

EL FORO



REVISTA EL FORO

Edición No. 12
Revista del
Colegio de Abogados
San José, Costa Rica
Febrero 2012



DIRECTOR

Lic. Álvaro Sánchez González

CONSEJO EDITORIAL

MSc. José Pablo Alvarado Cascante*

Dra. Érika Hernández Sandoval*

Licda. Gabriela Badilla Zeledón*

MSc. Edgar Castrillo Brenes*

Licda. Vanessa Quesada Córdoba*

Asesoría Editorial

Departamento de Comunicación
del Colegio de Abogados y Abogadas
de Costa Rica

Impresión

Industrias Papeleras Giova, S.A.

Colegio de Abogados de Costa Rica

Teléfono 2202-3648

www.abogados.or.cr

De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

*Integrantes del Colegio
de Abogados y Abogadas de Costa Rica

Sumario

- 7 ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REALIDAD JURÍDICA QUE GOBIERNA AL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COSTA RICA
Dra. Vilma Sánchez Del Castillo
- 13 UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA CULTURA JURÍDICA EN AMÉRICA LATINA
Antonio Carlos Wolkmer
- 20 LA TUTELA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES
Lic. Mauricio Masís Murillo
- 32 LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA EL ENGAÑO Y LA FALTA DE INFORMACIÓN
Licda. Isaura Guillén Mora
- 46 EL CONTRATO DE KNOW HOW Y LICENCIA DEL KNOW HOW
Lic. Ronald Eduardo Segura Mena
- 59 EL RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO APLICABLE A LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS EN COSTA RICA
Dr. Carlos Alberto Mata Coto
- 71 LA OMISIÓN O INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CRITERIO DE ANORMALIDAD Y DE RESPONSABILIDAD
Lic. Mario Quesada Aguirre
- 82 LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA RÉPUBLICA DE CHILE Y EN COSTA RICA BREVE DIGNÓSTICO COMPARATIVO
Lic. Billy Araya Olmos
- 90 EL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO EN COSTA RICA
Lic. Rodolfo Solórzano Sánchez
- 102 NUEVAS CAUSALES DE PRISIÓN PREVENTIVA CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 239 bis DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL
M.Sc. Shirley Moraga Torres

Mensaje Editorial

Desde la primera edición de La Revista El Foro, a finales del Siglo XIX, se consideró como un aporte que mejoraría la ciencia del Derecho. Hoy, más de cien años después, seguimos comprometidos con la labor que iniciaron nuestros antecesores.

Algunas de sus observaciones consistían en analizar la calidad de las sentencias, que eran el reflejo de la producción legislativa, en específico de las leyes. Esa idea es el punto donde partimos que es nuestro deber como estudiosos de la ciencia del Derecho, investigar y generar el pensamiento; para avalar, innovar, mejorar y construir propuestas que se adapten a la sociedad del siglo XXI.

Nuestros primeros autores, quedarían impresionados, al enfrentarse a situaciones que en esa época serían impensables, pero que representan la evolución de la ciencia jurídica.

Los conocimientos de los autores enriquecen la ciencia del derecho y la comunidad jurídica quedara satisfecha, ya que podemos asegurar la calidad de las ponencias de las personas que han escrito para la revista en esta edición.

De manera muy elocuente, Vilma Sánchez Del Castillo, logra amalgamar como lo jurídico y tecnológico, deben coincidir para regular el comercio electrónico.

Mauricio Masis, insta a discutir sobre el tema de propiedad intelectual, que implica diversas áreas de la actividad humana.

Isaura Guillén, nos induce a un tema en el cual la falta de conocimiento de los derechos de los consumidores, llevar a estos a convertirse en víctimas de comerciantes sin escrúpulos.

Para Billy Araya, es muy importante desarrollar si existe o no, paralelismo jurídico en legislación municipal chilena y la nuestra.

En el caso de Ronald Segura, su estudio conduce a que la legislación, debe proteger los conocimientos o secretos industriales o comerciales que generan una mejor competitividad, de todas aquellas personas que realizan una actividad mercantil.

La práctica jurídica es un arte y el manejo, que demos en los estrados judiciales y los atinadas que sean las preguntas en una audiencia es el tema, que Rodolfo Solórzano nos expone, en su artículo referido al interrogatorio.

Carlos Mata, desarrolla la temática jurídica ambiental, involucrando la importancia que tiene para este el derecho administrativo.

Lo que escribe Shirley Morga, respecto de la prisión preventiva nos pone a analizar sobre la valoración que de ellas se haga para aplicarlas o no.

Luego de concretar cuáles son los puntos a tratar en la edición XII, invitamos a los lectores y lectoras a disfrutar de las propuestas que nuestros colegas, nos regalan para compartir con la comunidad jurídica.

Lic. Álvaro Sánchez González
Director
Consejo Editorial

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REALIDAD JURÍDICA QUE GOBIERNA AL DERECHO DEL COMERCIO ELECTRÓNICO EN COSTA RICA

*Vilma Sánchez Del Castillo*¹

Resumen

La normativa estatuida para regular los servicios de la sociedad de la información, debe, forzosamente, plasmar en su seno el avance tecnológico suscitado durante los últimos años, definiendo el ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y espacial del comercio electrónico. Con estas líneas se pretende introducir, sucintamente, al lector, hacia una mirada crítica de lo que es la realidad de la regulación del comercio electrónico y de los servicios de la sociedad de la información, en el ordenamiento jurídico costarricense.

Abstract

The regulation enacted on the grounds of the information society services must provide for the latest technological advances of the recent years, by defining accurately the objective and subjective scope and the setting of application of the E-Commerce. Based on that information, I pretend to introduce the reader briefly throughout these sentences to an assessment that overviews the reality of the E-Commerce and the information society services regulation in Costa Rica.

Palabras clave

Comercio Electrónico, Convergencia, Servicios de la Sociedad de la Información, Tecnología

Key words

E-Commerce, Convergence, Information Society Services, Technology

“La electrónica, en definitiva, no deja sino de ser el medio de expresión de una voluntad, como lo es el correo, el fax o el teléfono: por eso, la creación de la voluntad seguirá el proceso que siempre ha seguido, lo que variará será el camino o medio para expresarla, que utilizará las vías electrónicas o telemáticas”².

El avance incesante de las tecnologías ha provocado variaciones importantes en las formas en que, tradicionalmente, solía concebirse la actividad comercial

y la manera en que la información era transmitida. De esa forma, la utilización del Comercio Electrónico viene a ser en nuestros días, un importante instrumento que permite el intercambio de declaraciones de voluntad y, por tanto, la perfección de contratos, entre partes separadas en el mundo físico.

Tal y como lo advertí en otra publicación³, el sector de las telecomunicaciones ha experimentado importantes cambios a lo largo de los últimos años, los cuales pueden incorporarse en cuatro procesos básicos: la liberalización, la privatización, la digitalización y la convergencia. Éste último – el más significativo en este contexto –, ha sido definido por el Libro Verde sobre la convergencia de los sectores de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información y sobre sus consecuencias para la reglamentación, de la Comisión de las Comunidades Europeas, como “(...) *la capacidad de diferentes plataformas de red de transportar tipos de servicios esencialmente similares, o; la aproximación de dispositivos de consumo tales como el teléfono, la televisión y el ordenador personal* (...)”.

Este hecho, trajo como consecuencia que alrededor del mundo, gran cantidad de países se hayan preocupado por amoldar su normativa a las especificaciones que requiere este nuevo manejo de la sociedad civil, en su vertiente económica, para de esa forma acceder a un adecuado y responsable funcionamiento de los servicios de la sociedad de la información, principalmente, porque entra en juego la red de redes, o Internet, concebida como un sistema internacional de telecomunicaciones⁴.

De esa forma, normalizaciones de avanzada, como las promulgadas por la Unión Europea, así como las consecuentes transposiciones de esa normativa dentro de los países que conforman ese entramado, junto con las máximas que organizaciones internacionales como la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), se han

1 Doctora en Derecho Privado y de la Empresa, Universidad Carlos III de Madrid. Letrada de la Sala Constitucional

2 PERALES VISCASILLAS, Ma. del Pilar. Formación del contrato. /En/ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (coord.); ILLESCAS ORTIZ, Rafael (dir.). Comercio Electrónico y protección de los consumidores. Madrid: La Ley, 2001, p. 414.

3 SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. La sociedad de la información, la convergencia de las telecomunicaciones y los servicios de la sociedad de la información en la Ley 34/2002 sobre Comercio Electrónico. /En/ Revista de la Contratación Electrónica, No. 73, julio/agosto 2006, pág. 8-9.

4 Es interesante en este punto, mencionar que regímenes jurídicos como el español, desde hace varios años, ya han apostado por la reforma de sus leyes, instaurando medidas de impulso a la sociedad de la información, esto, con el firme propósito de eliminar las barreras existentes a la expansión y uso de las tecnologías. Para mayor claridad, ver Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información española.

pronunciado en esta materia desde hace más de una década. Empero, al día de hoy, en Costa Rica no existe un cuerpo de normas dotado de los requerimientos mínimos que permitan que una actividad de actualidad, como el Comercio Electrónico, despegue.

Situaciones como la descrita, confluyen irremediablemente en desatinos severos y hasta, en desprotección para una de las partes más débiles y fundamentales de la contratación por medios electrónicos, el consumidor.

He podido arribar a este razonamiento luego de revisar el contenido de algunas de las leyes promulgadas durante los últimos años, y que, inexorablemente, rozan, conviven o pertenecen al mundo de la electrónica, como lo son: la Ley de Certificados, Firmas Digitales y Documentos Electrónicos, la Ley General de Telecomunicaciones y su reglamento, la Ley de Protección de Datos Personales y, finalmente, la Ley sobre Arbitraje Internacional, basada en la Ley Modelo de la CNUDMI.

Lastimosamente, esta diversidad de regulaciones vierte de manera desordenada, despreocupada y fraccionada, conceptos de importancia a la hora de definir los alcances de los bien llamados servicios de la sociedad de la información. Tal es el caso de las definiciones de equivalencia funcional, comunicación electrónica, mensaje de datos y telecomunicaciones, por mencionar sólo algunos de los paradigmas que se encuentran dispersos y acomodados al azar dentro de cada uno de esos cuerpos normativos. Por si fuera poco, ninguna de ellas es capaz de regular, ni ínfimamente, la actividad comercial acá comentada.

