras, establecerá la naturaleza jurídica de la titulación.

Este punto, debe reconocerse- al menos tiene noticia el suscrito- no ha sido tratado por la doctrina- pero el mismo, debido a las leyes de titulación que han sido promulgadas en países como Costa Rica, resulta de necesario tratamiento dado que en dichas leyes se han dado requisitos para la adquisición de la propiedad diferentes a los establecidos en el Código Civil y que incluso podrían determinar ciertos conflictos con la propiedad, y la misma Constitución Política, ejemplo de ello, es la Ley número 5064 de 22 de Agosto de 1972 derogada por Ley.

En el Derecho Civil, puede considerarse como una máxima la anterior consideración, sin embargo, en el caso del Derecho Agrario, al menos en el costarricense en lo que a titulación adminsitrativa de tierras se refiere, quedan en la atmósfera jurídica ciertas nebulosas que será

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

necesario volver a retomar en su momento en esta investigación.

En el Derecho Agrario Latinoamericano, producto de un estudio de Derecho Comparado, puede decirse que la usucapión agraria-como distinta de la civil (véase La Posesión Agraria, Editorial Alma Marter, 1986), es el modo de adquisición de la propiedad, estableciéndose regulaciones diversas a la civil en cuanto a los requisitos posesorios y el plazo o término para la prescripción positiva. Siendo la Titulación el procedimiento para el otorgamiento del título de propiedad.

Así, la posesión requerida para la usucapión agraria se asemeja a la civil en el tanto se requiere un animus particular el Animus dominio Rem Sibi Habendi, (ánimo de poseer como si fuera propietario del bien), asimismo, la posesión ha de ser pública, pacífica e ininterrumpida; en lo que a la buena fe y el justo título se refiere los mismos son eliminados como requisitos de la posesión exigiéndose a cambio la realización personal y directa de actos considerados posesorios agrarios propiamente tales, de explotación productiva del bien. En cuanto al plazo de prescripción existe una tendencia a reducir el mismo a cinco años. (véase la Ley 6969 de 1969 del Brasil, llamada Ley de Usucapio Pro Labore; asimismo la Ley de Reforma Agraria Peruana 17716 de 1969 en su artículo 8 sobre todo su párrafo final; asimismo el artículo 14 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios de 10 de abril de 1976 y sus reformas; en el mismo sentido Ley de Tierras y Colonizaciones número 2825 de 14 de Octubre de 1961 y sus reformas, Ley de Titulación de Vivienda Campesina número 6154 de 25 de Noviembre de 1977 y sus reformas, Ley de Inscripción de Derechos Indivisos, número 2755 de 9 de Junio de 1961 y sus reformas, Ley de Titulación Múltiple de Tierras 5064 de 22 de Agosto de 1972 derogada por Ley número 6734 de 29 de Marzo de 1982 6734 de 29 de Marzo de 1982, puesta de nuevo en vigencia por Ley número 6975 de 30 de Noviembre de 1984, en adelante LEY PARA LA TITULACIÓN DE TIERRAS QUE SEAN PARTE DE LAS RESERVAS NACIONALES O LEY DE TITULACIÓN MÚLTIPLE DE TIERRAS, como veremos más adelante al ocuparnos del tema.

De determinarse que ambos conceptos son distintos -usucapión y titulación- resulta que la titulación sería simplemente un procedimiento jurídicio para el otorgamiento del título de propiedad una vez que se haya dado la usucapión, mientras que, de ser sinónimos la titulación sería un modo más de adquisición de la propiedad aparte de la usucapión.

A juicio de la presente investigación debe de distinguirse la usucapión de la titulación como instituto que se complementan pero que actuan en campos diversos del Derecho teniendo cada uno de ellos su naturaleza jurídica propia, mientras la usucapión es un modo de adquisición de la propiedad y otros Derechos Reales, poseíbles, la titulación es el procedimiento para, comprobando los requisitos de la usucapión conferir título de propiedad inscribible en el Registro Público a efectos de que afecte a terceros.

De donde, aún y cuando no se haya realizado el procedimiento de titulación por quien ha poseído el inmueble en las condiciones que para prescribir exige la ley, ante la demanda de algún tercero que alegue mejor derecho sobre dicho bien, el usucapiente podrá oponer a la acción incoada en su contra la prescripción positiva como excepción, lo cual no tiene carácter de cosa juzgada sino para aquél quien demanda en el caso en particular pudiendo los otros terceros que no hayan intervenido en el juicio como partes, demandar también, mediante otra acción reivindicatoria al titulante quien deberá oponer las excepciones cuantas veces sea demandado por otros terceros. (Agosto de 1972 derogada por Ley y puesta en vigencia nuevamente mediante Ley número 6975 de 30 de noviembre de 1984, y en Italia en virtud de la Ley de 10 de mayo de 1976 en el que se consagra al usucapión agraria y un procedimiento especial para el otorgamiento del título de propiedad).

En todas esta legislaciones es una constante que la titulación tiene como requisito la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

adquisición de la propiedad vía usucapión agraria; el poseedor pueda acudir ante el juez a efectos de que la propiedad sea declarada en sentencia, bien mediante un procedimiento especial creado al efecto por la ley o bien mediante el juicio contencioso u ordinario.

Debe de recordarse que en un principio la titulación se realizaba sobre terreno baldíos pero luego, quizás por el agotamiento de la frontera agrícola y por la misma legislación de Transformación o Reforma Agraria se amplian a los bienes inscritos a nombre de terceros en los Registros Públicos.

LA TITULACIÓN DE TIERRAS EN COSTA RICA

a. Aspectos Generales.

La titulación de tierras en Costa Rica está regulada desde principios de siglo obedeciendo a una política de ampliación de las fronteras agrícolas del país. Las llamadas Leyes de Cabeza de Familia, que pretendían poblar las zonas alejadas del valle intermontano central, son las primeras manifestaciones de Titulación en nuestro país. La Ley número 3 de 12 de noviembre de 1909 es el primer ejemplo de anterior al establecer en su artículo 6:

"La posesión del lote se convertirá en propiedad si se reúnen los siguientes requisitos:

1.- Conservar la posesión del lote por 5 años, que se contarán desde el día en que fuese notificada la autorización de ocupar. La parte de montaña se tendrá por poseída si ha habido posesión efectiva de la parte desmontada.

2.- Haber cultivado por lo menos una quinta parte de la extensión denunciada, en dicha quinta parte, 3 cuartos han de estarlo en cultivos estables.

3.- Haber construído en el lote una casa para familia compuesta por lo menos de dos piezas y una cocina.

4.- Haber vivido con su familia en el lote, por lo menos los últimos dos años de posesión.

No obstante lo dicho en el inciso 1 podrá adquirirse el título después de 3 años, si ya se han cumplido las condiciones explicadas en los incisos 2, 3 y 4."

Posteriormente a esta ley se promulgaron las Leyes número 137 de 14 de Agosto de 1924, y número 29 de 11 de Julio de 1942. Asimismo la Ley de Informaciones Posesorias número 139 de 14 de Julio de 1941, en esta última ley, todavía vigente, a diferencia de las anteriores, se crea el procedimiento judicial de jurisdicción voluntaria, diligencias de información pose-soría, que nos rige en la actualidad para la mayoría de los casos de titulación, para los casos en que los bienes no se encuentren inscritos en el Registro Público de la Propiedad y que no estén encuadrados dentro de los Lineamiento de la titulación para vivienda campesina. Posteriormente se promulgó la Ley de Informaciones Posesorias Administrativas, derogada y luego vuelta a estar en vigencia, la Ley de Titulación de Vivienda Campesina, la Ley de Localización de Derechos Indivisos.

De conformidad con cada una de las leyes que anteriormente hemos enunciado, en el párrafo anterior, existen en Costa Rica diferente tipos de usucapión agraria y correlativamente diferentes tipos de procedimientos de titulación de estos tipos de propiedades. En todas estas leyes, es una constante el requisito de que para que la titulación pueda darse se de previamente la usucapión, ejercitándose la titulación, bien através de las diligencias de Información Posesoria, bien a través de las diligencias de titulación de vivienda campesina, bien a través de la localización de derechos indivisos, bien a través de un juicio ordinario, bien a través de un procedimiento especial regido por procedimientos de Derecho Administrativo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Analizaremos por separado exhaustivamente cada uno de estos tipos especiales de titulación desde la perspectiva de derecho sustantivo y procesal.

a.- La usucapión consagrada en el Código Civil y la titulación a través de la Ley de Informaciones Posesorias.

La Ley de Informaciones Posesorias de 1941, establece un procedimiento y sus requisitos a efectos de obtener, de parte de los poseedores de inmuebles que carecieren de título inscribible en el Registro Público, el título de propiedad sobre dichos bienes. Quien pretenda obtener dicho título de propiedad a través de esta ley deberá de probar su posesión con arreglo al artículo 856 del Código Civil, artículo que consagra los requisitos de la posesión ad- usucapionem, a saber, posesión con ánimo de dueño, en forma pública, pacífica e initerrumpida, con buena fe y justo título, durante diez años.

Lo anterior no significa que los bienes agrarios no pueden usucapirse por medio de dicho artículo 856 no inscribirse conforme a la Ley de Informaciones Posesorias tantas veces citada. Todo lo contrario, el mismo artículo 2 de la Ley de Jurisdicción Agraria número 6734 de 29 de marzo de 1982 establece, como parte de la competencia agraria, las informaciones posesorias sobre predios rústicos y el modo de usucapir estará regulado por el Código Civil impregnado e informado por la entera doctrina de la Posesión Agraria (VEÁSE LA POSESIÓN AGRARIA, Editorial Alma Mater, San José, 1986) y la misma jurisprudencia nacional que ha hecho referencia de lo anterior en las sentencias..... En otras palabras, a la posesión agraria, no concebida como precaria de tierras de conformidad con el artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonizaciones, se le aplicarán los requisitos exigidos para la usucapión que señala el artículo 856 del Código Civil, exigiéndose los requisitos posesorios más la buena fe y el justo título, pero entendiéndose los conceptos posesorios y los requisitos de buena fe y justo título de conformidad con la objetivización que de ellos realiza la Teoría de la Posesión Agraria.

Para que se dé con lugar la Información Posesoria- concebida como diligencia de jurisdicción voluntaria- se requiere en primer lugar que el bien a titular no se encuentre inscrito en el Registro Público y que el titulante carezca de título inscribible de dominio. El titulante debe hacer manifestación expresa de lo anterior así como de que con la titulación no pretende evadir las consecuencias de un juicio sucesorio. Posteriormente deberá de acreditar con tres testigos su posesión y deberá de realizarse una inspección ocular en la cual el juez ha de comprobar si el bien se encuentra debidamente deslindado y la explotación del mismo, de conformidad con la posesión agraria.

En este procedimiento es de obligada notificación a los colindantes y a la Procuraduría General de la República y al Instituto de Desarrollo Agrario. El número de hectáreas a titular por persona en virtud de esta ley no podrá exceder a las trescientas hectáreas y se debe de indicar en el escrito de solicitud de titulación el tiempo que lleva el solicitante de poseer el inmueble, la descripción de los actos en que ha consistido la poseisión y la extensión aproximada de los cultivos y bosques existentes, las construcciones y demás mejoras realizadas; si la finca fuera ganadera deberá de expresarse el número de hectáreas de potrero, sitio o repastos y aportarse certificación del Registro de Marcas de Ganado que indique que el titulante ha inscrito a su nombre el fierro o marca de ganado. Asimismo se deberá de aportar plano catastrado del inmueble a titular.

Una vez comprobados los requisitos anteriores y sinque hubiese oposición el juez procede a dictar la resolución en que se decreta la titulación ordenándose su inscripción en el Registro Público de la Propiedad sin perjuicio de tercero de mejor derecho. La inscripción conlleva una serie de limitaciones o gravámentes en cuanto al derecho de propiedad adquirido a la casi totalidad de los inmuebles en virtud de las leyes especiales que sobre caminos públicos, aguas y bosques se refiere.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En lo que respecta a la consolidación de la propiedad para terceros consagra dicha ley en los artículos 16 y 17 la posibilidad de revisión de los mismos vía incidente o bien vía juicio ordinario teniendo el interesado un plazo de tres años para impugnar el título vía incidente, y diez en total vía ordinario. Estos artículos han dado lugar a una serie de dificultades las cuales han generado una gran cantidad de jurisprudencia, sin embargo, dejaremos las mismas para un posterior momento en el que trataremos el tema para todos los tipos de titulación que analizaremos.

En materia de Informaciones Posesorias el Tribunal Superior Agrario ha empleado como medio para distinguir si se trata de un asunto civil o agrario la destinación del bien a la producción de bienes animales y vegetales, destinación que sólo está en manos del poseedor como titular de ese poder de destinación del fundo. Algunos pronunciamientos del Tribunal Superior han tomado incluso la medida del terreno a efectos de determinar la competencia o no agraria.

b.- Titulación de tierras mediante la usucapión en virtud de la posesión en precario de tierras.

En este tipo de titulación, la cual siempre ha de ser considerada como agraria, en virtud de lo establecido en el artículo 92 de la Ley de Tierras y Colonización que define al poseedor en precario de tierras como "aquel que por necesidad realice actos de posesión estables y efectivos como dueño, en forma pacífica, pública e ininterrumpida, por más de un año y con el propósito de ponerlo en condiciones de producción para la subsistencia suya o de la familia, sobre un terreno debidamente inscrito en el Registro Público. Los poseedores en precario que tengan posesión decenal en las condiciones enunciadas en el párrafo anterior, podrán inscribir su derecho de acuerdo con lo establecido en esta ley y el procedimiento de información posesoria." Es decir, está regido en cuanto al procedimiento por Ley de Informaciones Posesorias ya comentada.

Este artículo 92 citado consagra el único caso en nuestro derecho que permite que un inmueble inscrito a nombre de un tercero en el Registro Público de la Propiedad pueda titularse mediante el trámite de Información Posesoria y no mediante un juicio ordinario de usucapión como es la regla general y es propio de los casos en que la titulación requiere de la cancelación de un asiento registral de propiedad anterior.

En este tipo de titulación, la usucapión sigue siendo el modo de adquisición sólo que diferenciándose en cuanto a los requisitos que a la posesión se le añaden a efectos de la adquisición de la propiedad, eliminándose las referencias a justo título y buena fe. El procedimiento y los requisitos de la solicitud de titulación son similares a los exigidos para la usucapión consagrada en el Código Civil, sin embargo, creemos que, por las circunstancias de estar el bien inscrito deben de añadírseles, de oficio, por adeucación de esta ley al entero -derecho positivo nacional-, algunos otros requisitos más que a continuación esbozo.

Al menos el solicitante debe de presentar al momento de iniciar los procedimientos de titulación, una certificación del Instituto de Desarrollo Agrario, en donde se le declara poseedor en precario y se determina que no se le ha de buscar la solución a su conflicto por cuanto el poseedor tiene más de diez años de posesión en precario, dado que es un requisito de procedibilidad para toda acción distinta a la administrativa para los poseedores en precario tal declaratoria.

Debe de notificarse de dicho procedimiento de titulación al propietario registral a efectos de que este pueda interponer las acciones necesarias tendientes a oponerse a la titulación, oposición que solo será de recibo en el tanto en que trate de demostrar que el poseedor en precario no tiene los diez años de posesión exigidos por la Ley de Tierras y Colonizaciones. Ello también es justificable a efectos de que la sentencia recaída en la titulación afecte al propietario registral dado el hecho de que en la misma deberá de ordenarse la cançelación registral del asiento anterior por cuanto a la finca se le había asignado un número en el Registro Público.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En estos casos, la mayoría de las veces, la titulación es realizada vía ordinaria, al reconvenir el poseedor en precario ante la acción reivindicatoria planteada por el propietario, declarándose en el mismo juicio su adquisición a través de la usucapión agraria y ordenándose la cancelación del anterior propietario y la inscripción del nuevo.

c.- Titulación de Vivienda Campesina.

Este tipo de titulación también conlleva una usucapión diferente a la establecida por el Código Civil y por la misma Ley de Tierras y Colonizaciones, además involucra un procedimiento de suyo diferentes en cuanto a requisitos en relación a los establecidos en la Ley de Informaciones Posesorias.

En primer lugar este procedimiento sólo puede ser realizado una sola vez por el titulante. Aparte de ello, la usucapión de terrenos para vivienda campesina solo cabe en aquellos bienes que se encuentren fuera de los bienes considerados como urbanos por los Reglamentos que de la misma ley se promulguen.

En este tipo de titulación la posesión requerida para la usucapión debe ser ejercida sobre un terreno que no exceda las dos hectáreas, asimismo la posesión ha de ser ejercida mediante la destinación a la vivienda que el titulante y su familia deben habitar. Al igual que en la posesión precaria de tierras ni la buena fe ni el justo título son exigibles como requisitos posesorios, por lo que la usucapión regulada es distinta de la civil y de la misma agraria precaria. En cuanto al tiempo de la prescripción positiva el mismo es reducido a cinco años.

El procedimiento de titulación consiste en un procedimiento, al igual que la Información Posesoria, de jurisdicción voluntaria, cumpliéndose los requisitos de entrega de plano catastrado, declaración jurada de la posesión y el tiempo de la misma y la aportación de tres testigos para su comprobación, y escrito inicial comprobándose que no se ha ejercido la titulación de vivienda campesina anteriormente. A diferencia de la Información Posesoria, no se requiere en este caso de la manifestación expresa de que el bien esté inscrito, ni la notificación del procedimiento a los colindantes, ello, evidentemente, en virtud de la tutela que a través de la función social el derecho asignada a la vivienda campesina.

Una vez comprobados todos los datos anteriores, el funcionario judicial, mediante simple auto, emite la aprobación de las diligencias y ordena su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, inscripción que no perjudica a terceros con mejor derecho.

En el caso de que los terceros interpongan una acción contra la titulación realizada en virtud de esta ley, acción que sería de nulidad y acción reivindicatoria en la mayoría de los casos, podrían ser combatidos en virtud de la excepción de prescripción positiva entendida en el artículo 3 de la ley citada. Para ejercer sus acciones los terceros o propietarios registrales del inmueble titulado tienen un término de 3 años a efectos de interponer la acción correspondiente, transcurrido dicho término no se admite ninguna acción. De conformidad con el artículo 10 de la citada ley. En este caso en particular la Ley de Titulación de Vivienda Campesina es categórica a diferencia con la Ley de Informaciones Posesorias en donde existe un grado de ambiguedad con respecto a tres años y la posibilidad de que antes de que transcurran diez años se pueda presentar un juicio oridinario por medio del cual se intente anular el título adquirido.

Un aspecto que ha sido altamente debatido en torno a la Titulación de Vivienda Campesina radica en la consideración de sí la misma es agraria o propia de otra rama del Derecho. El punto en cuestión puede discutirse desde varios planos; en un primer plano, legislativo, en estricto sentido jurídico podría decirse que la ley ha de aplicarse sobre predios rústicos dado que expresamente se excluyen las llamadas zonas urbanas creadas en virtud del artículo 16 de la citada Ley vía Reglamento. Este criterio no resulta muy feliz dado que el predio rústico en un concepto que no va acorde con el de predio agrario, aparte de ello, si del desarrollo de la actividad agraria se trata la misma puede perfectamente desarrollarse sobre zona urbana dado que la Ley de Plani-ficación Urbana y la

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Ley de Desarrollo Nacio-nales, determinan que en las mismas zonas urbanas se han de delimitar los terrenos de vivienda, de agricultura y de industrialización, con lo cual el criterio no es muy feliz.

Por otra parte, la ley si bien lleva como nombre Titulación de Vivienda Campesina, es lo cierto que en todos los artículos de la misma ley no se determina la necesidad de que los titulantes reúnan las condiciones de campesinos, de donde aparece deducirse que para esta ley en los terrenos que no han sidos declarados zonas urbanas sólo campesinos habitan, lo cual es una falacia.

Es por lo anterior que no es posible, admitir todas las titulaciones fundamentadas en esta ley como agrarias simplemente porque la ley lleva dentro de denominación la palabra campesino.

El Tribunal Superior Agrario en sus resoluciones sobre conflictos de competencia relativos a este tipo de trámite judicial ha establecido, implícitamente, que para que un trámite de estos pueda considerarse agrario se requiere que al mismo tiempo que se tenga la vivienda se realice una actividad agraria sobre el inmueble, lo que no es imposible aún y cuando la extensión admitida para titular no sea mayor de dos hectáreas. Así pueden verse las resoluciones número 245 de las 14 horas treinta minutos del 25 de Agosto de 1988 y la número 35 de las 10 horas 10 minutos del 16 de Enero de 1989, sin embargo, debe criticarse que no resulta muy apropiada la acentuación en la extensión del terreno a efectos de determinar la agrariedad de la titulación, dado que si bien la más de las veces ello influye en la actividad agraria, no lo es necesariamente debido a la agricultura sin tierra y a la variedad de cultivos que se pueden desarrollar en ciertas zonas. Así, señala el Tribunal: "Mediante las presentes Diligencias de Titulación de Vivienda Campesina, pretende la gestionante C.R.O. inscribir en el Registro Público, un terreno ubicado en Moreno Cañas, Distrito primero, Cantón treceavo de la provincia de Alajuela. Es solar con una casa de habitación mide cinco mil quinientos noventa y cinco metros cincuenta y cuatro decímetros cuadrados. Dada la extensión y su naturaleza no se trata de un predio rústico de conformidad con el artículo cuarto de la "Ley de Jurisdicción Agraria" y, también. En el presente caso, el inmueble a inscribir es terreno para construir situado en La Fortuna de San Carlos Distrito sétimo, Cantón diez de la Provincia de Alajuela, con una medida de ciento ochenta y cuatro metros sesenta y nueve decímetros cuadrados. Dada su naturaleza y extensión no es posible realizar en ella una actividad agropecuaria." (Las referencias jurisprudenciales anteriores son propias de las sentencias antes aludidas respectivamente.)

Es el criterio de esta investigación, aún y cuando pueda arguirse que la vivienda campesina es parte de una visión completa del Derecho Agrario moderno, lo mismo que la salud la educación rural, que en la citada ley no puede negarse que el fin consagrado en su normativa no es la de dar exclusivamente terrenos para vivienda a los campesinos o agricultores, sino que la ley no distingue la cualidad del titulante, requiriéndose únicamente que se destine a vivienda familiar en zona no urbana, por lo que pretender que todos los fundos que se traten de titular sean parte de la competencia agraria es volver a la idea de rústicidad tantas veces criticada y superada en la moderna doctrina iusagrarista.

En la Titulación de Vivienda Campesina, a juicio personal, debe darse una doble relación, de vivienda y actividad productiva agraria, a efectos de que podamos considerar a estos trámites agrarios. No debe de olvidarse que el fundo, considerado en sí mismo, antes de que en el se de el acto de destinación del fundo a la producción, es parte del Derecho Civil y no son en este caso requeridos los actos posesorios agrarios propiamente tales, y se transforma en agrario en el momento en que el titular del poder destina el fundo a la actividad productiva agraria, y si el mismo tiene capacidad frugífera.

d.- La Titulación Múltiple de Tierras.

En virtud de este tipo de titulación, establecida en virtud de la Ley 5064 de 22 de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Agosto de 1972, derogada y puesta de nuevo en vigencia en virtud de la Ley 6975 de 30 de noviembre de 1984, el Estado, a través del Institudo de Desarrollo Agrario está facultado a efectos de titular tierras a quienes reúnan las condiciones exigidas en la misma ley a través de programas sobre zonas en las cuales al menos un 20 por ciento de los poseedores de fincas carezcan de título inscrito.

El número de hectáreas a titular, en virtud de esta ley, es de 100 para agricultura y 300 para ganadería. El procedimiento es sumarísimo realizado por el Instituto de Desarrollo Agrario, en adelante I.D.A., quien a través de sus funcionarios recaba la prueba a demostrar para la titulación, requiriéndose tres testigos vecinos del lugar que comprueben la posesión del ocupante y la manifestación de conformidad de parte de los colindantes.

Los interesante de este tipo de titulación y que podría dar lugar a pensar si admite esta ley una nueva usucapión agraria o si la misma ley es el modo de adquirir el derecho de propiedad, y que lleva a dudar sobre la constitucionalidad de la misma ley, lo son los requisitos exigidos al poseedor para que se titule la finca por él poseída. Véamos:

Señala el artículo 3 de la citada ley que las tierras a titular serán traspasadas e inscritas a nombre de sus respectivos poseedores, "entendiéndose para tales efectos que ejerce posesión quien haya explotado la tierra en forma permanente, pública y a título de dueño durante un lapso no menor de tres años". Ante esta redacción, la pregunta que surge es la siguiente ¿Será esta una nueva usucapión agraria que exige solamente tres años de posesión sin justo título ni buena fe? Aparte de ello, debe de decirse que estas tierras se supone son reservas nacionales que son traspasadas al I.D.A. por el Estado, sin perjuicio de tercero de mejor derecho (véase artículo 2 de la misma ley), entonces ¿Qué sucede cuando el bien pertenecía a un particular, como ha sucedido frecuentemente, y el I.D.A. lo da en propiedad a un tercero que lo ha poseído por apenas tres años?

Aparte de los anteriores cuestionamientos surgen dos también relevantes, el primero de ellos es producto de la redacción del artículo catorce de la citada ley en virtud del cual el período de consolidación del título adquirido por el poseedor es de tres años, "limitándose a ese plazo la prescripción negativa de terceros que pueda afectar", lo cual quiere decir que sie el poseedor tiene 3 años desi posesión y se le da el título el cual se inscribe y si transcurren tres años después de la inscripción, entonces el propietario anterior del bien- en el caso de que existiera- perderá su propiedad por haber transcurrido seis años de posesión de parte de otro? El segundo punto, es producto del razonamiento anterior y se manifiesta en el perfil constitucional de la ley dado que la titulación no se da en todo el país sino sólo en las zonas desgnadas por la Junta Directiva del I.D.A. con la única limitación del porcentaje de poseedores, entonces ¿no sería aplicar la ley en forma desigual a los propietarios dado que mientras unos puden ejercitar las acciones reivindicatorias antes de que transcurran diez años, otros prescribirán negativamente en las mismas a los 3 años o a lo sumo a los seis años?

En cuanto a los cuestionamientos anteriores esta investigación considera que en principio la ley no establece un modo de adquisición de la propiedad por usucapión especial distinto a los demás existentes, dado que el legislador parte de la idea de que las tierras son del Estado, parte de las reservas nacionales, por lo cual el Estado otorga un título de propiedad a los poseedores que se encuentran explotando los inmuebles, título que más un os inmuebles, título que es más un traspaso que realiza el Estado, incluso segregando el inmueble de otro mayor que es el traspaso por el Estado al I.D.A. para los fines de la titulación. Sin embargo, cuando existe el problema apuntado con respecto a la existencia de un pro-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

pietario particular sobre terrenos que el Estado considerándolos sin dueño, los traspasa al I.D.A., entonces si se constituye en una usucapión a los tres años después de su inscripción en el Registro Público dado que al prescribirse negativamente en ese periódo la acción del propietario tercero despojado entonces al no tener ninguna acción en su contra el poseedor ha usucapido la propiedad del propietario anterior por virtud de su título inscrito.

TITULACIÓN, NULIDAD DE TÍTULOS Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN NEGATIVA.

Uno de los temas más apasionantes y debatidos en torno a la titulación lo es el de el plazo de convalidación de los títulos obtenidos a través de la titulación y la prescripción negativa de las acciones de terceros a efectos de anular dichos títulos. Al respecto, existen varias posiciones jurisprudenciales al respecto.

El problema radica en que momento las acciones de terceros que intente valer un mejor derecho no pueden plantearse ante los Tribunales de Justicia de Costa Rica por estar las mismas prescritas negativamente, el problema ha surgido de la redacción establecida en los artículos 16 y 17 de la Ley de Informaciones Posesorias. Véamos: artículo 16 "La propiedad que se adquiere por la presente ley, queda definitivamente consolidada para terceros a los tres años, los cuales se contarán a partir del día de la inscripción del respectivo título en el Registro Público, ya que se limita a ese plazo la prescripción negativa de la acción de terceros a quienes pueda afectar.

Ese plazo se reducirá a un año únicamente para el efecto de solicitar y obtener préstamos de los organismos del Sistema Bancario Nacional o del Instituto de Vivienda y Urbanismo.

En caso de prosperar acciones reivindicatorias sobre los inmuebles que garanticen créditos con las instituciones referidas, estas conservarán todos los derechos que se deriven de la garantía real del inmueble."

Artículo 17 "En cualquier tiempo en que, no habiendo transcurrido todavía los tres años a que se refiere el artículo anterior, se demostrará que el título posesorio fue levantado contra las leyes vigentes, podrá el juez decretar en el expediente original y mediante los trámites de los incidentes, la nulidad absoluta del título y de su respectiva inscripción en el Registro, librará la ejecutoria correspondiente para que esa oficina cancele el asiento. Transcurrido el término de tres años de la inscripción del título, toda acción deberá de decidirse en jucio declarativo."

En las restantes leyes de titulación no se da esta ambiguedad siendo el plazo de la prescripción negativa de los terceros para accionar solicitando la nulidad del título de tres años. Así el artículo 10 de la Ley de Vivienda Campesina establece que transcurrido el término de tres años desde la inscripción en el Registro" ... no se admitirá en los Tribunales ninguna acción que amenace o restrinja el mejor derecho del titulante, asímismo, la Ley de Titulación Múltiple de Tierras establece en su artículo 14 que "... queda consolidado después de tres años a partir de la inscripción en el Registro Público, el dominio de las tierras objeto de estos programas, limitándose a ese el plazo de prescripción negativa del tercero a quien esto pueda afectar." En la Ley de Informaciones Posesorias esto no sucede así.

Podemos señalar las tesis jurisprudenciales que sobre el tema se han dado en las constantes causas que se han iniciado atacando estos títulos.

a.- Tesis consagrada en las sentencias del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Primera número 917 de las 8 horas cuarenta y cinco minutos del dieciseis de Noviembre de 1984, así como en la sentencia número 500 de las nueve

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

horas del primero de Julio de 1983 y en la número 507 de las nueve horas treinta y cinco minutos del primero de Julio de 1983, entre otras.

Según esta tesis la propiedad adquirida mediante el trámite de Información Posesoria tiene un plazo de consolidación de tres años de manera que a partir de la inscripción del inmueble en el Registro Público, y hasta los tres años siguientes, tienen, los terceros que aleguen mejor derecho, la oportunidad para plantear las demandas que pretendan anular el título adquirido mediante la Ley de Informaciones Posesoiras. Se alega en esta tesis que el artículo 17 fue establecido por cuanto la prescripción negativa no puede declararse de oficio de donde si la misma no es alegada procede la acción el tercero, pero si la misma es alegada la prescripción negativa determina que la acción no tiene cabida después de los tres años de inscrito el título de propiedad. A efectos de dejar clara tal idea conviene citar parte de esta sentencias: "La defensa de prescripción que sí opusieron los accionados, si es fundada en criterio de este Tribunal. La reectificación de medida hecha por el demandado JUAN DE DIOS MADRIGAL lo fue con base en la Ley de Informaciones Posesorias, número 5257 de 31 de julio de 1973, cuyo artículo 16 establece un plazo especial de tres años, numeral cuyo sentido y alcance se remite el voto de mayoría sostenido en las sentencias 500 y 507 de esta Sección ..... La disposición contenida en el artículo 17 de la misma ley, en el sentido de que "transcurrido el termino de tres años de la inscripción del título, toda acción deberá decidirse en juicio declarativo", no significa que deba estarse al plazo de la prescripción ordinaria o decenal. La contradicción entre ambos textos el sólo aparente y la explicación tiene que ser en el sentido de que si el artículo 17 señala la posibilidad, pasados los tres años de la inscripción del título, de acudir a la vía ordinaria, por que la prescripción no puede ser declarada de oficio. En otras palabras, pasado ese lapso no puede objetarse el título dentro de las mismas Diligencias de Información Posesoria y tiene que accionarse en sede ordinaria, donde podrá obtenerse la anulación si el titulante no aduce la prescripción." (VÉASE SENTENCIA NÚMERO 917 ANTES MENCIONADA)

b.- La tesis de minoría de las resoluciones 500 y 507 antes enunciadas. Tesis del Juez Superior AVILA FERNÁNDEZ.

En virtud del voto de minoría se considera que la excepción oponible a las pretensiones del actor en estos casos de títulos inscritos y la nulidad de los mismos, es la de prescripción positiva de modo que "no juega ninguna importancia la negativa, ni la Corte, también negativa, a que se refieren los numerales 16 y 17 de la Ley de Informaciones Posesorias." Lo anterior de conformidad con el artículo 320 del Código Civil que señala que la acción reivindicatoria se puede oponer contra todo el que posea como dueño y subsiste mientras otro no haya adquirido la cosa por prescripción positiva.

c.- La tesis de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 11 de las 15 horas treinta minutos del 11 de marzo de 1988, en relación a la número 917 antes enunciada del Tribunal Superior Segundo Civil Sección Primera.

En esta sentencia se establece que la propiedad no se adquiere por la Ley de Informaciones Posesorias sino por el artículo 856 del Codigo Civil y que si el artículo 16 se refiere a un plazo de consolidación de la propiead significa que dado que la misma fue adquirida a los diez años cumpliendo con los requisitos exigidos, entonces, ello significa que a los tres años la propiedad se consolida se nace sólida, si el título, en cambio se ha inscrito sin posesión, no se ha adquirido la propiedad, luego tampoco puede dársele la firmeza que no existe. Señala esta sentencia que la frase del artículo 17 citado, indica que hay un término mayor de tres años para su ejercicio" Quien no ha poseído, ha usurpado violenta o clandestinamente, se vale de testigos o planos falsos, no se encuentra protegido por la prescripción negativa de tres años y no puede consolidar así una propiedad que no ha adquirido. El título así

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

levantado está contra las leyes vigentes. No parece razonable sostener, como lo hace el Tribunal, que los tres años que se refiere al artículo 17, de acudir a la vía ordinaria, es porque la prescripción negativa no puede ser declarada de oficio, pues esta no es la forma usual de legislar aún más el artículo hace expresa referencia del numeral 16, de manera que se trata de un error.

d.- La tésis del Tribunal Superior Agrario.

Esta tesis considera que existe un plazo de tres años para plantear toda acción relativa a nulidades referidas más propiamente a la violación de la Ley de Informaciones Posesorias, es decir, referidos a requisitos de forma (no presentación de testigos, no realización de inspección ocular cuando ella era requerido etc.), mientras que siempre que se trate de cuestiones de fondo referidas a la propiedad y al mismo modo de adquisición usucapión se realiza vía ordinaria contándose con un plazo de diez años para ello. (Véase resolución número 683 de las dieciseis horas del 19 de setiembre de 1989, Tribunal Superior Agrario, asímismo, la número 105 del mismo Tribunal de las 8 horas del 28 de junio de 1988). Así, la primera de dichas resoluciones señala en uno de sus considerandos:

> "11- Lo cierto es que la Ley de Informaciones Posesorias establece una diferencia para la nulidad de los títulos por información posesoria, obligando a la parte a utilizar la vía ordinaria siempre y cuando lo que es el fundamento de su pretensión de nulidad lo es un aspecto de fondo referido a los requisitos mismos de la prescripción positiva o usucapión, esto es: LA POSESIÓN Y EL TIEMPO, con lo cual quien pretende la nulidad lo hace alegando que el sujeto titulante no poseyó el bien con animus domini o no lo hizo en forma pública, pacífica y continúa o no lo hizo de buena fé o con título. Por su parte quien pretende la nulidad lo hace alegando vicios formales, que involucran violación de leyes vigentes, referidos no al aspecto posesorio sino más bien a la Ley de Informaciones Posesorias, es decir, a la formalización de la propiedad adquirida ya en virtud de la usucapión, debe de realizar su pretensión a través de la vía incidental, ejemplo cuando no se notifica a uno de los colindantes o no se realiza la inspección ocular siendo necesaria la misma".

e.- Ensayo de una tesis propia.

A juicio del suscrito, la Ley de Informaciones Posesorias consagra dos momentos y dos vías a efectos de la nulidad de los títulos de parte de los terceros que aleguen mejor derecho. Esto es, la vía incidental para el caso de que lo que se ataque es la violación de alguna de las normas propias de la Ley de Informaciones Posesorias en cuanto a los requisitos de formalización de la propiedad, pero, cuando se discute sobre aspectos de fondo, la vía, aún y cuando no hayan transcurrido los tres años a que se refiere el artículo 16 de la ley citada, es la del ordinario. No otra cosa puede ser tomando en cuenta que aspectos tan conflictivos no pueden ser revisados en vía incidental, máxime en un proceso de jurisdicción voluntaria como lo es la titulación en este caso.

En donde se diferencia la tésis del suscrito de la del Tribunal Superior Agrario es en cuanto a que para este autor, en el momento en que transcurren los tres años del artículo 16 no caben las acciones para atacar el título por aspectos formales referidos a la titulación, sino que el resto de años, hasta llegar a diez, es únicamente para atacar la usucapión fundamento de la titulación, y esto es así por cuanto el derecho no puede amparar una posesión no opta para la usucapión como fundamento del otorgamiento del título.

Algunos autores piensan que el término de tres años es para todo caso siempre que se oponga la excepción de prescripción negativa de parte del accionado y recurren a la figura inexistencia a efectos de regular los casos en que no habiendo posesión se logra mediante artificios legales la obtención del título, sin embargo, en nuestro derecho esta figura de la inexistencia no tiene cabida procesalmente hablando por lo que el juicio habría de ser de nulidad lo cual conlleva a una contradicción no aceptable. Por ello, la mejor doctrina parece ser la de que al atacar requisitos de fondo

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

propios de la usucapión se haga vía ordinaria contando diez años para ello, recordemos que sí se ha dado la prescripción positiva antes de la inscripción—requisto de ella misma— con sólo oponerla como excepción se destruye la acción del demandante.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

INSTRUMENTOS DE MERCADO Y AMBIENTE: UN ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LAS PROSPECCIONES DE BIODIVERSIDAD EN COSTA RICA.

Lic. Jorge A. Cabrera M.

"Si un individuo emplea la mitad de cada día en pasear por los bosques, porque le gustan, corre el peligro de que se le tome por un holgazán; pero si emplea todo el día como especulador, talando aquellos bosques y dejando calva la tierra antes de tiempo, se le considera un ciudadano industrioso y emprendedor.

¡Como si a una población no le interesaran sus bosques más que para talarlos!"

H.D.THOREAU.

INTRODUCCIÓN

Una definición del mecanismo de las prospecciones, podría formularse de la siguiente manera: la exploración química o bioquímica o genética de diversos organismos con el fin de obtener algún producto de utilidad para el hombre[1]. Esta sencilla frase nos brinda una adecuada descripción de las mismas. No obstante, hasta hace poco, el término "prospecciones de biodiversidad", resultaba extraño y desconocido en nuestro medio[2]. No eran muchos los que se sentían familiarizados con el significado del mismo. Sin embargo, hoy en día la situación se presenta radicalmente diferente. Asistimos a lo que algunos han calificado, con mucho acierto, como un "Boom" en materia de prospecciones de diversidad biológica. Seminarios en Madras, Estocolmo, Uppsala, California, Nueva York; publicaciones en periódicos, en revistas especializadas, libros; conferencias, proyectos de ley, etc., todos referidos de una u otra manera a la misma temática: las prospecciones de diversidad biológica y la protección intelectual del conocimiento indígena y de los derechos de las comunidades campesinas. Los actores: comunidades locales e indígenas, científicos, empresas transnacionales, gobiernos, abogados, etc. La consigna que constituye el trasfondo de todo este cuadro parece ser unívoca: efectuar prospecciones y obtener beneficios económicos de ellas, los cuales deben ser compartidos entre las empresas que utilizan esta metodología (vgr. químicas, farmacéuticas, etc.) y los "propietarios", "custodios" o "mejoradores" de los recursos genéticos (gobiernos, comunidades locales e indígenas, instituciones científicas, propietarios privados, etc.) y en favor de la conservación misma. Con este proceder, la crítica al injusto sistema de acceso y utilización de los recursos genéticos en forma gratuita por parte de las empresas de los países desarrollados, sería superada.

Si se analizan los programas de prospección que ejecutan diferentes empresas farmacéuticas, químicas y de semillas, se visualiza

---

1 Según Thomas Eisner, las prospecciones envuelven tres fases diferentes: primero, los recursos son objeto de exploración para determinar su actividad química o bioquímica; segundo, los componentes activos de éstos son aislados y caracterizados; y, tercero, los componentes activos son explorados para cierta actividad química o bioquímica (cit. por Blumm, 1993).

2 Sin duda se trata de un término nuevo para una actividad tan antigua como la humanidad misma, Sittenfeld, com. pers., 1994).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cual es la importancia que este mecanismo parece haber adquirido para el desarrollo de la investigaciones en los campos citados.

El interés de estas compañías no es casualidad. La posibilidad de encontrar valiosos productos en la riqueza genética y biológica (básicamente la contenida en los bosques tropicales de los países del Sur) y en los conocimientos y prácticas tradicionales de los pueblos indígenas (fundamentalmente, en materias tales como medicina natural y combate de plagas) han demostrado ser atractivas.