Es necesario, entonces, tener presente que aunque el entorno del Comercio Electrónico esté regido –en defecto de regulación específica - por el principio de inalterabilidad del derecho preexistente de obligaciones y contratos, máxima que trae aparejado que las bases fundamentales de la contratación por vía manual permanezcan incólumes ante la electrónica, la complejidad y tecnicidad que rige esta materia, necesita de definiciones jurídicas prístinas y sencillas, que permitan enrumbar y definir las políticas que van a cubrir a esta creciente y, en otros hemisferios, ampliamente consolidada, rama del Derecho. Sobretudo, si tenemos en consideración que uno de los más agudos problemas que plantea la falta de normalización, es que el fundamento de nuestro derecho de obligaciones y contratos descansa en los vetustos - y sin temor a afirmar, ampliamente superados -, Código Civil y Código de Comercio⁵.

5 Tome en cuenta el lector que, no obstante lo dicho, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor y su Reglamento, se han erigido como piezas básicas a la hora de reglamentar

Ante estas especiales consideraciones, a nivel europeo reglamentaciones como las contenidas en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, se han apostillado, en su carácter de normas marco horizontal, como reglamentaciones de talante general, supletorio y subsidiario.

Partiendo de ese supuesto, concuerdo con la doctrina que, en su vértice de generalidad, las regulaciones de este tipo encierran, o más bien, deben encerrar, una serie de principios generales que, por su naturaleza, son propios de la contratación electrónica, los cuales, marcarán factores de trascendental envergadura, como el ámbito de aplicación de esa normativa. Es por ese motivo que autores como Mónica LÓPEZ-MONÍS GALLEGO han sostenido que *“La norma buye de los detalles y de la minuciosidad propia de una Ley sectorial”*⁶.

Por otra parte, el carácter supletorio de estas regulaciones entra a regir cuando sus preceptos se aplican en defecto de otra normativa, con la finalidad de cubrir lagunas que el ordenamiento jurídico no haya sustentado. Finalmente, la peculiaridad de subsidiariedad, se basa en el hecho que, en caso de surgir un conflicto con alguna Ley de carácter especial, ésta última prevalecerá sobre la ordenación destinada al Comercio Electrónico.

Por si eso fuera poco, hay que tener en cuenta que a las deficiencias normativas apuntadas, en materia de legislación nacional, es menester ataviar otra realidad. Que al lado de la expansión de la forma en que la información es trasladada, la globalización entra a regir, con lo cual, los mercados comienzan a funcionar – o más bien, siguen funcionando – al margen de las fronteras estatales.

Con esto, quiero resaltar que la revelada problemática de la omisión legislativa costarricense se duplica, dado que no sólo no contamos con una adecuada normalización nacional en materia de contratación por medios electrónicos, sino que, cuando el conflicto supera las fronteras nacionales, es muy probable que los operadores del derecho se tengan que cruzar de brazos y adivinar cómo deben proceder, para paliar las deficiencias normativas a que deban hacer frente⁷.

esta materia; pero como dije, básicas.

6 LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica. Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio). En MATEU DE ROS, Rafael; LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica (coords.). Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Navarra: Aranzadi, 2003, págs. 50-51.

7 Sobradas ventajas en este aspecto, muestra el entorno comunitario de la Unión Europea, donde desde el inicio, el establecimiento de la

Las consideraciones advertidas, pueden desembocar en dos vertientes diametralmente opuestas. En primera instancia, la decepción de los intervinientes interesados en optar por los beneficios de este juego comercial, ante la sombra que cubre el panorama político legal costarricense en materia de contratación, lo que podría provocar que decidan establecer o dirigir sus negocios en otras naciones con conceptualizaciones diáfanas y depuradas al respecto. O bien, puede provocar la proliferación de personas inescrupulosas que pretendan sacar provecho a este vacío jurídico⁸.

Con esta clase de disquisiciones no pretendo decantar sólo pensamientos negativos hacia los esfuerzos legislativos traslapados ya en leyes nacionales, sino más bien, advertir acerca de las necesidades que este ayuno normativo provoca, y por ende, emitir un severo llamado a este respecto, a fin que Costa Rica se profile, en algún momento, como una de las principales potencias en materia de Comercio Electrónico.

No quisiera dejar de mencionar que es una lástima que iniciativas tendentes a suplir estas severas lagunas, siempre corran la suerte del archivo en nuestra Asamblea Legislativa. La última de ellas, lo fue el Proyecto de Ley de Comercio Electrónico, el cual fue conocido dentro del expediente No. 16.081, y se basó en la Ley , 34/2002 de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, de España.

En atención a mi disertación, quisiera exponer en el subsiguiente acápite, los que a mi parecer son algunos de los puntos que deben tomarse en cuenta al momento de redactar una Ley sobre Comercio Electrónico⁹.

integración comunitaria, la apertura para la instauración de un espacio sin fronteras a través de la libertad de establecimiento, la libre circulación de servicios, y sobretodo, la coordinación oportuna de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas entre los distintos Estados miembros, han facilitado de sobremano el crecimiento y fortalecimiento de ese mercado.

8 Con una actitud visionaria ante la entrada inminente del comercio electrónico, en el considerando segundo de la Directiva 2000/31, la Unión Europea destacó que "(...) El desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos (...)".

9 Como podrá advertir el lector, las reflexiones que contiene este texto no son nada exhaustivas, sino que con estas manifestaciones, sólo pretendo abordar de manera superficial, algunas de las preocupaciones que me aquejan ante el vacío legislativo por este medio denunciado.

I.- BREVE RESEÑA A LAS ESPECIFICACIONES MÍNIMAS QUE DEBE CONTENER UNA LEY QUE REGULE COMERCIO ELECTRÓNICO. LO TOCANTE A LA DEFINICIÓN DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, EL OBJETO Y LOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN OBJETIVA, SUBJETIVA Y ESPACIAL DE LA LEY Y OTROS TEMAS.

I.1) Los Servicios de la Sociedad de la Información:

A este respecto, deviene de fundamental importancia proceder a una definición de los bien llamados, Servicios de la Sociedad de la Información.

Como enunciaba, someramente, al inicio de este breve ensayo, la información y, en específico, la forma en que ésta es transmitida, es una pieza clave que se ha tomado como punto de partida al momento de definir los alcances jurídicos del Derecho del Comercio Electrónico.

Años atrás, futurólogos como Alvin y Heidi TOFFLER¹⁰, advirtieron que la humanidad se encontraba en proceso de crear una nueva civilización, la cual bautizaron como "*La Tercera Ola: la revolución de la información*", que según mencionaron en su momento, descansaba sobre tres pilares básicos, que son: el saber, el conocimiento y la información.

Asimismo, variadas organizaciones internacionales consolidaron este pensar, y lo fundieron en lo que se denominó "La Sociedad de la Información", caracterizada por la terciarización, la automatización de los procesos, la globalización, la información como materia prima, la interactividad y la complejidad¹¹.

Al delimitar el concepto de los Servicios de la Sociedad de la Información, el legislador comunitario propugnó, los que en su criterio, serían los caracteres fundamentales que definirían este concepto. De esa forma, la Directiva 98/48, de 30 de diciembre, sobre el procedimiento de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las directivas 93/38/CEE y 92/13/CEE, estatuyó sus bases fundamentales al advertir que "(...) *todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios* (...) "¹².

10 SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma, op. cit., págs. 4-5.

11 SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma, op. cit., pág. 5

12 En igual sentido, Ley 34/2002 española, en la sección de anexos, acápite de definiciones. En este apartado, la Ley menciona que serán servicios de la sociedad de la información, siempre que representen una actividad económica, los siguientes: la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, la organización y gestión de subastas por

Esta simple configuración, se perfila en uno de los componentes principales de lo que será el objeto de una ley sobre Comercio Electrónico.

1.2) Ámbitos de aplicación objetivo, subjetivo y espacial:

Aunque la definición sentada en el acápite precedente, parezca básica, e incluso para algunos, no merezca importancia, se constituye en una pieza vital, pues, dispone que tan sólo los servicios que cumplan esos requisitos pertenecerán a la sociedad de la información, y por tanto, serán destinatarios directos de las normas que sobre esa rama se concierten.

Por ejemplo, la Ley 34/2002, estatuye en su artículo primero, párrafo primero, lo que en su estimación debería cubrir el ámbito de aplicación objetivo de esa norma, y en ese respecto detalla lo que de seguido se transcribe:

“(...) 1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (...)”¹³.

No obstante considero que esta delimitación es crucial como punto de partida en la formación de la doctrina jurídica, de lo que va a ser el Comercio Elec-

medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales, la gestión de compras en la red por grupos de personas, el envío de comunicaciones comerciales, el suministro de información por vía telemática, el vídeo bajo demanda, como servicios en que el usuario pueda seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y en general, la distribución de contenidos previa petición individual.

13 Asimismo, en ese contexto, se han considerado materias excluidas de los servicios de la sociedad de la información, los siguientes: servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex; los servicios de radiodifusión televisiva; los servicios de radiodifusión sonora; el teletexto televisivo, así como otros servicios equivalentes, entre los que se detallan, las guías electrónicas de programas ofrecidas por medio de plataformas televisivas. Además, la Ley 34/2002, en su ordinal 5, preceptúa que “(...) Artículo 5. Servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Ley. 1. Se registrarán por su normativa específica las siguientes actividades y servicios de la sociedad de la información: a) Los servicios prestados por notarios y registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio de sus respectivas funciones públicas. B) Los servicios prestados por abogados y procuradores en el ejercicio de sus funciones de representación y defensa en juicio (...)”.

trónico y los servicios de la sociedad de la información en una determinada jurisdicción, también estimo que, en un medio tan incesantemente volátil, como lo es el tecnológico, tras el cual debe gestarse una normalización que trate de cubrir y preceder sus ingentes movimientos, no resulta apropiada la costumbre de instaurar, legalmente, listados – taxativos o no - de servicios que pretendan enunciar las distintas actividades que, en un determinado lapso, sean las que existan¹⁴.

Ahora bien, si juzgo prudente instaurar un marco claro en la sección que corresponde al ámbito de aplicación subjetiva. En dicha virtud, se debe dejar latente la diferencia entre las dos partes fundamentales de este entramado, a saber, los prestadores y los destinatarios de los servicios de la sociedad de la información, en su modalidad de indiferenciada de consumidores y/o empresarios. Este detalle deviene en extremo importante al momento de determinar qué contenidos legales serán aplicables, únicamente, al consumidor.