Los ejemplos del aprovechamiento del germoplasma y del conocimiento indígena en áreas tales como la biotecnología, la farmacología, la química y la producción de semillas mejoradas, son sintomáticos y ejemplifican la atención puesta por estas empresas en las prospecciones de biodiversidad (Bioprospecting).

De tal forma que actualmente, más del 25 por ciento de las drogas farmacéuticas contienen ingredientes activos extraídos de plantas. En la medicina contra el cáncer estas cifras aumentan de forma considerable. Adicionalmente los ingredientes activos del 15 por ciento de las drogas farmacéuticas son derivados de microorganismos o de animales vertebrados. En términos económicos el mercado de plantas medicinales alcanzará para el año 2000 un valor de $47 billones de dólares (RAFI 1990). Algunos calculan que las ventas anuales de productos farmacéuticos cuyos ingredientes activos se derivan de los bosques, asciende a más de $ 100. billones (Durning, 1993). No obstante, debe indicarse que esta temática se encuentra en continuo estado de cambio. Es difícil, entonces predecir ¿cuál será la composición de los productos farmacéuticos y químicos en un futuro cercano[3]?

Según la Estrategia Global para la Biodiversidad, compuestos extraídos de plantas, microbios y animales intervinieron en el desarrollo de los veinte medicamentos más vendidos en los Estados Unidos, por un monto agregado que se aproximó a los 6.000 millones de dólares en 1988. (WRI/UICN/PNUMA, 1992).

Según un estudio del Centro Científico Tropical (Solórzano y Echeverría 1993), la potencial ganancia de la utilización de la diversidad biológica costarricense puede ser apreciable, aún utilizando fórmulas de cálculo conservadoras. Según el Centro si calculamos que en Costa Rica existen 11.000 especies de plantas, cálculo difícil como se ha afirmado, de estas un porcentaje cercano al 3 porciento tendría actividad farmacológica (330). Tomando en consideración las ganancias que algunos de estos productos se extraen, en ocasiones cientos de millones de dólares al año, el potencial económico que se ubica en las plantas es considerable. Lo anterior, sin tomar en cuenta otros tipos de organismos como los insectos, los hongos o bien la utilidad de las plantas en la producción de tintes, perfumes, etc.

Los ejemplos concretos son sintomáticos: gran parte del proceso quirúrgico depende de un relajador muscular que fue aislado de una liana del Amazonas. El esteroide diogesnín, ingrediente principal de las pastillas contraconceptivas, es extraído de un ñame silvestre nativo de México y Guatemala. De la "Rosa Periwinkle", una flor de Madagascar, se obtiene vincristina y vinblastina, sustancias utilizadas efectivamente contra la enfermedad de Hodgkin y contra la leucemia juvenil, cuya venta depara beneficios por $160 millones de dólares. De la "rawolfia" una planta del Asia se extrae el tranquilizante reserpina, percibiéndose ganancias por un monto de $260 millones al año (Kloppenburg y González 1992). Una eficaz droga (taxol) anticáncer ha sido producida a

3 Los orígenes principales de los productos son: el diseño bioracional, la composición sintética, los productos naturales y la química combinatoria. Esta última, podría hacer perder a la diversidad biológica parte de su relevancia en los usos médicos o agrícolas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

partir de ciertos árboles milenarios. Pero no sólo las plantas y la vegetación presentan interés para las empresas, también el conocimiento tradicional de los campesinos y de los índigenas, su labor histórica en el mejoramiento de los cultivos y las semillas, constituyen una valiosa materia prima. El conocimiento de los curanderos, de los Shamanes o "medicine men" es invaluable. De esta manera, la Monsanto ha iniciado pruebas de laboratorio con el "Uruchnumi" una más de las tantas especies de plantas recolectadas de los Jíbaros del Perú (Kloppenburg y González 1992). La Merck explora los usos de un anticoagulante utilizado por la población de los Wau- Wau del Brasil. Como lo ha expresado con toda claridad un funcionario occidental: "aunque ustedes tienen un PH.D. y los otro individuos no saben leer, esto no significa que ustedes sepan más de botánica que ellos" (RAFI 1990).

Precisamente, una de las formas utilizadas para obtener sustancias potencialmente beneficiosas y comercializables ha sido la recolección de material genético por medio de la sabiduría tradicional (etnobotánica). Aunque este método, a juicio de algunos no constituye el preferido por las empresas (Reid y otros, 1993), sin duda representa una importante forma de búsqueda y selección de sustancias naturales. Así por ejemplo, el 75 por ciento de las drogas con ingredientes activos provenientes de plantas fueron descubiertas por sus usos en la medicina tradicional. Igualmente, de la colecta de plantas para un programa del Instituto del Cáncer de Estados Unidos, contra el HIV, de 18 muestras —número no representativo— tomadas al azar sólamente el 6 por ciento demostró alguna efectividad, comparado con el 25 por ciento de las muestras colectadas en forma etnobotánica (Laird, 1993). Asimismo un 86 por ciento de las plantas usadas en la medicina tradicional de Samoa, demostraron tener alguna actividad farmacológica (Laird, 1993). Precisamente, la recolección de muestras de diversidad biológica utilizando conocimiento indígena, incrementa la posibilidad de encontrar alguna sustancia de utilidad (Lesser y Krattiger 1993).Un 80 por ciento de los habitantes de países en desarrollo aún depende de la medicina natural. Por supuesto que la industria química y farmaceútica posee un enorme valor agregado. Se calcula así que el costo de comercializar un nuevo producto asciende a los 230 millones de dólares y conlleva aproxiamdamente 12 años para su aprobación definitiva (Sittenfeld y Gámez).

Los indígenas que habitan los bosques usan más de 1300 especies vegetales con fines medicinales. Asimismo, se emplean más de 60 especies de plantas para infecciones de la piel sólo en la región amazónica (FAO a: 1993). Los curanderos asiáticos hacen uso de más de 6.500 plantas en la medicina tradicional. (Kloppenburg y otro 1992). En todo el mundo más de 3000 plantas son utilizadas para regular la fertilidad de las mujeres (Kloppenburg y otro 1992). Tanto la política de recolección del Instituto del Cáncer como la del Departamento de Agricultura de Estados Unidos, de algún modo se dirigen a la obtención de muestras que previamente se encuentren en uso por grupos humanos.

La contribución de los recursos fitogenéticos de nuestros países a la agricultura de las naciones desarrolladas es igualmente apreciable, punto sobre el que luego volveremos. Podríamos continuar con la enumeración de ejemplos concretos pero los anteriormente citados son representativos de la situación que se desea ilustrar[4].

Precisamente, después de un período (los años sesentas y setentas) en que las empresas alejaron sus programas de investigación de las riquezas genéticas, cuando se pensaba que los laboratorios habían sustituído a los bosques tropicales para siempre, la tendencia se invierte y de nuevo las empresas se lanzan a una

4 Para más ejemplos, WRI/UICN/PNUMA, 1992 y Durning 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

búsqueda frenética (difícilmente puede definirse de mejor manera) de germoplasma: plantas, animales, microorganismos, etc.

Aunque pueden esbozarse diferentes explicaciones de este nuevo comportamiento, básicamente a nuestro juicio el hilo conductor que puede mostrarnos las razones de este proceder se ubica en dos razones particulares. Antes de desarrollar este tópico, resulta necesario distinguir entre el mecanismo de las prospecciones y las antiguas técnicas de búsqueda de información genética, que podemos denominar extracción.

Algunos han concluído que los orígenes de este mecanismo distan mucho de ser recientes. Los antecedentes se ubican en los tiempos de la colonia cuando los pueblos conquistadores iniciaron un sistemática recolección y aprovechamiento de semillas y de plantas de los pueblos colonizados. Esta "extracción", fundamentalmente estuvo referida a productos de índole agrícola y ha conducido a afirmar, con plena razón, que la contribución de los países del Tercer Mundo a la agricultura y alimentación de los países del Primer Mundo, es casi imposible de exagerar (cfr. sobre el punto Mooney 1983 y Kloppenburg y Lee 1987, entre muchos otros). La dependencia de la agricultura del Sur para la seguridad alimentaria de los países del Norte esta más que probada y difícilmente la situación cambiará en un futuro cercano (Fowley y Mooney 1992)[5]. Sin embargo, aunque estas afirmaciones son todas ellas correctas, no consideramos conveniente equiparar la extracción de —recursos básicamente fitogenéticos— a la prospección de biodiversidad, pues ambas presentan características diversas que aconsejan un tratamiento separado.

Para algunos, la diferencia entre las antiguas extracciones de riqueza genética y las nuevas formas de efectuarla, se encuentra en la presencia simultánea de tres elementos: el acceso se efectua previa concertación de un acuerdo y supone alguna compensación; parte de ésta se destina a la conservación de la diversidad biológica; y, los beneficios se distribuyen a las comunidades locales e indígenas (Grain a: 1993). No obstante, este enfoque se situa más en los efectos que en las verdaderas causas del fenómeno.

Las afirmaciones anteriores son exactas tan sólo parcialmente. La verdadera diferencia entre prospección y extracción, en su sentido histórico y no en el literal, se ubica en dos situaciones interrelacionadas: la biotecnología de la tercera generación y la existencia de una fuerte corriente internacional contra la forma en que los recursos genéticos han sido considerados[6].

PERPECTIVAS Y LIMITACIONES DE LA BIOTECNOLOGÍA

Las perspectivas y limitaciones de las denominada biotecnología de la Tercera Generación, basada fundamentalmente en las técnicas del ADN recombinante y la fusión molecular, configuran la primer diferencia. Esto ha producido que los lazos entre la biotecnología y la biodiversidad sean profundos (Achraya, 1992). Las posibilidades de estas nuevas técnicas, aunque distan mucho de las que sus panegiristas sostuvieron en los albores de esta

---

5 Aunque esta afirmación es cierta, debe señalarse que el planeta es interdependiente en materia de diversidad biológica, sobretodo fitogenética. Ni siquiera regiones latinoamericanas pueden calificarse de autosuficientes, por el contrario gran parte de su dieta normal, tiene como fuente cultivos de otros lugares del mundo.

6 Khalil y otros (1992), consideran que cuatro factores han provocado un continuo cambio en los regímenes que gobiernan los recursos genéticos: la emergencia de nuevas biotecnologías, la amenaza a esos recursos, la falta de equidad en los regímenes legales y la transferencia de tecnología.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tecnología, son sin duda promisorias. La transferencia de genes de un organismo a otro, la manipulación genética, ha traído consigo productos sumamente beneficiosos. Por ejemplo, la transferencia de genes resistentes a plagas que se encuentran en un organismo determinado, a plantas especialmente vulnerables a esa plaga; la manipulación de genes que permiten el crecimiento de cultivos en climas desfavorables (por ejemplo, protegiéndolos contra el frío); o bien de informacíon genética que haga viable una mayor productividad de una planta o de un animal; la utilización de métodos de diagnóstico o medicamentos creados mediante la ingeniería genética, etc, son tan sólo algunas de las aplicaciones que esta biotecnología ha producido. Ello debe ser complementado con la existencia de complejas y eficientes técnicas de búsqueda o exploración de organismos vivos, que han permitido aumentar las posibilidades de obtener algún resultado comercializable. De esta manera, "La tecnología hizo económico comenzar la exploración de la gran fábrica química del mundo natural: los bosques tropicales" (Durning, 1993). Lo cual no es de de extrañar si se considera que la gran cantidad de organismos que allí habitan poseen un invaluable arsenal químico contra sus predadores, el cual evoluciona a través del tiempo.

Las expectativas en áreas tales como la agricultura, las biodrogas, la ganadería, etc, son halagueñas (cfr. Arias Peñate 1993, Suárez de Castro 1993, Reid y otros 1993 y Duffey 1987).

Pero, asimismo las limitaciones de esta moderna tecnología han conducido a delinear la nueva estructura de las prospecciones. La ingenería genética y la fusión molecular pueden manipular genes, transferirlos de un organismo a otro (por supuesto ni siquiera estos métodos carecen de límites), pero no pueden crear un gen específico, un gen a la "medida". Tal condición obliga a la búsqueda de los genes existentes en el enorme acervo genético del Tercer Mundo. Es decir, la biotecnología posee como materia prima elemental a los recursos genéticos contenidos por ejemplo, en los bosques tropicales.

Esta sencilla reflexión puede explicar satisfactoriamente, una de las características que permean, el denominado "Boom" de los programas de biodiversidad.

LA DISCUSIÓN SOBRE LA APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS

Durante cierto tiempo la diversidad biológica fue considerada como un bien de tipo público, cuyo acceso era libre y gratuito. Se le consideró como "Patrimonio Común de la Humanidad". No obstante, a partir de estos recursos genéticos obtenidos sin costo alguno, se desarrollaron productos de diversa índole: nuevas variedades vegetales, productos farmaceúticos, plaguicidas, etc., que eran definidos como propiedad privada y sujetos de derechos de propiedad intelectual (básicamente los denominados derechos de obtención vegetal, patentes de invención y secretos comerciales). De esta manera, eran puestos a disposición de los países en desarrollo a un determinado precio. La asimetría de esta relación entre recursos genéticos suministrados gratuitamente por el sur y productos finales adquiridos por un precio a empresas del Norte, debió ser justificada de alguna manera. Para lograr tal efecto, se hecho mano de un concepto que permitió, extraer la riqueza genética de nuestros países, sin otorgar ninguna compensación (cfr. Rodríguez, 1992). Este concepto, dispuso que la diversidad biológica era concebida patrimonio común de la humanidad, (Common Heritage of Mankind), es decir un bien público, por cuyo aprovechamiento no debe ser realizado desembolso alguno. Por supuesto que los plaguicidas, medicamentos y semillas mejoradas, se ubican bajo el alero de otra noción: la propiedad privada.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Los argumentos para no ofrecer remuneración, resultaban poco convincentes y demostraban que tras todo este marco, se ocultaba una profunda injusticia (cfr. Kloppenburg y Lee, 1987).

Esta situación, que se hizo cada vez más inaceptable, condujo a diversas organizaciones a buscar soluciones diferentes. De este forma la FAO, en la célebre resolución 8/83, denominada el Compromiso Internacional de los Recursos Fitogenéticos, estableció, que el germoplasma debía ser considerados Patrimonio Común de la Humanidad, y por lo tanto de libre acceso. Pero, a paso seguido, decía la resolución, que dentro de esa concepción cabía entender también los cultivos o variedades mejoradas y las líneas de élite. En pocas palabras tan Patrimonio Común de la Humanidad resulta el germoplasma, como los logros obtenidos a partir de él (las producciones biotecnológicas). Esta resolución resultó absolutamente inaceptable para algunos países desarrollados y para las empresas transnacionales, quienes no apoyaron el Compromiso.

Sin embargo, la labor de la FAO, no se detuvo allí. Por el contrario, la conmoción causada en el mundo de los recursos genéticos, apenas se iniciaba. A raíz de la declaración, y paralelamente a las restricciones y recelos que países del Tercer Mundo imponían al libre acceso a los recursos genéticos, la FAO continuó la lucha por condiciones más justas en esta materia. Surgen así en 1987, en el seno de esa organización de Naciones Unidas, los denominados derechos de los agricultores (Farmers' Rights).

De tal forma, que en 1989, la FAO emite, una "interpretación acordada "de la resolución 8/83, la resolución 4/89, que reconocía los legítimos derechos de los obtentores de nuevas variedades vegetales. Pero en la resolución 5/89 de ese mismo año, declaraba que casi todos los recursos fitogenéticos se encuentran en los países en desarrollo, mientras que las instalaciones para su estudio y mejoramiento no se encuentran en estos países.

Afirma que "en la historia de la humanidad innumerables generaciones de agricultores han conservado, mejorado y hecho utilizables los recursos fitogenéticos, sin que se haya reconocido la contribución de esos agricultores. Se llega así al concepto de *derechos de los agricultores* (Farmers' Rights), que implican "los derechos que provienen de la contribución pasada, presente y futura de los agricultores a la conservación, mejora y disponibilidad de los recursos fitogenéticos."

Estos derechos se atribuían a la Comunidad Internacional, a través, del Fondo Mundial para los Recursos Fitogenéticos, quien velaría por la adecuada compensación a los campesinos. Este Fondo, en la práctica, no ha funcionado.

Adicionalmente, pese al cambio de enfoque, la "interpretación acordada" y la Resolución sobre "Derechos de los Agricultores" mantuvieron el concepto de la biodiversidad como Patrimonio Común de la Humanidad. Este tratamiento se matizó, con el tercer anexo al Compromiso Internacional, la Resolución 3/91 de 1991, que estableció que el Compromiso no iba en detrimento del derecho soberano de cada nación sobre sus recursos[7].

En forma paralela al trabajo de la FAO, organizaciones no gubernamentales y los propios Estados, comienzan a insistir en la necesidad de una modificación al estatus quo imperante.

Por supuesto que esta visión tenía como marco de referencia a las labores ejecutadas por los campesinos y agricultores sobre los recursos fitogenéticos. No obstante, compartiendo la misma filosofía, aunque desde un

---

7 Por otra parte, durante el mes de noviembre del año pasado, la FAO, en su reunión Bienal, acordó revisar el Compromiso Internacional con el objeto de ponerlo en orden con la Convención, Resolución 7-93 (GRAIN b: 1993).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA
II CIRCUITO
JUDICIAL
SAN JOSE
DIRECCION EJECUTIVA

punto de vista más comprensivo, se ha venido hablando de la compensación a los "Sistemas Informales de Innovación" (RAFI, 1989), como un modelo no occidental de propiedad intelectual, que incluirían los derechos de los agricultores de la FAO, ampliando su ámbito de cobertura. Se tomaba en cuenta además cierto tipo de conocimiento intelectual tradicional. Acá, resulta sintomática, la sabiduría índigena en materia de agricultura, combate de plagas, medicina, etc. Este cúmulo de saber ha configurado un elemento de alto valor en la búsqueda de nuevos productos.

Adicionalmente, la FAO, de conformidad con la Resolución 3 del Acta Final de Nairobi, misma que adopta la Convención sobre Diversidad Biológica, ha venido efectuando una serie de labores con miras a cumplir con los allí estipulado, fundamentalmente con la necesidad de regular lo relativo a las colecciones ex situ y la cuestión de los derechos de los agricultores.(FAO b:1993).

Sin embargo, el giro definitivo, se dio en el proceso de negociación de la Convención sobre la Diversidad Biológica de Río, dentro del marco de acción del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo. Concebida inicialmente como un intento de conservar la diversidad biológica por los países desarrollados, fue posteriormente considerada una excelente oportunidad para que los países en desarrollo variarán la injusta asimetría existente. Luego de un arduo y prolongado proceso, (sobre los antecedentes véase UICN 1993), la convención fue firmada por más de 150 países en junio de 1992.

El preámbulo de este instrumento internacional, reafirma el valor de los recursos genéticos y el derecho soberano de cada Estado sobre su diversidad biológica.

Asimismo, los objetivos del convenio están constituídos por la conservación de la diversidad biológica, *la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes,* teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.

El artículo 3 establece que de conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del Derecho Internacional, los Estados tienen el *derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental.* Esta frase, constituye la culminación de una ardua lucha para reconocer a los recursos genéticos, su pertenencia a cada nación y descartar de esta manera, la consideración de estos como bienes de libre acceso o como Patrimonio Común de la Humanidad. Esta declaración, reiterada en el preámbulo, debe ser complementada por las disposiciones del artículo 15 del Convenio (Acceso a los Recursos Genéticos)[8].

Este artículo regula lo concerniente a la facultad de cada gobierno, de conformidad con su legislación nacional, para controlar el acceso a los recursos genéticos (inciso 1). No obstante cada parte contratante deberá facilitar el acceso a esos recursos para utilizaciones ambientalmente adecuadas y no imponer restricciones contrarias a los objetivos de la Convención. (inciso 2)

El acceso se encuentra sujeto al consentimiento fundamentado previo de la parte contratante, salvo que ésta disponga otra cosa y se efectuará en condiciones mutuamente acordadas. (incisos 4 y 5).

Igualmente el artículo refiere que cada parte procurará promover y realizar investigaciones basadas en los recursos genéticos proporcionados por esa parte con plena participación de las partes contratantes, y de ser

8 Desde 1972, la Declaración de Estocolmo, principio número 21, había reconocido el derecho soberano de cada nación sobre sus recursos naturales. La Convención, traslado tal postulado a un contexto específico y a un documento jurídicamente vinculante.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

posible en ellas (inciso 6). Por último, cada parte podrá tomar las medidas legislativas, administrativas o de políticas, según proceda, de conformidad con los 16 y 19 para *compartir en forma justa y equitativa, los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole con la parte contratante que aporta esos recursos.* Esta participación se efectuará en condiciones mutuamente acordadas. La idea de estas disposiciones es clara: si se realizan investigaciones que tienen como fundamento recursos genéticos, tanto los resultados (un nuevo conocimiento) como los beneficios (un porcentaje de eventuales royalties) deben de ser compartidos entre quien aporto los mismos y quien obtuvo los resultados o se aprovechará de los beneficios. Por supuesto que esta disposición se encuentra calificada por la procedencia de condiciones mutuamente acordadas.

El artículo 19 (Gestión de la Biotecnología y Distribución de sus Beneficios), se enmarca por la misma línea, restringida eso sí, a la investigación biotecnológica (inciso 1). Asimismo, menciona la potestad de cada parte para adoptar las medidas practicables para *promover e impulsar en condiciones justas y equitativas el acceso prioritario de las partes contratantes, en particular países en desarrollo, a los resultados y beneficios derivados de las biotecnologías basadas en recursos genéticos aprotados por esas partes contratantes.* La misma clarificación, en términos mutuamente acordados, se emplea en este artículo.

Quizá, el artículo más controversial de este Convenio es el 16 (Acceso a la tecnología y transferencia de tecnología). El origen de esta norma, demuestra cuál ha sido la discusión de fondo de este Convenio: los países en desarrollo, utilizaron su potencial de dueños de los recursos biológicos, para negociar un convenio que se refiera a una preocupación común desde los años 70: la transferencia de tecnología en particular la situación de la biotecnología. Ello, no sólo por la importancia de esta tecnología para el desarrollo sino también porque su propiedad se ubica esencialmente en manos privadas.

Según este texto, cada parte contratante, reconoce que la tecnología incluye la biotecnología y que tanto el acceso a la tecnología como su transferencia son elementos esenciales para el logro de los objetivos del convenio, se compromete a asegurar y/o facilitar a las otras partes contratantes, el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica o que utilicen recursos genéticos y no causen daños significativos al medio ambiente, así como la transferencia de esas tecnologías.

El acceso de los países en desarrollo a la tecnología y la transferencia de tecnología a esos países, se asegurará o facilitará en condiciones justas y en los términos más favorables, incluídas las condiciones preferenciales y concesionarias que se establezcan de común acuerdo y cuando sea necesario a través del mecanismo financiero de los artículos 20 y 21.

La discusión de este tema fue particularmente conflictiva y de una claro matiz Norte-Sur. Surgió entonces la referencia a las obligaciones derivadas de los derechos de propiedad intelectual. Por ello, se determinó que en el caso de tecnología sujeta a patentes y otros derechos de propiedad intelectual, el acceso a esa tecnología y su transferencia se asegurarán en condiciones que tengan en cuenta la protección adecuada y eficaz (misma terminología del acuerdo sobre derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de la Ronda Uruguay del GATT) y sean compatibles con ella.

El artículo permite que cada parte contratante tome las medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con el objeto de que se asegure a las partes contratantes, en particular las que son países en desarrollo, que aportan esos recursos genéticos, el acceso a la tecnología que utilice ese material y la transferencia de esa tecnología, en condiciones mutuamente acordadas, incluyendo la tecnología protegida por

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

patentes y otros derechos de propiedad intelectual.

Cada parte, podrá asimismo, tomar las medidas antes referidas para que el sector privado facilite el acceso a la tecnología, su desarrollo conjunto y su transferencia en beneficio de las instituciones gubernamentales y el sector privado de los países en desarrollo.

Por último, el párrafo 5 de esta norma reconoce que las patentes y otros derechos de propiedad intelectual pueden influir en la aplicación del presente Convenio y cooperarán a este respecto de conformidad con la legislación nacional y el derecho internacional para velar por que esos derechos apoyen y no se opongan a los objetivos del mismo.

Igualmente se reconoce la contribución de las comunidades locales e indígenas en la conservación y el mejoramiento de la biodiversidad, y la correspondiente compensación que debe otorgarse a éstas.

Se establece en el artículo 8 que "Cada parte contratante, en la medida de lo posible, y según proceda:

J) Con arreglo a la legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades locales e indígenas, que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posen esos conocimientos, innovaciones y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente". Estas normas (y otras más como el 10 inciso c, 17 inciso 3 y 18 inciso 4) sientan la base para proceder a hacer efectivos los derechos de los agricultores o la protección de los sistemas informales de innovación, mismos que posiblemente sean objeto de tratamiento en un protocolo del Convenio.

La lectura de estos artículos, nos demuestra no sólo la preocupación por establecer medidas más concretas sobre la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, en especial tecnología, resultados de investigación y beneficios derivados del uso de recursos genéticos, entre quienes los aportan y quienes los aprovechan. Las particularidades del texto son múltiples: frases tan escuetas como facilitar, asegurar o promover; calificación de las medidas en términos de mutuamente acordados; referencias el mecanismo financiero, a la protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual; a bases justas y equitativas; pese a las indicaciones con relación a disposiciones especiales para países en desarrollo, las medidas por tomar pueden serlo tanto por naciones desarrolladas como en desarrollo, por supuesto que con diferente intensidad y contenido, etc.

Igualmente resultan relevantes, otras disposiciones del acuerdo referentes a Intercambio de Información (17); Cooperación Científica y Técnica (18), Investigación y Capacitación (12), Utilización Sostenible de los Componentes Diversidad Biológica (10), entre otras.

Por supuesto que el Convenio no se aplica únicamente a labores de prospección de diversidad biológica. Su radio de actividad es mucho más amplio, abarca múltiples formas de utilización sostenible de los recursos biológicos, diversas a las prospecciones. Tampoco, el convenio prescribe directamente sobre estas actividades ni sobre la forma como la distribución, en última instancia se verificará (verbigracia por medio de contratos). Pero sin duda, las labores de prospección deben entenderse afectadas por la aspiración de lograr una verdadera aplicación de los objetivos del tratado que trascienda la mera retórica o la complicada letra del texto del mismo.

En esencia, la filosofía que se oculta trás la Convención parece centrarse en el intercambio de tecnología y de los resultados obtenidos por medio de esta (por ejemplo un nuevo medicamento, un nueva variedad vegetal, etc) por el acceso a los recursos genéticos que sirvieron de base a aquellos. En síntesis, biodiversidad

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por biotecnología[9]. Este constituye el segundo elemento que determina el nuevo mecanismo de las prospecciones de biodiversidad.

Como una de las respuestas a los objetivos y retos que posee la Convención de Río[10] se ha tratado de presentar a las prospecciones de biodiversidad (PB). Básicamente este mecanismo funcionaría a través de convenios o contratos celebrados entre las empresas que desarrollan investigaciones de este tipo (o inclusive intermediarios) y alguno o algunos colaboradores en el país de origen del recurso: el gobierno, instituciones de índole científica, miembros de comunidades locales o indígenas, etc. De esta forma, se aseguraría a estos últimos algún tipo de compensación a cambio del germplasma o del conocimiento tradicional (pago por las muestras —up front—, royalties de las ganancias netas de los potenciales resultados, transferencia de tecnología, capacitación, etc). Parte de esa compensación se destinaría a la conservación de la diversidad biológica. De esta manera, las críticas al sistema de recursos genéticos gratuitos y productos patentados y vendidos, sería salvada y se distribuirían equitativamente los beneficios derivados del uso de la diversidad biológica, como manda el artículo 1 de la Convención de Río. Adicionalmente, se busca evitar la destrucción de la diversidad biológica, al asignarle un valor económico a ésta. De lo contrario, los países que la poseen —mayormente naciones en desarrollo— deberán buscar otras opciones para la misma. Es decir, tanto las naciones como las comunidades se encuentran en la encrucijada de decidir si conservan un bosque (sin recibir a cambio nada o casi nada) o aprovecharlo, por ejemplo talándolo. Sin duda, a menos que se pueda atribuir y reconocer a ese bosque un valor económico que le permita a sus propietarios obtener alguna ganancia, la opción que se escoga será posiblemente la segunda de las indicadas. En teoría, los contratos de prospecciones— en cierta manera los mecanismos de mercado—, en el tanto asignen ese valor, vendrían a cumplir esa difícil tarea.

El más conocido e importante, no el único, de estos convenios lo constituye el concertado entre el Instituto Nacional de Biodiversidad de Costa Rica y la empresa Merck and Co., por medio del cual el primero se compromete a suministrar a la segunda muestras e información sobre la diversidad biológica incluída la de áreas protegidas. A cambio el INBIO ha recibido $ 1.000.000, equipo por $180.000, capacitación y entrenamiento, un porcentaje no conocido de royalties, etc. A su vez el INBIO se ha comprometido a darle al Fondo Parques Nacionales el 50 por ciento de los royalties y le ha dado el 10 por ciento del pago de la Merck ($ 100.000)[11].

No obstante, el panorama no es tan sencillo. Los contratos internacionales tienen ventajas y desventajas y han sido objeto de posiciones encontradas (cfr. Pistorius 1993, Laird 1993, Cunnighan 1991 Simpson y Sedjo 1992, Blum 1993, Cabrera b:1993, Kloppenburg 1992, Menon 1993, entre otros).

Lo que si queda claro, es el hecho de que la noción de soberanía nacional sobre los recursos genéticos debe ser trasladada del terreno de la declaración al campo de las realidades. Para logar tal paso, se debe contar con un marco jurídico adecuado sobre las prospecciones de biodiversidad. A continuación presentamos algunas consideraciones básicas sobre esta materia en el ordenamiento jurídico costarricense.

---

9 La frase Biodiversidad por Biotecnología, aunque parece resumir el espíritu de este acuerdo internacional, no debe distraernos de la complejidad que semejante intercambio depara, cfr. JUMA, 1993.

10 La Convención entró en vigor el día 29 de diciembre de 1993, en forma realmente rápida. Costa Rica la ratificó. La Primera Conferencia de las Partes se celebró en Bahamas, en noviembre-diciembre de 1994.

11 El contrato se renovó en julio de 1994.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

MARCO LEGAL DE LAS PROSPECCIONES DE BIODIVERSIDAD

Las regulaciones jurídicas sobre PB deben ser establecidas a tres niveles diferentes, haciendo hincapié en la estrecha interdependencia existente entre los mismos. A su vez, la anterior construcción debe fundamentarse en dos presupuestos básicos:

1. La estructura normativa del sistema nacional de áreas de conservación o de áreas protegidas.
2. La regulación clara y precisa de la propiedad y poder de disposición de la diversidad biológica. Esto comprende normas relativas a la propiedad intelectual sobre la biodiversidad, si estas se creen posibles y convenientes[12].

A mi juicio, separar estos aspectos, en el tanto son separables claro está, de los niveles de regulación y ubicarlos como presupuestos permiten obtener un enfoque más adecuado y una mayor claridad en la formulación legal. No obstante, se trata de un asunto relativo al análisis no a la realidad.

De los dos supuestos mencionados, por motivos de espacio no pretendo referirme al primero de ellos[13]. Centraré mi atención en el segundo.

La Ley de Conservación de la Vida Silvestre (LVCS), intentó definir el régimen de propiedad y disposición sobre los recursos genéticos costarricenses. Así, son de crucial importancia los artículos 3 y 4 de la legislación que pasamos a reproducir de inmediato:

> Artículo 3. "Se declara de *dominio público* la fauna silvestre que constituye un recurso natural renovable, el cual forma parte del patrimonio nacional. Asimismo, se declara de *interés público* la flora silvestre, la conservación, la investigación y desarrollo de los recursos genéticos, especies, razas y variedades genéticas, así como todas las especies y variedades silvestres, ingresadas al país que hayan sufrido modificaciones genéticas en su proceso de adaptación a los diversos ecosistemas."
>
> Artículo 4: "La producción, manejo, extracción, comercialización, y uso del material genético de la flora y de la fauna silvestres, sus partes, productos y subproductos, se declarán de interés público y patrimonio nacional.
>
> Corresponde al Ministerio de Recursos Naturales Energía y Minas el ejercicio de las actividades señaladas en el párrafo anterior; asimismo se le faculta para otorgar concesiones a particulares en los términos y las condiciones que favorezcan al interés nacional mediante licitación pública y según las disposiciones de la presente ley y de su reglamento."

De los textos legales citados, se pueden extraer una serie de consecuencias jurídicas que para su mejor comprensión pasamos a reproducir de manera separada:

— La fauna silvestre se declara de dominio público y se reconoce su pertenencia al Patrimonio Público de la Nación.

— La flora silvestre, por el contrario, se declara tan sólo de interés público, y se le sustrae de su condición de Patrimonio Público Nacional.

— La producción, manejo, extracción y comercialización, uso e industrialización del material genético se declaran de interés público. No obstante esta calificación, a paso seguido, se dispone que forman parte del Patrimonio Nacional. Nótese como, de conformidad con la declaratoria de Patrimonio Nacional que se efectua, se somete a un régimen especial de control a este material, por parte de las autoridades públicas.

---

12 La diversidad en estado silvestre es un descubrimiento, y por ende se le considera fuera del sistema de protección de propiedad intelectual. Un análisis de la posibilidad de aplicar normas referentes a la propiedad intelectual (marcas, patentes, derechos de obtención vegetal, indicaciones geográficas, patentes de utilidad, etc), puede verse en Golin, 1993.

13 Debe indicarse que en nuestro país se discute actualmente la Ley del Sistema Nacional de Áreas de Conservación (SINAC).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— Quedan sujetas a un sistema de concesión y no de simple permiso o autorización, las actividades que anteriormente señalamos. En este mismo sentido pese a la imprecisión técnica debe entenderse el artículo 50 de la ley, punto que luego comentaremos.

— Se sujeta por determinación de la ley, a un tratamiento jurídico diferente a la flora que a la fauna silvestre, sin que existan verdaderas razones de orden técnico, que justifiquen la discriminación realizada.

Pese a que el Proyecto de Ley en su redacción anterior, misma que fue consultada a la Sala Constitucional, establecía que tanto la flora como la fauna silvestres eran consideradas bienes de dominio público, al final la redacción definitiva fue la que transcribimos.

Sin embargo, conforme he señalado en otros ocasiones (Cabrera a:1993), a mi entender, la diversidad biológica es un Bien Propio de la Nación (regulados en el artículo 121 inciso 14) y por ende un bien de dominio público, por lo que la declaratoria del artículo 3 contraria, entre otros los artículos 6, 89, 121 inc, 14 de la Constitución Política, y carece por completo de sustento técnico.

De cualquier forma, la lectura de la legislación permite sostener que no existe tratamiento especial a la flora y a la fauna silvestres, por lo que no es aventurado afirmar que ambos son considerados bienes de dominio público, conclusión del todo acorde con los intereses nacionales. Estos bienes son de propiedad o custodia del Estado, quien puede otorgar a los particulares derechos sobre los mismos (Derechos reales limitados), por medio de la figura jurídica de la concesión, con las consecuencias legales que ello trae consigo. (cfr. Cabrera a:1993)[14].

Por supuesto que la magnitud de la tarea que los artículos 3 y 4 traen consigo para el Estado Costarricense es elevada.

1. El acceso a los recursos genéticos.

Antes de proceder a analizarle marco legal de las prospecciones de biodiversidad, debemos aclarar que las regulaciones jurídicas sobre PB parten de la existencia, derivada del concepto de soberanía nacional, de las denominadas "restricciones de acceso" o "del acceso controlado" como también se les llama, sobre los recuros genéticos.

Compartimos plenamente la posición de Janzen y otros (1993), en el sentido de que el acceso debe llevarse a cabo a través de los denominados acuerdos de investigación o acuerdos de acceso, en lugar de los denominados permisos de colecta. Por supuesto la consideración de la biodiversidad como un bien de dominio público y sus efectos jurídicos permiten avanzar por senda de esa conclusión y facultan la condicionalidad del acceso a los recursos a la suscripción de estos acuerdos.

Esta postura requiere determinar con precisión y certeza, aspectos tales como: información completa y detallada del investigador colector sobre su labor (en qué consiste, dónde, cómo, para qué, para quién, con qué fines ulteriores); compensación debida a las comunidades locales e indígenas custodios o mejoradores de la biodiversidad utilizada; compensación al Estado; sujetos que deben suscribir estos acuerdos y posibles participantes en el mismo; diferencias por establecer según el tipo de investigación (científica, didáctica, comercial, etc), reportes para controlar el uso subsecuente, terminación del acuerdo, etc y toda una amplia gama de aspectos. Pese a lo atrayente de esta temática tampoco puedo referirme a ella con profundidad, lo cual espero efectuar en otra oportunidad.

---

14 Por ejemplo las aguas son consideradas bienes de dominio público, lo que no impide que el Servicio Nacional de Electricidad las dé en concesión a particulares. Algo similar ocurre con los minerales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

La Legislación Costarricense que regula esta materia es la referida Ley de Conservación de la Vida Silvestre, que si bien es una ley de carácter moderno, pudo ser mucho mejor.

Como aclaramos en el acápite anterior, Costa Rica posee un sistema de permisos y de autorizaciones que restringen y controlan el acceso a la diversidad biológica tanto de la flora como de la fauna silvestres[15].

Precisamente este tipo de sistemas vendrían a desarrollar disposiciones como los artículos 3 y 15 de la Convención sobre Diversidad Biológica y constituyen parte de una corriente destinada a hacer cumplir los objetivos de este acuerdo. Así por ejemplo, en la misma línea la FAO ha aprobado recientemente un Código de Conducta Voluntario sobre Recolección de Germoplasma, que pretende alcanzar esas metas.

La Ley y el Reglamento regulan estos aspectos a través de varias normas. Pero el marco legal va más allá. Existen asimismo un Reglamento de Investigaciones del Servicio de Parques Nacionales, Decreto No 12329-A de 1981 y en ocasiones disposiciones prácticas de los encargados de áreas protegidas. Por ello, se requiere unificar este entramado jurídico de forma que no se obstaculize innecesariamente el acceso al germoplasma.

No obstante, debe precisarse que en nuestro país el único órgano administrativo competente para otorgar licencias de colecta de diverso tipo, es la Dirección General de Vida Silvestre, aunque la colecta se efetue en terrenos administrados por el Servicio de Parques Nacionales o en terrenos particulares. Estos sujetos únicamente se limitarían a autorizar el ingreso a los terrenos respectivos de quienes deben gozar previamente de una licencia o permiso de colecta o bien a ejecutar labores de supervisión.

De conformidad con el artículo 6 La Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales (DGVS). Energía y Minas el órgano competente en materia de planificación, desarrollo y control de la flora y de la fauna silvestres.

Dentro de sus funciones más relevantes están:

a. Establecer las medidas técnicas por seguir, para el buen manejo, conservación y administración de la flora y fauna silestres, objetos de esta ley y de los respectivos Convenios y Tratados Internacionales ratificados por Costa Rica.

b. Extender o denegar los permisos de caza, pesca continental o insular, extracción de flora y cualquier permiso para importar o exportar flora o fauna silvestres.

La DGVS, puede consultar a otras entidades sobre las solicitudes de recolecta de flora silvestre si ésta no cuenta con el personal idóneo para resolverla (artículo 8 del Reglamento). Igualmente podrá consultar con otras entidades científicas, de alguna manera vinculadas con la diversidad biológica: el Museo Nacional, la Universidad de Costa Rica, la Universidad Nacional, el Instituto Tecnológico de Costa Rica, así como otras entidades públicas o privadas que considere conveniente.

Respecto a la competencia administrativa, tienen injerencia sobre los permisos e investigaciones tanto el Departamento de Recursos Biológicos, como el Registro Nacional de Flora y Fauna[16].

---

15 Es importante señalar que existe alguna incertidumbre en nuestro país sobre la cobertura de la LCVS a los microorganismos, los hongos y las bacterias, que a mi juicio están excluídas. Igualmente en forma expresa se excluyó el arbol forestal, por estar regulado en una legislación separada la Ley Forestal. No obstante, existen algunas disposiciones que pretenden establecer la necesaria coordinación entre la Dirección General Forestal y la de Vida Silvestre.

16 También existe en nuestro país una Comisión de Recursos Genéticos, creada de conformidad con los lineamientos del Diólogo Internacional de Recursos Fitogenéticos de Keystone. Si bien sus fines y objetivos, tienen una estrecha relación con las propecciones,el verdadero protagonista, será la DGVS. Asimismo existen un Departamento Regional sobre Tráfico de Especies Silvestres y una Comisión Nacional de Humedales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Parte de las regulaciones genéricas sobre permisos que transcribimos, vienen luego a ser detalladas en los capítulos de la ley referentes a la colecta. No obstante la disposición del artículo 17 de ésta, es relevante pues dispone:

> Artículo 17.—El Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas queda facultado para otorgar contratos, derechos de uso, licencias, concesiones o cualquier otra figura jurídica legalmente establecida para la conservación y el uso sustentable de la vida silvestre.