Como un ejemplo de lo referido, me permito citar el numeral 27, apartado 2), de la Ley española, el cual, sienta diferencias en las obligaciones que el prestador de servicios, en su carácter de empresario, tiene aparejadas cuando contrata o entabla tratativas de contratación, con este especial interviniente.

“(...) 27.2. El prestador no tendrá la obligación de facilitar la información señalada en el apartado anterior cuando:

- a) ambos contratantes así lo acuerden y ninguno de ellos tenga la consideración de consumidor, o*
- b) el contrato se haya celebrado exclusivamente mediante intercambio de correo electrónico u otro tipo de comunicación electrónica equivalente (...)”¹⁵.*

Asimismo, es importante tomar en cuenta que existen diversos tipos de comercio electrónico, como lo son, el comercio electrónico abierto y el cerrado, el directo y el indirecto, el disciplinado mediante contratos previos que regulen las próximas negociaciones y,

14 Importante traer a colación que, pese a que la mayoría de los documentos que emiten alguna referencia al comercio electrónico y a los servicios de la sociedad de la información, mencionan la Internet, anteriormente, me decante en creer que “(...) ¿qué pasará cuando aparezca en escena algún otro medio, distinto a la red de redes, por donde confluyan comunicaciones comerciales electrónicas – o en general cualquier servicio de la sociedad de la información – que sean SSI?. Sobre lo anterior, mantenemos la postura que desde el momento en que se presenten todos y cada uno de los requisitos antes comentados, el medio a través del cual se conduzcan los mensajes comerciales –sea Internet o cualquier otro- carecerá de importancia. Menor será la del sistema de información –ordenador, televisión, teléfono móvil- que los contenga (...)”. En SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones electrónicas, 1ª. Ed., La Ley, Madrid, 2007, pág. 188.

15 Este artículo, fue reformado por la Ley 56/2007.

el efectuado entre empresarios – B2B -, entre empresarios y consumidores – B2C -, o bien, el concordado sólo entre consumidores.

Bajo esa tesitura, deberá la normativa detallar qué tipos de servicios son los permitidos, o los regulados bajo su ala, si todos los anteriores, o tan sólo, algunos de ellos. En especial, tomando en consideración que los prestadores de servicios que tengan la condición de empresarios, deben actuar respetuosos de las prescripciones que en este sentido contengan las normas sobre contratación, publicidad, protección a los consumidores y, protección de datos de carácter personal. Además, es básico estatuir cuál es el comportamiento y, cuáles son las obligaciones que este comportamiento trae aparejado, cuando un prestador de servicios – entiéndase, empresario -, negocie o tenga como destinatarios de sus mensajes de datos o de sus comunicaciones electrónicas, a los consumidores.

La norma española, y en general, la comunitaria, acoge dentro de su seno el Comercio Electrónico efectuado en entornos abiertos de redes de telecomunicaciones, efectuado entre empresarios y entre empresarios y consumidores – y en algún momento, hasta parece cubrir las transacciones suscitadas entre consumidores -. Las demás formas, quedarían al margen de la norma.

Finalmente, lo que concierne al ámbito de aplicación espacial de la este tipo de normas, se gesta como una de las secciones más ásperas y complicadas de este juego negocial, dado que Internet, caracterizada por su universalidad y tendencia a superar las fronteras nacionales, niega que su regulación pueda o deba concebirse cumplimentada, desde un espacio de índole estatal¹⁶.

En este ápice, las reglas de derecho internacional privado que rijan para el derecho interior surgen como fundamentales¹⁷. Además, los esfuerzos que organiza-

ciones como la CNUDMI han desplegado por años y la labor desenvuelta por asociaciones y empresas alrededor del mundo que se han encargado de crear normativas de carácter privado sustentadas en Códigos de Conducta, han venido a paliar parcialmente esta nebulosa.

I.3) Otros temas:

No quisiera finalizar estos apuntes, sin mencionar que el hecho que la regulación que se dicte en el campo de los servicios de la sociedad de la información, sea de carácter general, accesoria y supletoria, como lo mencionaba en epígrafes anteriores, provoque que en su seno, confluyan las más variadas ramas del derecho, como lo son: las normativas sobre formación del contrato en materia civil y comercial, la regulación de la publicidad, la protección al consumidor y el derecho a la competencia, la propiedad intelectual y el derecho de marcas, el derecho procesal, los métodos alternos de solución de controversias, y hasta, prerrogativas de índole constitucional, por mencionar tan sólo algunos aspectos.

Esta riqueza jurídica, provoca que el Comercio Electrónico se levante como uno de las principales intervinientes del negocio jurídico comercial, y que sea el gestor de profundos cambios en la legislación y en la manera que tenemos de concebir el juego contractual y, la vida en general.

II. BIBLIOGRAFÍA

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica. *Ámbito de aplicación de la nueva Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio)*. /En/ MATEU DE ROS, Rafael;

censes, con exclusión de cualquier otro, para conocer de las siguientes pretensiones:

1. Reales o mixtas relativas a muebles e inmuebles situados en Costa Rica.
2. Contra personas jurídicas inscritas en Costa Rica que afecten su constitución, validez, disolución o fueren relativas a decisiones o acuerdos de sus órganos.
3. Cuando las partes fueren costarricenses o extranjeros domiciliados en el país, siempre que sus efectos y ejecución deban darse en Costa Rica.

11.3 Incompetencia internacional. Los tribunales costarricenses deberán declararse incompetentes de oficio cuando:

1. Se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad conforme a las normas de Derecho Internacional.
2. En virtud de Tratados o Convenios Internacionales, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado.
3. El asunto no le sea atribuido de acuerdo con las disposiciones establecidas en este artículo. No obstante, a pesar de la inexistencia de factor de conexión, si el tribunal no declinó de oficio su competencia, el demandado podrá prorrogarla tácita o expresamente.”.

16 SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma, op. cit., pág. 75.

17 En este sentido, los artículos 23 a 30 del Código Civil. Asimismo, el proyecto de reforma al Código Procesal Civil de mayo de 2011, en versión aprobada al mes de agosto de 2011, que inserta las siguientes consideraciones: **“Artículo 11. Competencia internacional. 11.1 Competencia del tribunal costarricense.** Son competentes los tribunales costarricenses cuando así lo determinen los Tratados Internacionales vigentes. Además, lo serán si:

1. El demandado, cualquiera sea su nacionalidad, estuviere domiciliado en Costa Rica. Se presume domiciliada en Costa Rica la persona jurídica extranjera que tuviere en el país agencia, filial o sucursal, pero solo respecto de los actos o contratos celebrados por ellas.
2. La obligación debe ser cumplida en Costa Rica.
3. La pretensión se funda en un hecho, acto o negocio jurídico ocurrido, celebrado o con efectos en el territorio nacional.
4. Las partes así lo han establecido contractualmente, siempre que alguno de ellos sea costarricense y al mismo tiempo exista algún criterio de conexión con el territorio nacional.

11.2 Competencia exclusiva. Son competentes los tribunales costarricenses,

LÓPEZ-MONÍS GALLEGO, Mónica (coords.). *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*. Navarra: Aranzadi, 2003, 839 págs.

PERALES VISCASILLAS, Ma. del Pilar. Formación del contrato. /En/ BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra (coord.); ILLESCAS ORTIZ, Rafael (dir.). *Comercio Electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 2001, 970 págs.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. *La Publicidad en Internet. Régimen Jurídico de las comunicaciones electrónicas*, 1ª. ed., La Ley, Madrid, 2007, 442 págs.

SÁNCHEZ DEL CASTILLO, Vilma. La sociedad de la información, la convergencia de las telecomunicaciones y los servicios de la sociedad de la información en la Ley 34/2002 sobre Comercio Electrónico. /En/ *Revista de la Contratación Electrónica*, No. 73, julio/agosto 2006, pág. 8-9.

UNA VISIÓN CRÍTICA DE LA CULTURA JURÍDICA EN AMÉRICA LATINA

*Antonio Carlos Wolkmer*¹ **Introducción**

Resumen

Breve reseña de la creación de la cultura latinoamericana jurídica a través del examen de tres diferentes escenarios históricos y las leyes que influyen en cada uno de ellos. El análisis se hará referencia a: a) La conquista española y el colonialismo b) Los años posteriores a la independencia y c) El tiempo contemporáneo y sin terminar escenarios.

Abstract

Brief review of the creation of Latin American juridical culture throughout the examination of three different historical scenarios and the laws that influenced each of them. The analysis will make reference to: a) The Spanish Conquest and Colonialism b) The Post-Independence years and c) The Contemporary times and unfinished scenarios.

Palabras clave

América Latina, cultura jurídica, conquista española, el colonialismo, Independencia, escenario contemporáneo.

Key Words

Latin America, Juridical culture, Spanish Conquest, Colonialism, Independence, Contemporary scenario.

1 Profesor Titular de "Historia de las Instituciones Jurídicas" de los cursos de Graduación y Pos-graduación en Derecho de UFSC- (Universidad Federal de Santa Catarina). Doctor en Derecho y miembro del Instituto de Abogados Brasileños (RJ). Es investigador del CNPq (Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico). Profesor visitante de cursos de pos-graduación en varias universidades del Brasil. Ha participado como profesor colaborador, de eventos académicos en la UNAM, en la Univ. de Guadalajara y en la Univ. San Luis de Potosí (México), en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (España), en la Universidad de Medellín y en el ILSA (Bogotá, Colombia), en las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Univ. de La Plata (Argentina). Desde el 2000, es profesor invitado en el Curso de Doctorado en Derechos Humanos en la Universidad Pablo Olavide (Sevilla-España). Autor de diversos libros entre ellos: **Pluralismo jurídico - Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho**. Sevilla: MAD, 2006; _____. **Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico**. Bogotá: ILSA; México: Facultad de Derecho SLP, 2006. _____. **Historia de las Ideas Jurídicas**: de la Antigüedad Clásica a la Modernidad. Síntesis. México: Porrúa. 2008.

*Entiéndase aquí, como "cultura jurídica", a la totalidad de representaciones estándar de la (i)legalidad en la producción y reproducción de las ideas, en el comportamiento práctico de los agentes operantes y en las de decisión judicial, irán transmitidas e internalizadas en el ámbito de determinada formación social.