Esta norma faculta a la referida Dirección para otorgar una serie de figuras jurídicas de diversa índole que pueden incluir contratos relativos a las prospecciones o instrumentos similares. No obstante, cabe la duda de sí, esta norma se aplica por encima de lo dispuesto en el artículo 4 de la ley que establece el procedimiento de licitación pública para los casos de uso de material genético. Este procedimiento es bastante engorroso y difícil de aplicar, amén de que no exite criterio uniforme sobre como se implementariá. Quizá deba echarse mano del procedimiento establecido para los planes de manejo forestal (artículo 55 de la Ley General Forestal). Según el reglamento la DGVS podrá otorgar concesiones para la producción, manejo, extracción, comercialización, industrialización y uso del material genético de la flora y fauna silvestres utilizando tanto los procedimientos de licitación del artículo 4 como los estipulados en el artículo 17, con las siguientes peculiaridades:

— El adjudicatario deberá enviar cada año reportes técnicos de la actividad que realiza, o en un plazo menor si asi o requiere la DGVS.

— Debe permitir el libre acceso a los funcionarios de la DGVS a los proyectos que ejecuta.

— Si el adjudicatario incumple se procederá a sancionarlo con la cancelación de la concesión así como con la ejecución de la garantía de cumplimiento y el cobro de los daños y perjuicios (art. 21)

La adjudicación sólo se efectuará si se garantiza un beneficio real y evidente para el Estado.

Propiamente dichas las normas relativas al ejercicio de la recolecta científica o cultural parten del artículo 36 de la ley que determina "Los costarricenses y extranjeros están autorizados para el ejercicio de la *recolecta científica o cultural de animales y plantas, de sus productos o subproductos y para realizar investigaciones, siempre y cuando no contravengan las regulaciones de esta ley y de su reglamento.*

Las licencias las otorga la Dirección General de Vida Silvestre, previa solicitud por escrito (artículo 38) y en consulta con las autori-dades científicas pertinentes (artículo 52).

Para controlar este tipo de actividades se exigen una serie de requisitos entre los que vale la pena mencionar:

— Inscripción de su proyecto ante la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. La fórmula de inscripción deberá ser completada por el investigador. Para la inscripción de proyectos de investigación se establece un trámite especial en el reglamento (art. 22).

— Las instituciones científicas o culturales que realicen labores dentro del ámbito de la Ley Vida Silvetre deben solictar su inscripción al Registro de Flora y Fauna, comprometiéndose a enviar cierta información a la DGVS. (art. 55 del Reglamento)

— La extracción y la recolecta de la flora se clasifica en:

  Científica: Cuando se realiza con fines de estudio o enseñanza.

  Comercial: Cuando se realiza para la reproducción en viveros o para fines comerciales. según el Reglamento de la presente Ley.

  De subsistencia: Cuando se realiza para llenar necesidades alimenticias

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

o medicinales de, personas de escasos recursos económicos, comprobadas mediante las normas que dicte el reglamento de esta Ley.

— El canon para la licencia de recolecta científica o cultural será de trescientos cincuenta colones (¢350) para nacionales y extranjeros residentes. En el caso de extranjeros no residentes, el canon será el equivalente en colones a treinta dólares ($30), moneda de los Estados Unidos de América. Se expedirán por un período máximo de un año a los nacionales o residentes y hasta por seis meses a los demás extranjeros.

— Las licencias de extracción y recolecta de la flora que pagarán canon son:

a. Licencia con fines científicos: trescientos cincuenta colones (¢350).

b. Licencia con fines comerciales: dos mil quinientos colones (¢2.500). Estas licencias tendrán vigencia por un año. (artículo 53)

— La licencia podrá ser suspendida por la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, cuando quien la posea contravenga la presente Ley o su Reglamento o cuando se considere su uso inconveniente para los intereses nacionales.

— La Dirección General de Vida Silvestre deberá llevar un registro de las investigaciones y recolectas relacionadas con la vida silvestre nacional, en el que se anotarán las investigaciones que se desarrollen tanto en las universidades e instituciones públicas o privadas del país, como las que se lleven a cabo en cualquier institución fuera de el. Igualmente, todo científico o investigador esta en la olbigación de rendir informes anuales o trimestrales a la DGVS, sobre el estado de sus proyectos y las colectas efectuadas. Si el proyecto es de carácter institucional, la institución que inscribe el proyecto será responsable de las actividades del investigador en el marco del proyecto. (art. 57 del Reglamento)

— Toda solicitud de licencia para la recolecta científica o cultural deberá contar con el respaldo oficial, autenticado por escrito, de las autoridades respectivas de la institución en la cual labore o estudie al solicitante. En el caso de los extranjeros, la solicitud de licencia deberá ser autenticada por el representante del servicio, consular costarricense. La Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas tramitará las solicitudes de licencia en un período máximo de un mes. Las condiciones para otorgar las licencias de extracción y colecta científica de flora silvestre para estudio o enseñanza, se especifican en el reglamento (art. 23 y 25). Estas incluyen respaldo autéticado de alguna institución para la cual labore o en la cual estudie. Igualmente, debe declarar que el producto de la colecta no será comercializado.

— La recolecta científica o cultural de la flora y fauna silvestres podrá realizarse en áreas oficiales de protección, con el permiso escrito de la institución que las administre y en terrenos de propiedad privada, con el permiso de quien estuviera legalmente autorizado para otorgarlo. Para la obtención de licencias de tipo comercial igualmente se estipulan requisitos especiales en le reglamento, dentro de los cuales destaca que debe contarse con el permiso de dueño del inmueble o con certificación de la propiedad. Esta norma parece indicar que la colecta comercial se permite en áreas no oficiales de conservación. (art. 24 del Reglamento). El artículo 61 del Reglamento, permite la colecta científica o cultural— no comercialde vida silvestre en Parques Nacionales y Reservas Biológicas, por ser bienes de Dominio Público, previa obtención del visto bueno del Servicio de Parques Nacionales, quien será responsable de la vigilancia y supervisión de la colecta. Dentro de los Refugios de Vida Silvestre, se permite una serie de actividades previa autorización de la DGVS, dentro de las cuales se encuentran

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

las investigaciones científicas o culturales y algunas actividades de índole comercial que no se relacionan con la colecta comercial[17].

— La recolecta científica o cultural sólo podrá realizarse de acuerdo con los métodos y condiciones que estipule el Reglamento de esta ley (artículo 58). Los métodos autorizados se describen en el artículo 60 del reglamento, para la fauna y en el 68 para la flora, incluyendo dentro de esta la extracción de tipo comercial.

— Para la exportación de especímenes obtenidos por una recolecta científica o cultural, se debe contar con el permiso por escrito de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, de acuerdo con el procedimiento establecido en esta ley. El artículo 55 del reglamento establece que toda exportación de la flora nativa, de sus productos o subproductos, debe llevar, además los certificados fitosanitarios y de los otros requisitos que especifiquen las leyes conexas, el permiso extendido por la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Cuando corresponda, también debe cumplir con lo establecido en las convenciones internacionales ratificadas por el Estado. El artículo siguiente determina que el permiso de exportación de la flora silvestre con fines comerciales lo extenderá la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, previa cancelación del cinco por ciento (5%) del valor (FOB) del embarque, la que se efectuará en la cuenta del Fondo de Vida Silvestre. Cuando la exportación corresponda a especies contempladas en los apéndices de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) o a especies con poblaciones protegidas localmente bajo reproducción "sostenida", se debe contar con los permisos respectivos de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres.

  Asimismo el Reglamento estipula normas relativas a la exportación de flora y fauna provenientes de colecta científica, declarando que el producto no será comercializado (art. 32) y si se trata de especies, incluídas en CITES posee un trámite específico.

— En los casos de los permisos de exportación de ejemplares únicos, obtenidos mediante recolecta científica o cultural, podrá otorgarse el permiso, previa consulta con el Comité Asesor de la Vida Silvestre o con especialistas en el campo, los cuales, una vez catalogados, determinaran si el ejemplar o los ejemplares salen libremente o en calidad de préstamo de acuerdo con los intereses nacionales.

En general, de la lectura de los artículos de la legislación así como de los establecidos a nivel reglamentario, se desprende que las actividades de índole comercial, se encuentran o prohibidas o severamente limitadas. Esta posición, podría eventualmente, derivar varias consecuencias: o se considera que las prospecciones pueden verificarse por la vía de los artículos 4 ó 17, o bien que la colecta emprendida dentro de un programa de PB, resulta una actividad no comercial, lo cual resulta forzar la realidad. Sin duda, que la determinación de estos criterios es de crucial importancia y en lugar de dar margen diversas interpretaciones debe claramente delinearse reglas precisas para la colecta comercial derivada de programas de PB, que poseen un evidente

17 Aunque no guarda relación con el objeto de esta presentación, el reglamento no parece tener claro, cuales son las atribuciones que la DGVS posee para cada tipo de Refugio: estatal, mixto y privado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sentido comercial. No podemos dejar pasar la oportunidad de reflexionar sobre las dificultades que en ocasiones pueden encontrarse para deslindar los límites entre el terreno meramente científico o didáctico y la actividad estrictamente comercial.

Por supuesto que el control de muchas de las disposiciones que hemos mencionado, no es fácil y configura un importante reto. De muy poco valdría establecer normativa relativa a estas temáticas si su puntual aplicación no es fiscalizada de forma adecuada.

Respecto a las sanciones para quienes incumplan estas disposiciones se establecen tanto a nivel administrativo como judicial. Al primero de ellos se dispone:

> Artículo 49.- El incumplimiento de alguna de estas obligaciones será sancionado por la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas. Con la imposibilidad, para el científico o investigación en forma personal o para la institución que representa, de obtener las nuevas autorizaciones propuestas, de estudios o investigaciones, dentro del territorio nacional hasta por un período de dos años. Se estipula lo anterior, sin perjuicio de las otras acciones legales que correspondieren.

La existencia de un marco jurídico sancionatorio, tanto a nivel de delitos como de contravenciones, pretende complementar las disposiciones administrativas para sancionar a los infractores de la normativa. Así por ejemplo, se sanciona destruir sin autorización plantas o sus productos en áreas oficiales de protección o en áreas privadas debidamente autorizadas (multa de 10.000 a 40.000 colones o prisión de 2 a 8 meses); comerciar, negociar o traficar con la flora silvestre, sus productos y subproductos sin permiso de la Dirección General de Vida Silvestre si son especies declaradas en peligro de extinción (multa de 30 a 60 mil colones o prisión de 3 a 6 meses); exportar flora silvestre sus productos y subproductos, sin permiso de la Dirección de Vida Silvestre que no se encuentren en peligro de extinción (multa de 10 a 30 mil colones o prisión de 1 a 3 meses); comerciar, negociar o traficar con animales silvestres, sus productos o subproductos y derivados sin el respectivo permiso de especies declaradas en peligro de extinción (multa de 20 a 40 mil colones); comerciar, negociar o traficar con animales silvestres, sus productos y subproductos sin el permiso de ley, no declarados en peligro de extinción (multa de 10 a 20 mil colones o prisión de 1 a 4 meses). Igualmente, para la mayoría de las infracciones se establece el comiso de las especies e inclusive la cancelación de las patenes municipales de funcionamiento de los negocios.

Asimismo, se consideran contravenciones, extraer, sin autorización, plantas o sus productos, en forma no comercial, de áreas oficiales de protección o de áreas privadas autorizadas oficialmente (multa de 4 mil colones o prisión de 6 a 12 días); extraer o comerciar sin autorización la flora silvestre estipulada en el Reglamento (multa de 10 mil o prisión de 4 a 8 días).

Las limitaciones más importantes a la colecta e investigación se ubican en el artículo 14 que prohibe la caza, la pesca y la extracción de fauna y flora continentales; o insulares de especies en vías de extinción, con excepción de la reproducción efectuadas "sosteniblemente", en criaderos o viveros que estén registrados en la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, previo el estudio científico correspondiente.

Se exceptúan de la prohibición establecida en este artículo, los aprovechamientos realizados de flora y los productos o los subproductos derivados de estos, no declarados en peligro de extinción, en los bosques sometidos a planes de manejos forestal"sostenible", con el fin de lograr el máximo aprovechamiento y evitar el desperdicio de productos y subproductos del bosque, para efectuar la recolecta, el trasiego y la comercialización de las plantas, deberá cumplirse con los requisitos establecidos por la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, el que otorgará el permiso establecido en el artículo 54.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Igualmente el artículo 18 prohíbe, en todo el territorio nacional, el comercio y el trasiego de las especies de flora y fauna silvestres, continentales e insulares, sus productos y subproductos, con excepción de lo que disponga técnicamente la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, con base en los estudios científicos previos, según se contempla en el Reglamento de esta ley.

En todos los casos, se prohíbe la exportación, importación y trasiego de cualquier especie de vida silvestre declaradas en vías de extinción, por el Poder Ejecutivo.

Por su parte, el artículo 25 prohíbe la tenencia, la caza, la pesca, la extracción de la fauna y de la flora silvestres, de sus productos o subproductos, con cualquier fin, cuando estos animales o plantas sean declarados, por la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, como poblaciones reducidas o en peligro de extinción, exepto en los casos en que, con base en los estudios técnico científicos, esa tenencia se requiera para la supervivencia de las especies; en tal caso se establecerán, zoocriaderos o viveros nacionales.

Las especies en vías de extinción sólo deben manipularse científicamente, cuando esto conlleve el mejoramiento de la condición de la especie".

El artículo 59 establece que el Reglamento de esta ley determinará y clasificará las especies cuya extracción o recolección estará prohibida o limitada. Los artículos 63 y 64 del reglamento determinan las especies con poblaciones reducidas o amenazadas y el artículo número 65 aquellas en peligro de extinción.

Estas limitaciones deben considerarse correctas en el tanto procuran evitar la desaparición de especies de vida silvestre con el consiguiente perjuicio que ellos traería consigo.

No obstante, la legislación referida debe ser complementada con otras normas jurídicas referentes a las actividades que deben desarrollarse en áreas protegidas[18].

Así, por ejemplo la Convención para la Protección de la Flora, la Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de los Países de América, Ley N° 3763 del 19 de octubre de 1966, obliga los Estados signatarios a proteger adecuadamente a la *flora y fauna,* tanto dentro de las áreas protegidas como fuera de ellas (artículos 1 a 5 y 9).

El numeral tercero de la normativa de marras, es de especial relevancia, pues dispone al efecto:

> "Los gobiernos contratantes se convienen en que los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. *Las riquezas naturales existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales."*

Esta norma a dado pie, junto con el artículo 12 de la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales a un Pronunciamiento de la Procuraduría, que consideró que no era posible legalmente, celebrar contratos entre personas físicas o jurídicas y el Servicio de Parques Nacionales, para extraer y vender biodiversidad —aunque el dictamen no utilizaba ese lenguaje— de un Parque Nacional. Cabe observar que la norma que comentamos habla de explotación, por lo cual queda la interrogante, en el sentido de considerar este término como comprensivo de la actividad de exploración, propia de un programa de PB.

---

18 Debemos indicar que Costa Rica ha ratificado la Convención Internacional para el Comercio de Flora y Fauna en Peligro de Extinción, CITES. Igualmente, un capítulo de la Ley establece disposiciones referentes al comercio de vida silveste incluída en algunos de los tres apéndices de ese tratado. Por tal motivo, tratándo se vida silvestre, incluída en los apéndices de CITES, deberá acudirse a las regulaciones del acuerdo y del capítulo respectivo de la legislación.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Igualmente, son relevantes algunas disposiciones de la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales, Ley N° 6084 de 17 de agosto de 1977. El artículo 12 de la citada ley dispone: "No pueden otorgarse concesiones de tipo alguno para la explotación de productos de los parques nacionales, ni otorgarse permisos para establecer otras instalaciones que las del servicio."

Por su parte, el artículo 8 determina que:

Dentro de los parques nacionales queda prohibido a los visitantes:

1. Talar árboles y extraer plantas o cualquier otro tipo de productos forestales.
2. Cazar o capturara animales silvestres, recolectar o extraer cualquiera de sus productos o despojos.
7. Recolectar o extraer rocas, minerales, fósiles o cualquier otro producto geológico.
15. Realizar cualquier tipo de actividad comercial, agrícola o industrial.

Normas como las referidas se encuentran reproducidas en el texto de las leyes o decretos que crean algunos Parques Nacionales. Asimismo, debe indicarse, que en algunas de las disposiciones jurídicas que dan origen a estas áreas de protección, se establecen salvedades a estos principios. La misma o similar línea araumentativa aue se presenta en el pronunciamiento antes citado de la Procuraduría, puede detectarse en los Pronunciamientos C-139-79 de 17 de julio de 1979 y C-142-83 de 11 de mayo de 1983.

Puede pensarse que la disposición comentada de la Convención Internacional resulta severa y quizá no este acorde con los tiempos actuales, pero sin duda se encuentra plenamente vigente.

Asimismo deben respetarse los derechos que la legislación indígena costarricense otorga a estos pueblos sobre sus tierras y sus recursos naturales. En especial, debe tenerse presente el vigente Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Estados Independientes, que en su artículo 15 establece el derecho de estos pueblos sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, lo que incluye el derecho de estos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

El artículo menciona también que en caso de que el pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre los recursos existentes en esas tierras, deberán establecerse y mantenerse procedimientos destinados a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de estos serían perjudicados y en qué medida antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o exploración de los recursos mencionados.

Los pueblos indígenas deberán participar siempre que sea posible en los benificios que reporten tales actividades y percibir una indemnización por cualquier daño sufrido por tales eventos.

Sin duda este Convenio tiene importancia en la temática referente al conocimiento indígena y a las PB (Cabrera a:1994).

Otra limitante es una imprecisión legal que una vez habíamos indicado (Cabrera b:1994). El artículo 83 de la ley dispone: *"Se prohíbe la extracción de la flora y la fauna silvestres, continentales e insulares, en los refugios nacionales de vida silvestre,* con excepción del manejo y la extracción para viveros o zoocriaderos, previa realización de los correspondientes estudios científico técnicos.

La Dirección General de Vida Silvestre tendrá las facultades y deberes que establece la Ley No. 6043, (Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre) respecto de los Refugios Nacionales de Vida Silvestre que incluyen áreas de la zona marítimo terrestre.

Esta redacción parece indicar que en los refugios de vida silvestre, la categoría de área

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

protegida que permite mayor manejo por particulares, no se permite la recolecta científica, lo cual contradice el espíritu y filosofía de la legislación de nuestro país. Por ello, tal interpretación debe ser desechada y modificada la ley cuanto antes.

El tema del acceso no debe ser regulado al nivel de las colectas in situ (es decir en el lugar natural de los recursos), sino que también deben disponerse de normas que regulen el acceso y control de las colecciones de germoplasma (conservación ex situ). El tema ha resultado de trascendencia en el orden internacional. El acceso y control de las colecciones internacionales de recursos genéticos (los denominados bancos de genes), se encuentra sobre el tapete de discusión, sobre todo a raíz de su exclusión del ámbito de acción de la Convención sobre Diversidad Biológica (a tenor de lo dispuesto por el artículo 15.3) y por la importancia que estas colecciones presentan. De esta manera, gran parte del material genético proveniente de países del Sur se almacena en estos Bancos de Genes controlados por los países desarrollados y utilizados a su favor, fundamentalmente en materia agrícola. La gran mayoría de estos, se ubican en el mundo industrializado o bien en los Centros Internacionales de Investigación Agrícola bajo los auspicios del Grupo Consultivo sobre Investigación Agrícola (GRAIN 1992). Así, el 86 por ciento de las colecciones mundiales de microorganismos están depositado en los países industrializados, la mayoría en los Estados Unidos; asimismo el 85 por ciento del germoplasma de animales útiles (International Environment Development News, 1993). La contribución de que los recursos genéticos almacenados en Bancos han realizado a la agricultura de los países desarrollados se calcula en miles de millones de dólares, donde los ejemplos conretos son también aleccionadores (cfr Kloppenburg y Lee 1987). Inclusive, algunos han sostenido que este germoplasma almacenada, hace menos importante el germoplasma que se encuentra en diversos países y mantiene la oferta de esté más alta que la demanda (Brush, 1992).

Por ejemplo, del Centro para el Mejoramiento del Maíz y el Trigo (CIMMYT, ubicado en México), ha efetuado una contribución a varios países desarrollados que asciende a un valor multimillonario. (Mooney, 1992). Considera Posey (1993), que el valor agregado del fitomejoramiento tradicional alcanza los 15.000 millones de dólares.

Estos bancos de genes son objeto de una ardua polémica sobre su funcionamiento que pretenden variar la situación imperante y resolver las dudas legales respecto a puntos esenciales como el carácter de propietarios o custodios del material, su negociabilidad, si son patentables o no, etc (Siebeck y Barton, 1992). Ultimamente se ha venido mencionando la posibilidad de que los Centros distribuyan el material que colectan, por medio de los denominados Acuerdos de Transferencia de Material, con el objeto de compensar a los países de origen del mismo. Sin embargo, existen posiciones encontradas con relación a estos acuerdos y su implementación por el CGIAR (sobre los mismos véase Barton y Siebeck, 1994).

Tales cuestiones no son contempladas por la ley que aquí analizamos, pese a que existen importantes colecciones coma las del CATIE en Turrialba. Unicamente poseemos disposiciones referentes a los zoocriaderos, los acuarios, zoológicos y a la tenencia de vida silvestre por parte de particulares. Los requisitos para la autorización y funcionamiento de estos establecimientos se regulan con más detalle en el reglamento (arts. 15 y ss.) y un capítulo específico del mismo, el octavo.

Por último debemos indicar que Costa Rica ha ratificado una Convención Centroamericana sobre Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Prioritarias en América Central. La misma, técnicamente bastante deficiente, se orienta en la misma líneas de la Convención de Río: establecer el derecho

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

soberano de cada país sobre sus recursos biológicos, utilizarlos sosteniblemente, la disponibilidad para la sociedad entera de los beneficios derivados de la investigación y desarrollo de biomateriales, el reconocimiento y rescate de las prácticas e innovaciones de grupos nativos de la región, etc.

LA PROSPECCIÓN BIOQUÍMICA

Erróneamente algunos conciben a la prospección de biodiversidad limitada a esta etapa lo cual no es correcto. Las principales normas referentes a esta fase deben centrarse en dos puntos:

1. Las disposiciones que regulan los métodos para efectuarla, y en forma general la aprobación de los productos obtenidos mediante ésta, aspectos que más bien se refieren a las regulaciones y controles existentes en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, Ley General de Salud y varios Reglamentos pertinentes) para la venta de productos de cierto cuidado particular, como los medicamentos, plaguicidas, alimentos, etc.

   La aprobación de productos no debería formar parte del marco normativo de las PB. Sin embargo, la importancia de este tópico se enfrenta a otra consideración: es una de las maneras de poder controlar, en la medida en que es controlable, el uso subsecuente del recurso biológico. Habíamos señalado que en los acuerdos de acceso o acuerdos de investigación, uno de los puntos a ser regulados era el uso futuro que se le daría a las muestras. Sin duda el proceso de aprobación de actividades y de productos, resulta ser un medio apropiado para ejercer cierto control. Igual parecer puede sostenerse respecto al trámite de concesión de las patentes. No obstante la afirmación anterior se situa en un plano un tanto ideal, dado que en realidad es difícil poder ejercer controles cruzados en países con estructuras administrativas como las nuestras.

2. El segundo aspecto si es de mayor atinencia de una legislación sobre diversidad biológica y tiene que ver con la denominada bioseguridad y por supuesto con la introducción de organismos genéticamente modificados u organismos vivos modificados. Usualmente, a partir de prospecciones de biodiversidad pueden obtenerse organismos genéticamente modificados, mismos que han despertado una honda preocupación en la comunidad internacional. La idea es evitar desastres ecológicos de diversas índole así como que nuestros países se conviertan en campos de prueba para productos ante las laxas regulaciones existentes.

La Ley, únicamente se ocupa de la situación referente a las especies exóticas, en los artículos 26 regulando la importación de especies:

> Artículo 26.—Facúltase a la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para otorgar permisos de importación de especies de vida silvestre.
>
> Toda solicitud para esos permisos deberá presentarse, ante esa Dirección, con una evaluación del impacto ambiental la que, para los efectos de esta ley, se considerará documento publico y deberá incluir los siguientes requisitos:
>
> 1. Objetivos de la introducción.
> 2. Demanda Real del recurso en el país de origen.
> 3. Estudio de factibilidad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4. Condición de la especie en el nivel mundial.
5. Ciclo de vida de la especie en su ambiente original.
6. Comportamiento.
7. Potencial Reproductivo.
8. Patrones de movimiento y actividad.
9. Enfermedades, plagas y parásitos.
10. Potencial de la especie como depredador.
11. Potencial de la especie como plaga.
12. Potencial de la especie como competidor por recursos o con las especies nativas.
13. Potencial de hibridación con especies nativas.
14. Potencial de dispersión a partir del sitio de introducción
15. Métodos de control de la población para la especie.
16. Criterio para seleccionar y capturar animales vigorosos.
17. Numero óptimo y razón de sexos de los individuos por introducir.
18. Sistema apropiado de transporte de los animales.
19. Experiencias de introducción de la especie en otros países.

La Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas contará con un mes, a partir de la fecha de presentación, para estudiar y resolver la solicitud planteada.

Por su parte el artículo 57 dispone que la importación de la flora silvestre exótica debe contar con el permiso previo de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, la que lo extenderá de conformidad con lo que establezca el Reglamento de esta Ley y las demás leyes vigentes en resguardo de la flora y la fauna nativas y de la salud pública. Cuando corresponda, los importadores deben cumplir con lo señalado en las convenciones internacionales vigentes.

Respecto a la importación el reglamento la regula en el artículo 29 y ss. que exigen entre otras cosas certificación sanitaria del material a importar y un estudio de impacto ambiental (recuérdese que la bioseguridad es en esencia una evaluación de impacto ambiental).

Respecto a la importación de especies exóticas nacidas en cautiverio, sólo se permite si provienen de acuarios, zoológicos, zoocriaderos y viveros[7].

Estas y algunas otras disposiciones aisladas no son suficientes. Si bien en Costa Rica existe una Comisión Nacional Asesora en Materia de Bioseguridad, los instrumentos legales que posee no son los adecuados: normas dispersas con fines diferentes, como al Ley General de Salud, la Ley de Sanidad Vegetal, etc., que brindan un marco legal fragmentado para regular un fenómeno tan amplio.

Recuérdese que la Bioseguridad se presenta a tres niveles distintos: el laboratorio, la experimentación de campo y la comercialización (cfr Lesser y Maloney 1993). Igualmente debe determinarse que comprende la bioseguridad: si además de los efectos directos e indirectos (sustitución de la tecnología), abarca los socioeconómicos (desplazamiento de cultivos, reducción de mano de obra, etc). Para algunos este último aspecto debe ser comprendido (UNEP, 1993 y FAO c: 1993) mientras que para otros , esto no es parte de las bioseguridad, sin perjuicio de que sea tomado en consideración por las políticas generales de cualquier país (Krattiger y otros 1993).

Alrededor de este tema deben ser respondidas unas serie de interrogantes relevantes (Krattiger y otros 1993): si la bioseguridad se basará en el riesgo del producto final más que en el proceso para obtenerlo; si se considerará el riesgo caso por caso; si se autorizará la manipulación de organismos en forma progresiva, pasando de fases iniciales hasta la etapa de comercialización (el enfoque "Paso a Paso"); si se analizarán costos versus beneficios, etc.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En término más amplios esta estrategia debe formar parte de una política de evaluación tecnológica de la Biotecnología (Clark y Juma, 1991).

DISTRIBUCIÓN DE LOS BENEFICIOS DERIVADOS DEL USO DE LA DIVERSIDAD BIOLÓGICA[19]

Quizá esta configure una de las más controversiales disposiciones de esta temática y debe comprender:

— Definición de los flujos de información y de conocimiento derivados de uso de diversidad biológica. Esta comprenderá normas relativas a los derechos de propiedad intelectual sobre esos conocimientos[20].

— Participación y retribución de las comunidades locales e indígenas, custodios o mejoradores de la diversidad biológica, en los beneficios derivados de la prospección. Esta distribución debe entenderse dirigida a los resultados y no a los ingresos, y debe ser congruente con lo que el resto del ordenamiento jurídico disponga acerca de los derechos de las comunidades locales e indígenas, como el Convenio 169 de OIT y la Legislación Indígena Nacional. Asimismo, deberán estipularse acá reglas referentes a los derechos de los agricultores o a los sistemas informales de innovación, incluyendo normas sobre derechos de propiedad intelectual aplicables a estos, si tal proceder se cree posible o convenientes[21]. La necesidad de involucrar a las comunidades en la gestión de sus recursos y en la recepción de los beneficios, ha sido impulsada por diferentes organismos internacionales y no gubernamentales, a través de Códigos de Conducta. (cfr Cunnigham 1993)

— Disposiciones o lineamientos básicos sobre estipulaciones mínimas de distribución de beneficios al resto de la sociedad, comprendiendo al propio Estado, a través del soporte para la conservación o ayuda técnica. Igualmente, en determinados casos, podrían existir ventajas aún más directas para los miembros de la sociedad civil. Por ejemplo, la puesta a la venta de un producto derivado de un recurso genético, en términos más favorables que los de mercado[22]. Sin embargo, esta situación ha sido hasta la fecha excepcional.

---

19 Este nivel de la PB esta íntimamente ligado al nivel del Acceso a los Recursos, por lo cual aspectos que podría pensarse deben ser tratados en este acápite, lo han sido en otra parte. Repetimos que la división en etapas es un asunto más de análisis, que de observación de la realidad.

20 Es importante recalcar la trascendencia que las empresas biotecnológica y farmaceúticas atribuyen a la temática de los derechos de propiedad intelectual. Tal entender las ha conducido a emprender una fuerte presión para que estos derechos, en especial las patentes, se apliquen a organismos vivos (Cabrera c: 1993, Cabrera d: 1994 y Belcher y Hawtin 1991, entre otros). Aunque estas disposiciones tendrán repercusiones sobre las PB, no deben ser parte de su marco legal específico, sino que deben ser consideradas desde una óptica más amplia de políticas tecnológicas. Por supuesto que la variable biodiversidad debe ser tenida en cuenta al formularlas, como parte del tratamiento intersectorial de este tema.

21 La efectiva protección de estos derechos, más allá de las declaraciones teóricas, continua siendo un reto para la doctrina y prácticas legales cfr. CABRERA b:1994, Khalil y otros 1992 y AXT y otros, 1993.

22 Debe al menos señalarse que parte de esta compensación puede estar constituída por el hecho de que existirá un nuevo producto químico, que contribuirá a mejorar la calidad de vida de esa sociedad. Esta afirmación merece ser matizada en el tanto parte de la premisa de que la sociedad es igualitaria, por lo cual en sociedades con fuertes disparidades de oportunidaes e ingreso, esta posibilidad puede ser un espejismo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Estas normas mínimas deben ser flexibles, de forma que no se conviertan en verdaderos obstáculos a las prospecciones químicas. Adicionalmente, debe evitarse que semejante política conduzca a los celébremente tristes regímenes de registro de contratos tecnológicos, en un momento histórico en que las circunstancias parecen no darles cabida. La idea es que "La legislación nacional de la parte que provee los recursos genéticos especifique un mínimo o términos o condiciones generales de acceso, mientras permite flexibilidad para negociar en forma más específica" (UICN, 1993).

La legislación de Costa Rica no regula esta temática de manera adecuada. El artículo 50 de la ley establece:

> "Todas las actividades de investigación y desarrollo que se realicen con el fin de obtener nuevas variedades, híbridos, fármacos o cualquier otro producto que se obtenga de la las especies silvestres, de sus partes, productos y subproductos, deberá contar con la autorización de la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales Energía y Minas, la que podrá rechazar cualquier solicitud contraria la interés público. Corresponde a este Ministerio fiscalizar la ejecución de estas actividades, para lo cual podrá hacer uso del conocimiento y de las nuevas simientes producidas para desarrollar programas de interés nacional"

La naturaleza de esta disposición es interesante (Cabrera c:1994). No debe considerarse que se esta en presencia de un prohibición de patentamiento sino más bien de la coexistencia de un eventual título de propiedad intelectual, junto con la potestad del Estado de utilizar el conocimiento adquirido. Esta utilización, que no está definida ni reglada, más que por la frase para desarrollas programas de interés nacional, permitiría inclusive licenciar a terceros este conocimiento. Se trata entonces, de una especie de licencia de utilidad pública que no impide la existencia de explotación particular de la patente y posibilita una posterior transferencia de la información desde el Estado hacia el sector privado (Cabrera c: 1994). Tampoco otorga ningún derecho sobre los productos obtenidos a partir de la biodiversidad, sino tan sólo sobre el conocimiento que conduce a los mismos[23].

Cabe analizar si esta estipulación esta acorde con las disposiciones de la Convención, en especial la referencia de los artículos 15.7, 16.3, 19.1 y 19.2. Debe indicarse que la utilización de ese conocimiento no ha sido mutuamente acordada[24]. Igualmente, vale la pena acotar, que en la Reunión de Río, en junio de 1992, los Estados Unidos no firman el Convenio sobre Diversidad Biológica, aduciendo las inadecuadas referencias a los derechos de propiedad intelectual y la posibilidad de que tales regulaciones obligaran a transferir tecnología (a través de licencias no voluntarias) (cfr, Stone, 1992, Pistorius, 1992 y Raeburn 1992)[25]. Esta tecnología, la pertinente para la conservación y el uso de la biodiversidad o que utilice recursos genéticos según la convención, se encuentra en su mayoría manos en del sector privado.

La viabilidad de mantener disposiciones de esta índole en las actuales circunstancias —es decir ante la necesidad de suscribir acuerdos de comercio— también debe ser analizada. (Cabrera 1992)

---

23 El Proyecto de Ley establecía que era obligatorio para los contratantes transferir al Estado la tecnología necesaria para ejecutar los programas. Tal frase fue eliminada del texto definitivo de la Ley.

24 Ni podría serlo por cuanto se trata de una norma legislativa producto de la soberanía nacional.

25 También se ha venido argumentando que la Convención sobre Diversidad Biológica debe ser considerada un impedimento para otorgar patentes sobre seres vivos (microorganismos, plantas, animales, etc.), cfr. Singh y Yoke 1994.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Por su parte otra de las formas de regular lo relativos los flujos de información, radica en la obligación del artículo 41 de la ley que dispone textualmente: "El investigador está obligado a enviar a la Biblioteca Nacional y a la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, una copia de las publicaciones que genere con las investigaciones realizadas en Costa Rica."

Asimismo si los especímenes obtenidos, mediante recolecta científica o cultural se destinan a instituciones extranjeras, la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas, exigirá, antes de otorgar el permiso de exportación con fines científicos o culturales, la entrega de ejemplares idénticos para el Museo Nacional y a la Universidad de Costa Rica (Ley No. 4594 del 2 de julio de 1970) y para los jardines botánicos y los zoológicos estatales, única y exclusivamente. (artículo 46). Esta puede ser considerada otra forma de compartir los beneficios derivados del proceso de prospección.

Respecto a la participación de las comunidades locales el artículo 17 de la ley determina que en el establecimiento y desarrollo de los refugios nacionales de vida silvestre, participarán sus habitantes con la finalidad de propiciar el desarrollo integral de la comunidad y asegurar la protección de los ecosistemas. Además, para ello se deberá coordinar con las asociaciones de desarrollo comunal, así como con cualquier organismo, público o privado, que esté localizado en la zona.

De cualquier forma esta es parte de una tendencia en nuestro ordenamiento jurídico para incorporar a través de Comités Locales, a las comunidades en la tareas de gestionar los recursos naturales existentes en áreas protegidas. Sin embargo, la participación local debe producirse no sólo al nivel de cooperación en la toma de decisiones, sino que es imprescindible que los beneficios de la conservación y el uso sostenible se repartan entre ellos. Por ejemplo, mediante la distribución a las Asociaciones de Desarrollo de la localidad de un porcentaje del ingreso proveniente de los montos de licencias, tasas, etc. Por supuesto que esta situación tropieza con la problemática de que competiría con los recursos, nunca suficientes, asignados a las áreas de conservación.

La legislación regula lo relativo a los derechos que se cobrarán por efectuar determinadas actividades.

Así, el artículo 125 de la Ley autoriza a la Dirección General de Vida Silvestre del Ministerio de Recursos Naturales, Energía y Minas para establecer montos de venta de por los derechos de ingreso, caza, pesca, recolecta de especies vivas, sus productos o derivados, así como la venta de servicios y concesiones en los Refugios Nacionales de Vida Silvestres siempre y cuando la decisión se sustente con un criterio científico.

Los fondos generados por tales actividades serán administrados por la Dirección General, mediante el Fondo de Vida Silvestre, conforme se establece en el artículo 11 de esta ley.

Para los Refugios de Vida Silvestre, se establecen tarifas por diversos conceptos (arts. 108 y 110 del reglamento) y cánones por permiso de uso en la zona restringida de la zona marítimo-terrestre, que se encuentre en Refugios de Vida Silvestre de Propiedad Mixta. (art. 94 del reglamento).

Igualmente existen tarifas, como hemos indicado anteriormente, para la autorización de colecta, para la exportación de vida silvestre, y aunque no relacionadas con la prospección para el otorgamiento de licencias de caza y pesca.

En algunos casos,para evitar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, se establece la posibilidad de actualizar los cánones de conformidad con el índice de inflación que establece el Banco Central anualmente (art. 6 del Reglamento).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIONES

Esta presentación, limitada por cuestiones de tiempo, no pretende agotar tan vasto y polémico tema. Espero tan sólo haber presentado algunas reflexiones generales que permitan poner en evidencia las virtudes e insuficiencias de la legislación nacional en la materia y la imperiosa necesidad de iniciar un fuerte debate en torno a un asunto tan importante como actual.

REFERENCIAS

ACHARYA ROHINI. *Intellectual property biotechnology and trade. The impact of the Uruguay Round on Biodiversity,* Holanda, ACTS Press, 1992.

ARIAS PEÑATE, SALVADOR *Biotecnología. Retos y Perspectivas para América Central,* San Jose, DEI, 1991.

AXT, JOSEPHINE Y OTROS, *Biotechnology. Indigenous People. and Intellectual Property Rights,* Report for Congress, Congressional Research Service, Washington, 1993.

BELCHER BRIAN Y HAWTIN, GEOFFREY. *A Patent on life. Ownership of Plant and Animal Research.* Ottawa, IDRC, 1991.

BLUM, ELISSA, Making Biodiversity profitable, en *Enviroment.* Vol. 35, No. 4, mayo de 1993,

CABRERA MEDAGLIA, Jorge, Implicaciones para Costa Rica de los nuevos lineamientos en el sistema internacional de propiedad intelectual, en *Revista Acta Académica,* San José, octubre de 1992.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE, c: Derechos de Propiedad Intelecual y Recursos Genéticos, en Biodiversidad y *Desarrollo Sostenible,* Euroamericana Ediciones, 1993.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE, c: *Acerca de la Naturaleza y Alcances del artículo 50 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre,* 1994, inédito.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE: a Conocimiento indígena, derechos humanos y ambiente a propósito del Convenio 169 de la OIT., 1994 en prensa.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE:b Algunas reflexiones sobre la diversidad biológica costarricense, 1994, en prensa.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE:a El régimen constitucional de la diversidad biológica costarricense, ponencia presentada en el Global Biodiversity Forum, Gland, 1993.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE:b Los Contratos internacionales de Uso de Diversidad Biológica. ponencia presentada al Precongreso Jurídico Nacional, Colegio de Abogados, setiembre de 1993.

CABRERA MEDAGLIA, JORGE:d. Patentes y formas de vida, en Suplemento de La Gaceta, No. 7, 16 de febrero de 1994.

NORMAN, CLARK Y CALESTOUS JUMA, Biotechnology for sustanaible development, Nairobi, ACTS Press, 1991.

CUNNINGHAM, A. B., Indigenous Knowledge and Biodiversity, en Cultural Survival OuarterlY, 1991.

CUNNINGHAM, A. B. Ethics. EthnobioloYist Research and Biodiversitv, Gland, WWF, 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DOWNES, DAVID Y OTROS, Biodiversity Prospecting Contract, en Biodiversity ProspectinY, World Resources Institute, 1993.

DUFFEY, WILLIAM, *The marvelous gifts of biotech. Will they be nourished or stifled by our international Patent Laws,* en Symposium On the Protect of Biotechnological Inventions, Cornell/WIPO, 1987.

DURNING, ALAN. *Saving the forests: ¿What will it take?,* WorldWatch Paper 117, Whashington, 1993

ECHEVERRIA, JAIME Y SOLORZANO, RAÚL. Consideraciones sobre los costos beneficios de la conservación de la diversidad biológica en Costa Rica, en *Diversidad Biológica y Desarrollo Sostenible,* Euroamericana Ediciones, 1993.

FAO: a *La diversidad de la naturaleza: un patrimonio valioso,* Roma. Octubre de 1993.

FAO:b Informe Parcial de la FAO sobre la Resolución 3 del Acta Final de Nairobi, documento presentado a la reunión del Comité Intergubernamental del Convenio sobre la Diversidad Biológica, Ginebra 11-15 de octubre de 1993.

FAO:c *Proyecto de Código de Conducta para la Biotecnologia.* 1993.

FOWLEY, CARY y MOONEY, PAT, *Shattering: foods. politics and the loss of genetic diversitY,* University of Arizona Press, 1992.

GOLIN, MICHAEL, An Intellectual Property Rights Framework for *Biodiversity Prospecting,* en Biodiversity Prospecting, World Resources Institute, 1993.

GRAIN a: Bargaining over the benefits of biodiversity, *SEEDLING,* Barcelona, vol. 10, No. 3, octubre de 1993.

GRAIN, La Convención de Río. Consenación o Acceso?, en *Semillas,* Vol. 3, julio de 1992.

GRAIN b: FAO STRENGTHENS COMMITMENT TO GENTIC RESOURCES, en *Seedling,* Vol.10, diciembre de 1993.

La discusión Internacional sobre la propiedad del germoplasma, en *International Environment Development News,* Nairobi, No. 1/2, Vol. 5. marzo - junio de 1993.

JUMA, CALESTOUS. Policy Options for scientific and technological capacity-building en *Biodiversity Prospecting,* World Resources Institute, 1993.

KHALIL, MOHAMED Y OTROS, *Property rivhts. biotechnology and genetic resources,* Holanda, ACTS Press, 1992.

KLOPPENBURG, Jack Jr. Y GONZÁLEZ VEGA, Tirso. *¡Prohibido cazar! Expoliación científica. Los derechos indígenas, y la biodiversidad universal.* Ponencia presentada al Encuentro Internacional. Biotecnología, Recursos Genéticos y el Futuro de la Agricultura en los Andes, julio - agosto de 1992.

KLOPPENBURG, Jack Jr. y LEE Daniel, Seed Wars: common heritage, private property and political strategy, en *Socialist Review,* No. 95, setiembre - octubre de 1987, pp. 7-40.

KLOPPENBURG, JACK Jr. y RODRÍGUEZ, SILVIA, Conservationist or Corsairs, en *SEEDLING,* junio-julio de 1992, Barcelona.

KRATTIGER, ANATOLE Y OTROS. Biosafety and the rol of the Convention on Biological Diversity, en *Widening Perpectives on Biodiversity,* UICN/IAE, Geneva, 1994.

JANZEN y OTROS. Research Management Policies Permits for collecting and reseach in the tropics, en *Biodiversity Prospecting,* World Resources Institute, 1993.

LAIRD, SARA, Contracts for Biodiversity Prospecting, en *Biodiversitv Prospecting,* World Resources Institute, 1993.

LESSER, WILLIAM Y KRATTIGER, ANATOLE, *Negotiating terms for germplasm collection.* International Academy of the Environment, Ginebra, Working Paper, 1993.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LESSER, WILLIAM Y MALONEY, ALAN. *Biosafety: a report on regulatory approaches for the deliberate release of gentically-engineered organisms.*, Cornell International Institute for Food, Agriculture and Deveplopment, Nueva York, 1993.

MENON, USHA. *Access to genetic resources.* Paper prepared for de Expert Group Consultation on Conservation of Biological Diversity, India, diciembre 3 de 1992.

MOONEY, PAT. Niente andrá sprecato, owero: investire negli IARC senza pagare la fattura, en *Speciale Biodiversitá*, Roma, Centro Internazionale Crocevia, No 15-16, enero-abril de 1992.

MOONEY, PAT. *The Law of the Seeds.* Development Dialogue, Dag Hammarskjold Foundation, Uppsala, 1983.

PISTORIAS, ROBIN. Was the US refilsall to sign the Biodiversity Convention necessary?, en *Monitor. Biotechnology and development*, Amsterdam, No. 12. setiembre de 1992.

PISTORIUS, ROBIN Y VAN WIJK JEROEN, Commercializing genetic resources for export, en *Monitor. Biotechnology and development,* Amsterdam, No. 15, junio de 1993.

RAEBURN, PAUL. The Convention on Biological Diversity: Landmark Earth Summit Pact opens uncertain new era for use and exchange of genetic resources, *Diversity,* Reporte especial de la Cumbre de la Tierra, Vol. 8, No. 2, 1992.

RAFI, *Farmer's rights. The informal innovation system at GATT (TRIPS) and in intellectual property negotiations in the context of new biotechnologies.* mayo-junio de 1989.

RAFI, *Hungoo, arrogance and the gene revolution. Farmer's rights in the age of biotechnology. Reporte Especial* 1990.

REID, WALTER Y OTROS, A New Lease on Live, en *Biodiversity Prospecting,* World Resources Institute, 1993.

RODRÍGUEZ, Silvia. Papel de la ética en la patentización de la biodiversidad, en Revista Praxis, Heredia, Universidad Nacional, No. 43-44, octubre de 1992.

SEDJO, ROGER Y SIMPSON, DAVID, Contracts for Transferring Rights to Indigenous Gentic *Resources,* en Resources. No. 109, 1992.

STONE, RICHARD. The Biodiversity Treaty: Pandora's Box o Fair Deal, en *Science.* Vol. 256, 19 de junio de 1992.

SIEBECK, WOLFANG Y BARTON, JOHN. The Implications of applying the legal concept of trust to germoplasm collections al CGIAR research centers, *Diversity,* Vol. 8, No. 3, 1992.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

COMENTARIO A UNA RESOLUCIÓN DEL REGISTRO PÚBLICO (Opinibilidad de las anotaciones en el Registro Mercantil)

LIC. HENRY BARRANTES ROJAS
LICDA. MAGALY POCHET MELÉNDEZ

Ha sido de nuestro conocimiento que en este país, se ha establecido un principio general, el cual sostiene que los documentos anotados en la Sección Mercantil, del Registro Público, no afectan a terceros.

Hondamente preocupados por la inseguridad jurídica que tal principio otorga al tráfico mercantil, se ha considerado necesario iniciar este estudio, con el fin de desacreditar tal postulado.

Primeramente se ofrecerá un análisis desde el punto de vista registral; y seguidamente, un análisis de fondo sobre las figuras contractuales involucradas.

No es posible iniciar un análisis serio si previamente no se hace del conocimiento del lector, un esquema del contenido de la resolución comentada para efectos de 9U introducción en el tema que interesa (Se anexa copia literal del documento). Así las cosas, se resume:

Tanto los hechos como los razonamientos de derecho involucrados adquieren dimensiones físicas, dentro de un trámite de diligencias oficiosas tendientes a la inmovilización de varias fincas, en virtud de supuesto error de inscripción por insuficiencia de personería para transmitir tales bienes.

Consideró el registrador involucrado, que por existir un documento, primeramente anotado, y posteriormente inscrito, en donde la representación de varias sociedades se modificaba en el sentido de que mancomunaba el poder que le correspondía exclusivamente al presidente, con el secretario de la Junta Directiva; correspondía anular la inscripción del documento de venta que realizó la transmisión y volver los inmuebles al propietario anterior.

Como hechos probados se incluyeron:

* Que en fecha 14 de Febrero de 1991 se presentó testimonio al registro correspondiente, mediante el cual varias sociedades vendían quince inmuebles a la sociedad, que para los efectos de este estudio será "I.C.S. S.A".

** Que en dicho documento, la señora "B.U.S." compareció en su calidad de Presidente con facultades de Apoderada Generalísima sin Limitación de Suma de las Sociedades Vendedoras.

*** Que en la calificación del documento de venta, no se consignó el defecto de insuficiencia de personería para vender.

**** Que el documento de venta se inscribió en Octubre de 1993.

***** Que al momento de presentación del documento de venta, se encontraba anotado en la Sección Mercantil, el testimonio de protocolización de Acta de Asamblea General mediante el cual se estipulaba, que la Presidenta debía actuar en asocio del Secretario de la Junta Directiva en los actos de disposición de los bienes de las sociedades vendedoras.

Consideraciones de fondo emitidas por el Registro:

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

* De conformidad con lo establecido en el artículo 19 del Código de Comercio, la modificación de las facultades de la Presidenta de las sociedades vendedoras, para producir efectos frente a terceros, debe necesariamente estar inscrita, y no, simplemente anotada en la Sección Mercantil de nuestro Registro Público.

** Que el artículo 1251 del Código Civil establece, que los poderes generales y poderes generalísimos producen efectos frente a terceros desde la fecha de su inscripción.

*** Que el artículo 35 del Reglamento de Inscripción de Documentos en el Registro Público indica que: La calificación será unitaria y deberá comprender todos los defectos que en ese momento tenga el documento que impida su inscripción. El registrador a la hora de calificar se atendrá tan sólo de lo que resulte del título o de los asientos del Registro y, sus resoluciones no impedirán ni prejuzgarán la validez del título o de las obligaciones que contenga.

De los hechos descritos y normas señaladas el Registro concluye:

* Se rechazan las diligencias de inmovilización.

** Que la inscripción del documento de venta está ajustada a derecho.

*** Que la actuación del registrador fue precipitada.

**** Que no existe error de inscripción.

Practicada la síntesis ofrecida, se procede a realizar el análisis que interesa.

Recuérdese que la Teoría Registral General se encuentra diseñada o dirigida a los sistemas registrales inmobiliarios; por lo que, es necesario partir de los principios que lo fundamentan, para definir su aplicación en la materia mercantil. A nivel registral nacional no puede olvidarse que existen características y principios que a lo largo del tiempo han adquirido la condición de particulares.

Los sistemas tipo vigentes son los seguidos en Francia, Alemania y en Australia; de ellos se gestan los sistemas derivados; es decir, todos los demás sistemas se derivan de los tres anteriormente señalados. Estos diferentes sistemas registrales están provistos de principios y caracteristicas que los definen y diferencian los unos de los otros.

Dentro de tal orientación, cabe rescatar que la característica más importante que posee nuestro sistema registral, es su carácter declarativo. La inscripción es declarativa, en contraposición a la constitutiva. Esto significa, que el Registro declara la existencia de un derecho públicamente para efectos de terceros. Este derecho anteriormente nació a la vida jurídica. En el caso de Costa Rica, este nacimiento se da en el acto de otorgamiento de escritura pública ante Notario Público. Los derechos o actos consignados en nuestro Registro no nacen a la vida jurídica por el hecho mismo de la inscripción, sino que tienen un valor legal, desde el momento en que es perfecto el acto jurídico.

Es característico del Sistema Registral Costarricense su condición de eminentemente público; es decir, cualquier interesado tiene la posibilidad de consultar los datos o la información en él consignada. Recuérdese que en otros países solamente algunas personas están legitimadas para accesar la información (por ejemplo: el propietario o los Notarios).

La Fe Pública por su parte, tiene por objeto, afectar, perjudicar, informar u otorgar seguridad jurídica a los terceros.

Estos son algunos de los principios o elementos del sistema registral costarricense, necesarios para determinar si la actuación del Registro, en el caso de análisis, se encuentra ajustada a la lógica del sistema. Se indica desde ahora, que existe un principio reiterado, tanto en sede judicial como a nivel de Registro Público, que predica que las anotaciones

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

practicadas en el Registro Mercantil no afectan a terceros; sea cual sea, el contenido del documento anotado. (Para efectos de inventario téngase lo resuelto por el Tribunal Superior Contencioso Administrativo, número 4401 de las 10:15 horas el 16 de diciembre de 1980. Resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, número 4944 de las 15:50 horas del 30 de Julio de 1980.Resolución de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, número 66 de las 14:00 horas del 25 de Noviembre de 1988. Como dato curioso sea de conocimiento general, que si bien tanto la materia registral inmobiliaria como registral mercantil comparten los mismos principios; en ningún momento el Registro ha dudado del efecto ante terceros de las anotaciones en materia de bienes inmuebles.

La información antes descrita se inserta con el sentido de determinar, que sl partiendo de las caracteristicas y principios que se encuentran a la base de nuestro sistema registral, es admisible, que los documentos anotados en la Sección Mercantil, no afectan a terceros sino desde su inscripción en sentido estricto.

Si se establece que se tiene un Registro Declarativo (los actos en él consignados no nacen a la vida jurídica con la inscripción); que todo individuo tiene acceso a la información consignada en el Registro desde que cualquier Título es presentado al mismo (Carácter eminentemente Público; y que la Fe Pública Registral esta dirigida a afectar a terceros; no es viable concluir, que a nivel del modelo registral escogido en Costa Rica se pretendia despojar de valor a los documentos que no han terminado su inscripción.

No es hecho novedoso que en muchas oportunidades, el legislador incurre en errores de precisión a la hora de estampar conceptos en nuestros cuerpos legales. Para solucionar tales insuficiencias, es preciso, recurrir a la doctrina y a la técnica jurídica para determinar a qué institución legal o situación jurídica se está haciendo referencia en cada caso. Por ejemplo, en la mayoría de las oportunidades no se distingue correctamente si se hace referencia a plazos de caducidad o de prescripción. Como es bien sabido, la diferenciación entre tales conceptos es harto importante.

Para proseguir con la discusión, es necesario definir los diferentes tipos de asientos registrales existentes.Tales asientos son definidos, partiendo de varios criterios; para los efectos que aquí interesan, deben clasificarse en: asientos de inscripción, asientos de presentación e inscripciones provisionales. Son asientos registrales todas las constancias escritas que figuran en los libros, folios reales, folios mercantiles del Registro. Son asientos de presentación por su parte, aquellos asientos accesorios que tienen como único objeto establecer la prioridad del título y producir efecto frente a terceros. Son asientos de inscripción aquellos principales y definitivos que equivalen en sentido estricto a la registración. Son inscripciones provisionales (equiparadas en la mayoría de las oportunidades al concepto de anotaciones); los asientos de carácter transitorio, dispuestos para asegurar el resultado de un litigio o bien para conservar más allá del concepto de asiento de presentación, la prioridad registral de un título defectuoso mientras se subsanan las faltas contenidas.

Practicada una revisión del Código Civil, del Código de Comercio, del Reglamento Interno del Registro Público, y de la Ley de Inscripción de Documentos en el Registro Público, son escasas las oportunidades en que estas leyes hacen referencia al concepto de anotación.

En materia registral existe un principio general, el cual se encuentra recogido en el Artículo 455 del Código Civil, que en cuanto a lo que interesa reza: "Artículo 455: Los títulos sujetos a inscripción que no estén inscritos no perjudican a terceros, sino desde la fecha de su presentación al Registro ...". La lógica del principio anterior viene dada por dos circunstancias: Desde la presentación la existencia y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

contenido de los documentos tramitables ante el Registro, puede ser conocida por cualquier interesado; y por otro lado, que la inscripción no es un proceso que se agota en un solo acto, es decir, no se realiza de inmediato. Debe de determinarse si este principio general se ve menoscabado o no es de aplicación al caso en análisis.

Recuérdese el fundamento legal mediante el cual se justifica el Registro Público para desacreditar el valor de las anotaciones frente a terceros en la Sección Mercantil del Registro Público. Del Código de Comercio se transcribe, en cuanto interesa: "Artículo 19: La constitución de la sociedad, sus modificaciones, disolución, fusión y cualesquiera otros actos que en alguna forma modifiquen su estructura, deberán ser necesariamente consignados en escritura pública, publicados en extracto en el periódico oficial e inscritos en el Registro Mercantil". Del Código Civil, el Artículo 1251 que indica; "... los poderes generales o generalísimos deben otorgarse en escritura pública e inscribirse en la sección correspondiente en el Registro de la Propiedad y no producen efecto respecto de tercero sino desde la fecha de su inscripción." Antes de indicar ulterior análisis, debe precisarse que existe una norma específica, que en el mejor de los casos, regula la especie estudiada. El artículo 1282 del Código Civil, resuelve los pormenores de los efectos de la revocación de los poderes. No obstante, contiene la misma frase: "... Pero respecto de terceros, si el poder es de los que deben estar inscritos, solamente desde la fecha en que se inscriba la revocación" (Se hace referencia a partir de que momento afecta a terceros). Si bien es cierto no se ha aportado ninguna modificación en el fondo de las cosas; existe un principio de examen profundo que debe calificar a todo operador jurídico.

Es criterio de este investigador, que es incompleto el análisis elaborado por el Registro Público, en cuanto hace caso omiso de lo establecido en los artículos 468 y 470 del Código Civil, los cuales indican: "Artículo 468: Pueden inscribirse provisionalmente: (...) 6to. Los títulos cuya inscripción no pueda hacerse definitivamente por faltas subsanables. Esta inscripción dura seis meses, y quedará cancelada si dentro de este término no se subsana el defecto; "Artículo 470: La inscripción provisional, (...) surte efecto respeto a terceros desde la fecha de la presentación del título". Es obvio, que la situación descrita en estas normas regula con toda precisión, los hechos analizados en este estudio. Del mismo modo debe precisarse, que en ningún momento se hace referencia al concepto de anotación; sino al de inscripción provisional.

No puede olvidarse, que en el momento de emitirse el Código Civil vigente, el legislador no tuvo nunca en mente el concepto de "Anotación"; sino que incluyó en su texto conceptos tales como "Presentación" o Inscripciones Provisionales. Lo dicho con anterioridad adquiere relevancia al demostrar que siguiendo el orden lógico y conceptual descrito, no puede arrivarse a otra conclusión, que en los supuestos de los artículos 1251, 1283 del Código Civil, 19 del Código de Comercio; se hace referencia a la inscripción provisional y no al concepto de inscripción en sentido estricto. Aclarando que en materia registral nacional no se distingue entre anotación e inscripción provisional, debe quedar establecido que el principio general contenido en el artículo 455 del Código Civil se aplica en toda su cobertura al caso en discusión; y por lo tanto se discrepa, diametralmente del criterio que mantiene el Registro Público en ese sentido.

A modo de inventario, véase el artículo 320 del Código de Comercio; en él el legislador no dudo en ubicar el valor frente a terceros desde la presentación de los documentos en el Registro Mercantil. No nos encontramos frente a un caso de excepción en esta hipótesis; por el contrario, únicamente se utilizó un concepto que no lleva a confusión.

Una vez analizados los aspectos registrales, procede desarrollar conforme el esquema ofrecido, los aspectos relativos propiamente al mandato civil y comercial.

El contrato de mandato se puede definir como aquél negocio jurídico, en virtud del cual

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

una persona llamada "Mandante" encarga a otra denominada "Mandatario" la ejecución de uno o varios actos en representación del primero. Cabe observar, que el contrato de mandato, es uno de los contratos que el tratadista Ghersi denomina "de Cooperación", ya que supone una relación de mayor confianza entre los contratantes.

Para poder comprender la figura en análisis, debemos concretar lo que se entiende por representación. En doctrina se distingue en: Representación Directa o Propia y Representación Indirecta o Impropia. La representación directa o propia: Manifiesta Messineo, que ésta se tiene, aún participando en un negocio con la voluntad propia y contribuyendo a formarlo, alguien (representante) utiliza el nombre de otro (representado), o sea que hace a los terceros una declaración en nombre de éste, con el resultado de que los efectos jurídicos y económicos, activos y pasivos del negocio se producen, directa o retroactivamente, en el círculo jurídico del representado y no en el círculo jurídico del representante; el representado acepta que él es el destinatario de los efectos; está vinculado por la actividad del representante.

En sustancia, los efectos de la representación no solamente pasan, sino también se producen inmediatamente sobre el patrimonio del representado, es decir, sin pasar por el patrimonio del representante.

Representación Indirecta o Impropia: Aquí, el denominado "representante" declara una voluntad propia, con el fin de conseguir un resultado que afecta al círculo de intereses ajenos, es decir, del denominado "representado"; pero, al exterior, o sea frente a terceros, a los cuales dirige la propia declaración, no aparece que él persiga el cuidado de intereses ajenos; aún cuando apareciese así, la cosa sería jurídicamante indiferente puesto que la esencia de la representación indirecta está en el hecho de que el declarante manifieste en nombre propio (representación en nombre propio), con la consecuencia de que también los efectos jurídicos de su actividad negocial representen, un sentido activo y pasivo (ya que en el sentido de la asunción de obligaciones), en el círculo jurídico de él. Por tanto, en las relaciones con los terceros, la actividad jurídica del representante indirecto no difiere de la actividad de quien habla en interés propio.

Debe de analizarse, del mismo modo, el mandato mercantil. Tradicionalmente, se ha distinguido el contrato de mandato civil del mercantil, diciendo que el primero implica la representación directa y el segundo la representación indirecta. No obstante, éste no es un criterio de distinción ya que ambos tipos de mandato se pueden dar en ambas categorías de representación.

Así en el Código Civil está regulado el mandato como un contrato típico. No así en el Código de Comercio, en donde es a través de la normativa referente a los Auxiliares Mercantiles, que se regula el contrato de mandato mercantil, con connotaciones distintas del civil, precisamente, por la actividad comercial y por la seguridad que debe existir en el tráfico.

En consecuencia, podemos decir, que el comerciante puede tener tres tipos de apoderados en lo que se refiere a las actividades propios de su giro: —Los generales o generalísimos regulados mediante la figura del factor. —Los especiales de actuación interna, subordinada y constante, regulados mediante la figura del Dependiente. El poder es el instrumento en el cual se materializa el contrato de mandato. —Los especiales de actuación externa, no subordinados e inconstantes o Comisionistas.

De lo anteriormente indicado se puede concluir que: La regulación de los Poderes Generales o Generalísimos, en materia mercantil, se encuentran en el articulado que regula la figura del factor. Messineo señala que el término (factor) puede ser empleado en sentido amplio para indicar la persona que ejercita un encargo por cuenta de otro (preponente) que se le ha conferido. En tal aplicación se encuentra el concepto del mandato y figuras afines.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Numeral 320 del Código de Comercio indica: "Los poderes conferidos a un factor se estimarán en todo caso subsistentes mientras no le fueren expresamente revocados o no haya sido enajenado el establecimiento de que estaba encargado. La revocatoria surte efecto, en cuanto el factor, desde que reciba la comunicación respectiva del principal, y en cuanto a terceros, desde la presentación al Registro Público de la escritura de revocación".

La revocación es una de las formas típicas de ineficacia sobreviniente; cuyo fundamento se encuentra, en el juicio de valor formulado por el mismo autor del acto revocado. Con este juicio se demuestra que la programación negocial antes predispuesta ya no es conforme con sus intereses. El presupuesto es la recíproca conveniencia de las partes. La justificación jurídica del instituto se encuentra en el mismo poder de autonomía privada que dió vida al negocio. Ahora bien, la revocación puede ser expresa o tácita. La revocación expresa es la que resulta claramente de los términos del nuevo negocio. Es tácita cuando no hay una manifestación expresa, por ejemplo, cuando se hace un segundo testamento, en lo que se contradiga al primero hay revocación tácita.

En el caso de estudio, a la señora "B.U.S.", en un inicio, le asistía la condición de Presidenta con Facultades de Apoderada Generalísima sin límite de Suma de las compañías vendedoras. Mediante acto posterior, el poder de la Presidenta queda mancomunado con el Secretario de la Junta Directiva. Este acto implica una revocación tácita y conforme a lo dispuesto en el Numeral 320 del Código de Comercio surte efectos, en cuanto a terceros, desde la presentación al Registro de la escritura de revocación. En consecuencia, la resolución del Registro no se encuentra ajustada a la lógica legal adecuada, ni está acorde con las particularidades y principios básicos de la materia mercantil. So pena de incurrir en errores, es necesario aplicar la normativa y doctrina específica comercial. Es preciso aceptar la existencia de un contrato de mandato mercantil con sus propias carcaterística y regulaciones.

No puede dejarse de lado, que en materia mercantil la agilidad y seguridad que se otorge a los institutos jurídicos es de vital importancia; posiciones como las criticadas, únicamente reflejan un desconocimiento de los principios más elementales, así como, criterios petrificados que en nada colaboran con el desarrollo del comercio.

BIBLIOGRAFÍA

ACUÑA ARAUZ, (Jorge Arturo), *La enseñanza del Derecho Notarial Registral Inmobiliario en Costa Rica,* San José, Ediciones y Publicaciones de la Universidad de Costa Rica.

ARAYA PACHECO, (Rodrigo), *El Registro Público de la Propiedad Inmobiliaria en Costa Rica,* San José, Ediciones y Publicaciones de la Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, 1975.

ARIAS CORDOBA, (Fabio), *En torno al Registro de Personas y Mercantil,* San José, Costa Rica, Revista Iustitia, No. 73, Enero de 1993.

BRENES CORDOBA, (Alberto), *Tratado de los bienes,* San José, Editorial Juricentro, 5ta. Edición, 1981.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, (Buenaventura), *Derecho Mercantil Registrable,* Pamplona, España, Editorial Aranzadi, 2da. Edición, 1980.

CARROL Y DE TERESA, (Luis), *Derecho Notarial Y Derecho Registral,* México, Editorial Porrúa S.A., 1978.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CASADO BURBANO, (Pablo), *Derecho Mercantil Registrable,* España, Editorial Revista de Derecho Privado, 1992.

CIAN, (GIORGI), *Comentario Breve al Codice Civile, Cedam Casa Editrice,* Antonio Milani, 1992.

COLIN SANCHEZ, (Guillermo), *Procedimiento Registral de la Propiedad,* México, Editorial Porrúa S.A., 1972.

CHICO Y ORTIZ - BONILLA ENCIMA, *Apuntes de Derecho Inmobiliario Registral,* Madrid, Bolaños y Aguilar, II Edición, 1969.

DÍAZ BRAVO, (Arturo), *Contratos Mercantiles,* Mexico, Colección Textos Jurídicos Universitarios, 1983.

ECHEVERRÍA, (Raúl Aníbal), *Derecho Comercial y Económico,* Buenos Aires, 1991.

FUEYO LANERI, (Fernando), *Teoría General de los Registros,* Buenos Aires, Editorial Astrea, 1982.

GHERSI, (Carlos Alberto), *Contratos Civiles y Comerciales,* Buenos Aires, Argentina, Editorial Astiea, 1992.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, (Leo), *Tratado Teórico -Práctico de Derecho Comercial,* Argentina, Editorial Depalma, 1988.

MESSINEO, (Francesco), *Manual de Derecho Civil y Comercial,* Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa - América 1971

LÓPEZ MENDEL, (Jesús), *Modernas orientaciones sobre la Institución Registral,* Madrid, Editorial Fragua, II edición, 1975.

LÓPEZ CALLEJA PARIS, (Alfredo), *La Reforma del Folio Real Inmobiliario en Costa Rica,* San José, Ministerio de Justicia, Junta Administrativa del Registro Nacional, I edición 1980.

LÓPEZ DE ZAVALIA, (Fernando J.), *Teoría de los Contratos,* Buenos Aires, Argentina, Zavalia Editora, tomo I. Parte general, 1984.

PALACIOS ECHEVERRÍA, (Iván), *Derecho Notarial y Registral de Costa Rica.* Costa Rica, Editorial Imprenta Capital S. A., volumen I y II, 1989.

PALACIOS ECHEVERRÍA, (Iván), *Manual de Derecho Registral,* San José, Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas S. A., 2da. Edición, 1994.

PÉREZ VARGAS, (Víctor), *Derecho Privado,* San José, Costa Rica, Editorial Publitex, 1988.

SALAS MARRERO, (Oscar), *La modernización del Registro Inmobiliario,* Atenas, Trabajo presentado como delegado de Costa Rica al XI Congreso Internacional del Notario Latino, 1971.

SALAS MARRERO, (Oscar), *Teoría y Crítica del Registro Público en Costa Rica,* San José, Ediciones y Publicaciones de la Oficina de Publicaciones de la Universidad de Costa Rica, II Edición, 1970.

SCOTTI, (Edgardo Augusto), *Derecho Registral Inmobiliario. Modalidades y efectos de las observaciones registrales* Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1980.

VÁSQUEZ DEL MERCADO, (Oscar), *Contratos Mercantiles,* México, Editorial Porrúa, 1992.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CÓDIGOS

Código Civil y de Familia, del 26 de Abril de 1886, San José, Costa Rica, Aditorial Porvenir S.A., 2da, Edición, 1986.

Código de Comercio, del 30 de Abril de 1964, San José, Costa Rica, Uruk Editores, 1991.

LEYES Y DECRETOS

Ley de Creación del Registro Nacional, No. 5695 del 28 de Mayo de 1975 y sus reformas.

Ley sobre Inscripción de Documentos en el Registro Público, No. 3883 del 30 de Mayo de 1967 y sus reformas.

Reglamento del Registro Público, Decreto Ejecutivo No. 9885-J del 16 de Abril de 1979 y sus reformas.

ENTREVISTAS

Entrevista al Licenciado Rafael Sánchez Sánchez, Director del Registro Público de Costa Rica, San José, Costa Rica, 4 de Abril de 1995.

* * *

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

OBSERVACIONES SOBRE LA LEGITIMIDAD EN LA CAUSA

DR. FELIPE RODRÍGUEZ SERRANO

1. Algunos autores consideran que la legitimación en la causa es un requisito para que la acción pueda ser declarada con lugar y la hacen consistir en que el actor este especialmente calificado para accionar y el demandado para defenderse tomando en cuenta la posición que tienen en relación con el derecho controvertido. Según ellos el actor debe ser el titular del derecho en litigio y el demandado el obligado a la prestación. Si el actor no es el titular del derecho la acción no puede prosperar. Si el demandado no es el obligado a la prestación no puede ser condenado a cumplirla. La legitimación en la causa es, pues, un requisito para que la acción sea resuelta favorablemente.

2. Supongamos que el causante Víctor instituyó por sus únicos y universales herederos a Pedro, Juan y Francisco; luego Pedro demanda a Juan para que se proceda a la partición hereditaria; Juan se excepciona diciendo que el carece de legitimación para defenderse porque también es heredero Francisco. El juez resuelve declarando con lugar la excepción de falta de legitimación de Juan. Esta excepción no ha resuelto el fondo del asunto. Pedro entonces puede dirigir la acción de partición contra Juan y Francisco.

3. Supongamos que José da en arrendamiento una finca a Pedro; después Antonio demanda a Pedro con acción reivindicatoria para que le restituya la finca. Pedro alega la excepción de falta de legitimación para defenderse porque él no es más que un simple arrendatario de José quien es el poseedor. Se declara con lugar la excepción. esta decisión no ha resuelto el fondo del asunto. Antonio puede dirigir su acción contra José, e incluso lo puede hacer contra Pedro en caso que este llegare posteriormente a ser heredero de José o bien le hubiere comprado dicha finca.

4. Supongamos que en una legislación se dispone que la dote pertenece a la esposa y que el marido tiene la facultad de accionar contra los deudores de la dote. La esposa demanda a X para que le entregue la posesión de la dote; X se excepciona diciendo que la actora carece de legitimación para reclamar, pues la legitimación corresponde al marido. El juez declara con lugar la excepción. Esta decisión no ha resuelto el fondo del litigio y el marido puede dirigir la acción contra X.

5. Supongamos que una legislación establece que la nulidad del matrimonio puede ser declarada a petición de cualquiera de los cónyuges o por cualesquiera de sus padres. Manuel hermano de la cónyuge demanda a los esposos para que se declare la nulidad del matrimonio. La cónyuge opone a la demanda la excepción de falta de legitimación ad causam del actor. El juez la declara con lugar. Como esta declaración no ha resuelto el fondo del asunto, el padre de la cónyuge, estando legitimado por la ley para establecer la acción, lo puede hacer.

6. De todos estos casos y de otros que podrían presentarse se llega a la conclusión que la resolución que acoge la excepción de falta de legitimidad en la causa no decide el fondo del litigio, por lo cual la acción se puede ejercitar por la persona que tiene la legitimad activa o contra la que

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la tiene pasiva. Entonces tal excepción no es perentoria, porque no hace ineficaz la acción, sino previa o dilatoria, teniendo por finalidad que las partes del juicio sean las legitimadas con relación al hecho controvertido.

7. En la sentencia de las 15.15 horas del 22 de julio de 1959 la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia define la naturaleza de la excepción de falta de legitimación en la causa en los siguientes términos:

> Cuando la acción no la entable el titular del derecho, o no se dirige contra el verdadero obligado a la prestación, la sentencia no podrá acogerla, sino que habrá de desestimarla; pero no porque no exista el derecho, sino porque este pertenece a persona distinta del actor, o porque corresponde hacerlo valer, no contra el demandado, sino contra otra persona. Es conclusión simple entonces, que la excepción de falta de legitimatio ad-causam no afecta el derecho mismo y que por lo tanto su procedencia no impide que, en un nuevo juicio, el derecho se reclame por su efectivo dueño o titular, o contra el realmente obligado a la prestación. Es por lo anterior por lo que, a la defensa de mérito, se la clasifica entre las excepciones dilatorias de fondo, y no entre las perentorias de esa clase, que, como el pago y todas las demás que se basan en los medios por los cuales se extinguen los derechos, acogidas en sentencia terminan definitivamente con el de que se trata e impiden, para todos y contra todos, nueva discusión sobre el mismo.

Resumiendo lo dicho en la sentencia tenemos que: cuando la resolución acoge la excepción de falta de legitimación en la causa, no se afecta el derecho mismo, el cual puede reclamarse en un nuevo juicio entre partes legítimas, por lo cual a esta excepción se la clasifica entre las dilatorias de fondo y no entre las perentorias de fondo que basadas estas últimas en los medios que extinguen los derechos, acogidas por sentencia terminan con el juicio.

8. Algunos alegan que esta sentencia es contradictoria porque declara que la excepción de falta de legitimación en la causa es al mismo tiempo dilatoria y de fondo. de sus términos se aprecia que tal contradicción no existe, pues las excepciones dilatorias, previas o procesales, *dilatan la resolución del fondo del asunto,* por lo cual se les podría llamar *dilatorias de fondo,* y que las *perentorias de fondo* efectivamente resuelven el fondo del litigio. Jamás ha dicho la sala que la excepción de falta de legitimación en la causa resuelve el fondo del asunto. Todo lo contrario, en forma muy clara ha dicho que al ser acogida por sentencia no se afecta el derecho mismo y no impide que en un nuevo juicio el derecho se discuta entre partes legítimas. Entendida rectamente la sentencia de la sala se llega a la conclusión que considera a la excepción de falta de legitimidad en la causa *entre las dilatorias simplemente o dilatorias de fondo.*

9. La sentencia mencionada además de reconocer que la excepción de falta de legitimación en la causa no afecta el derecho objeto del litigio, que su procedencia no impide que en un nuevo juicio tal derecho se controvierta por partes legitimadas y que es clasificada entre las dilatorias, declara que esa doctrina cobra especial interés en los casos de litis consorcio necesario, como lo fue el que resolvió dicha sentencia. Esta decisión sin duda influyó poderosamente en la redacción del artículo 298 del Código Procesal Civil cuya parte pertinente dice:

> Sólo son admisibles como excepciones previas:
>
> 4) El litis consorcio necesario incompleto.

Es decir, uno de los casos de la excepción de falta de legitimación en la causa, que es el litis con sorcio necesario incompleto, la norma lo incorpora y enumera como excepción previa.

Llama la atención que el legislador al redactar ese artículo no haya adoptado la Tesis General de la Corte Suprema de Justicia, que la excepción de falta de legitimación en la causa es dilatoria o previa. Acepto la doctrina, pero en forma parcial.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Además si consideraba que existía mayor probabilidad que esta excepción fuera perentoria y no dilatoria, pudo perfectamente incorporarla en el mencionado artículo, como lo hizo con las excepciones de fondo: "8) La transacción, 9) La prescripción, 10) La caducidad". También llama la atención la oposición que existe entre los artículos 298 y 433 CPC, pues el primero con sidera que uno de los casos de la falta de legitimación (el litis con sorcio necesario incompleto) es una excepción previa, y el segundo que la falta de legitimación (donde esta incluido el litis consorcio necesario incompleto) no es excepción previa, sino de fondo, que debe resolverse en la sentencia.

10. Si la excepción de falta de legitimación en la causa al ser acogida no resuelve el fondo del asunto, sino que tiene por objeto que las partes sean legítimas para la validez del juicio, es ilógico que éstas sigan un proceso de por si largo y costoso para que en sentencia definitiva, sin decidir el litigio, se les diga simplemente que el actor o el demandado no es parte legítima, o que ambos no lo son. La naturaleza del proceso nos señala de inmediato que tal excepción debe resolverse de previo.

11. Como las diversas normas de un cuerpo legal deben guardar entre si coordinación, siguiendo una misma doctrina, conviene adoptar en los artículos 298 y 433 CPC la regla uniforme de que la excepción de falta de legitimación en la causa es previa, por lo cual deben ser reformados.

12. Resumiendo lo dicho tenemos: que algunos autores consideran la legitimación en la causa, o sea, la cualificación del autor como titular del derecho controvertido y del demandado para defenderse, como un requisito para que la acción sea resuelta favorablemente; que la resolución estimatoria de la excepción de falta de legitimidad en la causa no decide el fondo del litigio; que la sentencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia de las 15.15 horas del 22 de julio de 1959 define la naturaleza de la excepción de falta de legitimación en la causa y la considera como dilatoria y no como perentoria; que tal sentencia es acertada y no contradictoria; que la doctrina de la sentencia influyó para que en el artículo 298 inciso 4) CPC se clasificará como excepción previa el litis consorcio necesario incompleto, adoptando en forma parcial la tesis de la sentencia; que existe una oposición (que debe eliminarse) entre los arts. 298 y 433 CPC pues el primero considera la excepción de falta de legitimación (el consorcio mencionado) como excepción previa y el segundo como de fondo que debe resolverse en la sentencia; y que si al acogerse la excepción de falta de legitimación en la causa no se resuelve el fondo del asunto, es logico que sea una excepción previa y no perentoria que deba resolverse en la sentencia definitiva.

13. De todo lo anterior llegamos a dos conclusiones: a) La excepción de falta de legitimación en la causa es dilatoria o procesal y debe tramitarse y resolverse de previo como las de su misma clase; y b) Conviene reformar el inciso 4) del artículo 298 CPC para que diga: "4) La falta de legitimidad en la causa"; y el artículo 433 CPC para que el inciso 8) Falta de legitimación", ocupe el lugar del 6), se corra la numeración de los incisos 6) y 7) que serán respectivamente 7) y 8) y para que el párrafo final de este artículo en vez de "los cinco primeros" diga "los seis primeros".

Revista Judicial, Costa Rica. Año XX, Nº 64, setiembre de 1997

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

COMENTARIOS CON RELACIÓN AL DUMPING

LIC. ROGER BRAVO ALVAREZ

El acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio considera en el artículo 2 del llamado Código Antidumping que un producto es objeto de dumping cuando su precio de exportación al exportarse de un país a otro, sea menor que el precio comparable en el curso de las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador. En otras palabras, *un producto será objeto de dumping cuando sea exportado a un precio menor que el existente para otro producto similar o igual existente en el país exportador*. De esta definición se extraen dos cuestionamientos necesarios para llegar a comprender el sentido integral de la definición apuntada: 1.-En qué casos deberá considerarse que el producto exportado ingresa al país importador con un precio inferior al valor normal de un producto igual o similar existente en el mercado del país exportador y; 2.-Que se entenderá por producto similar. Al respecto el acuerdo general sobre aranceles aduaneros y comercio, GATT, en su artículo sexto y con respecto al primer cuestionamiento señala que existe dumping cuando el precio del producto exportado sea menor que: I.-El utilizado en operaciones comerciales normales; II.-El precio comparable más alto cobrado por un producto similar que se exporta a un tercer mercado en el curso de operaciones comerciales normales y; III.-El costo de producción de ese bien en el país de origen más un monto razonable para cubrir gastos de venta y un margen de utilidad. De estos tres criterios el más utilizado, aunque los tres son indicadores de un posible dumping, es el primero, aunque presenta el problema de que en ocasiones no encuentra parangón en el mercado nacional del país exportador, sobre todo en países tercermundistas que contemplan dentro del mercado nacional una serie de producciones a gran escala que no se destinan al consumo nacional, sino que únicamente al mercado internacional, tornando en ineficiente la mencionada práctica comparativa desde este primer punto de vista y, más aún, si consideramos que en algunos países existen los llamados impuestos a la exportación que deberán ser pagados por el exportador de conformidad con el valor de la factura comercial reportada para los trámites correspondientes, de tal suerte que en la mayoría de los casos y, para evitarse un pago muy alto por dicho impuesto, las facturas que se presentan no reflejan el valor real de la venta, de tal forma que no podrían ser utilizadas para efectos de comparar, frente a una situación acusada de dumping, un mismo o similar producto con otro. Ello sin pensar en algunas otras situaciones que del todo harían imposible la comparación aún y cuando tengamos dos productos idénticos pero con precios visiblemente diferentes en el mismo mercado del país exportador. No obstante nos surgen varias dudas, ¿qué sucede cuando un mismo producto, dentro del mercado del país exportador, contiene precios diferentes?, ¿cuál se debe adoptar para ser utilizado comparativamente dentro de una situación acusada de dumping?, ¿qué sucede cuando un producto idéntico a otro es fabricado bajo un régimen de admisión temporal en donde se le otorgan diversos beneficios al productor y con ocasión de ello obtiene un precio diferente?, ¿deberá acaso tomarse únicamente el valor de mercado ya puesto a la orden del consumidor o deberá tomarse como base el primer valor en la cadena productiva?, ¿qué se entenderá por una operación comercial normal?, ¿cuántas intermediaciones permitirá esa operación comercial normal para que pueda ser utilizada como marco comparativo de precios?. Realmente son muchos los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuestionamientos que pueden derivarse de estas definiciones o criterios apuntados por el acuerdo general mencionado, trataremos de dar un breve criterio con respecto a ellos luego de analizar un poco más en detalle lo que el dumping representa y es en la práctica comercial internacional.