En toda y cualquier apreciación acerca de la cultura jurídica moderna contemporánea en América Latina, se debe tener en cuenta la herencia y la influencia del proceso de colonización ibérico a partir del siglo XVI. Tal cultura jurídica⁴¹ se formará por la reproducción del legado romano-germánico, asimilado e impuesto por los colonizadores luso-hispánicos y adaptado al Nuevo Mundo en diferentes etapas del proceso histórico, desde la conquista, pasando por la colonización c independencia, alcanzando la consolidación durante el desarrollo de las repúblicas a fines del siglo XIX y a lo largo del siglo XX.

Durante el transcurso de la colonización de las naciones latinoamericanas, predominó la reproducción eurocéntrica de una cultura de derecho filosófico y un aparato jurídico impuesto por el poder hegemónico de las Metrópolis. La irrupción de la independencia en América Latina y el rompimiento con España y Portugal a principios del siglo XIX, generó las condiciones; para el surgimiento de una élite local, que incorporó y difundió los principios de una tradición jurídica, marcada por el idealismo abstracto del derecho natural y por el formalismo dogmático-positivista. Naturalmente, la formación moderna de esa cultura jurídica latinoamericana está apoyada en un pasado económico colonial-estratista y para la posterior construcción de un sistema socio-político elitista, individualista y formalista.

Ante la expansión económica, política y militar de las metrópolis ibéricas en América, junto a la obligatoriedad de reglamentar y garantizar la transferencia de la riqueza extraída en las colonias conquistadas para las metrópolis, fue necesario organizar un sistema jurídico eficaz. Así, se toma fundamental el desarrollo de una reglamentación jurídica capaz de legitimar el proceso de explotación y colonización, una legislación organizada a partir del viejo Derecho español, agregando dispositivos emergentes en razón de situaciones nuevas. Consecuentemente, el escenario histórico de la cultura jurídica como producto de la actividad humana y espacio legitimado para reflexionar sobre la justicia, las normas de conducta y los valores jurídicos esenciales acabó prestándose a legitimar formas conceptuales abstractas, manifestaciones institucionales disociadas de praxis social y exaltación erudita de codificaciones importadas de las metrópolis. Es bajo un aporte más socio-político que

se pretende examinar brevemente los escenarios históricos de la tradición jurídica en el continente latinoamericano. Para tal intento, la historicidad recorrerá tres momentos: 1) La Cultura Jurídica durante la Conquista y la Colonización, 2) La Cultura Jurídica en la época de la Pos-Independencia, 3) La Cultura Jurídica en la Contemporaneidad Tardía: escenarios incompletos.

1. La Cultura Jurídica durante la Conquista y la Colonización

Se recuperan, primera mente, algunos elementos normativos transmitidos y vigentes que marcan momentos de la cultura jurídica ibérica en el período de la colonización en América Latina. Tal cuadro temporal se caracterizó por un Derecho eurocéntrico difuso, influenciado por los sistemas románicos, canónicos y germánicos, que se secularizó y unificó durante el reinado de los Reyes Católicos, y que se manifestó bajo la forma de un pluralismo legislativo insurgente que rigió las relaciones entre la metrópolis y las colonias españolas de América, *En* la época de la conquista hispánica, en razón de la inexistencia de un Derecho específico, se buscó la legislación ya oficializada, representada por el *Código de las Siete Partidas* (1256-1265), por el *Ordenamiento de Alcalá de Henares* (1348), por los *Fueros Municipales. Fueros Reales* y, finalmente, por la *Ley de Toro*. De toda esa trayectoria jurídica y su impacto en las instituciones implantadas en América, se señala el predominio del *Código de las Siete Partidas* y de la *Ley de Toro*². Ya la conquista lusitana traía para sus colonias (particularmente Brasil), a la par de la legislación tradicional vigente, el peso y la autoridad de las *Ordenanzas Reales* (Afonsinas, Manuelinas y Filipinas).

En relación a las fuentes plurales y emergentes de un Nuevo Derecho planeado para los territorios recién descubiertos por España, cabe registrar que la cultura jurídica naciente no fue resultado de los administradores estatales o juristas profesionales en Europa, sino de la lucha y perseverancia de algunos teólogos-juristas (Francisco de Vitoria, Francisco Suarez y Domingo de Solo), imbuidos del ideario humanista y que influenciaron la elaboración de una legislación especial (*Leyes de Indias*)³.

Así, las normas especiales para el Nuevo Mundo, que constituyen el Derecho indígena, tenían en cuenta la diversidad geográfica, la distinción de indivi-

duos y grupos sociales. Ese Derecho indígena, en lo que se refiere a su trayectoria y aplicación, buscaba, según Jesús A. de la Torre Rangel, armonizar tres factores íntimamente conectados entre sí: los intereses económicos y políticos de la Corona; la política de lucro y riqueza de los conquistadores, la “evangelización y el buen trato de los indios.”⁴

La normativa indígena, marcada por el frecuente cambio de reglas (un cierto casualismo), a lo largo de los siglos XVI y XVII, tendrá entre sus fuentes más destacadas y en primer lugar al propio Derecho español aplicado a las colonias hispánicas, después, los acuerdos contractuales representados por las *capitulaciones* (entre participantes o jefes de expediciones) y por las normas generales denominadas de *instrucciones* que definían las di reciñe es de una administración civil y militar, con la delegación de poderes a los descubridores, y gobernantes. Más tarde, en 1680, la sistematización y ampliación de las leyes protectoras formaron la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*. Esa portentosa compilación que incluía 9 libros y 6.377 leyes, disponía sobre la materia del derecho privado, control de las penalidades y la condición jurídica de los indios.⁵

En razón del genocidio de las poblaciones indígenas y de las denuncias de religiosos y teólogos, el Estado colonizador se vio obligada a producir una legislación reguladora destinada a proteger y conservar las colectividades nativas. Esa legislación que frenaba el ímpetu devastador de los conquistadores estaba configurada en las *Leyes eñe Burgos* (1512) y en las *Leyes Nuevas* (1542).

En verdad, no logrando alcanzar totalmente sus propósitos, las *Leyes de Burgos* prepararon el camino para el advenimiento de las *Leyes Nuevas* de 1542, que no sólo correspondían a los esfuerzos y deseos de *Bartolomé de Las Casas*, sino que, representaban la más auténtica victoria del humanismo cristiano de la época.⁶ Por cierto, las *Leyes Nuevas* sistematizaban el último intento de la Corona Española para contener las tendencias deshumanizadoras del proceso de la conquista. Además de la protección de la vida de los indios, buscaban restringir la acción destructora e inmoral de los colonizadores, como también desautorizaban nuevas prácticas

4 TORRE RANGEL, Jesús A. de la. *El uso alternativo del Derecho por Bartolomé de las Casas*. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991. p. 16-17.

5 WOLKMER, Antonio C. (Org.). *Op cit.*, p.82.; GTS Y CAPDEQUI, José M. *Op. Cit.*, p. 43-44.

6 HANKE, Lewis. *La lucha por la justicia en la conquista de América*. Madrid: Ediciones Istmo, 1988. P.37. HÖFFNER, Joseph. *Colonização e evangelho. Ética na colonização espanhola no século de ouro*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Presença, 1986. P.191

2 OTS Y CAPDEQUI, José M. *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*. Madrid: Aguilar, 1968. p.44-46

3 Cf WOLKMER, Antonio C. (Org.). *Direito e justiça na América indígena*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p.81

de conquistas privadas sin previa anuencia de la Corona⁷. Las reacciones políticas y las Fuertes oposiciones en las colonias hispánicas no permitían la aplicación integral de esa nueva legislación. Aunque se reconozca su carácter innovador y ambicioso para el Nuevo Mundo, esas *Leyes Nuevas* no pudieron ser aplicadas con eficacia, y aunque hayan contribuido para moderar la violencia, no fueron suficientes para terminar radicalmente con la violencia y la esclavitud de las poblaciones indígenas.

Aunque sea considerada de esa manera, no se puede minimizar la figura ardorosa e incisiva de Bartolomé de Las Casas, opuesto a toda política de colonización española en el Nuevo Mundo. Reconocido como un protector y defensor incansable de los derechos de los indios. Las Casas, crítico contumaz del *Requerimiento*, adversario del sistema de *encomienda* y denunciante de las prácticas de genocidio con las poblaciones amerindias, no sólo influyó la formación de una legislación más humana y protectora (particularmente las *Leyes Nuevas*), como también luchó por una filosofía centrada en la garantía de los derechos de los indios, amenizando sus sufrimientos, libertándolos de las injusticias y hasta de la esclavitud. La fuerza del derecho filosófico de su mensaje y el valor de su obra, expresan un proyecto de convivencia más amplio entre todos los pueblos, “con respeto absoluto por la diversidad de razas, religiones y culturas, transformando al mismo [Las Casas] en el precursor del concepto moderno de pluralismo racial, cultural, político, religioso”⁸ y jurídico.

Mientras, no fue tal formulación libertadora, soplada por los vientos de la modernidad, que predominó en las colonias iberoamericanas a lo largo de los siglos XVI y XVIII, pues, las directrices fundamentales de la legalidad se asentaban en un derecho naturalista escolástico, ortodoxo e universalista. Bajo los reflejos culturales de un tiempo marcado por la expansión marítima y la conquista sanguinolenta, los listados ibéricos acabaron absorbiendo e implementando la filosofía de la Contrarreforma, como también la defensa de la concepción del Derecho natural teológico, propagado por la catequesis católica y la enseñanza del humanismo idealista e abstracto.

2. La Cultura Jurídica en Época de la Pos-Independencia

Naturalmente, la independencia de las colonias en América Latina no representó, a principios del siglo XIX, un cambio total y definitivo con España y Portugal, sino solamente una reestructuración, sin una ruptura significativa en el orden social, económico y político.⁹ Paulatinamente, se incorporaron y se adaptaron principios del ideario económico capitalista, de la doctrina del liberalismo individualista y de la filosofía positivista. Para responder a las necesidades locales, se compatibilizaban las viejas estructuras agrarias y elitistas con el apareamiento ecléctico y con las adhesiones a las nuevas corrientes europeas (comtismo, spencerianismo, liberalismo, etc.).