La práctica comercial internacional ha establecido que cuando no se puedan realizar las comparaciones adecuadas, por la especialidad de las circunstancias, porque no exista el producto idéntico o igual o bien similar, deberán o podrán utilizarse los otros dos criterios señalados[1]. Es importante recordar que no siempre en un mismo país exportador, un mismo producto, tiene el mismo proceso de elaboración y el mismo costo de producción, no es lo mismo producir bajo un régimen de admisión temporal como bajo un régimen corriente de producción, no será igual producir al costo mano de obra Cartago, que al costo mano de obra Puntarenas, ni será igual vender CIF (Heredia) Moín, que CIF (Guápiles) Moín, de tal manera que los costos de producción y condiciones de venta pueden hacer que el precio de un mismo producto varie sustancialmente, entonces ¿cómo probar el dumping en estos casos frente a una denuncia de tal naturaleza?, obviamente será muy difícil salvo que las condiciones y circunstancias probatorias sean tan evidentes que por sí mismas reluzcan. Con relación al segundo cuestionamiento el artículo 2 del Código antidumping define como producto similar a un producto que sea idéntico a aquél de que se trate y en caso de que no exista ese producto, con otro que tenga características muy parecidas. Por ejemplo el aguacate y el zapote, que aunque diferentes, conllevan las mismas características de producción por cuanto necesitan de los mismos elementos naturales y químicos para su producción, al igual que para su empaque, su recolección y, deben guardar los mismos porcentajes de agua para su maduración pos-exportación a efectos de que arriben al mercado importador en las condiciones mínimas de maduración. En estos dos productos se puede ver un claro ejemplo de un producto similar no idéntico que puede permitir una valoración económico-comparativa. ¿Cómo se realiza el procedimiento comparativo frente a una situación concreta de dumping?

Señala el artículo 2.6 del Código en mención que una vez seleccionado el "producto similar"*para los efectos de realizar la comparación equitativa entre el precio de exportación y el precio interior del país exportador*, se toma normalmente el criterio de precios EN FÁBRICA y, el valor de las ventas realizadas en fábrica en las fechas más recientes. De estos dos puntos valorativo-indicadores de partida se puede llegar a obtener y/o a CONOCER, un VALOR NORMAL utilizado en operaciones comerciales normales, cualquiera que sea su naturaleza, de tales productos. Obtenido de tal operación económico-comparativa, un VALOR NORMAL, el mismo se coteja contra el precio de exportación y de su resultado se podrá determinar si existe o hubo dumping, en la medida en que el precio de exportación resulte menor al del valor normal. Esto por cuanto a nivel económico el dumping representa una discriminación de precios de los cuales un exportador quisiera tomar ventaja. Por ejemplo, si de la producción de flores que un exportador tiene en Cervantes (Cartago) destina el noventa por ciento para la exportación, a un precio de cincuenta centavos de dólar el capullo y, del restante diez por ciento destina un nueve por ciento para el consumo nacional al mayoreo y un uno por ciento también para el mecardo nacional pero al detalle, ambos a ochenta centavos de dólar el capullo por cuanto ese es el precio del mercado local, esa persona exportador esta cometiendo dumping, por cuanto se esta aprovechando de un menor precio de venta para el mercado internacional en perjuicio de otros productores a sabiendas

---

1 Veáse González Anabelle y Chacón Francisco . El GATT y las Prácticas Comerciales Desleales. Antología de Comercio Exterior. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1988. págs 1 a 3 .

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de que el producto tiene un mayor precio en el mercado interno y, bajo las mismas condiciones de producción-costo-utilidad en fábrica. Con relación a esto existe un punto dudoso que es necesario resaltar para efectos de analizarlo posteriormente, ¿ qué sucede cuando el precio del producto es menor al del mercado, pero no porque el exportador se lo haya dado, sino porque el mismo goza de ciertos incentivos y beneficios que abaratan la producción-costo-utilidad de su producto?, ¿será considerado el subsidio estatal como una práctica generadora de dumping o no?, ¿podrá el productor-exportador destinar ese producto subsidiado al mercado nacional? y ¿si pudiera, tendría restricciones o no en cuanto al precio de venta?, ¿podría existir dumping hacia lo interno y no sólo hacia lo internacional en un mercado nacional?, ¿podría el productor-exportador vender sus productos subsidiados al mismo precio de mercado de los productos no subsidiados?, ¿qué papel juega la intención y el conocimiento del productor, del comerciante y del exportador en todo esto?, ¿existirá el dolo y la culpa como parámetros para medir y sancionar una situación acusada de dumping?. Son bastantes las preguntas que pueden darse con ocasión del subsidio y más interesante aún el llegar a determinar si el incentivo o beneficio estatal puede llegar a provocar una situación de dumping en el mercado internacional y aún en el nacional y, más allá, hasta donde debería ser sancionada la intención y el conocimiento doloso y/o culposo del exportador. Nuestra posición frente a esta situación de duda planteada se ubica bajo la respuesta afirmativa, salvo que tanto el estado exportador como el importador hayan convenido en aprobar el apoyo estatal a la producción. No es lo mismo, producir bajo todas las cargas tributarias, laborales y comerciales existentes para alcanzar la producción de arroz por ejemplo, que producir únicamente bajo las cargas laborales con exoneración de las tributarias y comerciales. Ello por supuesto nos dará un resultado desigual en cuanto a precios ofrecidos al consumidor, nacional e internacional y ante esto tenemos una situación de dumping que es necesario regular y detener.

En resumen, el dumping busca dirigirse hacia la discriminación de precios, que en general ocurre "cuando una empresa cuyo objetivo principal es maximizar ganancias, establece precios distintos para sus productos que se venden en mercados separados." [2] Pero de ello surge otro problema, ¿adónde queda entonces el libre mercado, la libre competencia, la búsqueda de nuevos mercados en donde los productos de un exportador puedan ser mejor vendidos?, ¿adonde queda la competencia entre la oferta y la demanda?, ello no podemos obviarlo, es una realidad y en el comercio es una tarea de todos los días el ejercicio de la intermediación que por su misma esencia y naturaleza es variante y cambiante, no será el mismo precio para éste que para aquél, ni será el mismo precio que el productor le otorgue al primer comerciante que el que éste le otorgue al segundo comerciante y así sucesivamente. No será el precio siempre el mismo. Ni más aún el precio de una u otra fábrica que producen el mismo producto, ambas se encuentran en un

---

2 El sistema antidumping ¿Otra barrera al libre comercio? en Revista de Comercio Exterior. Sección Internacional. Comunidad Económica Europea. México. Número 5. 1989. pág 422. Con relación al subsidio "el mismo puede ser provocado por medidas estatales que para alentar la exportación, otorgan subsidios al fabricante o al exportador o bien modifican los tipos de cambio, otorgando tipos preferenciales que favorecen la venta externa." Crew. Albert. Economía. Décima. Labor S.A. Barcelona. 1964 pág 246. "No solamente será la actividad de los exportadores en la búsqueda de soluciones a sus problemas económicos, sino la acción del Estado en la protección o aliento de los monopolios exportadores la que favorecerá el dumping. En esa política recurrirá seguramente a muchas medidas que lo disimulen, tales como ventas de materia prima a los exportadores a precios inferiores, menos fletes, seguros administrativos, subsidios, también concurren circunstancias especiales como la legislación general del país exportador, el valor de la moneda o los bajos salarios. "Fernández Lalanne. Pedro. Prácticas restrictivas de comercio, competencia desleal y dumping. Revista Jurídica Latinoamericana. Número 20. 1965 pág 30. "Esta intervención indirecta del estado, hace que sea más difícil la represión del dumping y la dificultad radica esencialmente en los medios de prueba que se obtienen del país exportador." Ibid. pág 31.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

proceso de competencia de mercadeo y de intermediación, el que tenga el mejor producto y/o el mejor precio, dependiendo del consumidor, ese venderá más y, no por ello estará produciendo dumping.

Veáse que problema se presenta a la hora de valorar una situación determinada de dumping, por un lado el libre comercio, la competencia, la intermediación, la oferta y la demanda, los precios bajos, altos o iguales, el productor, el consumidor, el exportador, el importador, el comerciante y otros y, del otro lado, el dumping, el sistema antidumping, la regulación estatal, las práticas restrictivas al comercio internacional, la protección al consumidor y otros, entonces ¿cómo mediar entre ambos mundos con un criterio objetivo?, ¿ se podrá llegar a dar o no?, ¿podrá el libre comercio superar las barreras de los sistemas restrictivos al ejercicio del comercio en la forma apuntada o no?, ¿podrán vencer las restricciones y las barreras impuestas al libre comercio?, o ¿llegarán a convivir ambos en armonía respetándose mutuamente? Que difícil abordar una de estas preguntas cuando frente a nosotros tenemos una humanidad tan heterogénea y cambiante que únicamente avanza hacia el lado de la conveniencia particular. El dumping no escapa a ello y, se ha utilizado como una medida proteccionista dirigida hacia el productor nacional del país importador y hacia el consumidor otorgandole protección frente a los abusos desmedidos de quienes le ofrecen los productos a consumir. Mientras que por su parte el exportador comerciante o productor tendrá que resolver por sí mismo el cómo colocar y vender sus productos dentro de los diferentes mercados rígidos o flexibles y en todo esto el mayor problema será el trato desigual que los estados se tengan unos con otros, no es lo mismo para Costa Rica, definir y acordar con Estados Unidos en una mesa de negociaciones, materias de interés comercial para ambos países, que definirlas y acordarlas con El Salvador por ejemplo, generalmente los países grandes, desarrollados, obtienen todo lo que quieren de los países subdesarrollados por cuanto éstos necesitan de aquéllos para colocar sus productos internos y, en las más de las veces, deben someterse a la voluntad unilateral de un país grande. ¿Y que se genera con esto?, que sean los mismos comerciantes exportadores los que comiencen poco a poco a poner las reglas entre ellos dejando de lado los criterios y hasta las leyes estatales, ¿por qué?, porque no se ajustan a sus inquietudes, a sus exigencias, a sus prácticas, a sus usos y a sus mismas costumbres, vuelve entonces la humanidad otra vez a regularse de abajo hacia arriba Cuasi que convirtiendo nuevamente a la figura del Estado en el llamado Estado Policía. Con acierto señala la doctrina que "la elasticidad de la curva de demanda que encara el vendedor en el mercado exterior suele ser mayor que la del mercado interior. Aunque el vendedor puede que sea un monopolista en el mercado interior, tal vez se encuentre en el extranjero con competidores de otros países. Los substitutos para su producto en el mercado mundial aumentan la elasticidad de la curva de demanda exterior a que se enfrenta."[3]

Ahora bien y, en relación con la pregunta anterior, de si el dumping se puede aplicar hacia el mercado interno, la doctrina ha establecido que no y en su caso se ha escrito que "cuando la discriminación de precios ocurre a nivel internacional en mercados de diferentes países, la práctica se denomina dumping, únicamente si el precio menor es cobrado en el país importador."[4] Los mercados pues deberán

---

3 Lettwich. Richard. Sistemas de precios y asignación de recursos. Nueva editorial Interamericana. México. 1984. pág 261.

4 Jackson John y Vermulst Edwin. Antidumping law and practice a comparative study. Ann Arbor. Michigan University. United States. 1989 pág 26. Veáse también Hunig. Phillip y otros. International Economic Law. Editorial Walter de Gruyter. New York. 1989. Jackson John. Restructuring tha Gatt System. Royal Institute of International affairs. Pinter Publishers. London. 1990. Jackson John. Legal Problems of international economic relations. Cases. Materials and text. West Publishing Company. St. Paul. Minnesota. United States.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estar separados para que pueda hablarse de discriminación de precios y con base en ella, de dumping. Sin embargo existen otras posiciones que consideran que el dumping existe también hacia lo interno, de manera entonces que para efectos de continuar con un orden lógico analizaremos el llamado dumping internacional y el denominado dumping interno.

EL DUMPING INTERNACIONAL Y EL DUMPING INTERNO

Hemos visto a grandes líneas que el criterio fundamental que de una u otra forma determina la existencia del dumping es la técnica comparativa de precios que se utilizara para establecer si un determinado producto se vende a un precio inferior en el extranjero en relación con el precio superior que pueda tener en el mercado interno, en cuyo caso estaremos frente a una situación de dumping. Con acierto curioso señala Crew que "si el precio en el mercado de exportación, aún cargándosele gastos de flete y de aduana es menor que el precio de la mercadería en su país de origen, acaso podría resultar más ventajoso comprar las mercaderías en el extranjero y ofrecerlas en el propio país en competencia con precios de exportación."[5] Interesante deducción frente a una situación muy peculiar de dumping.

EFECTOS DEL DUMPING INTERNACIONAL

Se dice que sus efectos pueden ser nocivos o beneficiosos dependiendo de la finalidad con que sea realizado el dumping. Y para ello debemos analizar someramente cuáles son las clases de dumping que pueden darse.

CLASES DE DUMPING

Existen tres clases de dumping, el dumping continuo que surge del deseo de maximizar utilidades aprovechándose de una desvinculación entre los mercados externos e internos, por la distancia por ejemplo; el dumping intermitente que es quizás la forma más perjudicial de discriminación de precios en el comercio internacional y que consiste en vender deliberadamente productos a precios inferiores a su valor normal por cuanto su propósito es eliminar a los competidores en el mercado externo y buscar favorecer una situación monopolística. Se le llama intermitente porque se ejecuta en forma temporal manteniéndose la empresa el tiempo necesario para dominar el mercado externo tratando de

---

5 Crew. Albert. Economía. Décima. Labor S.A. Barcelona. 1964 y Pederson. H.W. Los costos y la política de precios. Traducción de Arne Hoelfold. Aguilar S.A. Madrid. 1958 pág 170. Véase también Mc Carthy. Jerome. Comercialización. Cuarta. El Ateneo. Buenos Aires. 1974; Ohlin. Bertiol. Comercio Exterior y Política. Traducción de Antonio Casahuga Venardell. Otros S.A. Barcelona. 1971. Vázquez Gehrels. Enrique. Notas introductorias al problema del dumping internacional. Lehmann. San José. 1983. Dell. Sidney. Bloques de comercio y mercados comunes. Traducción de Roberto Reyes. Fondo de cultura económica. México. 1965. Baudin. Louis. El mecanismo de los precios. Traducción de Vicente Polo. Fondo de cultura económica. México. 1955.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

maximizar sus ganancias a largo plazo aunque ello le genere pérdidas y; el dumping esporádico que se trata de una discriminación ocasional de precios. Principalmente se da cuando una empresa tiene excedentes de producción y con el objetivo de evitar distorsiones en el mercado interno vende el excedente al exterior a precios inferiores que los del mercado interno. Por su ocasionalidad se le ha considerado doctrinariamente como un dumping no perjudicial que beneficia a los consumidores del país importador.

Serán entonces nocivos los efectos cuando el dumping sea de carácter depredatorio, es decir, cuando se busque a través de el imponer un producto en el extranjero eliminando todo grado de competencia. Se vende a precios inferiores a los normales para llegar a controlar el mercado a largo plazo con mentalidad monopolística, por supuesto favoreciendo a los consumidores momentáneamente para luego, de que la competencia este controlada y anulada, elevarlos antojadizamente. Y, pueden ser beneficiosos cuando el dumping es de carácter ocasional por cuanto la exportación de productos a precios inferiores no se hace con el objeto de eliminar competidores sino más bien con la intención de vender los excedentes de producción o bien con la de introducir un nuevo producto en el mercado con el fin de favorecer su adquisición para conocimiento y uso del consumidor. Se trata de una táctica de mercado aceptable. A manera de ejemplo señalamos como factores que posibilitan el dumping internacional, la distancia y la elasticidad de la demanda.

NORMATIVA JURÍDICA QUE REGULA EL DUMPING INTERNACIONAL

El dumping trae como consecuencia lógica el que el país importador reaccione con todo tipo de medidas frente a la incorporación a su mercado interno de productos provenientes del extranjero a precios inferiores a los que se contemplan para esos productos en su mercado interno. Así señala la doctrina que "es imprescindible por consiguiente la consagración de normas que aseguren el equilibrio de las pretensiones que pugnan. Al fin de cuentas el ordenamiento jurídico, no es sino un permanente delimitador de intereses."[6] De allí pues que los Estados busquen encontrar en el orden internacional normas que regulen la llamada libre competencia para protegerse de las prácticas de comercio desleales en el sentido de que puedan ocasionarle severos daños a sus productores internos y producción nacional en general.

Entre los documentos internacionales que rigen la materia tenemos:

1.- La Carta de la Habana. Se encuentran en esta y por primera vez en un acuerdo internacional, normas reguladoras de la libre competencia. Este documento se origina a raíz de una petición de los Estados Unidos de América hecha en 1946 ante el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, tendiente a que se obligara a los Estados miembros a observar ciertas reglas respecto a las barreras aduaneras, prác-

---

6 Fernández Lalanne. Pedro. Op. cit pág 31. Veáse también Fuentes. Carsi. Francisco. La protección de la libre competencia. Revista de Derecho Mercantil número 95. Volumen 39. 1965. pág 155.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ticas restrictivas en los negocios, así como a perseguir una política de pleno empleo.

2.- Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (C.E.C.A.). Es el antecedente más inmediato en relación con la Carta de la Habana que viene a regular, controlar y proteger a los Estados Contratantes de las prácticas de comercio desleales que afectan la libre competencia. Su artículo 60 dispone que... "quedan prohibidas en materia de precios las prácticas desleales de concurrencia, en particular la baja de precios puramente temporales o locales, tendientes, en el interior del mercado común a la adquisición de una posición de monopolio..."[7]

3.- El acuerdo general sobre aranceles y comercio (G.A.T.T.). Se trata de un Convenio Internacional Multilateral suscrito por varios estados cuyos objetivos tienen un fin de cooperación entre Estados en la reducción de los obstáculos a sus intercambios internacionales. Regula el Dumping en forma bastante amplia tal y como lo hemos expuesto líneas atrás y establece que a fin de neutralizar o impedir el dumping las partes contratantes podrán percibir sobre cualquier producto en que se origine dumping un derecho antidumping cuya cuantía no será superior al margen del dumping afectado por tal producto, es decir, la diferencia entre el valor normal y el precio de compra del producto importado. Dentro de este mismo orden de ideas debemos decir que al efecto también se emitió el acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XII del acuerdo general sobre aranceles y comercio, suscrito en Ginebra en 1979 que contempla un punto importante y es que la determinación del daño en la producción nacional es el motivo fundamental para considerar el dumping o las subvenciones como prácticas de comercio desleal censurables. Se indica en este que ningún país miembro del G.A.T.T. puede tomar medidas de protección contra el dumping sin antes demostrar fehacientemente el daño sufrido por la industria nacional. La determinación del daño comprenderá: 1.-El volumen de las importaciones objeto de la práctica o subvenciones y sus efectos en los precios de los productos similares en el mercado interno y; 2.-Los efectos consiguientes de esas importaciones sobre los productores nacionales de tales productos. Se deberán evaluar en la investigación conforme a esta reglamentación del artículo VI del G.A.T.T. todos los factores e índices económicos que influyan en el estado de producción, tales como: la disminución actual y potencial de la producción, las ventas, la participación en el mercado, los beneficios, la productividad, las existencias, el empleo, los salarios, la capacidad de reunir capital o la inversión, entre otros (artículo 6 párrafo 3).

4.- El Código Antidumping, Código G.A.T.T. Antidumping o Código de Ginebra. Las imprecisiones propias en las definiciones e interpretación subjetiva de los preceptos contemplados en el artículo VI del G.A.T.T. hicieron necesaria su reglamentación y para ello surgió en la llamada Conferencia Kennedy el Código Antidumping suscrito el 30 de julio de 1967. Este código contiene solamente disposiciones relativas al dumping y no, sobre subvenciones y derechos compensatorios. Este código está dividido en dos partes: la primera que se refiere a la determinación del dumping, a la determinación del perjuicio, a la investigación y procedimientos administrativos, a los derechos antidumping y medidas provisionales y a la acción antidumping a causa de un tercer país y, la segunda parte que contiene disposiciones finales.

Son estas las disposiciones más importantes suscritas con relación al dumping internacional.

---

7 Ibid pág. 158.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

DUMPING INTERNO

El dumping se encuentra en el comercio interior al igual que en el internacional escribe Boulding.[8] Por ejemplo, la cooperativa lechera que vende su producto a precio elevado a los consumidores de la región y, a un precio reducido a los fabricantes de queso y mantequilla, hace dumping. Un ejemplo muy célebre en la esfera de la industria, fue el de la Goodyear Tire Co. que vendía neumáticos con su propio nombre a un precio elevado y por un conducto regular y lanzaba los mismos neumáticos por medio de una agencia de pedidos por correo, con otra marca y a un precio mucho más bajo. Cuando se habla de discriminación de precios existen al menos dos mercados en los cuales se vende el mismo producto, a precios diferentes, puede ocurrir en una zona geográfica determinada del comercio interior o bien en el mercado de exportación." El dumping es uno de los medios que más utilizan las empresas que tienden al monopolio. Sin embargo conviene aclarar que la expresión dumping en el sentido que le dan los escritores cuidadosos de la expresión significa la venta a la exportación a precios más bajos que aquéllos fijados en el mismo momento y en las mismas circunstancias en el mercado interior y también toda maniobra semejante, realizada en el comercio interior del país."[9] Así entonces vemos que aunque la doctrina acepte la existencia del dumping interno también se refiere a el como un caso de prácticas de comercio desleal, es decir de competencia desleal, señalando que en la acepción usual el término dumping se dirige más hacia el área internacional que hacia lo interno por cuanto designa una maniobra capitalista de "que se echa mano en el comercio internacional, especialmente para destruir competidores y conquistar mercados... Es una forma de competencia desleal."

Como ejemplos de normas tendientes a regular el dumping interno tenemos la Ley Shermann aprobada en 1890 y que en términos generales prohibía todos aquellos contratos que limitaran el comercio y todas aquellas prácticas que favorecían la concentración del poder económico y la formación de monopolios, la Ley Clayton aprobada en el año de 1914, originada en una necesidad de suplementar la legislación existente que prohibía las restricciones ilegales y los monopolios y la Ley Robinson Patman de 1936 entre otras.

En Costa Rica resulta interesante mencionar la ley de protección al consumidor en la medida en que señala que "en el desempeño de su cometido el Ministerio de Economía y Comercio podrá... i) controlar y evitar las prácticas restrictivas de la actividad comercial y comercio desleal, así como las prácticas monopolísticas de mercado." Se engloban aquí todas las prácticas de comercio desleal. Ahora bien, si consideramos que el dumping es una práctica de comercio desleal y, a su vez constituye una práctica monopolística de mercado, podríamos concluir que el Ministerio estaría facultado para intervenir y resolver denuncias por dumping practicado en el territorio nacional. Al respecto la Procuraduría General de la República señalo que: "El legislador no contempló expresamente el dumping en la ley que se analiza. No obstante, por tratarse en la especie de una actitud comercial a todas luces desleal y dolosa que va en perjuicio directo de los demás comerciantes, no le cabe duda a esta Procuraduría... que este Ministerio está

---

8 Boulding. Kenneth. Análisis económico. Octava. Ediciones de la Biblioteca de la Ciencia Económica. Madrid. 1963 pág 554.

9 Aftalion. Enrique. Tratado de Derecho Penal Especial. Tomo I. La ley. Buenos Aires. 1969. pág 315.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

plenamente respaldado por la ley para controlar y evitar tal práctica con base en el inciso i) del artículo 4 de la Ley número 5665 por ser un caso de comercio desleal."[10] Ello nos lleva a afirmar de que en Costa Rica no existen sanciones legales contra el llamado dumping interno por cuanto la realidad de la ley de protección al consumidor es la de desarrollar el principio constitucional del interés público del Estado de impedir toda práctica de tendencia monopolizadora, pero no a través de mecanismos claros de sanción sino a través de la figura de mediador encomendada al Ministerio frente a situaciones calificadas como prácticas de comercio desleales y, aunque el dumping sea un claro caso de competencia desleal el mismo no será conocido como tal por los tribunales de justicia por cuanto la competencia desleal en nuestro medio está concebida para aquellos casos en que exista desviación de la clientela a través del uso indebido de marcas y nombres comerciales capaz de ocasionar graves daños y perjuicios a los tenedores de dichos signos distintivos.

En síntesis, pareciera que el llamado dumping interno esta más relacionado con una práctica de comercio desleal que con una alteración específica de precios en el mercado internacional con intenciones desestabilizadoras para los demás participantes.

De todo lo expuesto hasta ahora en relación con el dumping podemos extraer tres cosas fundamentales:

A.- Consiste en una práctica que busca inundar el mercado con mercancías a precios inferiores o iguales a su costo de producción.

B.- Su objetivo con la utilización de la práctica mencionada es eliminar a todos los competidores posibles del mercado y;

C.- Busca obtener como resultado de su objetivo una posición monopolizadora en el mercado que le permita no sólo mantener su control sino que también el control subjetivo de los precios.

En Costa Rica el dumping pues se sancionará como una práctica de comercio desleal que atenta contra el principio del libre comercio ya que representa y conlleva una tendencia monopolizadora. Por su parte la Ley de Protección al Consumidor establece como hechos punibles:

a.- El acaparamiento;

b.- La adulteración de bienes o servicios con el objeto de lucrar mediante la variación artificial de sus cualidades, pesos o medidas;

c.- La especulación, la acción de vender y ofrecer bienes o servicios a precios superiores a los fijados oficialmente; y

d.- Las acciones que dañan o destruyen cajas, envases o bienes similares con el propósito de causar perjuicio a los competidores.

En conclusión, el dumping representa un fenómeno económico que reviste características propias de una competencia y un comercio desleal cuyo objetivo central es desestabilizar a la competencia con intenciones monopolizadoras de un mercado para efectos de controlar, tarde o temprano, los precios, el presente y el futuro de aquel mercado en perjuicio de quién sea. Cuando se encuentra referido hacia el mercado interno se le conoce bajo la temática de una competencia desleal basada en el ejercicio de una práctica desleal comercial, como lo es el vender los productos en el mercado interno a precios inferiores al costo de producción, se pierde si, pero se invierte a largo plazo porque se es más poderoso

---

10 Procuraduría General de la República. Oficio número 41-75 de 28 de octubre de 1975 dirigido al departamento de control de precios del Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

económicamente y, ahora o después, se dominará el mercado.

En cuanto a la bibliografía se detalla la misma en las notas al pie de página y se engrosa con la siguiente:

1. Barrera Graff. Jorge. Estudios de Derecho Mercantil. Porrúa S.A. México. 1958.
2. Errasti. Francisco. Introdución a la Economía. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Madrid. 1975.
3. Fournier. Favio. Derecho a la integración económica centroamericana. Lehmann. San José. 1974.
4. Ohlin. Bertiol. Comercio Exterior y Política Comercial. Cuarta. Traducción de Bering Becker. Aguilar Ediciones S.A. Madrid. 1958.
5. Viterbo. Camilo. Ensayos de derecho comercial y económico. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1958.
6. Sanchis Vidal. Pascual. El dumping como una restricción a la importación. Revista de Comercio Internacional. Bolivia. Número 6 año III 1984.
7. Vergara. Jaime. El GATT y los subsidios en Costa Rica. Centro para la promoción de las exportaciones e inversiones. San José. 1987.
8. Ingreso de Costa Rica al GATT. Revista Industria. Cámara de Industrias. San José. Número 3 1988.
9. Listo el ingreso de Costa Rica al GATT. Revista Gestión Empresarial. San José año 1 número 7 1989.
10. Lizano Fait. Eduardo. El programa de ajuste estructural. Revista Exportación de la Cámara de Exportadores de Costa Rica. San José. Vol. 18. 1988.
11. Lobo H. Ana Gabriela. Los acuerdos de subsidios y derechos compensatorios y los incentivos aplicados a la exportación en Costa Rica. Revista de Ciencias Económicas. San José. Costa Rica. Vol. VI. Número 2. 1986.
12. Segura Bonilla. Olman. Costa Rica y el GATT. Los desafíos del nuevo orden del comercio mundial. Editorial Porvenir. 1991. San José.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

Revista Judicial, Costa Rica. Año XX, Nº 64, setiembre de 1997

DERECHOS DEL CONTRATISTA EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

LIC. GIOVANNI MUÑOZ JIMÉNEZ *

I.- INTRODUCCIÓN

II.- CONSIDERACIONES GENERALES

III.- PRINCIPALES DERECHOS DEL CONTRATISTA.

III.1. Colaboración y cumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración.

III.2. Derecho al Equivalente Económico.

III.2.a. Concepto.

III.2.b. Legislación Nacional.

III.2.c. El Reajuste de Precios.

III.2.d. La Cláusula de Revisión.

III.2.e. Leyes de Reajuste para Contratos de Obra.

* Abogado y Notario

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. INTRODUCCIÓN

La contratación administrativa ha venido a ser, en los últimos tiempos, fuente primaria de relaciones jurídicas litigiosas, más por desconocimiento de las partes en cuanto al alcance de sus derechos y obligaciones, que por su mala fe durante la etapa de ejecución contractual.

En una normativa orientada sobre la base de la teoría monista del Contrato Administrativo[1], es difícil para el contratista identificar el ámbito de sus obligaciones, de frente a un cúmulo de potestades en sede de la Administración, que además resultan del todo ajenas de las relaciones contractuales privadas con que normalmente lidia el mismo contratista.

Dando por descontado la existencia irrefutable —y además necesaria—, de potestades de pleno derecho en favor de la Administración, tales como la de Modificación Unilateral, Interpretación Unilateral, Rescisión y Sanción Administrativas (cuyo origen precisamente es legal, no contractual), es menester analizar, para los efectos de este estudio, los principales derechos del contratista que, a la postre, se constituyen como un paliativo de frente a aquellas prerrogativas, concedido por el ordenamiento jurídico para asegurarle un mínimo de certeza jurídica en su relación contractual. En este orden, el derecho al mantenimiento de la ecuación financiera del contrato ha venido, si se quiere, a modular, merced a su especial naturaleza, el principio iusprivatista del "CONTRACTUS LEX INTER PARTES" en la contratación administrativa.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

El contrato administrativo ha ido surgiendo en la normativa jurídica de nuestra sociedad, como un instituto especial, innovativo y peculiar, cuyos rasgos característicos difieren del ancestral clásico contrato de derecho privado, ello en razón, en primera y última instancia, de los superiores fines de interés público que por su medio se pretende satisfacer. Así, si la Administración ve alterada su posición en relación a la que tendría un particular en un contrato de derecho común, también el contratista se enfrenta a la vida jurídica de este instituto, afectado por aquellos superiores intereses cuya repercusión se manifiesta a través de un régimen de máximo control y en donde su comportamiento será juzgado con un criterio mucho más severo que en el contrato civil o comercial. No obstante, dada su doctrina moderna, como un verdadero "colaborador" de la Administración, el contratista obtiene en esta relación ciertos derechos o garantías de que en su relación contractual privada carecería; ello

---

1 Si bien existe inclinación, en la doctrina nacional, por el criterio de la Teoría Monista, es lo cierto que aún subsisten una serie de incógnitas e incompatibles en la aplicación pura y simple de esa teoría, a casos concretos. No obstante, el tema en cuesti;on abarcaría por sí solo, un estudio mucho más amplio que el presente, razón por la cual, sobre el particular, baste po ahora con refereir a Marienhoff, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo,* Edit. Abeledo-Perrot, Vol. III. A, 1974, pag. 21; García de Enterrá, Eduardo. *Dos Regulaciones Orgánicas de la Contratación Administrativa,* Revista de la Administración Pública Nº 10, I.E.P., 1953, pág. 268; Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo.,* Edit. Plus Ultra, T. II, 1979, pag. 454 y, sobre la Teoría Monista en Costa Rica: Ortíz Ortíz, Eduardo. *Renuncias y Limitación de Responsabilidades en Contratos Administrativos,* Revista de Ciencias Jurídicas Nº 46, 1982.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

con el fin de lograr la eficaz y cabal satisfacción de los fines públicos que el contrato persigue.

En la relación privada, las cláusulas garantizan de modo inalterable los derechos patrimoniales de las partes —salvedad hecha, por supuesto, de las eventuales causas excluyentes de responsabilidad—, las cuales deberán cumplirse con estricto apego a lo convenido, en virtud de que ese acuerdo tiene carácter de "ley entre las partes"[2].

En la contratación administrativa, el régimen no puede ser el mismo, porque las situaciones reguladas son muy diferentes y los fines perseguidos igualmente distintos. Así pues, si bien la Administración se encuentra facultada, de pleno derecho, para hacer uso de sus prerrogativas de Derecho Público cuantas veces así lo requiera el interés público, ello en modo alguno implica que no está igualmente obligada con el particular contratista, pues, si así no fuera, difícilmente encontraría proveedores con quien contratar. Por el contrario, el mismo ordenamiento le concede al cocontratante un sistema indemnizatorio más favorable que el que tendría en una contratación regida por el Derecho Común.

III. PRINCIPALES DERECHOS DEL CONTRATISTA

III.1. Colaboración y cumplimiento de las prestaciones a cargo de la Administración.

Precisamente, el severo régimen de cumplimiento al que está sometido el contratista, provoca que, en todo momento, la Administración Pública deba tener en cuenta el carácter de "colaborador" que el contratista particular asume, en relación con las funciones que a aquella le competen. Esa colaboración generalmente estará contemplada en las mismas normas del pacto o aún en la normativa que regule la materia, tal como normalmente sucede con el acuerdo de anticipos, o bien con las cláusulas normativas que admiten la inclusión de fórmulas para reajuste de precios, sólo para citar dos ejemplos entre muchos otros.

La Administración asume así un papel complejo que no siempre cumple a cabalidad. De un lado, debe velar celosamente por el correcto incumplimiento del contrato, haciendo uso al efecto de todas sus potestades y del estrado superior que le corresponde, mientras que, por otro lado, debe prestar a su cocontratante, todo el apoyo que los límites legales y convencionales le permiten.

Con todo y su carácter especial, es lo cierto que si el contrato liga y obliga al contratista particular, igualmente liga y obliga a la Administración Pública contratante. Es desde esta perspectiva, que el contratista particular tendrá el derecho de exigir que la Administración cumpla con aquellas obligaciones que del contrato se deriven a su cargo. Por lo demás, no se trata sólo de que ejecute sus obligaciones, sino de que lo haga de la manera más correcta y dentro de un plano de buena fe, dentro de los plazos fijados o, a falta de término, dentro del razonable que corresponda según la índole de la obligación.

La Administración deberá proporcionar, dentro de su deber de cumplimiento, todas aquellas prestaciones a que se obligó en forma explícita o implícita; igualmente deberá respetar el plazo de ejecución convenido en el pacto y reconocer al contratista las compensaciones pecuniarias a que tuviere derecho[3].

---

2 Artículo 1022 del Código Civil.

3 "...el Estado incurrió en responsabilidad contractual frente a la actora, al no poner a su disposición, a como estaba obligado, el terreno en el cual se levantaría la obra contratada, sin el cual ésta no podría realizarse... la adjudicó y permitió que se iniciaran los trabajos sin haber adquirido el terreno donde se levantaría la obra conforme al contrato... Esta conducta culpable del Estado lo obliga a indemnizar los daños y perjuicios sufridos por la actora." Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sentencia Nº 1994, de las 17:05 horas del 8 de setiembre de 1976.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Es claro que la Administración no sólo debe cumplir con sus obligaciones, sino que debe abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda interferir con la debida ejecución del convenio. Si la Administración incumpliera con esos deberes, su actuación podría generarle diversas responsabilidades, que podrían extenderse desde la justificación del retardo en el cumplimiento de las prestaciones del contratista, o aún en la suspensión de ellas, hasta la indemnización por los daños y perjuicios que se hubieren producido por esa causa.

En nuestro derecho, el inciso c) del artículo 228 del Reglamento de la Contratación Administrativa (en adelante "RCA"), establece como obligación del Órgano Estatal, la de poner "corrección, buena fe y lealtad en el ejercicio de sus atribuciones"; obligación que, en nuestro criterio, más pareciera aplicación de un principio general de derecho reconocido en toda rama de esta ciencia, que un derecho —correlativo a una obligación— en favor del contratista.

Por último, interesa resaltar que, en caso de existir incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración, el Juez no podrá ordenar que ésta las cumpla; no podrá condenarla a una obligación de hacer —como si lo puede hacer la propia entidad para con su contratista—, pero si a pagar sumas de dinero como indemnización por daños y perjuicios.

III.2. Derecho al Equivalente Económico.

III.2.a. Concepto.

El cocontratante de la Administración ha dispuesto su participación en el contrato, con vista en una utilidad razonable (normalmente), calculada por la prestación que ejecutará para la Administración. En aplicación del principio de la "intangibilidad de la remuneración del contratista", este tiene derecho a que se le asegure ese beneficio; el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, o reestablecimiento de la ecuación financiera.

La ecuación financiera producto de la relación contractual, no puede ser alterada por las partes durante la ejecución, de ahí que exista un deber de la Administración de colocar al contratista en condiciones de cumplir su prestación, cuando hechos ajenos a la voluntad de las partes amenazen con impedirlo:

> "Cuando esa utilidad calculada no se produce en razón de circunstancias totalmente ajenas al cocontratante, provenientes de hechos extraordinarios que no pudieron razonablemente preverse, y que tornen excesivamente más oneroso el cumplimiento de sus obligaciones, el cocontratante tiene derecho, en buenos principios, al reajuste de las tarifas o del precio pactado, o al pago en su defecto de una indemnización que cubra su quebranto en cuanto pueda exceder del álea anejo y previsible en todo convenio de tracto sucesivo."[4]

No obstante, no se trata de un "seguro del contratista", contra eventuales pérdidas de la explotación, sino una razonable equivalencia entre cargas y ventajas de las partes. Como en todo contrato, el cocontratante de la Administración debe soportar, a su propio costo y riesgo, el álea "normal" de todo negocio, no así el "anormal", cuyas consecuencias deberán serle resarcidas. Siendo así, el contratista puede hacer valer un verdadero derecho al restablecimiento de ese equilibrio cuando ciertas causas han ocasionado su ruptura[5].

Así las cosas, podemos resumir diciendo, que la alteración o ruptura del equilibrio

---

4 Bercaitz, Miguel A. Teoría General de los Contratos Administrativos., Edit. Depalma, 1952, pág. 329.

5 La idea de la ecuación financiera surgió como consecuencia de una elaboración del Consejo de Estado Francés, concretamente en el ARRETE COMPAGNIE GÉNÉRALE FRANCAISE DES TRAMWAYS, del 21 de mayo de 1910, bajo redacción del Comisario de Gobierno León Blum, partiendo de la idea de la "Justicia Conmutativa". Ver al respecto, Houriou, Marcel. Jurisorudence Administrative, T. III, pág. 470, citado por Diez, Manuel María, Op. Cit., pág. 65.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

económico-financiero, puede responder a tres causas: a) imputables directamente a la Administración contratante (responsabilidad contractual de la Administración; por ejemplo, hecho de la Administración en ejercicio de la "potestas variandi"); b) imputables indirectamente a la Administración contratante (responsabilidad extracontractual de la Administración; v.gr., "hechos del príncipe", actos de poder público); c) no imputables a la Administración (responsabilidad extracontractual, por ejemplo, teoría de la imprevisión).

Por último, es importante tener en cuenta la exposición matemática que, sobre el principio de la ecuación financiera del contrato, ha elaborado un connotado autor: El equilibrio del contrato de derecho privado es estático, representado por la fórmula a=b. Si una de las partes, en este contrato, incumple, altera sus obligaciones o comete una falta, el sistema contractual se rompe irremediablemente. El equilibrio del contrato administrativo es dinámico, y lo podemos representar bajo el tipo a/b = a' /b'. Si la Administración sustituye una obligación a' en el lugar de la obligación originaria, la remuneración de su cocontratante, que era b' en su origen, se convertirá en b', y el sistema contractual, con ese equilibrio, se habrá mantenido[6].

Siendo así, no puede hablarse de responsabilidad contractual o extracontractual de la Administración, pues no hay incumplimiento o hecho culposo imputable al ente público. La teoría del equivalente económico implica, más bien, una "indemnización" (no necesariamente total), para ayudar al contratista a superar las adversidades imprevistas que puedan dar al traste con la ejecución del convenio.