En verdad, las aseveraciones ideológicas del positivismo adquirieron extrema importancia para la construcción de los nuevos Estados oligárquicos, pues tal filosofía no sólo simbolizaba la ruptura con un pasado incómodo, como también expresaba un nuevo orden político y legal. Así, como afirma por ejemplo Rosa del Olmo, “la emancipación política debería estar acompañada de la ‘emancipación mental’ que la filosofía positivista pregonaba, y que sería vista por las minorías ilustradas como “la sabiduría” de América Latina. Una de sus primeras tareas sería forjar un marco jurídico-holístico adecuado, en el cual sería inserida la nueva ciencia del control “social”.¹⁰

Además de ser una discusión social, política y cultural desencadenada en la primera mitad del siglo XIX por intelectuales latinoamericanos, como Juan B. Alberdi y Domingo F. Sarmiento, en defensa ardosa y subordinada a los modelos de modernización copiados del extranjero (principalmente europeo), cabe reconocer que tal proceso de imitación y reproducción de las formas “civilizadoras”, idealizadas sobre la tradición de “barbarie” nativa¹¹, tendrá reflejos también en el ámbito de la cultura jurídica posindependencia.

Es ilustrativo, así, en términos latinoamericanos, la lucha por la independencia política y mental desencadenada por una joven y romántica generación (particularmente, la nueva generación argentina de

9 Cf. WIARDA, Howard I. **O modelo corporativo na América e a latino-americanização dos Estados Unidos**. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 17; KAPLAN, Marcos. **Formación del Estado Nacional en América Latina**. Buenos Aires: Amorrortu, 1983. p. 55.

10 OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2004. p. 165.

11 Ver: SUAMPA, Maristella. **El dilema argentino: civilización o barbarie**. Buenos Aires: Aguilar/Taurus, 2006. p. 17-43; SARMIENTO, Domingo F. **Facundo**. Buenos Aires: Claridad, s/d.

7 BRUIT, Hector H. Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos. Campinas: UNICAMP/Iluminuras, 1995. p.29.

8 LOSADA, Angel. “Bartolomé de las Casas – O apóstolo dos índios da América espanhola no século XVI”. **Correio da UNESCO**. Rio de Janeiro: FGV, n. 8, 1975. p.9.

1837) que buscó fundar un espíritu de nacionalidad y modernidad, capaz de asentar los “fundamentos de la organización política”¹². De toda esa *generación rioplatense*, de los llamados padres de la patria es, sin dudas, en los fragmentos de la obra de Juan Bautista Alberdi que se pueden encontrar elementos pioneros no sólo de una filosofía social acerca de América Latina, como sobretodo, de una filosofía jurídica con especificidades propias y locales.

Se cree que fue en un texto de 1840. “Ideas para Presidir la Confección del Curso de Filosofía Contemporánea en el Colegio de Humanidades”, que Alberdi (un liberal ilustrado y elitista, crítico tanto del caudillismo como de las masas campesinas) introdujo, por primera vez, la discusión acerca de la necesidad de existencia de una filosofía de Los pueblos del sur de América. Una filosofía nacida de las exigencias locales y nacionales, una filosofía construida a partir del hombre latinoamericano. Tal “filosofía americana” debe ser “esencialmente política y social en su objeto, ardiente y profética en sus instintos, sintética y orgánica en su método, positiva y realista en sus procedimientos, republicana en su espíritu y destinos”¹³. Así, Alberdi fue el primer intelectual latinoamericano a inaugurar el debate sobre la originalidad de una “filosofía americana”, antecediendo las incursiones contemporáneas hechas por Leopoldo Zea, A. Salazar Bondy. Arturo A. Roig y Enrique Dussel.

No menos significativas fueron las preocupaciones de Alberdi en el ámbito de la cultura jurídica distribuidas entre sus contribuciones en el ámbito del constitucionalismo y sus formulaciones del derecho filosófico acerca del derecho natural \ del espíritu social de las leyes.

De hecho, en su obra “Bases y Puntos de Partida para la Constitución de la Confederación Argentina” (1852), Alberdi expone ideas centrales (mezcla de originalidad con eclecticismo) que servirán de fuente teórica principal para la redacción de la Constitución Argentina de 1853.¹⁴ Mientras, la elección del pensador nacido en Tucumán, como uno de los principales intérpretes en la América Latina del siglo XIX, no se

debe a sus polémicas concepciones políticas inmigratorias del eurocentrismo, ni tampoco por sus arrebatos populistas o su influencia liberal-racionalista en la constitucionalización pos independencia de su país, pero sobretodo, por la defensa de un pensamiento filosófico “originalmente americano” y por la adhesión a una filosofía de derecho como exigencia fundamental en la materialidad formal del mundo de las leyes. De ese modo, aunque se reconozca a lo largo de todo el siglo XIX, que las mayores expresiones de cultura jurídica latinoamericana - bajo la influencia de la oficialidad positivista y del formalismo cívico - sean autores como Augusto Teixeira de Freitas (Brasil), Andrés Bello (Chile) y Dalmacio Vélez Sarsfield (Argentina), es en Juan B. Alberdi que se podrán encontrar subsidios para pensar en una filosofía jurídica “comprometida” a partir de América Latina, todavía bajo los límites de una perspectiva de tradición liberal, de derecho naturalista y ecléctico. Eso se comprueba en algunos pasajes de su “Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho” (1838), donde, llevado por un cierto historicismo de derecho naturalista, recusa la identificación del Derecho con el legalismo y advierte la misión de investigar la ley teniendo en cuenta al “espíritu americano”.¹⁵ Así, se debe tener en cuenta, una concepción fecunda del Derecho, un conocimiento jurídico como expresión viva y progresiva de la vida social. De ahí el significado de la filosofía para el Derecho: “la filosofía (..) es el primer elemento de la jurisprudencia, la más interesante mitad de la legislación: ella constituye el espíritu de las leyes”.¹⁶

Al par de las preocupaciones en defensa del “oscuro trópico americanista” de Alberdi, las ideas jurídicas que dominaron eran parte del siglo XIX, en América Latina, se rebelaron muy poco creativas, desvinculadas de la práctica histórico-social de sus pueblos nativos y de sus sociedades locales. Tal reproducción de la cultura erudita y moderna del eurocentrismo era constante entre sus abogados, profesores de Derecho y letrados juristas. No se deja de admirar, en este escenario, donde el discurso oficial pasaba por cierta “emancipación social”, la convivencia del eclecticismo idealista y conservador, con trazos que mediaban entre variantes del derecho naturalista y del positivismo (francés, inglés), del romanticismo, del cientificismo, del “iluminismo liberal” y del “tradicionalismo-historicista”.¹⁷

12 Observar: ALBERDI, Juan Bautista. **Fundamentos de organización política de Argentina**. Campinas: UNICAMP, 1994

13 ALBERDI, Juan B. “Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea... In: **Escritos de Juan B. Alberdi: el redactor de la ley**. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996. p.95-100. Ver también: ANDRES ROIG, Arturo. **Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano**. México: Fondo de Cultura Económica, 1981. p. 223-225 e 286-293.

14 ELBERT, Carlos Alberto. **Criminología Latino-America**. Sao Paulo: LTr, 2002. p. 65; NOVOA MONREAL, Eduardo. **Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada**. Buenos Aires: Depalma, 1987. p. 57-60.

15 ALBERDI, Juan B. “Fragmento preliminar al estudio del derecho”. In: **Escritos...**, p. 70. Ver comentarios en: ANDRÉS ROIG, Arturo. *Op. Cit.*, p. 286-292

16 *Idem*, p.60

17 LEVAGGI, Abelardo. **Manual de historia del derecho argentino**.

Esa moderna colonización y dependencia de la cultura jurídica latinoamericana de esa época al modelo hegemónico del eurocentrismo de matriz romano-germánico no se realizó solamente en el ámbito general de las “ideas jurídicas”, pero igualmente, en el nivel de las construcciones formales de control social, sean públicas o privadas. Eso se comprueba en el proceso de constitucionalización natiación de los Estados latinoamericanos que fueron doctrinariamente marcados por las Declaraciones de Derechos anglo-franceses, por las Constituciones liberal-burguesas de los Estados Unidos (1787) y de Francia (1791 y 1793), y por la innovadora Constitución Española de Cádiz (1812).¹⁸ Ya la concretización moderna de la codificación del Derecho privado iberoamericano fue modelada integralmente por el ideario individualista, romántico y patrimonial de la legislación civil napoleónica (1804) y del código privado germánico (1900).¹⁹

No estaría demás recordar que, en América Latina, tanto la cultura jurídica impuesta por las metrópolis a lo largo del período colonial, como las instituciones legales formadas después del proceso de independencia (tribunales, codificaciones y operadores del Derecho) derivan de la tradición legal europea, representada por las fuentes clásicas del Derecho Romano. Germánico y Canónico. Por lo tanto, en la formación de la Cultura Jurídica latinoamericana pos independencia, se debe tener en cuenta la herencia colonial luso-hispánica y los procesos normativos-disciplinarios provenientes de la modernidad del eurocentrismo capitalista, liberal-individualista y burgués. En ese sentido, la incorporación del modo de producción capitalista y la inserción del liberalismo individualista tuvieron una función importante en el proceso de positivismo del Derecho estatal y en el desarrollo específico del Derecho privado (con énfasis en el Derecho de propiedad y en el Derecho mercantil) de las antiguas colonias ibéricas. Reconoce el jurista mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel que el individualismo liberal penetró en la América hispánica, en el siglo XIX, dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. De ese modo, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente sobre la propiedad de la

tierra.²⁰

Ha sido común, en la tradición latinoamericana, ya sea en la evolución teórica o en la institucionalización formal del Derecho, que los códigos positivos y las constituciones políticas proclamen, abstractamente, “neutralidad científica”, independencia de poderes, garantía liberal de derechos y la condición ficticia de un “Estado de Derecho”. En verdad, en la práctica, las instituciones jurídicas son marcadas por un control centralizado y burocrático del poder oficial, por formas de democracia excluyente, por un sistema representativo clientelista, por experiencias de participación elitista y por ausencias históricas de las grandes masas populares. En suma, los documentos y los textos legales elaborados en América Latina, un gran parte, han sido la expresión de la voluntad e interés de sectores colonizados de las élites dominantes, formadas e influenciadas por los parámetros de la cultura moderna europea o anglo-norteamericana.²¹ Pocas veces, en la historia de la región, las constituciones y los códigos positivos reprodujeron, rigurosamente, las necesidades de sus segmentos sociales mayoritarios, como las naciones indígenas, las poblaciones afro-americanas, los múltiples movimientos urbanos y los campesinos agrarios.

3. La Cultura Jurídica en la Contemporaneidad Tardía: Escenarios Inacabados.

Describir el escenario contemporáneo de la cultura jurídica en América Latina significa tener conciencia del montaje de una cultura política-legal constituida a partir de la lógica de la colonización, explotación y exclusión de los múltiples segmentos sociales. Se trata de la historicidad marcada por la imposición de privilegios, por la ausencia de justicia, por la marginalidad y la negación de los derechos de sociabilidades, como los movimientos indígenas, negros, campesinos y populares.²²

Teniendo en cuenta que, durante gran parte del siglo XX, la cultura jurídica latinoamericana mantuvo y reprodujo una tradición teórico-metafísica dividida entre idealistas y formalistas, se debe priorizar

20 DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **Sociología Jurídica y uso alternativo del derecho**. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997. p. 69-70 e 72-73. Para um maior aprofundamento, constatar: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das idéias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 95-97

21 Cf. WIARDA, Howard J. Op. cit., p. 82, 85-86. Asimismo, igualmente: CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Coords.). **Estado de Derecho**. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo Veintiuno, 2002.

22 Ver: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004. p. 2.

Tomo I: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1991. p. 276-218

18 Constatar: TORRE VILLAR, Ernesto de la e GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M. Desarrollo Histórico del constitucionalismo hispanoamericano. México: UNAM, 1976, GARGARELLA, Roberto. Los fundamentos legales de la desigualdad. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid: Siglo XXI, 2005.

19 Ver: ANDRADE, Fábio S. de. Da codificação, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 91-110

el surgimiento innovador de algunas manifestaciones de la teoría jurídica direccionada, comprometida con la crítica y con la práctica social emancipadora. Así, las ideas jurídicas generadas en los grandes centros académicos (México, Buenos Aires, Sao Paulo) y divulgadas a través de medios escritos (artículos, revistas, libros, etc.), continúan reproduciendo (dinámica proveniente de la colonización y de la pos independencia) los modelos de conocimiento, racionalización e interpretación de la modernidad del eurocentrismo. A lo largo del siglo XX, fueron acogidas y cultivadas importantes variaciones del derecho naturalista (neotomista, racionalista, historicista, etc.), del positivismo (normativa kelseniana, proposiciones analíticas y formalismo lógico) y del eclecticismo (existencialismo, fenomenología, vitalismo eglógico y tridimensionalismo).

Tales tradiciones teóricas son incorporadas y adaptadas a las necesidades de fundamentación de la justicia y del control social en las sociedades locales del continente, perpetuando nuevas formas de colonialismo en la producción del saber. La reproducción legitimada en los medios universitarios y en la enseñanza jurídica tradicionales han sido sustentados por re interpretaciones provenientes de científicas y por argumentos de los doctrinadores, que se volvieron conocidos fuera de sus países, entre ellos, los *naturalistas* (Uruguay: J. Llambías de Azevedo; Argentina: Tomás Casares; México: Maurice Beuchot; Brasil: Alceu de A. Lima, André Franco Montoro), los *formalistas* (México: Javier Esquivel Pérez, R. Tamoyo Salmorán, Eduardo García Maynez; Chile: Agustín Squella; Colombia: Luis Villar Borda; Perú: Franciso Miró Quesada; Argentina: Ambrosio Gioja, Genaro R. Carrió, E. Garzón Valdés, Roberto J. Vernengo, Carlos Nino, Carlos E. Alchourrón; Brasil: Pontes de Miranda), los *eclécticos* (Chile: J. Hübner Gallo; Argentina: Carlos Cossio, Werner Goldschmidt; Brasil: A.L. Machado Neto, Miguel Reale).²³

No obstante el escenario cultural fragmentado por la hegemonía de concepciones idealistas, formalistas e eclécticas - pautadas en fundamentos racionalistas, universalistas y científicas - pero sin ser aptas para instituir una auténtica y creadora teoría del Derecho latinoamericano, sería importante subrayar las tendencias teóricas, prácticas e histórico-socio-jurídicas consideradas, a veces, trasgresoras, radicales y marginales, pero que ganaron proyección en las últimas décadas del siglo XX, y que se revelaron ma-

trices estratégicas habilitadas para reordenar y edificar nuevas formas de producción del conocimiento jurídico (como la *teoría crítica de tenor histórico-social*). De ese modo, en tiempos de inseguridad globalizada, crisis de modernidad, escenarios culturales inacabados, transición paradigmática, reduccionismos técnicos y estériles negativismos nihilistas, se justifica el direccionamiento por construcciones jurídicas teórico-prácticas, fundadas en la alteridad, en el reconocimiento de la emancipación del Otro y el de la vida humana con dignidad. En suma, es con esa preocupación que se impune repensar la historicidad de la cultura jurídica latinoamericana en nuevos parámetros metodológicos, teniendo en cuenta aportes epistemológicos críticos, interdisciplinarios y libertarios, capaces de proyectar otra historicidad del Derecho, asentada ahora, en procesos, culturales y en prácticas sociales legitimadoras de nuevos sujetos y nuevas emancipaciones.

Referencias Bibliográficas

ALBERDI, Juan B. Fragmento preliminar al estudio del derecho. *In: Escritos de Juan B. Alberdi: el redactor de la ley*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

_____. Ideas para presidir a la confección del curso de filosofía contemporánea. *In: Escritos de Juan B. Alberdi: El redactor de la ley*. Buenos Aires: Universidad Nacional de Quilmes, 1996.

_____. Fundamentos da organização política da Argentina. Campinas: UNICAMP, 1994.

ANDRADE, Fábio S. de. Da codificação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANDRES ROIG, Arturo. *Teoría y crítica del pensamiento latinoamericano*. México: Fondo de Cultura Económica 1981.

ATIENZA, Manuel. *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*. Buenos Aires: Desalma, 1984.

BRUIT, Hector H. *Bartolomé de las Casas e a simulação dos vencidos*. Campinas: UNICAMP/Iluminuras, 1995.

CARBONELL, Miguel; ORGZCO, Wistano y VÁZQUEZ, Rodolfo (Coord.). *Estado de Derecho*. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo Veintiuno, 2002.

23 Ver: PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho. 4 ed. Lima: Palestra, 2005. p. 143-170. Consultar también: ATIENZA, Manuel. *La Filosofía del Derecho Argentina Actual*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

CÁRCOVA, Carlos y otros. **Materiales para una teoría crítica del derecho**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.

COURTIS, Christian (Comp.) **Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 2001.

CORREAS, Oscar **Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)**. 2. ed. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. **Sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. México: Intitulu Cultural de Aguascalientes. 1997.

ELBERT, Carlos Alberto. **Criminología Latino-Americana**. Sao Paulo: LTr, 2002.

FONSECA, Ricardo Marcelo. "La Historia en el Derecho y la Verdad en el Proceso". In: NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José R. y RABASA GAMBOA, Emilio (Coords.). **Problemas Actuales de la Historia del Derecho en México**. Medico: Porrúa/Tec, 2007.

GARGARELLA, Roberto. **Los fundamentos legales de la desigualdad**. El constitucionalismo en América (1776-1860). Madrid: Siglo XXI, 2005.

GROSSI, Paolo. **Mitologías Jurídicas da Modernidade**. 2ed. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2007.

HANKE, Lewis. **La lucha por la justicia en la conquista de América**. Madrid: Ediciones Istmo, 1999.

HESPANHA, Antonio Manuel **Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milenio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HÖFFNER, Joseph. **Colonização e evangelho. Ética na colonização espanhola no século de ouro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Rresença, 1986.

KARLAN, Marcos. **Formación del Estado Nacional en América Latina**. Buenos Aires: Amorrortu, 1983.

LEVAGGI, Abelardo. **Manual de historia del derecho argentino**. Tomo I: Parte General. Buenos Aires: Depalma, 1991.

LOSADA, Angel. **Bartolomé de las Casas: o apóstolo dos índios da América espanhola no século XVI. Correo da UNESCO**. Rio de Janeiro: FGV, n. 8, 1975.

LUDWIG, Celso L. **Para uma filosofia jurídica da libertação**. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Flurianópolis: Conceito, 2006.

NOVOA MONREAL, Eduardo. **Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada**. Buenos Aires: Depalma. 1987.

_____. **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social**. 8ed. México: Siglo XXI, 1986.

NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. **Historia Social del Derecho y de la Justicia**. México: Porrúa, 2007,

OLMO, Rosa. **A América Latina e sua Criminologia**. Rio de Janeiro:Ed.Revan, 2004.

OTS Y CAPDEQUI, José M. **Historia del derecho español en América y del derecho indiano**. Madrid: Aguilar, 1968.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Trayectorias contemporáneas de la filosofía y la teoría del derecho**. 4 ed. Lima: Palestra, 2005.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Filosofía, Derecho y Liberación en América Launa**. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.

SUAMPA, Maristella. **El dilema argentino: civilización a barbarie**. Buenos Aires: Aguilar/Taurus, 2006.

SARMIENTO, Domingo F. Facundo. Buenos Aires: Claridad, s/d.

TORRE RANGEL, Jesús A. de la. **El uso alternativo del derecho por Bartolomé de las Casas**. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 1991.

TORRE VILLAR, Ernesto de la e GARCÍA LA GUARDIA, Jorge M. **Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano**. México: UNAM, 1976.

WIARDA, Howard I. **O modelo corporativo na América Latina e a latino-americanização dos Estados Unidos**. Petrópolis: Vozes, 1983.

LA TUTELA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Lic. Mauricio Masís¹

Resumen

En los últimos tiempos, el creciente interés por los conocimientos tradicionales y los derechos de propiedad intelectual genera discusiones jurídicas, éticas, económicas y sociales.

Este artículo trata el fomento de la protección en ese ámbito, el estudio de maneras concretas de promover una protección adecuada y equitativa en el sistema de la propiedad intelectual vigente y los convenios internacionales sobre conocimientos tradicionales.

Abstract

In recent years there have been wide legal, ethical, economical and social discussions due to the increasing interest in traditional knowledge and intellectual property rights.

This article deals with the development of legal protection in this area and the study of concrete ways to promote an adequate and equitable system to protect intellectual property, as well as international agreements on traditional knowledge.