Igualmente, según sea la concepción que se tome, así será la reparación que en cada caso se estime. Aquellos que entienden el concepto en sentido estricto, como consecuencia lógica de esa responsabilidad contractual, se inclinan por la reparación total, comprensiva tanto del "DAMNUM EMERGENS" COMO DEL "LUCRUM CESSANS".

Para quienes concebimos el término en sentido lato, el FACTUM PRINCIPIS entrañaría una obligación de indemnización que no exige, de suyo, la idea de compensación total (contrario a la "POTESTAS VARIANDI").

Sobre el punto, nuestro ordenamiento vuelve a calificar de "sui géneris" pues, mientras consigna el concepto estricto, reconoce una indemnización parcial que, no por ello, no deja de ser bastante beneficiosa para el contratista (artículo 239 R.C.A.).

III.2.b. Legislación Nacional.

El principio de la indemnización por hecho del príncipe, fue enunciado, originalmente, por Ley Nº 5901 de 20 de abril de 1976, que vino a agregar dos Títulos más la Ley de Administración Financiera de la República, Nº 1279 de 2 de mayo de 1951. Por virtud de esta reforma se positivizaría en la normativa administrativa costarricense la teoría en cuestión, al decir:

> "Artículo 113. La Administración asumirá, a gestión del cocontratante, un porcentaje del daño emergente que este sufra cuando el contrato, pendiente o en curso de ejecución, no suspendido, se viere severamente afectado por medidas de la propia Administración contratante, generales o de orden económico, que de modo directo incidan en la economía del contrato. La Contraloría General de la República deberá autorizar el pago conforme a los principios anteriores y al Reglamento respectivo."

Como se observará, desde este momento tomó partido nuestra normativa, por lo que hemos denominado el concepto estricto del término; esto es, el reconocimiento de la indemnización solo cuando la disposición perjudicial haya sido dictada por la misma Administración contratante (esto sin perjuicio,

---

6 Pequinot, George, Des Contracts, fasc. 511, pág. 11, citado por Ariño Ortiz, Gaspar, Teoría del Equivalente Económico de los Contratos Administrativos, Instituto de Estudios Administrativos, 1968, pág. 241-242.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

por supuesto, de la posterior reglamentación de esta disposición en el R.C.A.).

Si bien en primera instancia pareciera que el artículo debe tener un alcance amplio —pues acepta que el hecho generador pueda ser particular, general o de orden económico—, es más bien lo cierto que confunde y complica su ámbito de aplicación, al condicionar su reconocimiento, a que esas medidas nocivas "de modo directo incidan en la economía del contrato".

En nuestro concepto, de conformidad con lo elaborado por la doctrina contemporánea sobre el particular, lo que el término pretende asegurar, es que no cualquier alteración a la ecuación financiera por acto de la propia Administración es indemnizable, sino aquel que cause un perjuicio especial y grave, o sea, que de no haberse producido, el contrato habría seguido una ejecución normal, aún con algún perjuicio para el contratista.

Sea como fuere, éstas son circunstancias que deberá considerar, para admitir el reclamo respectivo, la Administración contratante y, para aprobar los términos del acuerdo, la Contraloría General de la República (artículo 250 R.C.A.).

Importa, igualmente, resaltar una particularidad relevante que presenta la incorporación del Hecho del Príncipe en la normativa nacional, cual es el tipo de reparación que eventualmente podría generar. Así, aún y cuando la completa elaboración de la indemnización por hecho del príncipe vino a ser establecida por el R.C.A., es importante señalar los elementos esenciales que, en nuestro derecho positivo y a partir del enunciado de la L.A.F.R., se reconocen a la figura en cuestión:

1. Se trata de un acto de la propia Administración contratante;
2. La indemnización alcanzará solamente un porcentaje del daño emergente que el contratista sufra (sin perjuicio de lo que posteriormente estableció el R.C.A)
3. La medida debe haber afectado "severamente" el equilibrio del contrato;
4. La medida perjudicial puede ser general o de orden económico;
5. El acto de la Administración debe incidir "directamente" en la economía del contrato;
6. La Administración indemnizará sólo a gestión de parte;
7. El pago por este concepto deberá ser autorizado por la Contraloría General de la República.

Con la entrada en vigencia del Reglamento supra citado, D.E. 7576-H de 23 de setiembre de 1977, se intentó depurar el sistema, y se establecieron los porcentajes de indemnización a que el contratista tendría derecho por aplicación de esta teoría. La redacción actual del numeral 239 del Reglamento de cita, dispone:

> "Artículo 239.—Cuando el contrato pendiente de iniciarse o en curso de ejecución, mas no interrumpido ni suspendido, se vea severamente afectado por medidas de la propia Administración contratante, generales o de orden económico que inciden directamente en la economía del mismo, aquella asumirá el 100% del daño emergente y hasta el 50% de la utilidad prevista.
>
> Igual conducta se seguirá respecto al impacto en la economía del contrato de fenómenos económicos u otros, imprevisibles que trastornen seriamente los presupuestos financieros del negocio bajo las condiciones dichas. A tales efectos las cotizaciones originalmente presentadas deberán contener el desglose de los rubros correspondientes, incluyendo la utilidad estimada. Los convenios respectivos requieren aprobación de la Contraloría General y estarán precedidos de estudios económicos sólidos, realizados por economistas o contadores públicos incorporados al respectivo Colegio en donde se evidencien las pérdidas sufridas. Mas de existir incumplimientos legales, negligencia u otras irregularidades que ilegitimen al contratista para tal beneficio, la Administración denegará el reconocimiento de los reajustes que se pretendan."

Especial mención merece, al respecto, la innovación últimamente incorporada al artículo en cuestión (así reformado por DE 1319-H, del 2 de octubre de 1981), y que se refiere, concretamente, a la utilidad prevista. Mientras que la Ley faculta a la Administración a reconocer un

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

porcentaje por el daño emergente, el Reglamento opta, no sólo por reconocer la totalidad del daño emergente que el acto lesivo ocasione, sino también faculta el reconocimiento de hasta un 50% de la utilidad prevista.

La forma de operación de estos porcentajes, ha sido aclarada por el Órgano Contralor:

> "...en consecuencia, si un servicio de suministro, por ejemplo, se ha pactado en ¢120.000.00 a cargo de la Administración, de los cuales ¢100.000.00 corresponden a costos y ¢20.000.00 a utilidad, y el impacto de tenémenos como los expresados produce un encarecimiento de los costos, elevándolos a ¢150.000.00, el contratista podría pretender un reconocimiento de esos ¢50.000.00 adicionales, más ¢10.000.00 en concepto del 50% de la utilidad prevista, para obtener una suma total de ¢160.000.00.
>
> Ahora bien, si el aumento en los costos subió a ¢110.000.00, el contratista no tendrá derecho a recibir suma alguna en concepto de reajustes, puesto que con los ¢10.000.00 de utilidad garantizada, el monto total del contrato no excedería de lo originalmente establecido, sea de los ¢120.000.00."[7]

Así las cosas, es el interés de la Administración costarricense, el indemnizar al contratista los perjuicios que el acto lesivo le ocasione, así como un porcentaje mínimo de la utilidad originalmente prevista. La medida **es indemnizatoria, no revisoria** de los precios que, por principio, seguirán firmes y definitivos e invariables (artículo 87 R.C.A.).

A nuestro entender, según esta interpretación del Órgano Contralor, el contratista estará en obligación de cargar, como mínimo, con los perjuicios que pueda cubrir con el 50% de su utilidad prevista, porque es ese porcentaje lo que se le quiere garantizar, indemnizando, por cuenta de la Administración, lo que exceda de la suma cubierta por ese porcentaje de utilidad; esto es, la indemnización por el daño emergente podrá ser parcial o total, lo que no será total, es el reconocimiento por lucro cesante.

Es igualmente necesario advertir, como en reiteradas oportunidades lo ha hecho la Contraloría General, que por virtud del artículo 239 sub-exámine, no se pueden establecer gestiones para "reajuste de precios", ya que las fórmulas, requisitos, efectos y procedimientos para ese tipo de procedimiento, son muy diferentes según se expondrá infra[8].

Por lo demás, debemos señalar, como condiciones importantes para la aplicación de la teoría que tratamos, el que no existan incumplimientos legales o negligencia por parte del contratista; evento ante el cual la Administración podrá denegar la solicitud, así como si el contrato ha sido ejecutado en su totalidad a la hora de la solicitud, o bien si la ejecución del mismo se encuentra suspendida.

La norma en cuestión no contempla el plazo en que se debe presentar la solicitud de indemnización, razón por la cual se puede ejercitar ese derecho cada vez que se den las condiciones previstas en él, sin perjuicio de que el contratista pueda optar por realizar una sola o varias gestiones, siempre dentro de las condiciones de ejecución supra citadas.

En este orden, el interesado deberá gestionar directamente ante la Administración contratante, presentándole un informe completo y detallado sobre el porcentaje y monto exacto del incremento en el costo que han sufrido los rubros que componen el precio de la oferta, debidamente certificada por un

---

7 Pronunciamiento Nº 8225 del 16 de agosto de 1982, Departamento de Licitaciones de la Contraloría General de la República.

8 "...lo que la norma que se cuestiona autoriza, es el reconocimiento del daño emergente que afecte el equilibrio económico del contrato, así como parte del lucro cesante; en manera alguna esa norma o cualquier otra del Reglamento de Contratación o de la Ley, autoriza la revisión de precios; por el contrario, el artículo 87 del referido Reglamento, en su filosofía, informe que los precios son irrevisables en el plazo de ejecución del contrato, con las salvedades que en dicha norma se establecen...". Pronunciamiento N° 4932 del 26 de mayo de 1982, Departamento Legal de la Contraloría General de la República.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Contador Público Autorizado o por un Economista, quien deberá emitir su criterio sobre los resultados arrojados por su investigación, de tal modo que la Administración, después de estudiar esos antecedentes, se pronunciará por el reconocimiento o no del reclamo en cuestión.

Por último, estimamos de interés mencionar, como fundamentales y sin perjuicio de Administración pueda efectuar, los siguientes requisitos para el trámite de la solicitud para el reconocimiento de las indeminizaciones por concepto de "hecho del príncipe"; así como el procedimiento ulterior a seguir por la Administración:

a) La gestión de indemnización debe partir de la persona física o jurídica, que figure como titular del contrato. En este último caso, a través de su representante legal debidamente acreditado;

b) La gestión debe tener fundamento en medidas de orden general dictadas por la Administración contratante, generales o de orden económico, que incidan adversamente en la ecuación económica del convenio, según los supuestos que le dieron origen;

c) Debe consignarse, no sólo una petitoria concreta acorde a las pretensiones del gestionante, sino una relación de hechos debidamente demostrados, que evidencien la legitimidad de lo pedido.

d) La gestión debe tener asidero en un contrato firme y eficaz, háyase o no comenzado a ejecutar, pero que, si se hubiere comenzado, no haya sido suspendida su ejecución.

e) El acto lesivo no debe haber sido previsto al momento de contratar ni debe corresponder a riesgos normalmente previsibles según la naturaleza del contrato.

f) El acto, hecho o resolución de la autoridad pública, debe haber ocasionado un desajuste realmente importante en la ecuación financiera del contrato. Debe tenerse presente, a título informativo, la doctrina del artículo 49 del R.C.A.

g) El acto lesivo no debe ser tal naturaleza que imposibilite del todo la continuación del contrato (pues de ser así, lo que procedería es más bien la rescisión sin responsabilidad para el contratista, art. 238 R.C.A.).

h) La indemnización solicitada deberá concretarse, como máximo, al 100% del daño emergente y 50% de la utilidad prevista.

i) No deben incluirse las pérdidas que experimente el contratista con carácter normal, propias del riesgo de toda empresa económica.

j) Antes de aceptar total o parcialmente el reclamo, la Administración deberá verificar, a través de un estudio serio y detallado, si se cumplen todos los supuestos jurídicos correspondientes, así como que los cálculos matemáticos están bien sustentados en razón de todos los factores económicos que se afecten.

k) Si la pretensión del contratista es aceptada, se deberá suscribir un convenio en este sentido, remitiéndose para su refrendo a la Contraloría General de la República.

l) Caso de no llegar a un acuerdo, o que después de éste el Órgano Contralor introduzca modificaciones que no satisfagan los interéses del contratista, éste podrá optar por abandonar lo convenido o resuelto, y demandar directamente a la Administración ante la sede Contencioso Administrativa.

III.2.c. El Reajuste de Precios.

Si bien es principio de la Contratación Administrativa, el que los precios consignados en toda oferta son firmes y definitivos (artículo 87 R.C.A.), estos precios pueden no corresponder, a la larga, a los que realmente llegue a pagar la Administración; bien sea por el acaecimiento de incidencias durante la ejecución del contrato, que obedezcan al área

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

administrativa o económica anormal —ambos ya expuestos—, o bien, por la existencia en el convenio de cláusulas de "reajuste" a cuyo estudio ahora nos referiremos.

En virtud de estas cláusulas, se reconocerán al contratista las diferencias en los costos de los distintos renglones de pago, que para la prestación se hayan previsto, siempre bajo determinadas condiciones y sin necesidad de entrar a calificar si el aumento se debió a hecho de la Administración, acontecimientos imprevisibles, o alguna otra circunstancia anormal, ello así tal como expusimos al inicio de este estudio, en virtud de los superiores intereses que a través de la contratación administrativa, se persigue satisfacer[9].

Es por razones del orden citado, que el ordenamiento jurídico administrativo ha debido flexibilizar su normativa a efecto de obtener, no sólo la prestación requerida en cada caso, sino que esa prestación sea rendida de la mejor manera posible y por el mejor contratista que sea posible, de donde que, al asegurar un justo y equitativo trato para sus contratistas, ella misma se asegura una buena satisfacción de la prestación requerida:

> "Antaño el precio cierto tenía, en cuanto invariable, la condición de determinado, y las obligaciones pecuniarias pertenecían al grupo de las obligaciones líquidas. Hoy el precio cierto en su concepto clásico ha sido superado, y esto así en cuanto que actualmente se tiende a no determinar apriorísticamente el montaje dinerario: la obligación nace ilíquida, pero liquidable, y el precio es indeterminado pero determinable con arreglo a los criterios objetivos previstos en la cláusula revisoria. También ahora el precio sigue siendo cierto, si bien fuera del concepto clásico; es decir, el término precio cierto es, también él, objeto de modulaciones".[10]

Así las cosas, la Administración prefiere readecuar los precios cada vez que así se requiere y no exigir al contratista el cumplimiento aún con pérdidas.

III.2.d. La cláusula de Revisión.

Las cláusulas de revisión o automáticas, son aquellas que determinan a la vez las condiciones de revisión y las reglas precisas a seguir para el cálculo de los nuevos costos mediante la aplicación de fórmulas algebraicas cuyos componentes son los diferentes elementos del precio y están fijadas en el contrato en todos sus detalles, tal y como lo dispone, en nuestro ordenamiento, el artículo 49 del R.C.A.[11]

Este artículo, a nuestro juicio, está concebido sólo en beneficio del contratista, puesto que expone, como finalidad, reconocer al mismo diferencias de precio que excedan el precio cotizado. La cláusula deberá ser expresa, ya sea que su procedencia se admita desde el cartel de condiciones, o bien estando ya en curso de ejecución el contrato y así expresamente se adicione su texto, caso en el cual dicha incorporación será, únicamente con eficacia hacia futuro. En todo caso, es lo cierto que la revisión de precios que incorpora el R.C.A., no se presume ni surge "EX LEGE", SINO SÓLO "EX CONTRACTU"; ESTO ES, NO CABE REVISIÓN SI NO APARECE INCLUÍDA LA CORRESPONDIENTE CLÁUSULA EN CADA PLIEGO DE CONDICIONES O, EN SU DEFECTO, EN EL CONTENIDO DEL CONTRATO. AL RESPECTO, HA MANIFESTADO LA CONTRALORÍA GENERAL:

---

9 Villar Palasí agrega que "la revisión de precios constituye así, para el contratista una garantía frente a la inestabilidad económica propia de la época, la cual, en contratos de gran volumen y larga duración, puede afectar grandemente al principio de equivalencia de las prestaciones." Villar Palasí, José Luis. Apuntes de Derecho Administrativo, Edit. Universidad a Distancia, T. II, 1974, pág. 118.

10 Moreno Guil, Oscar. Op. Cit., pag. 50.

11 Artículo 49. Podrá el cartel autorizar ofertas con cláusulas de reajuste, con sujeción a una fórmula matemática determinada, a base de factores económicos, a fin de reconocer diferencias de precio que excedan el 5% de lo cotizado, respecto a contratos continuados de servicio, de suministros y de arrendamiento no referido a edificios".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

"LA CLÁUSULA DE REAJUSTE DEBE SER AUTORIZADA POR EL CARTEL, O BIEN INCLUÍDA EN LA OFERTA AÚN CUANDO NO ESTÉ AUTORIZADA, SI LA ADMINISTRACIÓn LA ACEPTA Y SI NINGUNO DE LOS DEMÁS PARTICIPANTES LA IMPUGNA POR VÍA DE RECURSO; TAMBIÉN PUEDE ADAPTARSE ESTANDO EN CURSO DE EJECUCIÓN EL CONTRATO, POR CONVENIO DE PARTES CON VIGENCIA HACIA EL FUTURO"[12].

En este orden, el artículo 49 del R.C.C., dispone que el pliego de condiciones "podrá" autorizar que en las ofertas se incluya cláusula de reajustes, caso en el cual la cláusula es válida; a contrario, si el cartel no autorizó que las ofertas incluyeran la cláusula, es porque la Administración no lo consideró conveniente y todos los oferentes concursarán en igualdad de condiciones, sin cláusula de reajuste. El criterio de la Contraloría General, que involucra un sentido más amplio, pareciera tener una finalidad sana, cual es la de que, si por descuido o negligencia, el cartel no incluyó la cláusula para una contratación propensa a constantes incrementos de costos, no se vaya a quedar la Administración sin contratistas, o bien, ya en curso de ejecución el contrato, no vaya el contratista a tener que abandonarlo por la excesiva onerosidad sobrevenida en sus costos[13].

El numeral 49 R.C.A., contempla la posibilidad de incluir cláusula de reajuste de precios, en un "NUMERUS CLAUSUS" de contratos; esto es, sólo en los casos de contratos de suministros continuados, de servicios y arrendamientos no referidos a edificios o locales. Pareciera ser la intención, dejar al márgen de este sistema los contratos de construcción de obra pública, posiblemente por la existencia para ese caso particular, de una normativa especial adaptada a las particularidades de esa especie de contrato y sin perjuicio de que en un futuro no muy lejano, se lleguen a unificar ambos sistemas de reajuste de precios.

La misma Contraloría General ha venido estableciendo las pautas bajo las cuales dicho numeral debe ser aplicado:

1. La posibilidad de reclamar la aplicación de la cláusula de reajuste es ilimitada; esto es, podrá aducirse tantas veces durante la vigencia del contrato, como situaciones de encarecimiento de costos se presenten; siempre y cuando el encarecimiento exceda el 5% del monto original.
2. Por medio de la cláusula de reajuste, el contratista tendrá derecho a que la Administración le reconozca el 100% de las diferencias en los costos, con vigencia a posteriori desde el momento en que el contratista someta su reclamo administrativo debidamente justificado.
3. El cartel deberá, en principio, establecer el período de tiempo que se tomará la Administración para estudiar y aprobar la gestión de reajuste; no obstante, si ese requisito se omitiere, se estimará como razonable el plazo de un mes.

---

12 Circular de la Contraloría General de la República, de 3 de noviembre de 1992, publicada en La Gaceta Nº 232 del 2 de diciembre de 1982.

13 Sobre el particular, ha aclarado la Contraloría General: "El artículo 49 del Reglamento de repetida cita, constituye una excepción al régimen de la invariabilidad, inmutabilidad y firmeza del precio que es consustancial a la contratación administrativa. Ello es con el fin de que a pesar de que suceda variaciones considerables en la economía del contrato, es posible mantener una ecuación financiera, asegurando así la continuidad del servicio o suministro y evitando que sea el cocontratante quien cargue sobre sus espaldas con todo el peso del desequilibrio que podría incluso conducirlo hasta la quiebra. Consciente de este problema, la Contraloría General ha interpretado que la cláusula de reajuste debe ser autorizada si la Administración la acepta y sin ninguno de los demás participantes la impugna por vía de recurso, también puede adoptarse, estando en curso de ejecusión el contrato por convenio de partes, con vigencia hacia el futuro..." Resolución de la C.G.R., Nº 83-85 de 10:00 horas del 2 de julio de 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

4. Para poder aplicar la cláusula, es requisito imprescindible incluir en la oferta una fórmula matemática, mediante la cual se pureda fácilmente efectuar la revisión.
5. Aún cuando la oferta contenga una fórmula, es necesario que igualmente contemple un desglose de los elementos que componen el precio, tan exhaustivo como posible, de tal manera que permita a la Administración revisar rápida y correctamente las solicitudes planteadas.

III.2.e. Leyes de Reajuste para Contratos de Obra.

Las Leyes Nº 5501 y 5518 de 1974, vinieron a regular el régimen de reajustes de precio, en los contratos de construcción de obras públicas, que celebre la Administración con empresas nacionales (o extranjeras en casos de excepción)[14]. Por virtud de la primera, cuando por variaciones en los costos de los materiales, mano de obra, beneficios sociales, equipos a incorporar y servicios, se produjere un aumento o disminución en el valor de una obra, a ejecutar por una empresa constructora, se reajustarón los precios aumentándolos o disminuyéndolos, según corresponda.

No obstante, estas leyes —reglamentadas mediante DE 4428-MEIC de 14 de diciembre de 1974—, no sólo protegen a las empresas constructoras, sino que igualmente cubren, aunque con una normativa especial, aquellas compras que lleve a cabo el Estado, sin intervención de empresas constructoras, cuando se trate de contratos de servicios y suministros de origen local de la industria de la construcción.

Por lo demás, es preciso advertir que estas leyes no definen el momento procesal a partir del cual pueden operar los reajustes si bien, evidentemente, quien pretenda sus beneficios deberá ostentar la condición de contratista de la Administración. No obstante, debe advertirse que, en el lapso que transcurre desde el momento en que el oferente somete su propuesta, hasta que la misma resulte adjudicada (pasando por el término que se reserve la Administración para tomar su decisión, más los recursos impugnatorios que pudieren existir), puede haber acaecido variaciones significativas en los costos de los distintos renglones de pago que constituyen el precio. Lo procedente, en consecuencia, no es que se "reajuste" el precio cotizado, sino más bien para todos los efectos (tales como adelanto, etc.), que se "actualice" dicho precio, con base en los índices de precios respectivos.

Además, conforme a los términos del Reglamento a las Leyes de Reajuste, el contrato de construcción se define como el "acuerdo de voluntades libremente consentido y firme, entre el Estado y una empresa constructora, en virtud del cual ésta se encarga de la ejecución total o parcial de una obra, mediante el pago cierto y obligado de una suma de dinero", no obstante lo cual, tanto las Leyes 5501 y 5518, como el R.C.A., sólamente hacen referencia al "contrato de obra" como presupuesto para la aplicación de la normativa de cita.

Tanto las Leyes de Reajuste como su Reglamento, giran en torno al principio expuesto en el numeral 107 del R.C.A., por cuya virtud, para poder acogerse a los beneficios de las leyes de reajuste para contratos de obra, la oferta debe contener un desglose del presupuesto, que contemple al menos los rubros ahí indicados, cada uno con el detalle posible y con los precios ajustados al valor real al momento de la propuesta. Sin embargo, la Contraloría General ha debido modular los efectos del citado requerimiento, estableciendo al efecto:

---

14 La Contraloría General de la República se ha manifestado a favor de la aplicación del régimen de reajustes de precio en contratos de obra, en beneficio de empresas extranjeras aún cuando no se den las condiciones de excepción previstas en dicha normativa, pero si existan normas especiales —de origen contractual o legal—, que así lo impongan. Ver al respecto Pronunciamiento Nº 1677 de 22 de febrero de 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

EL CONTRATO DE KNOW - HOW O DE PROVISIÓN DE CONOCIMIENTOS TÉCNICOS

LICDA. AURA CÉSPEDES UGALDE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

Concepto de Know How

Función Económica

Formas de Manifestación

CAPÍTULO II

CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE KNOW - HOW

A) Garantías que debe dar el cedente de *Know How*: Vicios Jurídicos y Vicios de la Cosa:

B) Obligaciones del Beneficiario del Contrato de *Know How*:

C) Guía para la Elaboración de un Contrato de *Know How*.

CONCLUSIÓN

BIBLIOGRAFÍA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

INTRODUCCIÓN

El Derecho Mercantil desde sus orígenes es un derecho flexible que trata de responder a las necesidades comerciales de la época, de ahí que resulta frecuente que surjan nuevas formas de contratación que por lo general nacen en los países de mayor desarrollo económico e industrial y por lo tanto de mayor tráfico comercial.

Algunas figuras contractuales ya no tan nuevas en Europa o Estados Unidos a raíz de la expanción económica de estos países y del llamado fenómeno de la Globalización Económica Mundial, están conociéndose en nuestro medio, por lo que resulta muy importante que los abogados nos dediquemos al estudio de estas figuras contractuales para que podamos responder con eficiencia a las necesidades del Mercado.

En el presente trabajo nos vamos a abocar a tratar la figura del contrado de *Know How* o de provisión de conocimientos técnicos como prefieren llamarlo algunos, en sus aspectos más esenciales y prácticos con el fin de que resulte un instrumento útil y no de mera cultura jurídica.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE KNOW - HOW

Este concepto fue desarrollado por la práctica en el sistema jurídico angloamericano, pero es la Cámara Internacional de Comercio, quien posteriormente se aboca al estudio de la figura con el fin de clasificar su conceptualización e indagar si hay protección legal para esta figura en algunos países; así en 1957 define el *Know How* como "La totalidad de los conocimientos, del saber especializado y de la experiencia volcados en el procedimiento y en la realización técnica de la fabricación de un producto puede por lo tanto ser denominado "art de fabrication"[1]; y expresamente en el mismo documento dijo que "este concepto puede designar no solamente fórmulas y procedimientos secretos, sino también una técnica que guarde conexión con procedimientos de fabricación patentados y que sea necesaria para hacer uso de la patente. Puede también designar procedimientos prácticos, particularidades y conocimientos especializados técnicos, que fueron siendo obtenidos, por un productor a través de investigaciones y que no deben aún ser adquiridos por la competencia".

Literalmente *Know How*, significa "saber como", que de acuerdo al criterio de Guillermo Cabanellas(h) esta denominación resulta infeliz para denominar una figura tan completa como la que pretente nominar y textualmente dice "...tal expresión no tiene un sentido totalmente preciso ni en la práctica de nuestro derecho ni en la de otros derechos, tal como el norteamericano, que han sido los creadores de la misma"[2] y concluye que es más acertado para nuestro idioma referirse a esta figura como "contratos de provisión de conocimientos técnicos", es importante tal señalamiento a efecto de que tengamos presente que no hay uniformidad en la doctrina ni en las diferentes legislaciones sobre la denominación que debe usarse, por lo que cuando se habla de *Know How*, contratos de asistencia técnica o contratos de cesión de tecnología, etc. es muy probable que se esté hablando de lo mismo.

---

1 Stumpf, Herbert. El Contrato de Know - How. p. 5-6.

2 Cabanellas, Guillermo(h). Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología en el Derecho Privado. p. 28.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Para nuestros efectos vamos a definir el *Know How*, como un contrato que se celebra entre dos o más empresas, por lo que una confire a la otra una serie de técnicas y procedimientos normalmente no patentados, para la fabricación de un artículo o explotación de una actividad, que por la investigación y experiencia ha desarrollado dicha empresa y que son secretas, que a corto plano no hay otra forma de conseguirlas en el mercado, a cambio de una contraprestación X y con la condición de no divulgar los secretos confiados.

FUNCIÓN ECONÓMICA

Una empresa que a través del tiempo a logrado, con la práctica, estudios e investigaciones, desarrolla una tecnología y su máxima rentabilidad al aplicarla, que constituyen el alma de esa empresa y que por lo tanto expresan su nivel industrial, económico y comercial; y una empresa más pequeña o más nueva puede aprovecharse de esos beneficios sin incurrir en los gastos de trabajo y demás implicaciones que conlleva adquirir tales conocimientos por si misma; sin embargo es importante que los países sobre todo del tercer mundo presten mucha atención a este tipo de contratos de privisión de tecnología y en especial este tipo de contratos de provisión de tecnología y en especial al *Know How*, a efecto de verificar que realmente se obtenga beneficios para un sano desarrollo y que no se trate sólo de nuevas fórmulas de dependencia o de control de las economías desarrolladas, sobre las que están en vías de desarrollo.

FORMAS DE MANIFESTACIÓN

El concepto de *Know How*, es muy amplio y puede abarcar un sin fin de aspectos en el ámbito técnico y comercial de una empresa; dibujos de construcción, fórmulas y recetas; indicación de la calidad del material usado, documentos de fabricación; documentos, ventas y distribución, etc.[3] y que se concretan generalmente en un contrato de *Know How*, transferencia de tecnología o similares.

Naturaleza jurídica del contrato de *Know How*. Para el Autor Guillermo Cabanellas (h) el propósito del estudio de la naturaleza de este tipo de contratos "... no pasa de ser la de incluir adecuamdamente a los contratos aquí analizados dentro de las categorías jurídicas tradicioanels, si ello es posible, a fin de precisar las normas jurídicas que les serán aplicadas..."[4].

Pareciera ser que en nuestra legislación este es un contrato atípico, es decir que no esta regulado por la ley, bajo el nombre de *Know How* u otro similar como la transferencia de tecnología; que en la práctica es relativamente nuevo, sin embargo el hecho de que no este tipificado no implica que no se pueden pactar contratos de *Know How*, en nuestro país, por el contrario la Constitución Política en sus artículos 20, 11 a contrario sensu, 25 y 28 lo permiten, pero también pone limitaciones y así el artículo 46 dice expresamente "son prohibidos los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuera originado en una Ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopo-

---

3 Al respecto ver Stumpf, Herbert op. cit. p. 40.
4 Cabanellas, Guillermo (h). op. cit. p. 40.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lizadora..." y el artículo 47 que dice: "Todo autor, inventor, productor o comerciante gozará temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial, con arreglo a la ley"; y en relación con estos preceptos constitucionales debe considerarse el artículo 1022 del Código Civil que dice "Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes".

El estudio de estos principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico en relación con el contrato de *Know How* y similares es tema para una investigación, para el caso que nos ocupa, sólo debemos señalar que si en el futuro se quisiera tipificar estos contratos o adoptar, o firmar convenios internacionales, sobre el particular, estos deberá tenerse en cuenta; al igual que si nuestros Juzgados tuvieran que pronunciarse al respecto; y es importante recalcar que estos principios que informan esta materia contractual en otros ordenamientos jurídicos, en materia de libre competencia desleal. Para abordar de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico el contrato *Know How* es necesario además de tener en cuenta los principios constitucionales, recurrir a los principios generales de los contratos, y en lo que pueda aplicarse por analogía o tipicidad implícita, con respecto a las figuras contractuales semejantes tipificadas de ahí que es importante hacer la comparación con algunos contratos:

a) *Con el Contrato de Compra-venta;* este contrato es aquel por el cual dos sujetos de Derecho pactar sobre cosa y precio (art. 1049 c.c.), es decir un sujeto transmite a otro la propiedad de un bien material o inmaterial contra la entrega de una contraprestación que puede ser en dinero efectivo o en especie. Pero en el contrato de *Know How*, lo que se transfiere es el derecho a usar una tecnología y/o una experiencia por un período determinado o en el caso de que sea indefinidamente, siempre se presenta el hecho de que el beneficiario no puede disponer del objeto del contrato libremente, no lo puede vender, ceder o subarrendar como sería lo normal en el caso de la compra-venta, estos aspectos ya hacen una diferencia sustancial; al respecto nos dice el autor alemán Herbert Stumpf., "... en cada caso concreto, si el estado de los intereses que la ley ha presupuestado como módulo de valoración para llegar a determinada regulación que resulta del respectivo contrato de *Know How.* Sólo siendo así se podrá aplicar la correspondiente norma que rige en el compra-venta"[5] sobre el particular se refiere sobre todo a los casos en el no se le hay fijado al contrato una limitación temporal o aún cuando se la haya puesto término (para efectos de regalías) la tecnología y experiencia objeto del mismo no será devueltos por el beneficiario y este podrá seguir aprovechándolos.

b) *Con el Contrato de Locación de Servicios y de obra;* esta comparación puede tener sentido para aquellos ordenamientos jurídicos que tienen un concepto amplio sobre la locación de servicios y de obra, como podría ser el caso de Francia según lo expresa Guillermo Cabanellas (h) exponiendo el criterio de Magnin: "... Magnin se coloca dentro de la definición amplia que del contrato de locación de obra da el artículo 1710 del Código Civil, francés, para el que aquel es el contrato por el cual una de las partes se obliga a hacer alguna cosa para la otra mediante el pago de un precio convenido entre ambas. la Ley Francesa, del 3 de enero de 1967, amplía esa definición al extender la calificación del contrato de locación de obra a los contratos por los cuales un arquitecto o un técnico se comprometen a realizar un estudio, prestación de índole netamente

5 Stumpf, Herbert. op. cit. p. 59.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

intelectual. El autor citado halla que los Contratos de Transferencia de Tecnología encajan, básicamente, dentro del cuadro así descrito de los contratos de locación de obra".[6]

Poca relevancia tienen cualquier comparación que quisiéramos hacer a la luz de nuestro ordenamiento, con el contrato de obra, porque este al promulgarse el Código de Trabajo, a quedado reducido a la construcción de una obra cierta y determinada por un precio alzado según se desprende de los artículos 1183 y siguientes del Código Civil, que para nada se asemeja al contrato de *Know How.*

c) *Con el Contrato de Arrendamiento;* por el Contrato de Arrendamiento el propietario de un bien inmueble o mueble o de un derecho, concede a el arrendatario el derecho de uso o goce de la casa y sus accesorios por un tiempo determinado a cambio de un precio que puede ser una suma de dinero o una cantidad determinado de frutos. Al respecto nos dice Stumpf. "Es el contrato de arrendamiento el contrato que por su configuración legal es más semejante al contrato de *Know How, por cuanto confiere un derecho al uso.* Aún cuando el *Know How* no constituya normalmente un derecho, la posición del beneficiario del *Know How* semeja, por su contenido, a la del arrendatario de un derecho".[7] Sin embargo en la legislación costarricense el *Know How,* podríamos atrevernos a afirmar que si *es un derecho,* legalmente constituido, con categorías de bien jurídico tutelado, de acuerdo a lo que se desprende del "Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio", de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales y que corresponde a la Ley de la República número 7475, y que señala en su artículo uno, inciso segundo "A efectos del presente acuerdo, la expresión intelectual que son objeto de las secciones 1 a 7 de la Parte II, y la sección 7 de la Parte II se titula: Protección de la Información no Divulgada. Artículo 39 "1. Al garantizar una protección eficaz contra la competencia desleal, de conformidad con lo establecido en el artículo 10 bis del Convenio de París (1967), los miembros protegerán la información no divulgada de conformidad con el párrafo 2, y los atos que hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales, de conformidad con el párrafo 3.
2. Las personas físicas y jurídicas tendrán la posibilidad de impedir que la información que esté legítimamente bajo su contros se divulgue a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento de manera contraria a los usos convencionales honestos, en la medida en que dicha información:

a) Sea secreta en el sentido de que no sea, como cuerpo o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente no conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en el círculo en que normalmente se utiliza el tipo de información en cuestión; y

b) Tenga un valor comercial por ser secreta; y

c) Haya sido objeto de medidas razonables, en las circunstancias, para mantener secreta, tomadas por la persona que legítimamente la controla...10 : A los efecctos de la presente disposición, la expresión "de manera contraria a los usos comerciales honestos" significará por lo menos las prácticas tales como el incumplimiento de contratos, el abuso de confianza, la investigación a la infracción, e incluye la

6 Cabanellas, Guillermo(h). op. cit. p. 59.
7 Stumpf, Herbert. op. cit. p. 34.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tales prácticas" (el subrayado es mío).

En estas circunstancias no resulta descabellado afirmar que siendo un derecho creado por ley puede disponerse de él, de la misma manera en que se dispone normalmente en el Tráfico Comercial de los bienes y derecho de la categoría a la que corresponde; y si nos encontramos frente a un contrato de *Know How* a término o que no siendo bajo ciertos presupuestos pueda rescindirse, y que además por ese derecho de uso de esos secretos se paga a su propietario un precio en efectivo o en especie, por el monto y la forma convenida, estamos en presencia de lo que podría ser un contrato de arrendamiento, una afirmación tajante sería muy atrevida de nuestra parte, para una aseveración categórica se necesita un estudio más profundo una discusión doctrinaria seria.

d) *Con el Contrato de Licencia de uso;* de acuerdo al artículo 32 del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial dice "El propietario de una marca puede, por contrato otorgar licencia de la misma, a una o varias personas.

La licencia de uso puede ser exclusiva o no exclusiva respecto a determinado territorio o zona.

El propietario de la marca puede reservarse el derecho al uso simultáneo de la misma.

Podrán pactarse, igualmente, condiciones y restricciones respecto a la manera de emplearse la marca, siempre que tales condiciones o restricciones no contravengan lo dispuesto en este Convenio, a su vez el artículo 34 del Convenio señala "El Contrato de Licencia de Uso, deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial y sólo surtirá efecto a terceros a partir de la fecha de la correspondiente inscripción"; de igual manera esta regulada la licencia de uso de patente al efecto véase la Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, artículo 3 y el artículo 27 de su reglamento.

La diferencia fundamental con el contrato de *Know How*, estiba en que se trata el primero de un contrato sobre el derecho de uso de un derecho registrado y que también ese contrato sobre ese derecho debe registrarse; se trata entonces de contratos claramente tipificados, por el contrario el contrato de *Know How*, su objeto no es registrable, así como tampoco el derecho de uso que puede conceder su propietario, y además tampoco esta claramente tipificado como vimos en el aparte anterior.

e) *El Contrato de Know How Internacional;* En el Contrato de *Know How* Internacional, en el que una empresa costarricenses es parte, para dilucidar su naturaleza jurídica, en cada particular, es imprescindible recurrir a los principios del Derecho Internacional Privado; fundamentalmente el Principio de la Autonomía de la Voluntad, por el que las partes son libres para elegir el derecho que se va a aplicar a su relación contractual. Este principio se divide en autonomía conflictual y autonomía material.

Por la autonomía conflictual: las partes eligen en el contrato el Derecho Aplicable; y por la autonomía material además de elegir el Derecho Aplicable pueden excluir ciertas normas coactivas de ese derecho elegido, de manera expresa e indicar la reglamentación aplicable sustitutiva; sobre la autonomía conflictual véase el artículo 27 del Código Civil Costarricense y sobre la autonomía material vease los artículos 18 y 19 del mismo cuerpo legal.

El análisis de la naturaleza jurídica de un Contrato *Know How* Internacional en el que un costarricense es parte, deberá realizarse a la luz del Derecho Aplicable escogido por las partes y en su defecto por el derecho que corresponda de acuerdo a las normas conflictuales aplicables.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CAPÍTULO II
CONCLUSIÓN DEL CONTRATO DE KNOW - HOW

La conclusión de un contrato de *Know How*, se perfecciona cuando una oferta contractual es aceptada inalteradamente[8]; y así lo señala nuestro Código Civil en su artículo 1009 "Desde que la estipulación se acepta, queda perfecto el contrato salvo los casos en que la ley exija alguna otra formalidad", sin embargo para efectos de prueba es indipensable que sea escrito como se desprende del artículo 351 del Código de Procedimientos Civiles, por el cual después de un monto en el fijado toda convención o acto jurídico deberá constar en un documento público o privado. Otra razón por la que es importante que se concierte por escrito es para que queden bien claros los derechos y obligaciones de las partes, a continuación vamos a enumerar y explicar brevemente algunos de esos derechos y obligaciones que las partes deben presisar en el contrato.