Palabras clave

Conocimientos tradicionales, Pueblos indígenas, Convenios internacionales, Derechos de Propiedad Intelectual, Diversidad Biológica

Key Words

Traditional knowledge, Indigenous peoples, International agreements, Intellectual Property Rights, Biological Diversity

ASPECTOS INTRODUCTORIOS:

1.1 La protección de los conocimientos tradicionales, entre ellos, la de los pueblos indígenas.

En los últimos tiempos, el creciente interés por la innovación y la creatividad tradicionales ha planteado

¹ Abogado y notario, especialista en gestión dinámica de proyectos y en políticas medio ambientales. Desarrollo profesional vinculado al sector público y al trabajo con diversos organismos internacionales en el desarrollo de programas y proyectos de formación en distintas áreas jurídicas. Asimismo, amplia experiencia en instrumentos de resolución alterna de conflictos y en Derecho Indígena. Dentro de su labor de consultor internacional, ha implementado y ejecutado en el país diversos proyectos destinados a la difusión y formación académica en áreas del derecho de su especialidad.

cuestiones jurídicas, éticas, económicas y sociales. A la luz de la información compilada en el marco de la Subpartida 11.1 del bienio 1998-1999, las actividades de la OMPI relativas a los conocimientos tradicionales, las innovaciones y la creatividad se centran actualmente en el fomento de la protección en ese ámbito, en particular, en el estudio de maneras concretas de promover una protección adecuada y equitativa en el sistema de la propiedad intelectual vigente, incluidos mecanismos y prácticas auxiliares.

En dos documentos preparados por la Oficina Internacional (con el título “La protección de los conocimientos tradicionales: una cuestión mundial de propiedad intelectual”) se describen distintos aspectos de la labor de la OMPI en ese campo. Uno de ellos es el documento WIPO/RT/LDC/1/4, distribuido entre los participantes en la Mesa Redonda interregional de alto nivel sobre la propiedad intelectual y los países menos adelantados, celebrada en Ginebra, el 30 de septiembre de 1999, en él se abordan las cuestiones técnicas, sociales y económicas que plantean los conocimientos tradicionales.

En el documento se explica en detalle el concepto polifacético de conocimientos tradicionales, que engloba varios componentes, entre otros, los “conocimientos de los pueblos indígenas”, el “folclore”, los “conocimientos médicos tradicionales”, etc. Además, se destaca que los conocimientos tradicionales no son necesariamente antiguos, pues se crean cada día y evolucionan, por cuanto son una respuesta de las personas y las comunidades a los desafíos planteados por su entorno social y físico. En su utilización, los conocimientos tradicionales también son conocimientos contemporáneos. En el documento se afirma también que la diversidad biológica y los conocimientos derivados de su uso sostenible constituyen una ventaja comparativa de los países menos adelantados que son ricos en diversidad biológica y que, por lo tanto, la protección de los conocimientos tradicionales repercutirá positivamente en la economía de esos países.

Por otra parte, en el documento WIPO/IPTK/RT/99/2, distribuido entre los participantes en la Mesa Redonda sobre Propiedad Intelectual y Conocimientos Tradicionales, celebrada en Ginebra, los días 1 y 2 de noviembre de 1999, se refleja la labor exploratoria realizada por la OMPI en el bienio 1998-1999, que incluyó nueve misiones exploratorias “con objeto de determinar y analizar las necesidades y expectativas en ma-

teria de propiedad intelectual de nuevos beneficiarios, entre otros, los titulares de conocimientos e innovaciones indígenas de forma que el sistema de la propiedad intelectual promueva el desarrollo social, cultural y económico de esos beneficiarios". El propósito de esas misiones era permitir el "estudio de enfoques actuales y posibilidades futuras por lo que respecta a la protección por derechos de propiedad intelectual de los conocimientos, innovaciones y cultura de los pueblos indígenas". Las nueve misiones exploratorias se llevaron a cabo en el Pacífico Sur, Asia Meridional, África Meridional y Oriental, América del Norte, África Occidental, los países Árabes, América del Sur, América Central y el Caribe.² Además, en ese documento se hace una breve reseña sobre cuatro consultas regionales sobre la protección de las expresiones del folclore, celebradas en 1999 en Pretoria (Sudáfrica) para los países de África, en Hanoi (Viet Nam) para los países de Asia y el Pacífico, en Túnez (Túnez) para los países Árabes, y en Quito (Ecuador) para América Latina y el Caribe. En cada una de las cuatro consultas regionales se aprobaron resoluciones o recomendaciones que incluyen propuestas para la labor futura de la OMPI y la UNESCO, por una parte, y de los gobiernos nacionales de las respectivas regiones, por otra.³

La Secretaría de la OMC también impulsa acciones importantes en materia de protección de conocimientos tradicionales. En ese sentido, por el efecto del Acuerdo sobre los ADPIC como factor que promueve la protección de la propiedad intelectual, los Miembros de la OMC han pedido a varios órganos de esa Organización, como el Comité de Comercio y Medio Ambiente, el Consejo de los ADPIC y el Consejo General, que se ocupen de la cuestión. En el contexto de las actividades del Comité de Comercio y Medio Ambiente, la Secretaría de la OMC ha preparado varios documentos que reflejan la interacción de las obligaciones de los Miembros de la OMC relativas a la no discriminación en el comercio internacional con la protección de los conocimientos tradicionales, entre ellos: *El medio ambiente y los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio* (WT/CTE/W/8 y W/8/Corr.1), *El Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (WT/CTE/W/50), *"The Relationship Between the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS); with a Focus on Article 27.3.b)"* (WT/CTE/W/125). La

idea central de esos documentos es que el Acuerdo sobre los ADPIC no obstaculiza la protección de los conocimientos tradicionales por los sistemas de la propiedad intelectual ni por otros sistemas como el derecho contractual. En esos documentos se destaca que varias esferas de la protección de la propiedad intelectual (incluidas las patentes y la protección de la información no divulgada) contempladas en el Acuerdo sobre los ADPIC podrían constituir instrumentos útiles para la protección de las tecnologías ecológicamente racionales. Por lo que respecta a las tecnologías que podrían perjudicar gravemente el medio ambiente, el Artículo 27.2 del Acuerdo sobre los ADPIC establece que a los Miembros de la OMC podrán excluir de la patentabilidad esas tecnologías, siempre y cuando se cumplan algunas condiciones adicionales.⁴ En el documento WT/CTE/W/125 se formulan comentarios sobre las normas de aplicación del Convenio sobre Diversidad Biológica, incluido el Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, de la Comunidad Andina, y la Ley de Biodiversidad de Costa Rica.⁵

Algunos Estados miembros de la OMPI han destacado la necesidad de establecer un mecanismo para examinar detallada y sistemáticamente la disponibilidad de instrumentos jurídicos para proteger los conocimientos tradicionales desde la óptica de la propiedad intelectual. En virtud de la Subpartida 11.1, la Secretaría de la OMPI ha procedido a comprobar si los mecanismos existentes en materia de propiedad intelectual son adecuados para la protección de los conocimientos tradicionales por lo que, en caso necesario, sería conveniente que los Estados miembros formulen directrices destinadas a la Secretaría de la OMPI por lo que respecta a la realización de otras actividades en ese campo.⁶

La adhesión de Costa Rica a los acuerdos de la Ronda de Uruguay, ejecutados por la Organización Mundial del Comercio, entre los que destaca el de los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), obliga al país a cumplir en términos legales, con los compromisos allí contraídos.

El tema se encuentra en análisis no sólo desde la perspectiva de la normativa internacional a cargo de órganos especializados en la materia, sino también se

4 Artículo 27.2: "Los miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación está prohibida por su legislación."

5 Sobre estos temas se puede obtener información más detallada en la página web de la OMC.

6 Datos extraídos de la reunión de la OMPI sobre propiedad intelectual y recursos genéticos, ginebra, 17 y 18 de abril de 2000

2 En la página de la OMPI se puede acceder a información al respecto.

3 Las Recomendaciones y otros documentos de las cuatro consultas regionales se encuentran en el sitio Web de la OMPI, <<http://www.wipo.int>>.

encuentra como objeto de estudio de numerosas organizaciones privadas, es decir, ONGs vinculadas al tema de los derechos indígenas y ahora en la relación de éstos con el tema de la protección de la propiedad intelectual. En ese sentido, por ejemplo, El Centro por los Derechos de los Pueblos Indígenas de Meso y Sudamérica (SAIIC) es una organización que trabaja por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y actúa como un centro de información internacional. Sus producciones se centran en la biodiversidad, la bioprospección, los derechos de propiedad intelectual y otros asuntos importantes sobre los conocimientos y recursos naturales indígenas.

También existen otros organismos como la Fundación Mundial para la Salvaguarda de las Culturas Indígenas (FMSCI) organización, fundada en Francia en 1993 y el Programa de Colaboración sobre Medicina Tradicional, que es una organización, con sede en Chiapas, México, que se creó para realizar investigaciones sobre el conocimiento autóctono de las comunidades de lengua maya relacionado con el uso de plantas.

De lo antes señalado se puede extraer que el tema de la protección de los conocimientos tradicionales y de los pueblos indígenas se encuentra actualmente en revisión a nivel mundial por la importancia que se le ha reconocido en los últimos tiempos.

Lo anterior, nos lleva a reseñar ¿por qué ha tomado tanto interés este tema a nivel de organismos internacionales y otras instancias alrededor del mundo?

II. LA IMPORTANCIA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y DE PRODUCTOS Y MÉTODOS AUTÓCTONOS: Su amplia utilización en distintos campos y los beneficios económicos que se extraen de ellos.

Sin duda alguna, una gran cantidad de bienes, recursos y conocimiento sale de las comunidades tradicionales. De esta manera, el conocimiento, los recursos biológicos, los bienes artesanales, las obras autóctonas pueden ser artículos codiciados para coleccionar, almacenar y, a veces, comprar y vender.

Incluso, a raíz de proyectos de diversidad del genoma humano ha aumentado notablemente la recolección y almacenamiento de sangre, raíces de cabellos y muestras de células de miembros de determinados grupos indígenas. Quienes participan en esos proyectos parecen adoptar la opinión de que es necesario conservar *ex situ* el ADN de grupos indígenas aislados debido a su condición de "amenazados". Los pueblos indígenas se han opuesto enérgicamente al proyecto

en sí y a toda la idea de patentar células y genes humanos.⁷

Los pueblos indígenas a menudo son proveedores de materias primas que venden a cambio de una mínima proporción del precio que obtiene el vendedor de productos terminados, especialmente cuando éstos se compran y se venden muchas veces durante el traslado desde el lugar de origen hasta el comprador final. Los propietarios de tiendas de regalos pueden comprar en los mercados locales artesanías o tejidos muy baratos para venderlos, a menudo a precios inflados, a tiendas especializadas de otros países. También en muchos países, las firmas que venden remedios naturales y preparados de hierbas también adquieren sus materias primas en los mercados.