A) Garantías que debe dar el cedente de Know How: Vicios Jurídicos y Vicios de la Cosa:

"El suministro de conocimientos técnicos constituye la obligación esencial del proveedor de tecnología"[9], es la principal obligación del cedente del *Know How*, pero puede ser que esta oblgiación adolesca de vicios, en un sentido lato, que no llene las expectativas del beneficiario, pero estas espectativas no satisfechas podrán calificarse de vicios si están contempladas en el contrato (esencialmente en lo que se refiere a vicios en la cosa), de ahí que resulte atinada la observación de Stumpf. "Es recomendable, sobre todo, que el beneficiario procure obtener que en el contrato se incluyan promesas expresas acerca de las cualidades del *Know How* que son para él de importancia decisiva"[10]; en otras palabras las garantías del objeto del contrato deben quedar claramente estipuladas en forma expresa o implícita.

a) Garantías por Vicios de la Cosa:

En la mayor parte de la doctrina se encuentra generalizado el criterio de que cuando nos referimos a vicios de la cosa en el contrato de *Know How*, estamos hablando de realizabilidad técnica y utilizabilidad, en lo que la doctrina no es convergente es en cuanto a la conceptualización de estas expresiones pero el asunto no es significativo porque en realidad lo que sucede es que agregan o quitan elementos descriptivos, para nuestro efecto vamos a decir con Pietzcker, que: "realizabilidad técnica: es cuando la invención puede ser llevada a efecto con los medios de que dipone actualmente la técnica" (existen los medios técnicos para la fabricación del objeto) y "utilizabilidad..., significa... que la invención tienen que alcanzar el objetivo cuya consecusión se ha propuesto".[11]

En cuanto a las pretenciones que corresponde a los contratantes el grado y la medida de la responsabilidad, habrá que analizarlo en cada caso concreto, de acuerdo al derecho elegido o que corresponda según las normas conflictuales aplicables, en el caso de los *Know How* Internacionales, si fuera un contrato de *Know How* Nacional (celebrado en Costa Rica, entre costarricenses y con efectos en Costa Rica), o que siendo internacional se la aplique el derecho costarricense, de acuerdo a lo estudiado en el aporte sobre la naturaleza del arrendamiento artículos 1127 y siguientes del Código Civil.

---

8 Stumpf, Herbert. op. cit. p. 40.
9 Cabanellas, Guillermo(h). op. cit. p. 56.
10 Stumpf, Herbert. op. cit. p. 56.
11 Pietzcker, citado por Stumpf Herbert. op. cit. p. 52.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) Garantías por Vicios Jurídicos:

Este aspecto de la garantía es un poco más complejo, porque al no ser registrable el contrato de *Know How*, no tiene un efecto erga omnes, por lo que la prueba además de ser difícil por las características del objeto, se vuelve fundamental para clasificar cualquier situación, en la que el beneficiario del *Know How* sea perturbado legalmente en el ejercicio de sus facultades (aprovechamiento del *Know How*), por derechos de terceros; para determinar la situación jurídica del beneficio del *Know How*, según Guillermo Cabanellas (h), será esencial determinar su buena o mala fe, en el acto de adquisición; y para que en caso de que este (el beneficiario resulta perjudicado), pueda emprender acciones contra su dador, pero en todo caso será a la luz del ordenamiento jurídico aplicable que se resuelvan las situaciones concretas.

B) Obligaciones del Beneficiario del Contrato de Know How:

El beneficiario del contrato de *Know How*, contrae tantas obligaciones, como las que se pacten explícita o implícitamente en el contrato (siempre y cuando de acuerdo al derecho aplicable tales obligaciones no devengan nulas); sin embargo hay ciertas obligaciones del beneficiario que son características de este tipo de contratos que por lo general siempre las vamos a encontrar presentes: La obligación de guardar y proteger el secreto industrial de los conocimientos objeto del contrato; la obligación de pagar regalías; la obligación de ejercicio; la obligación de que una vez concluído el contrato, se devuelvan al dador los elementos materiales que proporcionó y el compromiso de no aprovechar más el objeto del *Know How*, etre otras.

a) Obligaciones de guardar y proteger el secreto:

Esta obligación a pesar de que de acuerdo al objeto del contrato resulta fundamental, siempre que del contrato mismo se desprenda que la información suministrada es manejada por el cedente como secreto industrial, siendo así el beneficiario no podrá usar ni transmitir esa información sino en la forma en que haya sido autorizado, sobre el particular es responsable ante su dador; el incumplimiento de esta obligación podría generar además de la rescisión del contrato la indemnización por los daños y perjuicios causados, ya que una vez que alguien se ha apoderado del secreto material, resulta casi imposible despojarlo del mismo o impedirle incluso que no lo utilice, por la naturaleza misma del objeto.

b) Obligación de pagar regalías:

Es la obligación que adquiere el beneficiario de pagar un precio en dinero o en especie (un porcentaje de los objetos fabricados), por adquirir la información industrial y su derecho de uso; que incluye también las obligaciones accesorias para hacer efectivo el pago y controlar por parte del dador que se hace debido pago. Las formas de pago se pactan libremente entre los contratantes, puede ser un precio fijo cada cierto tiempo, un porcentaje sobre las ventas, o sobre los objetos producidos, o bien sea un sólo pago o incluso en algún caso podría ser gratuito. El precio y la forma de pago así como las consecuencias de su incumplimiento es importante que queden muy claros en el contrato.

c) Obligación del Ejercicio:

Es importante que el dador se asegure que el beneficiario hará uso del *Know How*, no solo en la forma indicada, porque podría estar en juego el prestigio de su empresa sobre todo cuando en la etiqueta de los productos del beneficiario se hace referencia a la misma por medio de alguna leyenda o signo de identificación (pactados en el contrato); como para asegurarse el pago especialmente en los casos en el que su monto dependerá del volumen de productos fabricados o sobre el volumen de ventas.

d) Obligación de devolver el *Know How* una vez concluido el contrato:

Esta obligación debe quedar muy clara en las cláusulas contractuales si es de interés del dador e indicar la responsabilidad del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

beneficiario; en realidad el cumplimiento de este aspecto es muy difícil de ser controlado por el dador porque puede obligar al beneficiario a devolver los elementos materiales, folletos, dibujos, manuales, máquinas, pero el beneficiario ya es sabedor de esos secretos y no es fácil controlar que no los utilice, de ahí que podría resultar importante estipular una cláusula penal con un monto significativo en caso de incumplimiento de dicha obligación.

C) Guía para la Elaboración de un Contrato de Know How.

A propósito de la conclusión del contrato de *Know How*, voy a exponer en forma indicativa y sencilla los aspectos más importantes a tener en cuenta en la redacción de un contrato de estos, basada en una guía sobre el particular redactada por la Comisión de Industria y Productos Básicos de la Comunidad Económica Europea.

Generalmente antes de concertar un contrato de *Know How*, se trabaja sobre un precontrato, en el que se debe consignar en primera instancia con mucha presición: 1.- El objeto del contrato, en que consiste, el territorio en el cual se va a aplicar, si a la par del *Know How* se incluirán en el contrato algún otro tipo de derechos patentados o no. 2.- Una descripción de la industria que desarrolla el interesado en adquirir el *Know How* y cuál es su expectativa en dicha adquisición. 3.- Entrega de elementos para su examen: Indicar cuáles documetnos e información y la manera de sumninistro, pone el posible cedente a disposición del posible beneficiario, y por cuanto tiempo. 4.- Estipular que garantía debe rendir el precontratado interesado para que se le facilite en la forma concertada los elementos documentales e información secreta. 5.- La obligación del depositario de mantener el secreto y no utilizarlo aún después de que expire el precontrato; y las posibles sanciones económicas en caso de incumplimiento. 6.- Duración del precontrato y devolución de los elementos documentales e información secreta. 7.- Elección del derecho aplicable si es contrato internacional. 8.- Aclarar si las posibles controversias derivadas del precontrato o en conexión con él, serán de conocimiento de un tribunal ordinario o de un tribunal arbitral y en este último caso cómo estará integrado.

En la elaboración propiamente ya del contrato es importante contemplar los siguientes aspectos:

1. Identificar claramente a las partes contratantes.
2. Redactar el contrato con mucho cuidado y fijar con claridad y presición los derechos y obligaciones de las partes y sobre todo de determinar con exactitud el *Know How* que constituye el objeto del contrato; de manera que se reduzca al mínimo el número de posibles interpretaciones.
3. Determinar en el tiempo la duración de las obligaciones de las partes, es decir en caso de prestaciones periódicas, dentro de que plazos debe cumplirse cada una.
4. Traducciones de idiomas: Cuando el contrato sea redactado en más de un idioma, las partes establecerán cuál o cuáles versiones habrán de ser las determinantes.
5. Alcance de la utilización del *Know How*: territorio del contrato; especificaciones sobre sublicencias; especificaciones sobre el ámbito de la utilización industrial, reservas; duración; etc.
6. Sobre derechos exclusivos: si los hay en que consisten.
7. En cuanto a las obligaciones del concedente del *Know How*; el concedente tiene que comprometerse a comunicar los conocimientos técnicos que constituyen el *Know How*, y las garantías que da en lo que respecta al resultado, prestar asistencia técnica, instrucciones etc., así como las condiciones bajo las cuales se transfieren los medios necesarios para que el beneficiario tome posesión del *Know How*, se determinarán el lugar, el plazo y la forma.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

También es importante que conste en el contrato la obligación del concedente de mantener el secreto todo en los contratos en los que median derechos exclusivos amplios; así igualmente que se indique cuál es el fundamento jurídico que le permite al concedente diponer del *Know How* y el valor económico del mismo.

8. En cuanto a las obligaciones del beneficiario del *Know How*: La obligación principal del beneficiario del *Know How* consiste en pagar una suma de dinero como contraprestación por el *Know How* recibido también puede ser que no tenga que pagar ninguna suma cuando constituya un complemento de otros negocios (licencias de patentes etc.) Son importantes también las obligaciones de mantener el secreto, utilizar el *Know How* y conservar la calidad en los objetos fabricados sobre su base. El pago puede pactarse en dinero o en mercancías (en un sólo pago, en tracto sucesivo sobre diferentes bases o modalidades, lo que se conoce como regalías), o bien en un intercambio de *Know How*. También debe quedar clara la responsabilidad en caso de pretenciones de terceros, y sobre los aspectos referentes a las patentes que guarden relación con el *Know How* al momento de la contratación o de las que fueren otorgadas posteriormente aún al mismo concedente.

Otros elementos que en general deben tenerse en cuenta en la consertación de este tipo de contratos son por ejemplo:

— La expiración del contrato: Las causas sus consecuencias.

— Disponer cuál va ha ser el derecho aplicable, en caso de controversias (si se trata de un contrato internacional), se debe tener en cuenta las dificultades que podrán derivar de la aplicación de un derecho extranjero o del reconocimiento y ejecución del fallos judiciales y laudos arbitrales de otros país. En caso de que convenga en un Tribunal Arbitral se podrá escoger también el derecho procedimental.

— Respecto al orden público: deberá tener especial cuidado en la posibilidad de que el derecho aplicable elegido, el derecho aplicable a los países del beneficiario, del cedente, el del país donde se firme el contrato o al de donde haya de ejecutarse contenga disposiciones de orden público que limiten su libertad de contratación; y finalmente;

— Respecto del Tribunal competente si será un Tribunal Ordinario o un Tribunal Arbitral, en caso de que se estipule que las controversias serán resueltas por un Tribunal Arbitral debe especificarse el procedimiento para la designación de los árbitros y establecer que el compromiso arbitral conserva su eficacia con idependencia del contrato principal.

CONCLUSIÓN

El contrato *Know How* o de provisión de conocimientos técnicos, es un contrato complejo en el que cada uno de sus elementos puede ser objeto de un estudio particular, sobre el que vamos a encontrar en la doctrina opiniones divergentes, especialmente sobre su naturaleza jurídica.

Es un tema que al igual que otras figuras contractuales novedosas pra nuestro medio, requiere de que los juristas costarricenses se aboquen a su estudio; y se piensa en las medidas legislativas que deban preveerse para el futuro.

También resultaría muy importante e interesante los estudios socio-económicos al respecto que nos diera las luces sobre las políticas político-económicas y jurídicas a desarrollar especialmente en aquellas figuras contractuales que como el *Know How* implican por lo general en el caso de Costa Rica la importación de

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tecnología de países desarrollados, para que no se vayan a constituir estas un mecanismo sin control de dominación económica que no proveen de un sano y verdadero desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

CABANELLAS, Guillermo (h). Contratos de Licencia y de Transferencia de Tecnología en el Derecho Privado.

FARINA, J. Contratos Comerciales Modernos.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, Orlando, Contratación Privada en el Comercio Internacional.

MURILLO BOLAÑOS, Julieta. El contrato de Franchisiny (trabajo personal).

STUMPF, Herbert. El Contrato de *Know How*.

Leyes Consultadas:

— Constitución Política.

— Código Civil.

— Código de Comercio.

— Código de Procedimientos Civiles.

— Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial.

— Ley 7475 Aprobación del Acta Final en que se incorporen los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

— Ley de Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

BASES CIENTÍFICAS PARA LA REGULACIÓN DEL DERECHOA LA IDENTIDAD SEXUAL

(LA LEY DEL CONTÍNUO DEL GÉNERO[1])

DR. JAVIER ORTIZ

INTRODUCCIÓN

Todos creemos que los hombres y las mujeres son fácilmente diferenciables y que, por lo tanto, es posible determinar con certeza el género de cualquier persona. En otras palabras, supuestamente es muy sencillo saber si alguien es hombre o mujer. Sin embargo, los investigadores de esta área del conocimiento, llamada "generología", han hecho cuatro importantes hallazgos que echan por tierra esa visión simplista de las cosas. Según ellos, nuestra creencia de que la especie humana está constituida por dos sexos o "géneros", claramente distintos y diferenciables entre si, se sustenta en una interpretación distorsionada de la realidad. Veamos por qué.

EL PRINCIPIO DE LA MULTIPLICIDAD

El primer descubrimiento de los generólogos, el cual llamaremos *el principio de la multiplicidad de los determinates del género,* se enuncia de la siguiente manera: *el género de los seres vivos está constituido por múltiptes factores determinantes.*

En el caso de los humanos, estos factores, denominados *determinantes del género,* pueden dividirse en al menos las siguientes nueve categorías:[2]

Los factores determinantes del género

1) *El género cromosomal:* definido por la presencia o ausencia del cromosoma sexual XX o XY.
2) *El género gonadal:* definido por la presencia o ausencia de testículos u ovarios.
3) *El género estructural:* definido por la presencia o ausencia de estructuras internas femeninas (útero, tubos de falopio, etc.) o masculinas (vesícula seminal, próstata, ámpula, etc).
4) *El género genital:* definido por la presencia o ausencia de genitales masculinos (pene, escroto, etc.) o femeninos (labios mayores y menores, etc.).
5) *El género hormonal:* definido por la predominancia hormonal femenina o masculina a partir de la pubertad.
6) *El género corporal:* definido por la predominancia de características sexuales secundarias masculinas o femeninas, a partir de la pubertad (estructura ósea, distribución de la grasa, musculatura, vello, tono de voz, etc.).

---

1 Tomado del libro del autor *"Las 100 Preguntas y el arco iris del género."*

2 La cantidad de determiantes escogidos para ilustrar este principio es arbitraria y no afecta el fondo del argumento.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

7) *El género caracterial:* definido por la presencia o ausencia de actitudes, aptitudes y otros rasgos caracteriales y de personalidad femeninos o masculinos;

8) *El género sexual:* definido por el género del compañero de atracción erótica.

9) *El género personal:* definido por el género con el cual la persona se identifica, es decir, si se siente y percibe como hombre o mujer.

Estos nueve factores determinan a su vez el "género social" de cada persona, el cual tiene tres aristas principales: el género que se nos asigna al nacer o "género asignado", el género con el que vivimos en sociedad o "género reconocido" y el género que nos atribuye la sociedad para fines contractuales o "género legal". Este primer descubrimiento significa que nuestro género depende de *al menos* nueve determinantes, y que somos hombres o mujeres en cada uno de ellos por separado. Esto no pasaría de ser una simple curiosidad si, tal y como supone el sentido común, los hombres y las mujeres lo fueran en todos los determinates a la vez. De ser así, para determinar el género de un recién nacido, bastaría conocer su género genital es decir, si tiene pene o vagina. Sin embargo, como veremos, la realidad es mucho más creativa y variada de lo que esta creencia supone.

EL PRINCIPIO DE LA INDEPENDENCIA

El segundo gran descubrimiento de la generología, el cual llamaremos *el principio de la independencia de los determinantes del género,* se enuncia de la siguiente manera: *el género de cada determinante es independiente del género de los restantes.*

Esta independencia de los determinantes introduce un elemento completamente nuevo en la panorámica abierta por el principio de la multiplicidad. De la unión de ambos principios se deduce que el recién nacido del ejemplo anterior, podría tener genitales femeninos y, no obstante, ser hombre en todos los otros factores. Pero para apreciar la verdadera trascendencia de este enunciado, es mejor que veamos algunos casos ilustrativos:

PRIMER CASO

	Determinante	Género
1.	Género cromosomal:	Masculino
2.	Género gonadal:	Masculino
3.	Género estructural:	Femenino
4.	Género genital:	Femenino
5.	Género hormonal:	Masculino
6.	Género corporal:	Masculino
7.	Género caracterial:	Femenino
8.	Género sexual:	Femenino
9.	Género personal:	Masculino

GÉNERO SOCIAL

1.	Género asignado:	Femenino
2.	Género reconocido:	Femenino
3.	Género legal:	Femenino

Descripción breve del caso: en este primer ejemplo, tenemos a una persona que es genéticamente masculina (46XY), con testículos disfuncionales no visibles en el interior del abdomen y estructuras anatómicas internas femeninas; con clítoris, vulva y vagína; con predominancia hormonal masculina; con barba, voz, músculos y huesos de hombre; con personalidad femenina; con preferencia erótica por las mujeres y que se considera, a si misma, un hombre con genitales de mujer. En relación a su género social, cuando nació se le asignó el género femenino, actualmente es reconocido como una lesbiana "marimacha" y es considerado mujer para fines legales.

SEGUNDO CASO

	Determinante	Género
1.	Género cromosomal:	Femenino
2.	Género gonadal:	Femenino
3.	Género estructural:	Femenino
4.	Género genital:	Masculino
5.	Género hormonal:	Femenino

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6.	Género corporal:	Femenino
7.	Género caracterial:	Femenino
8.	Género sexual:	Femenino
9.	Género personal:	Femenino

GÉNERO SOCIAL

1.	Género asignado:	Masculino
2.	Género reconocido:	Masculino
3.	Género legal:	Masculino

Descripción breve del caso: en este segundo ejemplo, tenemos a una persona que es genéticamente femenina (46XX) con ovarios en el abdomen; con estructuras anatómicas internas femeninas; con pene y escroto sin testículos, con predominancia hormonal femenina; con pecho, voz, músculos y huesos de mujer; con personalidad femenina; con preferencia erótica por los hombres y que se considera, a si misma, una mujer con genitales masculinos. En relación a su género social, cuando nació se le asignó el género masculino, actualmente es reconocida como un homosexual afeminado y es considerada hombre para fines legales.

TERCER CASO

	Determinante	Género
1.	Género cromosomal:	Femenino
2.	Género gonadal:	Ambos
3.	Género estructural:	Ambos
4.	Género genital:	Ambos
5.	Género hormonal:	Masculino
6.	Género corporal:	Masculino
7.	Género caracterial:	Masculino
8.	Género sexual:	Ambos
9.	Género personal:	Indefinido

GÉNERO SOCIAL

1.	Género asignado:	Masculino
2.	Género reconocido:	Masculino
3.	Género legal:	Masculino

Descripción breve del caso: en este tercer ejemplo, tenemos a una persona que es genéticamente femenina (46 XX); con un ovario y un testículo en el abdomen; con estructuras anatómicas internas mixtas; con pene y vagina; con predominancia hormonal masculina; con pecho, voz y huesos de hombre; con personalidad masculina; sin ninguna preferencia erótica (bisexual) y que se considera, a si misma, una mujer. En relación a su género social, cuando nació se le asignó el género masculino, actualmente es reconocida como un hombre y es considerada hombre para fines legales.

Estos ejemplos bastan para ilustrar cuán importante es *el principio de la independencia,* del cual se deduce que algunas personas pueden tener, sin sospecharlo siquiera, un género contrario al supuesto en algunos de sus determinantes. Así le sucedió a una fondista canadiense, a quien hicieron devolver una medalla de oro olímpica y descalificaron sus records deportivos, cuando se descubrió que era genéticamente hombre y que había competido con el género equivocado, de acuerdo a las reglas del evento. En realidad, gracias a un estudio del género cromosomal hecho en Estados Unidos a todos los candidatos a enrolarse en el ejército, sabemos que esto ocurre más a menudo de lo que quisiéramos aceptar, motivo por el cual, dicho examen dejó de hacerse como parte de la rutina de enlistamiento. Sea como fuere, el último de los casos nos introduce a un panorama inesperado, en donde los mismos determinantes del género, no parecen poder ser siempre calificados de acuerdo a las expectativas del sentido común. Pero antes de analizar las consecuencias de esta indefinición, debemos introducir la variable tiempo en nuestro análisis.

EL PRINCIPIO DE LA IMPERMANENCIA

Ya hemos visto que existen múltiples determinantes del género y que estos son independientes entre sí. El tercer gran descubrimiento de la generología, el cual llamaremos *el principio de la impermanencia de los determinantes del género,* se enuncia así*: el género de los determinantes del género, salvo el*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cromosomal, puede modificarse a través del tiempo.

El género cromosomal surge en el momento de la fecundación y es inalterable de por vida. Sin embargo, la investigación indica que todos los otros factores son susceptibles al cambio.

El género gonadal se creyó inalterable por mucho tiempo, sin embargo, actualmente sabemos de especies en donde se transforma. Así por ejemplo, el pez australiano *Labroides dimiatus,* transmuta sus gónadas femeninas en masculinas y viceversa de acuerdo a sus necesidades. Según se ha podido observar, dicho pez vive en manadas de hembras con un solo macho. Como en las manadas solo nacen hembras, los zoólogos no lograban comprender de dónde salían los machos hasta que, en 1972, el Dr. Roberson aclaró el misterio: cuando muere el único macho, la hembra de mayor jerarquía en la manada transmuta su género gonadal, su género corporal, su género hormonal, su género caracterial, su género sexual y su género social en cuestión de horas, convirtiéndose en el nuevo macho dominante. Pero si otro macho más poderoso de una manada vecina decide pelear por el puesto, el padrote abandona su comportamiento dominante y vuelve a convertirse en una hembra.

Aunque tal flexibilidad no es posible en los humanos, sabemos que el género genital del hombre es inicialmente "femenino" y que se convierte en "masculino" a través de un largo proceso de maduración; después del cual puede modificarse a través de una intervención quirúrgica que puede ir acompañada de cambios en otros determinantes del género, incluidos el hormonal el corporal (parcialmente), el género social reconocido y hasta el género legal. Aunque en este caso el cambio del género genital requiera de una acción ajena al organismo, sigue siendo cierto que sucede y que, por lo tanto, no es inalterable en los humanos.

Uniendo el principio de la impermanencia a los dos principios anteriores, podemos decir que existen múltiples factores determinantes del género, que los mismos son independientes entre si, y que pueden modificarse a través del tiempo. Veamos ahora lo que aporta a esta panorámica, el último gran descubrimiento de la generología moderna.

EL PRINCIPIO DE LA INDEFINICIÓN

El cuarto gran descubrimiento de los generólogos, el cual llamaremos *el principio de la indefinición de los determinantes del género,* puede formularse así*: el género de los determinantes del género no puede definirse en téminos de dos categorías discretas.*

Dicho de una manera más fácil de comprender, lo que el principio de la indefinición nos está diciendo, es que no siempre es posible asignarle el género femenino o masculino a cada determinante. Veamos algunos ejemplos ilustrativos:

Indefinición del género cromosomal: algunas personas tienen un cromosoma masculino y uno femenino (47XXY) y otras no tienen cromosoma sexual (45X). En ambos casos, el género cromosomal es indefinible en terminos de hombre o mujer.

Indefinición del género gonadal: algunas personas tienen ovarios y testículos, o ausencia de ambos o una estructura llamada ovoteste, la cual es una combinación de ambos. En dichos casos, el género gonadal es indefinible en términos de hombre o mujer.

Indefinición del género estructural: existen personas sin estructuras genitales internas, con la presencia de estructuras de ambos géneros o una combinaciónde ellas. En dichos casos, el género estructural es indefinible en términos de hombre o mujer.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Indefinición del género genital: existen personas con genitales femeninos y masculinos al mismo tiempo, o con estructuras genitales indefinidas. En dichos casos, el género genital es indefinible en términos de hombre o mujer.

El principio de la indefinición se cumple con mayor razón en el resto de los determinantes, los cuales están más condicionados por factores sicosociales que por factores biológicos. De hecho, una gran parte del trabajo de los sexólogos consiste en dar orientación a personas con problemas de indefnición del género caracterial, el género sexual y el género personal.

Habiendo explicado ya los cuatro principios que rigen los detelminantes del género, estamos en condición de enunciar la ley del continuo y de comentar algunas de sus prncipales consecuencias.

LA LEY DEL CONTINUO DEL GÉNERO[3]

Considerando que existen al menos nueve determinantes del género distintos, que los mismos son independientes entre si, que no son necesariamente permanentes a través del tiempo, y que no es posible dividirlas en dos categorías discretas, la ley del continuo establece lo siguiente: *el género de los seres humanos está constituido por un continuo de posibiilidades infinitas, dentro de las cuales el hombre y la mujer son los extremos.*

La enunciación de esta ley es bastante sencilla y su relación con los principios, de los cualse se deriva, es fácil de comprender. Sin embargo, la misma suele provocar una reacci;on antagónica inicial, difícil de superar, en quienes la conocen. Sobre todo cuando se precibe como una amenaza para la "seguridad" que, supuestamente, brinda el modelo bipolar "hombre o mujer. De aquí que haya sido tan combatida por ideólogos de toda orientación sexual y definición de género, desde que la expuse por primera vez en 1982.

Sea cual sea la posición que asumamos, lo cierto es que la ley del continuo del género es una realidad científica innegable y que en el actual momento histórico, de afirmación de las libertades fundamentales y los derechos de la persona, es inaceptable ignorarla o minimizar sus consecuencias, bajo el pretexto erróneo de que "atañe solo a unos pocos anormales". En realidad, el ámbito de la ley nos cubre a todos, tanto a los que pertenecen claramente a los estados intermedios del continuo, como a los que nos sentimos seguros en sus extremos.

ALGUNAS DERIVACIONES DE LA LEY DEL CONTINUO

1) Toda la investigación científica realizada hasta la fecha en los campos de la preferencia sexual, el homosexualismo, el transexualismo, las diferencias y semejanzas entre los sexos y otras áreas del estudio del género, debe ser revisada y de ser necesario desechada a la luz de la ley del continuo del género.
2) No existen criterios científicos objetivos que permitan escoger un determinante del género, o un grupo de determinantes, como elemento de juicio definitivo para asignarle el género a un ser humano.
3) No existe ningún criterio científico que nos permita considerar los estadios intermedios

---

3 El autor expuso estas ideas públicamente por primera vez en 1982 bajo el nombre de *"La teoría del continuo del género".*

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

de dicho continuo como patologías, anormalidades o "errores de la naturaleza".

4) Toda discriminación de dichos estados intermedios es el resultado de un patrón cultural basado en la ignorancia de los hechos.

5) La división de los seres humanos en dos géneros distintos y permanentes, hombre o mujer, es una división cultural arbitraria e insostenible desde el punto de vista científico.

6) El carácter obligatorio de la división de los seres humanos en hombres o mujeres y la discriminación de los estados intermedios entre ellos, atentan contra los derechos humanos fundamentales.

7) Los seres humanos podemos optar, si queremos o no, modificar nuestras instituciones y nuestros programas de educación, a la luz de la ley del continuo del género.

8) Las instituciones religiosas deberían analizar bajo la luz de la ley del continuo su "teología del género", así como sus políticas relativas al género en el campo de la moral sexual, el matrimonio y el servicio religioso.

9) Es imperioso que se establezcan nuevas normas relativas a la identidad del género legal, que no atenten contra los derechos fundamentales del derecho a la identidad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud, el derecho a la integridad sicosomática y pertinentes.

LA LEY DEL CONTINUO Y EL DERECHO

Los juristas promotores del derecho a la identidad personal son concientes de la importancia de encontrarle un fundamento normativo al derecho de la identidad sexual. En realidad es sorprendente lo que se está avanzando en dicho sentido, como lo atestigua el aporte de Pietro Perlingieri, Garutti, Macioce y Pasquale Stanzione en Italia; de Carlos Fernández Sessarego en Perú; de Santos Cifuentes, Eduardo Zannoni y Gustavo Bossert en Argentina; y de Ana Karina Zeledón y el Dr. Víctor Pérez en Costa Rica.[4] Sin embargo, sin el aporte fundamental de la ley del continuo del género, el valioso esfuerzo de dichos juristas y filósofos del derecho, corre el riesgo de terminar provocando un efecto contrario al buscado.

Cada vez que dichos autores legitiman la reasignación del género legal bajo el argumento de que hubo error en la asignación original, están reforzando la costumbre de que todos debemos ser "hombres o mujeres". Este efecto paradójico ocurre también cuando los generólogos defienden el derecho a la operación de "reasignación genital", utilizando el argumento de que el cliente tiene derecho a tener unos genitales de hombre o de mujer, acordes a su género personal.

Dicho de la forma más simple posible, lo que la ley del continuo del género establece es que "somos lo que somos" y no "esto o aquello", lo que ilustrará con un ejemplo hipotético:

> *Roxana nació con genitales femeninos a pesar de ser hombre en todos los otros factores determiantes. El pediatra que la vio nacer, observó su vagina y le asignó el género "femenino" en el acta de nacimiento. A partir de ese momento fue tratada como una niña, se le bautizó con un nombre de mujer y recibió, años más tarde, una cédula de identidad en donde se afirma que es una mujer. Posteriormente se casó con un hombre, a pesar de que siempre le*

4 ZELEDÓN, Ana y Pérez, *El derecho a la propia identidad.* Revista Judicial. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Agosto 1994.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

atrajeron sexualmente las mujeres, e intentó tener un hijo. Después de varios años, fracasó, en parte por carecer de deseo sexual por su marido, decidió buscar ayuda profesional. Para sopresa de todos los implicados, los exámenes revelaron que sus gónadas no eran realmente ovarios y que su género cromosomal era masculino. Cuando pidió una explicación sobre su caso le dijeron que jamás podría ser "madre" y que, a lo sumo, un milagro le permitiría ser "padre", A raíz del "descubrimiento", Roxana entró en una profunda depresión e intentó suicidarse lanzándose de un puente (en la realidad, estos casos son de alto riesgo de suicidio). A pesar de no lograr su objetivo, quedó paralítica y pasó su convalecencia en un hospital, adonde se enamoró de la enfermera que la atendió. Después de recibir terapia sicológica, decidió rehacer su vida, divorciarse de su marido, casarse con su nuevo amor, buscar que "se hiciera justicia" y que se sentaran las responsabilidades legales del caso.

Veamos las interrogantes que surgen de esta tragedia hipotética: ¿A quién podría acusar Roxana? ¿Se trata de un caso de mala praxis del pediatra que le asignó un género "equivocado" en el certificado de nacimiento? ¿Debió dicho profesional investigar los otros determinantes del género antes de dar su veredicto final? ¿Cuál era el verdadero género de Roxana al nacer? ¿Cometió otro error el profesional que le reasignó el género masculino, partiendo solo de su género gonadal y cromosomal?¿Puede lograr que la Iglesia a que pertenece, anule su matrimonio aludiendo a que es un matrimonio "homosexual"? "Existió realmente ese matrimonio desde el punto de vista legal" ¿Puede lograr que el Registro Civil modifique el género asignado en el acta de nacimiento y su cédula de identidad, de tal manera que refleje su "realidad"? ¿Puede cambiar su nombre por uno de hombre?¿Puede casarse con su nuevo amor? ¿Puede hacerlo por la Iglesia? ¿Puede llegar a adoptar un hijo? ¿De llegar a hacerlo será su madre o su padre desde el punto de vista legal? ¿Quién debe asumir la responsabilidad civil implicada en todo este desastre? ¿Deberá el estado asumir la responsabilidad económica de su subsistencia? En mi opinión, todas estas preguntas se resumen en tres interrogantes: ¿Podrá Roxana actualizar su derecho a la identidad, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a la integridad sicosomática? ¿Podrá actualizar su derecho a recibir una justa retribución económica por el daño infringido? ¿Podrá lograr que alguien asuma la responsabilidad de haber destruido su vida?

Todas las profundas implicaciones de este hipotético caso surgen del desfase existente entre nuestro modelo bipolar del género y la realidad descrita por la ley del continuo. Eliminar ese desfase significa optar por uno de los dos modelos, ya que ambos no pueden coexistir. De aquí que el hacer jurisprudencia sobre los casos extremos, sin modificar la esencia del problema, más bien pueda retrasar la solución definitiva. Por ello sostengo que el esfuerzo de los defensores del derecho a la identidad personal provoca, a la larga, un efecto negativo, cuando se dedica solo a buscar un orden jurídico dentro del contexto del modelo bipolar, como ocurre en el sorprendente documento que sienta las bases para una legislación sobre adecuación de sexo a nivel latinoamericano, elaborado en las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Civil de la Universidad de Lima en 1991.[5]

Lo queramos o no, tarde o temprano tendremos que aceptar que no existen criterios objetivos para deterrninar el género de un recién nacido; y que toda implicación legal de dicha determinacion, se sustenta en una falsedad ya desmentida por la ciencia.

---

5 SESARREGO, Carlos Fernández, *El derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea, Argentina, 1992 (pag. 479).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CONCLUSIÓN: HACIA UN FUTURO MÁS JUSTO

La ley del continuo del género es demasiado revolucionaria para ser tomada en serio fácilmente. De ser aceptada a nivel social, prácticamente todas las instituciones se verían afectadas. Entre otras cosas, no se seguiría cometiendo la torpeza de asignar el género legal a partir del género genital, y en el derecho deportivo y el mundo pseudocientífico, dejaría de utilizarse el género cromosomal como criterio determinante del "sexo" (género) de las personas.

Me atrevo a pronosticar que la ley del continuo se convertirá en un argumento de trascendental importancia, para definir el futuro del "derecho a la identidad personal", el cual, pronto llegará a tener el status de derecho humano fundamental.

En el ámbito de la moral, la ley del continuo del género traerá consecuencias extraordinarias. Para muestra un botón: si se acepta que no existen criterios objetivos que nos permitan asignarle el género a determinada persona, se debe aceptar, que tampoco existen criterio para definir si su comportamiento es o no es "homosexual".

En el campo religioso, la ley del continuo del género podría llegar a convertirse en el factor decisivo, para decidir la vieja polémica sobre el ordenamiento de "mujeres" sacerdotes. Es cierto que su Santidad Juan Pablo II acaba de definir claramente la posición de la Iglesia Católica, al decretar que solo los hombres. Sin embargo, los teólogos podrían verse en un aprieto cuando deban señalar, exactamente, cuál o cuáles determinantes del género deben utilizarse para interpretar las palabras de su Santidad. De escoger el sexo cromosomal, tendrán que resolver los siguientes dilemas: ¿Se podrán ordenar como sacerdotes las monjas con género cromosomal masculino? ¿Deberán transformarse en monjas los sacerdotes que son cromosomalmente mujeres? ¿Son inválidos los matrimonios, las confesiones, las comuniones y los otros sacramentos dados por dichos sacerdotes antes de descubrir su condición de mujer. De ser positiva la respuesta, las implicaciones serían tremendas: más de una persona estaría condenada al infierno sin entender siquiera el por qué. De ser negativa, implicaría una disyuntiva de grandes consecuencias: o el género cromosomal *no es* el determinante del género, o las mujeres *si* pueden dar los sacramentos, lo que no será congruente con el carácter infalible de la reciente decisión papal. ¿Cómo resolverá la Iglesia Católica este dilema? ¿Qué significa exactamente para dicha institución que los apostoles eran "hombres"? por ahora nadie lo sabe, pero no creo que estemos largo de saberlo.

La mentira debe ser defendida, constantemente, para no ser aniquilada por el simple paso del tiempo. La verdad, en cambio, es eterna y se defiende sola. Por más que Galileo Galilei se retractó de su demostración del modelo de Copérnico para salvar su vida, nuestro planeta siguio girando alrededor del sol y su demostración, considerada una amenaza para la estabilidad de la Iglesia, el gobierno y la moral pública, terminó floreciendo en la teoría de la gravitación universal. Así mismo, por más que la teoría de la evolución fue condenada como herejía y que tanto los libros de Darwin como los del padre Theilhard de Chardin fueron condenados a la hoguera, la evolución continuó moviéndose inevitablemente hacia el omega.

Ya nadie se asusta al saber que la Tierra no es el centro del universo y que el mundo no fue hecho en seis días. El aceptar dicha realidad no hizo que la sociedad se desplomara como se temía y hasta la misma Iglesia, que tanto se opuso a ella, terminó disculpándose públicamente con los descendientes de Galileo. Por ello estoy absolutamente convencido, de que la verdad descrita por la ley del continuo del género prevalecerá a pesar de la oposición que le espera, y que el paso del tiempo, por si solo, se encargará de darle al modelo bipolar *hombre o mujer* una digna sepultura.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Algún día viviremos en un mundo más justo y acorde a la naturaleza, en donde no solo se aceptará sino que además se alentará el arco iris del género. Mientras tanto, recordemos sus colores y pongamos nuestras barbas en remojo cuando nos descubramos juzgando y castigando a las personas diferentes. Porque ellas tienen derecho a ser "si mismas" y también fueron hechas a imágen y semejanza de Dios, quien según la misma Biblia, *hombre y mujer* los hizo.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: EL ENCUENTRO CON LA POLICÍA Y LAS ALTERNATIVAS DE ATENCIÓN SOCIAL

MSC. MARIO A. VÍQUEZ JIMÉNEZ

ÍNDICE

1. **INTRODUCCIÓN.** 110
2. Planteamiento del tema. 111
3. El primer contacto con el sistema de justicia: Las Policías 112
4. El Sistema de Justicia Juvenil y las Policías 114
5. Los Centros de detención y derivación inicial: 116
   5.1 El ingreso: 117
   5.2 La referencia: 118
6. **CONSIDERACIONES FINALES.** 119
7. **BIBLIOGRAFÍA.** 121

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. INTRODUCCIÓN

En nuestro país, existen "estilos de vida" (formas de ser y de conducta), donde se criminaliza y limitan los derechos de los niños, niñas y jovenes, en la medida que son "percibidos" por los canales administrativos y judiciales como desviantes.

Estos estilos y formas de vida tienen su origen y están sobredeterminados en condiciones desfavorables de existencia, donde a menudo no se llenan las necesidades básicas de sobrevivencia tanto materiales, fisiológicas, como afectivas.

La "reacción" institucional frente a la pobreza y los mecanismos de supervivencia que genera la misma, son de forma frecuente la criminalización, la institucionalización y la burocratización de los fenómenos sociales, como un mecanismo más o menos encubierto para reprimir u ocultar el verdadero origen de los fenómenos.

Este proceso de "respuesta" punitiva institucionalizada, se ha expresado y consolidado, en el Estado y la sociedad costarricense, en diversas formas de reacción formal e informal, tales como, el marco legal, (administrativo y jurisdiccional), la organización institucional, los medios de comunicación social y las representaciones sociales que están inscritas en la colectividad.

Se puede afirmar, que condiciones socioeconómicas y culturales ligadas a la pobreza y el acceso a los bienes de la cultura; así como el sistema de control punitivo institucionalizado, dividen la realidad de los niños, niñas y jóvenes en dos tipos de infancia. Aquellos con sus necesidades básicas satisfechas, para los cuales el control institucional resulta indiferente, y aquellos con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas, para los cuales el control punitivo institucional, posee todas las condiciones potenciales y reales para decidir sobre su vida y su futuro.

Esta condición de vulnerabilidad psicosocial y jurídica de los sectores más desposeídos determina una distribución diferencial de los bienes de la cultura y la mayor o menor capacidad de ser "detectados" como desviantes (distribución diferencial de la inmunidad).

De acuerdo con las representaciones sociales prevalecientes sobre la niñez y adolescencia, además de su condicion psicosocial de vulnerabilidad, se sobreagregan las condiciones propias de la edad, lo que hace que a menudo no se respeten sus Derechos Humanos y Ciudadanos.

Corresponde al Estado y a la sociedad en general, la defensa, restauración y promoción de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia Costarricense.

Uno de los elementos más dramáticos y determinantes en los procesos de criminalización y estigmatización de los niños, niñas y jóvenes más vulnerables, se encuentra en lo que se podría denominar, "el encuentro con la policía y las instancias de detención y derivacion inicial".

En este trabajo se pretende, puntualizar algunos aspectos que sirvan de base para la reflexión, y proponer algunas medidas prácticas que permitan minimizar las consecuencias de "este momento de encuentro con la autoridad" que tiene consecuencias simbólicas que inciden en la subjetividad de los niños, niñas y jóvenes en una dimensión no siempre comprendida a plenitud por los adultos.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

2. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El encuentro de los niños, niñas y adolescentes con la policía y las diversas alternativas de intervención jurídico y social en el denominado "sistema de atención juvenil", requiere para su comprensión, trascender las apariencias para incursionar en el plano teórico conceptual: Se hace referencia a la necesaria ubicación del tema en la "Estructura del Control Social" y el análisis como "Eslaban en el proceso de criminalización".

En general, toda forma de "encuentro", detención y derivación inicial de los niños y jóvenes puede ser caracterizada dentro de la estructura del control social, como la reacción social formalizada de los órganos represivos del Estado, como son las policías y los centros de arresto, en tanto subsistema del "Sistema de Justicia Juvenil". Reacción dirigida a potenciales tipos de "conducta discordante" que se hace —en este caso—, sobre destinatarios controlados según razones de edad, sexo y especialmente de clase social y no necesariamente por la efectiva transgresión de las normas penales.[1]

Este control diferencial se instaura por medio de la interiorización de normas y valores sociales en el proceso de socialización primario, y por los procesos de creación y aplicación de las normas.

Cuando se hace referencia a la socialización no se parte de los enfoques reduccionistas que invocan la existencia del individuo (entendido como sujeto con libre albedrío) enfrentado a la sociedad. Por el contrario, se plantea la interrelación dialéctica entre ambas categorías. "No hay enfrentamiento del individuo con el medio como si se tratase de dos entidades opuestas".[2]

La subjetividad puede ser comprendida plenamente a partir de condiciones objetivas de la sociedad, que se reproduce y mediatiza por medio de determinadas formas de interacción como son las que se dan en la familia, la escuela, los medios de comunicación, entre otras.

Es mediante los procesos de socialización primaria que el sujeto se sujeta; es decir, se conforma y organiza como "sujeto moral" en tanto que recibe una serie de valoraciones sobre él mismo, que se le instauran de forma especular como realidades u objetividades que ocultan el carácter subjetivo de la valoración. Se conforma así las estructuras y organización subjetiva, a partir de las condiciones objetivas de existencia, lo cual se expresa en actitudes, normas de comportamiento y valores diferenciados que posibilitarán o no el acceso y realización de los patrones generales vigentes o dominantes.

Cuando estos procesos de socialización no son capaces de "moldear" al sujeto según los cánones vigentes y de darle igualdad de oportunidades en la realización de esos valores por caminos legítimos, "surgen" en la sociedad la represión y los procesos sustitutivos de socialización.[3]

Conceptualmente este proceso de reacción ante la diversidad social, se refiere a la forma como opera en la estructura del control social el Sistema de Atención Juvenil en tanto proceso de criminalización.

En general, siguiendo a Aniyar de Castro (1977), se pueden diferenciar tres momentos en el proceso de criminalización:[4]

---

1. Nos referimos globalmente a la definición de Aniyar de Castro Lolita: "Conocimiento y orden social: Criminología como Legitimación y Criminología de la liberación". Editorial Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, 1981.
2. Braunstein, Néstar: "Psicología Ideología y Ciencia". Pág 70. Editorial Siglo XXI, México, 1981.
3. Decimos "surgen" porque en realidad la estructura del control social formal es preexistente al sujeto.
4. Ver al respecto Aniyar de Castro Lolita: "Criminología de la Reacción Social". Editorial Universidad del Zulia. Venezuela, 1977.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Los procesos de creación de normas penales y sociales (por ejemplo creando normas penales lícitas o viceversa).
2. Los procesos de represión institucional (proceso de criminalización de individuos concretos).
3. Los procesos de perpetuación del rol delictivo, mediante imposición e interiorización de etiquetas.

Dado que el tema de análisis es el encuentro, la detención y derivación inicial de los niños, niñas y adolescentes con el sistema de justicia juvenil, interesa puntualizar el carácter estigmatizante del sujeto que suele tener el sistema institucional. Es decir, los procesos que se producen cuando se ha traspasado el umbral de inmunidad y el niño, niña o adolescente es detectado señalado o proclamado mediante el ritual institucional como desviante, independientemente de sí ha cometido o no un acto transgresional.

En síntesis, se señala la importancia de analizar los pasadizos jurídicos e institucionales del sistema de justicia juvenil, que se dirigen e inician la carrera desviada en el los niños y jóvenes y como los procedimientos de detención y derivación inicial constriñen o no, a estos en su rol desviado, es decir, como eslabones de la cadena social de distribución diferencial de inmunidad.

3. EL PRIMER CONTACTO CON EL SISTEMA DE JUSTICIA: LAS POLICÍAS

Esquemáticamente se pueden diferenciar tres momentos en la atención institucional de los niños, niñas y adolescentes en el contexto social. Específicamente son:

1. Todas aquellas acciones que se encaminan a garantizar el funcionamiento adecuado de la niñez y adolescencia en el marco de los mecanismos informales del control social a nivel socio comunal (familia, escuela, iglesia). Procesos primarios de socialización.
2. Cuando los mecanismos primarios socialmente establecidos y diferencialmente distribuidos no se adecuan a los valores dominantes y el niño, niña o adolescente se encuentran vulnerabilizados, entran a funcionar los mecanismos de detección, y referencia según sea el caso. Es aquí donde se define el tipo de "intervención" que requiere el niño, la niña o adolescente para reintegrarse al punto anterior o ser referido a la intervención del tercer nivel.
3. Acá se refiere a los procesos judiciales y a las medidas aplicables (incluída la privación de libertad) a los adolescentes infractores y a las medidas administrativas ejecutadas en instituciones públicas o privadas.

El fenómeno de la distribución diferencial de oportunidades y el control diferencial por parte de los órganos del sistema de justicia, en razón de la mayor vulnerabilidad; tiene su origen en la existencia o no de políticas o programas sociales de atencion a los niños, niñas y adolescentes. Así como, a la efectiva realización de las mismas en tanto Derechos Humanos de la Niñez.

Toda persona en esta etapa de la vida requiere por su condición vulnerable en razón de su edad y proceso de desarrollo de una protección integral, tanto jurídica como social, en la medida que no pueden hacer valer sus derechos y necesidades de forma efectiva por su misma condición. Por ejemplo no votan y no tienen una clara representación política.

Como una medida para compensar esta condición, a partir de la "Convención de los Derechos del Niño de 1989, los Estados partes se han comprometido al desarrollo de una política de protección jurídica y social. En el caso de los jóvenes en conflicto con la ley penal esto implica el reconocimiento de las

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

garantías sustantivas, procesales y de la aplicación de medidas. En el caso de niños, niñas y jóvenes en condiciones de vulnerabilidad social, implica el desarrollo de políticas de protección especial como parte de las políticas sociales generales.

Cuando no hay una efectiva realización de las necesidades y por lo tanto una violación a los derechos fundamentales y los niños, niñas y adolescentes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad psicosocial y jurídica, en la práctica más que una solución al fondo u origen de los fenómenos, lo que entra en juego son las medidas de control formal y los niños y jóvenes son detectados y detenidos por instancias policiales.

En este nivel se observan tres fenomenos que revisten un carácter fundamental.[5]

En primer lugar, la cognotación *estigmatizante* que adquieren los procesos de detección indiscriminada con las ya conocidas consecuencias en la historia vital del sujeto.

En segundo lugar, la tendencia en este nivel, de que se resuelva mecánicamente la derivación de los niños, niñas y jóvenes con ausencia de criterios técnicos de protección, lo cual podría evitar la utilización de medidas represivas de contención y procesos administrativos y judiciales innecesarios, entre otras condiciones estigmatizantes.

Y en tercer lugar, el carácter fragmentario del sistema de atención juvenil.

Esto permite plantear, la necesidad de crear mecanismos tendentes a minimizar el impacto de la detección y la detención, así como la atención y derivación apropiada por medio de instancias ágiles que garanticen una mayor efectividad en la toma de decisiones para determinar el tipo de atención inmediata que necesita el niño, niña o adolescente, ya sea porque se trata de una detención arbitraria, porque requiere de protección social o porque ha infringido las normas penales. Obviamente estas medidas no se contraponen a todas las acciones que se dirijan a prevenir la arbitrariedad y el exceso por parte de los órganos policiales, en tanto actores de primera línea, así como la necesidad de generar programas que atiendan las necesidades de esta población en su mismo medio.

Es en este proceso que ocurre en las primeras horas de encuentro con la policía y las instituciones, que es posible redoblar los esfuerzos para evitar la estigmatización como producto de tratar a los niños y jóvenes como adultos, o incluso como si se tratara de un "delincuente pequeño o en potencia". En esta dirección se deben, revisar los procedimientos de abordaje, así como en general la terminología. Esto permitiría el uso de puntos de vista que vayan más allá de los conceptos policiales y jurídicos formales para utilizar un conocimiento interdisciplinario, que pueda evaluar —con acatamiento a la ley— lo que justifica una detención, de aquello que no lo justifica, las circunstancias, así como las necesidades específicas de cada uno de los casos particulares.[6]

Esto implica de alguna manera, revisar y replantear el sistema de atención infantil y juvenil en su totalidad y de cada uno de los niveles de intervención, manteniendo un adecuado respeto de los principios básicos para la protección social y jurídica de los niños, niñas y jóvenes en condiciones de vulnerabilidad psicosocial o en conflicto con la ley penal.

En el plano institucional se plantea la necesidad de establecer una adecuada atribución de competencias entre los diversos

---

5. Decimos "aparentemente" pues se trata de una incapacidad estructural que no está sujeta a un problema de voluntariedad individual.
6. Ver al respecto Brenes Blanco Emilia: "Análisis de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Legislación sobre Derechos Humanos", Tesis de Grado, Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

organismos intervinientes. Acá a menudo las dificultades más que de un reconocimiento formal de derechos, son del orden de los recursos humanos y materiales, es decir, de realización efectiva del Derecho. Son también necesarias una serie de garantías de orden práctico tendentes a evitar la arbitrarariedad el exceso o la omisión de actuaciones cuando corresponde.

4. EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL Y LAS POLICÍAS

En los regímenes de corte político liberal, el control formal descansa fundamentalmente en el denominado sistema de justicia penal.

Sin embargo, a pesar de la denominación de "Sistema", este puede ser tan solo un recurso didáctico o conceptual, pues el grado de integración de las diversas instituciones que se suelen describir como integrantes de ese sistema, a saber la policía, los tribunales y las instituciones administrativas que aplican algunas de las medidas judiciales, es en realidad bastante fragmentario.

Entre estas instancias, la Policía tiene una importancia fundamental no solo por ser presumiblemente la más fragmentada del "Sistema", sino porque podemos sostener con toda propiedad que es la válvula que controla el acceso al Sistema de Justicia Juvenil, y en gran medida a otras formas de protección y acogimiento de carácter administrativo.

Sobre el carácter fragmentario del Sistema de Justicia Juvenil en investigaciones realizadas en nuestro país, se indica que "... se puede concluir que el Sistema de Justicia Juvenil de Costa Rica enfrenta fundamentalmente la carencia de una política claramente definida y compartida por todas las instancias que lo conforman para el tratamiento del menor infractor. Lo que trae como consecuencia que no exista una posición ideológica homogénea para abordar dicha problemática, prestándose esto a interpretaciones individualizadas del fenómeno. Además se carece de canales adecuados de comunicación, así como de coordinación interinstitucional, lo que provoca roces, recelo y competencia".[7]

La Policía en tanto válvula o puerta de ingreso al sistema de justicia juvenil y en general a los sistemas administrativos de protección social, opera por dos vías: a) Mediatas. b) Inmediatas.

En el caso de las acciones mediatas opera cumpliendo funciones de vigilancia y disuación, con el supuesto fin de reducir el flujo potencial de casos.

En tanto control inmediato, opera por lo general como primera instancia que conoce un hecho punible (flagrancia), para lo cual realiza de forma informal una preclasificación y evalúa las posibilidades reales de iniciar acciones que concluyan en el pase del caso al aparato jurisdiccional.[8] En nuestro país, en materia de niños, niñas y jóvenes, este pase a menudo se puede dar sin que medie una acción concreta, por medio de lo que se ha denominado "estados de peligrosidad" o riesgo social, tales como prostitución, deambulación, farmacodependencia, entre otros, lo que es una fuente importante de excesos y arbitrariedad. Tambien actúan en situaciones donde los niños, niñas y adolescentes requieren una intervención de proteccion social.

---

7 Bedoya Syndel y Alvarado Patricia: "Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis Felipe González Flores" Universidad de Costa Rica, Escuela de Psicología. Proyecto de graduación, 1986. Pág 92.

8 Ver al respecto Gabaldón Luis: "Detención y respuesta policial en el contexto de un sistema penal fragmentario. Una exploración preliminar en Venezuela". Editorial ILANUD, Diciembre 1984.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

A nivel policial, en materia de niñez y adolescencia se pueden discriminar tantas situaciones como policías (que por lo demás tienden a ser variadas), sin embargo podemos discriminar aquellas que se refieren a la *detección* (investigación) o policía represiva, de las policías preventivas o administrativas, es decir, que hacen una prevención mecánica como es el caso del patrullaje y los sistemas de vigilancia que normalmente hacen funciones de *detención.*

Existe además, en algunos países una tendencia al empleo de los Departamentos Sociales de la Policía,[9] o departamentos especializados en delincuencia juvenil. Sin embargo, es importante señalar que en la práctica, a pesar de la eventual existencia de alguna policía especializada para menores de edad, hasta un 80% de los casos de menores detenidos los ejecuta las policías ordinarias de adultos.[10]

Interesa en este proceso de detención inicial de los niños, niñas y adolescentes, tanto la actitud de los Agentes como la significación que esto puede adquirir para los mismos, sobre todo si no han cometido una infracción a ley penal.

La comisión por parte de la policía de actos injustos tales como arbitrariedad, maltralto, abuso sexual, corrupción o tolerancia con los niños, niñas y jóvenes o con las actividades ilegales de los adultos, pueden hacer que se pierda el respeto a la autoridad, y que se propicie el inicio de una carrera delictiva.

Es difícil convencer a los jóvenes que respeten la ley, si las propias autoridades no lo hacen (Naciones Unidas). En Costa Rica, en investigaciones realizadas con jóvenes multirreincidentes ingresos al Centro de Orientación Juvenil Luis Felipe González Flores, reportaron sobre el trato de la policía durante la captura, lo siguiente: 40% algún tipo de agresión física, 12% los esposaron y requisaron, 4% medió algún tipo de chantaje y el 44% consideró como bueno el trato.[11]

Evidentemente, más allá de las situaciones de corrupción y las no despreciables actitudes sádicas que pueden estar presentes en algunos elementos policiales, se plantea acá lo que algunos autores definen como la "dialéctica de la captura", donde casi siempre predomina un alto nivel de violencia y agresividad, en tanto hay intento de fuga, resistencia, lesiones y tensión emocional entre captores y capturados.[12]

Interesa analizar en este nivel la alta incidencia de hechos en los que interviene la policía, donde la situación típica detectada cae dentro de la "ambigua actitud sospechosa". Esto induce a pensar en un patrón policial tendente *a afirmar su presencia y autoridad antes* que vigilar efectivamente personas, bienes y a asegurar protección particularizada a los ciudadanos[13] Reporta Gabaldón (1984) en Venezuela, que no son extrañas las situaciones en que una ronda de patrullaje aparentemente improductivo por falta de "novedades", fue "completada" mediante pesquisas en la vía pública o sujetos transeúntes de los que no se podía inferir actitud amenazante alguna.[14]

Es acá donde cabe la pregunta por los niveles diferenciales o distribución diferencial de la inmunidad por razones de edad, sexo y clase social; es decir, sobre la función criminalizadora de la policía, no solo por su carácter fragmentario, sino por la corrupción y abuso, o por su función fundamentalmente de afirmación de autoridad antes que la protección de bienes

---

9 En Costa Rica se creó, en abril 1987 la Unidad Metropolitana de Atención Primaria Cruz Blanca, cuerpo policial preventivo especializado, dirigido a niños infractores, abandonados, ancianos deambulantes, farmacodependencia, etc. Hasta 1986 venía funcionando la Policía Juvenil.

10 Tomado de Estadísticas del Centro de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social. San José, Costa Rica.

11 Bedoya Sindel y Alvarado Patricia. Op. cit. Pág. 132.

12 Domínguez Juan Carlos, Op Cit.

13 Gabaldón Luis G. Op. Cit.

14 Ídem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

o personas dentro del marco del respeto a la legalidad y el respeto de los bienes jurídicos fundamentales (garantías sustantivas y procesales).

Se reporta en dinámicas grupales con la policía (1980) sobre la "actitud de vigilancia", que "en los barrios residenciales van a "protegerlos de los delincuentes" y en los barrios marginales a "recoger delincuentes".

5. LOS CENTROS DE DETENCIÓN Y DERIVACIÓN INICIAL:

Una vez que el niño, niña o adolescente entra en contacto con la policía o autoridad (correspondiente, interesan también los locales o establecimientos que se utilizan durante el proceso de investigación o en el lapso que transcurre hasta que se pone a este a la orden de una autoridad judicial o administrativa, según sea la situación.

Acá se pueden discriminar varias modalidades como son: a) Locales policiales para adultos sin lugares separados para los niños y jóvenes. b) Locales policiales para adultos con separación física de los niños y adolescentes. c) Locales exclusivos para niños y adolescentes de carácter policial. d) Locales exclusivos para niños y adolescentes de cuerpos tutelares, judiciales o técnicos.

Interesa de forma particular los procedimientos, condiciones y orientación de este primer contacto institucional del niño, niña o adolescente, así como la vivencia diferencial que este puede tener.

La investigación y experiencia en este campo señalan que la reacción de una persona sobre todo si es un niño o adolescente en el proceso de detención (normalmente policial), así como su posterior internamiento en un centro de detención con contención física real, pueden ser determinantes en el futuro desarrollo de este.

En general, la aprensión de un niño o joven menor de edad es *sin duda* un cambio existencial en su modo de vida que provoca diversas reacciones, normalmente vinculadas a una intensa angustia y temor indiscriminado y general, fenómeno que requiere de toda nuestra atención y un análisis exhaustivo y profundo.

Es probable que al ingresar un niño o adolescente a una detención o comisaría (que generalmente no es un centro de menores), se den fenómenos que van desde dificultades para definir la edad, pasando por la agitación emocional, cuando no con un golpe, hasta el temor generalizado a la invasión física o mental (robo, violación, agresión física en el interrogatorio, etc).[15]

Acá la vivencia es diferencial entre los que ingresan por primera vez de los "veteranos". Estos últimos asumirán probablemente una actitud de pseudo suficiencia, que no es otra cosa que una forma de ocultar su temor, lo que se puede expresar en agresiones hacia los nuevos, como una folrma de reafirmaci;on de su rol de "veteranos".[16]

Es acá donde interesa reafirmar la importancia de "discriminar" una instancia no policial o con personal no policial, especializado en el manejo de ansiedades y discriminación básica del tipo de población para la búsqueda de una solución a fondo de la situación.

---

15. Domínguez Juan Carlos. Op. Cit.
16. Ver Domínguez Juan Carlos, Op. Cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En ese sentido es necesario hacer una disgresión y tener como referencia la experiencia de nuestro país. Porque a menudo como muchas situaciones que conciernen a los niños y adolescentes, no se le da a sus necesidades específicas, la importancia que requiere, merece y tienen derecho. En el pasado frente a este planteamiento se afirma que una instancia de esa naturaleza no era posible. Sin embargo, los ejemplos concretos pueden ser más ilustrativos que la fría exposición conceptual. Tal es el caso de la creación en 1989 de una Unidad de Ingreso y Referencia para toda la población del Área Metropolitana, que surgió como un proyecto de carácter técnico, con la participación de todas las instancias del Sistema de Justicia Juvenil y el Patronato Nacional de la Infancia, obviándose otros centros de detención policial o comisaría. Este centro ha servido además, de apoyo técnico al proceso judicial y a los centros de internamiento, cuando es el caso. En la actualidad con todo y las viscisitudes producto del traslado del mismo al Centro Amparo de Zeledón, se reafirma la necesidad de actualizar sus funciones, dotarlo de una planta física más idónea y crear una red de coordinación interinstitucional que permita ofrecer alternativas de solución a las necesidades de esta población, sobre todo a los y las jóvenes mayores de 12 años que no han infringido la ley penal.

Es en estas primeras horas de contacto con el sistema de atención juvenil es donde, como en los servicios de emergencias de los hospitales, se pueden resolver gran cantidad de casos y situaciones.

Desde esta perspectiva y siguiendo el modelo señalado, creemos que a este nivel se puede, con decisiones prácticas y sencillas, desarrollar las siguientes funciones generales:[17]

1. Garantizar que todo niño, niña o adolescente aprehendido, *sea evaluado y atendido jurídico y psicosocialmente,* tomando en consideración la *singularidad* de su condición por medio de un conocimiento exacto que oriente las medidas legales o administrativas correspondientes, a nivel individual, familiar y comunal.
2. Mantener, una estrecha comunicación con todas las instancias del sistema de atención juvenil; policía, juzgados, centros de internamiento, PANI, entidades privadas, así como con la familia y comunidad para la correcta ubicación, y apoyo de las necesidades de los niños y jóvenes.

De forma específica, se debe definir los procedimientos de ingreso y referencia, los cuales no deben exceder el plazo máximo de 24 horas, según la legislación correspondiente.

Para efectos de exposición se pueden discernir dos momentos principales: ingreso y referencia, que conceptualmente se podría percibir más extensos de lo que la práctica implica, pues en total son 24 horas como máximo.

5.1 El ingreso:

Se refiere al proceso mediante el cual, las autoridades policiales, refieren a esta instancia a niños, niñas o adolescentes por razones variadas de supuesta infracción o contravención, según la "percepción policial".

Esta fase está constituida por aspectos técnicoadministrativos de denuncia o razones de aprensión, por aspectos técnicos metodológicos de recepción (elaboración de ansiedades y definición del aquí y del ahora), clasificación básica (lugar de estancia por edad, sexo y situación personal), análisis y atención del estado de salud general, *evaluación del ca-*

17 Ver al respecto Víquez Jiménez Mario y otros. Centro Nacional de Diagnóstico y Referencia del Menor en Riesgo Social. Edit. Dirección General de Adaptación Social. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

rácter legal del proceso de detección (policial) y evaluación del caso para posible referencia inmediata (familia, centros de internamiento u otra atencion especializada). Acá se debe distinguir tres condiciones, edad, sexo y situación legal. La edad se refiere a la ubicación y atención específica de los menores de 12 años y de 12 hasta 18 años. La condición legal se refiere a la necesaria diferenciación de los mayores de 12 años en conflicto con la ley penal de aquellos que no lo son. Las niñas y niños menores de 12 años son competencia exclusiva de los órganos administrativos (PANI). Los mayores de 12 años en el caso de conflicto con la ley penal deberán ser puestos a la orden de la autoridad judicial y los que no han infringido la ley se deberá previo consentimiento de los mismos, ofrecer apoyo a la solución integral de su situación, si así lo amerita.

En el caso de los menores de 12 años (Protección Social) y de los mayores de 12 no infractores que solicitan y aceptan algún programa, es importante realizar una apreciación técnica general de ceso se refiere a una función investigativa, organizadora de la información existente, que permita señalar pautas específicas de referencia inmediata, según condiciones personales y jurídicas, así como pautas de abordaje a nivel individual, familiar y comunal. Este aspecto en lo posible debe ser abordado de forma interdisciplinaria e implica, además, de un proceso de recepción, análisis, y una devolucion de la información al niño, niña o joven que deberá estar al tanto de su situación y expresar su opinión al respecto, la cual siempre deberá ser considerada.

5.2 La referencia:

La referencia se inicia una vez finalizado el proceso anterior y culmina con el proceso de ubicación del niño, niña o joven, ya sea al grupo familiar (prioritariamente), los órganos judiciales o la coordinación con las instituciones adecuadas para la atención y seguimiento de las necesidades específicas. tiene una estrecha coordinación interinstitucional. Se encarga retroalimentar a las instituciones.

La complejidad de estas funciones evidentemente tiene que estar compensada con la idoneidad técnica y humana de aquellos que lo hacen y con una dotación y bagaje técnico que va más allá de simple buena voluntad.

La experiencia indica que cuando se ha perdido la capacidad protectora de la familia la responsabilidad del niño, niña o adolescente recae conjuntamente sobre todos los integrantes del Sistema de Atención Juvenil y la Comunidad, por medio de diferentes formas y niveles de organización y participación que van desde asociaciones y grupos con fines específicos en la materia, hasta asociaciones puramente comunitarias. Sin embargo no se debe olvidar que la estrategia no está en sustituir a la familia, excluir, reprimir, o institucionalizar el niño, niña o joven, sino fortalecer su grupo familiar, y ofrecer oportunidades reales de desarrollo humano en lo que se refiere a la salud, escuela, cultura entre otros. La referencia está determinada por las condiciones de edad y situación jurídica.

En el caso de niños o niñas menores de 12 años estos deben ser remitidos de forma inmediata al Patronato Nacional de la Infancia. Sin embargo la instancia de ingreso y referencia deberá estar en condiciones de atender esta población cuando por error policial o dificultades en determinar la edad reciba niños y niñas de esas edades.

En lo que se refiere a población mayor de 12 años, se debe determinar la legalidad de la detención y si corresponde o no ponerlo a la orden de los órganos jurisdiccionales. En el caso de jóvenes en conflicto con la ley penal, en un plazo máximo de 24 horas deberán ser remitidos al Juzgado Tutelar de Menores. En el caso de situaciones no tipificadas por la ley y el joven se encuentra en situaciones de riesgo social, previo consentimiento del mismo, se le podrá ofrecer un programa de Desarrollo Humano, de acuerdo con sus necesidades. En ningún caso serán sometidos a "Tratamientos" o "Programas" en contra de su voluntad.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

6. CONSIDERACIONES FINALES

En relación al tema de las alternativas de atención institucional para niños, niñas y adolescentes, es importante hacer dos observaciones. En primer lugar, puntualizar algunos aspectos en la discusión familia versus institución y, en segundo lugar, hacer algunas consideraciones sobre las funciones diagnósticas y clasificatorias.

En relación a la discusión familia versus institución, sin duda alguna La Convención de los Derechos de Niño es en extremo clara al definir que un derecho fundamental del niño, niña y adolescente es a *su familia*. Sin embargo este derecho puede ser restringido cuando hay un ejercicio omiso o abusivo de las responsabilidades parentales. En ese sentido se puede tomar como guía la frase de Bakunin: "El niño no es propiedad de los padres ni de la sociedad; el niño pertenece a su futuro en libertad". Porque frente al proceso tan usual de segregación del niño o adolescente existe, por un lado, una tendencia *ultrafamiliarista* que cree en la ubicación del niño o joven en la familia biológica a toda costa como alternativa al institucionalismo, sin precisar posibles condiciones de abuso familiar, y por otro lado, estar, a la posición *ultrainstitucionalizadora* que hablaría de una cesión de los niños y jóvenes al Estado.[18]

Las investigaciones con la población que entra en contacto con las autoridades policiales indican que el 33% de los niños y jóvenes tiene familias recursos, el 34% no tiene recurso familiar, el 27% algún "posible recurso" y el 6% recursos secundario. Es decir, aproximadamente el 60% no tiene en concreto recurso familiar. Lo cual habla de la necesidad de buscar condiciones de apoyo para aquellos que no cuentan del todo con recurso familiar.[19]

Igualmente, en investigaciones sobre las familias de jóvenes multirreincidentes, se ha encontrado que si bien un 88% recurren cuando egresan primero al grupo familiar, únicamente el 48% desea quedarse y el otro 48% manifiesta que algo "los impulsa a irse".[20]

Por otro lado, a nivel institucional la percepción que tienen los jóvenes sobre el "tratamiento del centro de internamiento", en un 24% dicen haber obtenido capacitación académica, 32% conocimiento de sí mismo, 12% aprendizaje delictivo, 4% pérdida de libertad, 4% disciplina y un 24% dice que nada.[21]

Esto indica que el 56% de los jóvenes siente que su permanencia en el Centro les ha permitido algún tipo de preparación o capacitación. El 34% tiene una evaluación negativa de su permanencia en la Institución. A pesar de ello, el 88% de la libertad o sometimiento a normas.

En realidad sabemos que el poder de la familia y de la Institución, como estrategia de socialización, está en su poder mediatizador para transmitir la ideología. En este sentido idealmente la familia, conjuntamente con la educación, son los entes de socializacion para cumplir con las tareas planteadas por el sistema social. Es acá donde creemos funcional un proceso de diagnóstico familiar y comunal que permita discernir la capacidad del grupo familiar y del contexto comunal para poner, en juego todo lo que legítimamente sirva, para que el niño y el joven se desarrollen con plenitud como seres humanos, incluyendo otras posibles opciones de acogimiento afectivo y como último recurso las opciones institucionales. Al respecto es importante enfatizar, en la necesidad de que estas opciones institucionales

18. Domínguez Juan Carlos. Op. Cit.
19. Bedoya Syndell y Alvarado Patricia. Op. Cit.
20. Idem.
21. Idem.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tengan como meta la reinserción del joven en su grupo familiar o un grupo sustituto cuando esto no sea posible.

Asimismo, tener presente que por ningún motivo, razones de tipo económico deben mediar, responsabilidades parentales.

Por el contrario, a menudo la verdadera solución a muchas de las necesidades de los jóvenes, está en el desarrollo integral del grupo familiar.

La segunda de las puntualizaciones se refiere a las clasificaciones psicocriminológicas que con frecuencia se utilizan en los procesos institucionales. La posición es que, a pesar de su "utilidad práctica" (que es posiblemente su principal argumento), en el fondo tienden a mecanizar y a trasladar, de manera imperceptible, las funciones jurídicas-represivas y de "funcionalidad institucional" a un lenguaje pseudocriminológico que solo cumple finalmente una función técnico-estigmatizante.

No queremos con esto dejar la idea de que estamos en contra de las clasificaciones, sino a su utilización, porque en el mundo clasificatorio todo puede caber y, de esta manera, presentar aparentemente ordenadas fenómenos que tienen su asiento explicativo en diferentes niveles.

Hoy día sabemos que las clasificaciones existen solo en el espacio clasificatorio y de ahí irradian hacia los referentes llamados niños, menores o internos. Entiéndase bien, decimos que solo existen en el espacio clasificatorio, no que no existen. Su materialidad es simbólica, no existían antes de que se elaborarse el concepto.[22]

Pero es precisamente en su capacidad simbólica donde se produce el deslizamiento de las funciones represivas y de funcionalidad instituicional al pseudo lenguaje psicológico, produciendo una función no científica, aunque llamada con ese nombre, que cumple finalmente una función estigmatizante.

Pongamos un ejemplo: en las clasificaciones psiquiátricas se habla de: Psicósis alcohólica, neurosis histérica, trastornos de conducta de la infancia y desajuste social. Como podemos observar, la clasificación aparentemente ordena la realidad; pero lo que no explica es que aquí se está pasando del terreno de la biología al de la psicología y de este al jurídico penal, produciendo un efecto ideológico de borramientos de las diferencias.[23] Ahora bien, esto no significa, como señala Braunstein, que por pensar que esta empresa no es moralmente legítima, se deba abandonar a los ideólogos de la manipulación que se pretende combatir. La crítica moralista y abstracta, así como el rechazo de la "áspera vida terrenal" puede terminar haciendo un juego-cómplice a las arbitrariedades de lo cotidiano. Pero no por ello, se debe dejar planteado que las clasificaciones no son el objeto de ninguna ciencia, sino las demandas de una intervención formulada a los técnicos y profesionales en una estructura social concreta.

En síntesis, la recepción y referencia de niños, niñas y adolescentes no es un objetivo científico sino una tarea práctica que responde a demandas concretas y que se pueden ejecutar preferiblemente con conocimiento científico para ello.

Lo que preocupa en todo caso, es que se recubra de cientificidad una serie de procedimientos que no los son, porque, por el contrario, es probable que sea la ciencia la única que pueda sacarnos de este marasmo de

---

22 Braunstein, Néstor: "Psiquiatría, Teoría del Sujeto, Psicoanálisis (hacia Lacán). Edit. Siglo XXI, México, 1980.
23 Braunstein Néstor. Op. Cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ocultamiento ideológico al que estamos expuestos en las intervenciones institucionales del control social juvenil.

En ese sentido es ilustrativo la frase de Castilla del Pino que tal vez pueda explicar, en parte, nuestra posición y algunas posibles contradicciones en este discurso.

"... es cierto que la situación alienadora imposibilita de hacer más, pero lo que se trata en el auténtico proyecto no es de hacer lo que se podría hacer si la situación fuera otra, sino de hacer lo que se puede hacer en esta situación en la que estoy, para que deje así de ser los que es".[24]

7. BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO Patricia y Bedoya Syndell. *"Propuesta de una estrategia de egreso del Centro Luis F. González Flores"*. Universidad de Costa Rica. Escuela de Psicología, 1986.

ANIYAR DE CASTRO Lolita. *"Conocimientos y Orden Social, Criminología como Limitación y Criminología de la liberación"*. Editorial Universidad de Zulia Venezuela, 1981.

"Criminología de la reacción social". Editorial Universidad del Zulia Venezuela, 1977.

BRAUNSTEIN Néstor. *"Psicología, ideología y ciencia"*. Editorial Universidad Siglo XXI, México, 1975.

"Psiquiatría, teoría del sujeto, psicoanálisis (hacia Lacán)". Editorial Siglo XXI, México, 1980.

BRENES BLANCO Emilia. *"Análisis de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Legislación sobre Derechos Humanos"*. Tesis de Grado. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1984.

Dirección de Prevención. *"Informe de labores del programa de prevención"*. Editorial D.G.A.S. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1986.

"Estadísticas: Centro Luis Felipe González Flores, Centro Amparo de Zeledón, Dentro de diagnóstico del menor en riesgo social y programa de atención al menor en comunidad". D.G.A.S. Ministerio de Justicia, San José, Costa Rica, 1985.

DOMÍNGUEZ Juan Carlos. *"Detención y prediagnóstico del menor infractor"*. En curso personal de centros de menores infractores, del 7 al 12 de Diciembre 1981. Editorial ILANUD San José, Costa Rica, 1981.

GABALDÓN Luis G. *"Detención y respuesta policial en el contexto de un sistema penal fragmentario. Una exploración preliminar en Venezuela"*. Editorial ILANUD Diciembre 1984.

Naciones Unidas. *"Informe del séptimo congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente"* 121/122 Milán, Italia, 1985.

"Adultos jóvenes delincuentes". Nueva York, 1965.

RICO José María *"Crimen y Justicia en América Latina"* Editorial Siglo XXI, México, 1977.

RUIZ JIMÉNEZ Cortés Joaquín y otros. *"Los problemas del menor inadaptado y marginado socialmente"*. Ponencias en el curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Editorial Consejo Superior de Protección de

24 (3) Castilla del Pino, 1983

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Menores de justicia, Madrid, España, 1983.

TANNEBAUM Frank. *"Crime and community"*. Primera Edición 1982.

VÍQUEZ JIMÉNEZ Mario y otros. *"Centro nacional de diagnóstico y referencia del menor en riesgo social"*. Editorial D.G.A.S. Ministerio de Justicia 1986.

VÍQUEZ JIMÉNEZ Mario *"El Sistema de Justicia Juvenil en Costa Rica"*. Editorial DGAS Ministerio de Justicia. San José, Costa Rica, marzo de 1987.

VÍQUEZ JIMÉNEZ Mario. *"De la Convención a la Acción: Aportes metodológicos para el Análisis y Reformulación del Marco Jurídico Nacional a la Ley de los Derechos Humanos de la Niñez."* Editorial UNICEF, Guatemala, 1994.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LAS CIENCIAS DE LA INFORMACIÓN, LA INFORMÁTICA Y EL DERECHO SE UNEN EN FAVOR DE LA JUSTICIA EN COSTA RICA

LICDA. LAURA NAVARRO BARAHÓNA

En la actualidad uno de los instrumentos más importantes con los que debe contar un profesional en cualquier campo, es la información. Por este motivo ésta ha llegado a ocupar un lugar preponderante en el mundo. Estrechamente unido a este factor se encuentra el desarrollo tecnológico, que ha hecho surgir un campo, desconocido en siglos anteriores, y que es hoy el instrumento más ágil para el manejo preciso, eficaz y ágil de la información: la informática.

Nuestro país no se ha quedado atrás en este proceso, y es así como la informática, las ciencias de la información y el derecho, se han unido para tratar de alcanzar uno de los sueños predilectos de cualquier ser humano: *La Justicia.*

A mediados de la década de los ochenta se inició un proceso, mediante el cual se ha venido sistematizando la información específicamente en tres fuentes del derecho: legislación, jurisprudencia y doctrina. Tres Instituciones se han hecho cargo de esta importante labor, con equipos interdisciplinarios de bibliotecarios, informáticos y abogados.

En la Corte Suprema de Justicia- (Digesto de Jurisprudencia) se encuentra la Base de Datos referente a la jurisprudencia; en la Procuraduría General de la República sistematiza la legislación; en la Facultad de Derecho y Biblioteca de Derecho de la Universidad de Costa Rica se tienen las Bases de Datos en doctrina jurídica. Dentro de éstas últimas encontramos una Base de Datos Referencial de tesis, revistas y libros jurídicos naciónales, que consta en la actualidad de 7000 registros. Otra Base de Datos está conformada por la doctrina textual, consta de 8832 registros, distribuidos de la siguiente forma: en Derecho Penal 7728, Derecho Constituciónal 567, Derecho de Familia 165 y Derecho Laboral 372. Actualmente se recopila información en las ramas del Derecho Procesal Civil, Derecho Notarial, Derecho Registral, Derecho Agrario y además se amplia la información en Derecho Laboral, Derecho de Familia y Derecho Constituciónal. En los próximos años se pretende recopilar información en todas las ramas del derecho. Además de éstas Bases de Datos se cuenta con las Bases de Datos Referencial en Derecho Agrario que consta de 3244 registros y en Derecho Privado que cuenta con 9347 registros.

Con la Asesoría del ILANUD desde 1987, y el apoyo de la Comisión Naciónal para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, en el marco del Convenio de Asistencia suscrito entre el Gobierno de Costa Rica y el de los Estados Unidos, a partir de 1989, se logró compatibilizar los diferentes proyectos de Informática Jurídica.

A las puertas del año 2000, y con el esfuerzo de cada una de las Instituciones involucradas, se pretende conformar una Red

* Coordinadora del Proyecto de Informática Jurídica. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Naciónal de Información Jurídica. Con esta Red aquellas personas relacionadas con el sector justicia saldrán beneficiadas, ya que su objetivo principal es brindar un acceso ágil y certero a la información jurídica.

En un Estado de Derecho se lucha por la seguridad jurídica, ésta puede ser alcanzada por los administradores de justicia, si tienen acceso ágil y veraz de la información (legislación, jurisprudencia y doctrina). Con la Red Naciónal de Información Jurídica podrían, no solo fundamentar mejor sus fallos, sino también lograrían agilizar sus labores y con ello se garantizaría el principio constituciónal de *Justicia pronta y cumplida.*

La Informática Jurídica es una herramienta, que debe ser utilizada por todas aquellas personas que se encuentran involucradas con el campo del Derecho. Colabora con los jueces en la toma de sus decisiónes; con el legislador, para la preparación de sus proyectos de ley; con el investigador, para contar con la información necesaria para la producción del derecho; con el docente para preparar sus cursos y así elevar la calidad en la enseñanza del derecho; con el litigante para fundamentar sus casos; y de igual importancia para el estudiante, que con un acceso ágil a la información puede prepararse para ser un mejor jurista.

Con las Bases de Datos en Informática Jurídica en Red Naciónal, se garantizaría una Biblioteca Sistematizada, que puede ser accesada desde cualquier punto del país, y que sería actualizada en forma diaria.

El objetivo principal de éstos programas es el de dotar al sector justicia de los instrumentos más modernos y eficaces, para agilizar la búsqueda de la información. Para esto se recopilan los datos, se analizan y se ingresan en las Bases de Datos.

Las Instituciones involucradas han trabajado en coordinación, sobre todo con el uso de vocabularios controlados. Previo al almacenamiento de cada documento en las Bases de Datos, requieren de algunas fases: recopilación de información, análisis bibliográfico y de contenido. Cada documento se ingresa y contiene palabras claves o descriptores que ayudan al usuario a identificar su carácter y contenido, procedimiento conocido en las ciencias de la información como indización de documentos.

Según Luigi Lombardi Vallauri, són tres los sistemas que se pueden utilizar para indización en los sistemas de información:

1. Un sistema en que se utiliza un lenguaje natural puro o de primer grado, que consiste en el vocabulario utilizado por el autor.
2. Un sistema de lenguaje mixto.
3. Sistema de lenguaje documentario o tesaurus.

Con el fin de asegurar el control y aumentar la eficiencia de un sistema de Información, las Instituciones que cuentan con las Bases de Datos en nuestro país, han decidido utilizar en forma uniforme y coordinada, el sistema de lenguaje documentario-controlado o tesauro, que contiene una lista normalizada de términos de indización. Se cuenta con varios tesauros elaborados por la Procuraduría General de la República y el Digesto de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. El tesauro que lleva la vanguardia es el Macrotesauro en Derecho, que contiene lo relativo al derecho y sus ramas. Existen tesauros especializados en Derecho de Familia, Derecho Penal y Criminología, Derecho Civil, Derecho Agrario, Derecho Laboral, Derecho Administrativo, Derecho Constituciónal, Derecho Procesal Civil y Derecho Internaciónal Público.

Las autoridades de la Facultad de Derecho, Biblioteca de Derecho, docentes y estudiantes trabajan en forma conjunta. Se recopila día a día información, para así hacer su aporte a tan inconmiable labor: facilitar el acceso a la información jurídica y contribuir a la consecución del principio constitucional de justicia pronta y cumplida.