Por otra parte, ciertos objetos desempeñan un papel fundamental en lo que respecta a fortalecer la identidad cultural de un pueblo y tienen un profundo significado religioso. No obstante, muchos pueden apropiarse de esta clase de objetos, que se venden y se compran, a veces a altos precios, en el mercado internacional de arte y en la mayoría de los casos se despoja a los pueblos indígenas de estos objetos mediante el robo para luego trasladarlos a otros países de contrabando. En síntesis, los pueblos indígenas se encuentran siendo saqueados de sus tradiciones y de su patrimonio, sin que exista una protección efectiva de sus derechos aunque sí iniciativas tendientes a ello, como se verá más adelante.

La información acerca de los recursos culturales y biogenéticos de los pueblos indígenas hallados por científicos, investigadores y escritores como, por ejemplo, periodistas, puede quedar registrada en libros, cintas de audio o video y también en fotografías. Estos materiales pueden almacenarse en bibliotecas, archivos o bases de datos electrónicas. Con la creación de la red de correo electrónico se ha iniciado un sistema mundial de comunicaciones. Los usuarios se comunican y tienen acceso a la información a través de sistemas como el de Internet, que brinda información directa a los interesados.

De hecho es fácil acceder por internet, a una red que es cada vez más grande de centros de recursos de conocimiento autóctono que recogen, registran y difunden el conocimiento tradicional, como el Centro de Conocimiento Autóctono para la Agricultura y el Desarrollo Rural (CIKARD, por sus siglas en inglés) con sede en Iowa, Estados Unidos, el Centro de Redes de Investigación y Asesoramiento Internacional (CIRAN) y el Programa de Desarrollo y Etnosistemas de Leiden (LEAD), ambos con sede en Holanda. El CIKARD,

⁷ Más detalle en http://www.idrc.ca/es/ev-30129-201-1-DO_TOPIC.html

por ejemplo se dedica a entender, registrar, preservar y usar el conocimiento indígena de agricultores y pueblos rurales de todo el mundo, y a poner este conocimiento a disposición de los profesionales y científicos que se ocupan del desarrollo.⁸ Tiene una hoja informativa llamada *Indigenous Knowledge and Development Monitor*; organiza conferencias internacionales y publica bases de datos regionales y nacionales sobre investigación en conocimiento autóctono. Las bases de datos se fundamentan en contribuir al desarrollo sustentable y a la educación, y en mejorar el status del conocimiento tradicional. Sin embargo, no hay una política definida respecto a los derechos de propiedad intelectual o los derechos sobre los recursos tradicionales y aunque a los pueblos indígenas pueda beneficiarles el mayor respeto por su conocimiento y el acceso a nuevos conocimientos, las empresas aprovechan con fines comerciales sus contribuciones intelectuales sin la obligación de ningún tipo de indemnización a las indígenas por ese aporte.

El punto entonces en discusión es que sin duda alguna, el valor de los productos finales obtenidos a partir de los recursos y el conocimiento de los pueblos indígenas es mucho mayor que los beneficios que éstos reciben a cambio, si es que llegan a recibir algo. En ese sentido, lo común es que quienes recolectan recursos biológicos, como las empresas o las instituciones que patrocinan las recolecciones o compran las muestras, ignoran sus obligaciones con las comunidades locales, obligaciones no sólo de índole moral sino derechos legales que amparan principios y normas internacionales.

Cuando una comunidad tradicional transmite un conocimiento a alguien del exterior que posteriormente lo publica, le es difícil controlar cómo se usará este conocimiento y quién más habrá de recibirlo, porque entra al dominio público.

Muchas de las investigaciones realizadas tienen su origen en la información que los indígenas dan gratuitamente. No obstante, el investigador, el escritor, la editorial o la institución que financia la investigación reclaman los derechos de autor. El gobierno o las universidades a menudo justifican el quedarse con los derechos de autor argumentando que se usaron fondos públicos para apoyar el proyecto de investigación. Por ejemplo, un proyecto que financió la Unión Europea para investigar la etnobotánica del pueblo Topnaar de Namibia dio como resultado no sólo que los investigadores exportaran plantas medicinales, sino además que la Comisión Europea reclamara la propiedad de todos los resultados de la investigación. De esta mane-

ra, a pesar de que se donaron muestras de plantas al herbario nacional de Namibia y se pasaron los resultados de la investigación a las autoridades de dicho país, es más probable que éstos beneficiaron al gobierno que a la gente que cooperó para que se realizara el proyecto.

Algunos pueblos indígenas se han percatado de que no se reconocen las fuentes indígenas del conocimiento. Por ejemplo, el gobierno de Nueva Zelanda reclamó los derechos de autor de dos documentos que publicó sobre la administración de recursos de los maoríes sin reconocer a los muchos informantes pertenecientes a dicho pueblo.

III. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN EL CONTEXTO DE LA INMINENTE COMERCIALIZACIÓN DE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y RECURSOS INDÍGENAS.

Mediante los derechos de propiedad intelectual, se le reconoce a los individuos una serie de derechos de índole moral y patrimonial asociados a las creaciones de su intelecto, ya sea en relación a obras artísticas o literarias o a innovaciones de aplicación industrial, entre otras.

No obstante, tal y como lo señalan algunos autores, los derechos de propiedad intelectual no pueden proteger adecuadamente el conocimiento y los recursos de los pueblos indígenas ni son la panacea para la falta de libre determinación de éstos y para las desigualdades en materia de riqueza y poder que hay entre las comunidades locales por un lado y los gobiernos y empresas transnacionales por otro. Además, los derechos de propiedad intelectual no sólo tienen que ser adquiridos mediante un proceso que puede ser difícil, largo y caro, sino que además tienen que ser defendidos. Adquirir y defender los derechos de propiedad intelectual requiere acceso a la información, buen asesoramiento jurídico y recursos financieros y todo esto puede estar fuera del alcance de muchos pueblos indígenas.

Adicionalmente al aspecto antes señalado, en ocasiones los mecanismos previstos de protección de la propiedad intelectual, no responden a gran parte de los intereses de los indígenas, así por ejemplo, existen materias excluidas de patentabilidad, por ejemplo, el caso de las plantas. Y además, los costos que representa podrían ser muy elevados. No obstante, existen materias patentables como el caso de las variedades vegetales y el reconocimiento de los derechos de los

⁸ Para mayor información consultar su página en internet: <http://www.ciesin.org/IC/cikard/docunit.html>

obtentores⁹, como es el caso del Convenio de la Unión Internacional para la Protección de Nuevas Variedades de Plantas (UPOV)¹⁰. Sin embargo, esto normalmente también puede representar costos que los pueblos indígenas no puedan asumir.

Quizá un mecanismo menos costoso y que aporte algún reconocimiento para los pueblos indígenas sea la utilización de las indicaciones geográficas, que son aquellas que “hacen que un artículo sea reconocido como originario del territorio [de un miembro] o de una región o localidad de ese territorio, donde determinada cualidad, reputación u otras características del artículo son esencialmente atribuibles a su origen geográfico”¹¹. Un tipo muy conocido de indicación geográfica es la denominación de origen.

Por su parte, las leyes sobre derechos de autor, protegen a éstos dándoles el derecho exclusivo a vender copias de sus obras en cualquier forma tangible que se use para transmitir al público sus expresiones creativas. A los propietarios de derechos de autor les asiste el derecho legal de impedir que otras personas publiquen, modifiquen o copien sus obras sin su autorización.

De distintos artículos publicados en internet sobre la materia se logra extraer en síntesis que a los pueblos indígenas les puede preocupar que personas extrañas reproduzcan sus obras de arte, sus artesanías, sus canciones y sus dibujos sin permiso y que ni siquiera se haga referencia a su procedencia o peor aún se atribuya una genuinidad que no corresponde, como sucede a veces con las artesanías. Al respecto, se mencionan algunas limitaciones de los derechos de autor como medios de protección de los conocimientos y creaciones autóctonas, como por ejemplo:

- Los derechos de autor se conceden a individuos o compañías, mientras que los pueblos indígenas probablemente deseen la protección de los derechos de la comunidad o tribu.
- La protección del folklore tendría que ser a perpetuidad;
- Entre algunos pueblos indígenas muchas expresiones del folklore no son fijas, sino que se transmiten oralmente de una generación a otra. Esto excluye a este tipo de expresiones de ser protegidas mediante derechos de autor.

Partiendo de lo anterior, el derecho de marcas se menciona en los distintos foros como una opción que facilite el resguardo de la autenticidad de las artesanías de los pueblos indígenas. No obstante, para hacer ejercicio de estas alternativas, resulta conveniente que los pueblos indígenas cuenten con asesoría especializada y que además se constituyan en organizaciones con personalidad jurídica, lo cual podría darles mayor fuerza y mecanismos de actuación ante terceros.

La necesidad de una adecuada protección ya se ha puesto de manifiesto en diversos estudios. Así por ejemplo, “el informe sobre la “Conservación de Conocimientos Autóctonos: Integración de Dos Sistemas de Innovación” elaborado por la Fundación Internacional para el Progreso Rural para el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo destaca en la parte de conclusiones de “Conocimientos Indígenas sobre la Diversidad Biológica”, que:

“Las comunidades indígenas aplican un sistema de innovación cooperativo en que se observan los mismos procesos fundamentales de descubrimiento y experimentación que caracterizan al sistema de innovación institucionalizado. La innovación en el sistema cooperativo es paulatina y evoluciona, pero en lo tocante a las plantas y a la cría de animales, lo propio ocurre con el sistema institucional.

Las formas de protección de la propiedad intelectual propias del sistema de innovación institucionalizado se están ampliando y evolucionan según modalidades que tal vez hagan razonable la incorporación de las innovaciones de los Pueblos Indígenas.

*El Informe propone asimismo estrategias tendientes al desarrollo de políticas y legislación para la protección de la propiedad intelectual, entre las cuales cita la evolución del sistema de propiedad intelectual existentes, el desarrollo de un sistema propio, la celebración de arreglos contractuales bilaterales, o la creación de un nuevo sistema que se relacione con los antes mencionados.”*¹²

De esta forma, se puede afirmar que los derechos de propiedad intelectual pueden colaborar en la protección de ciertos aspectos relacionados con conocimientos tradicionales y folklore. No obstante, en mucho también pueden resultar insuficientes e inaccesibles en razón de recursos económicos y mecanismos reales de ejercicio, razón por la cual una posición preponderante ha sido la de establecer una regulación que le de un tratamiento especial, un sistema *sui ge-*

9 <http://www.sagpya.mecon.gov.ar/new/0-0/inase/pdf/variedades/Upov.pdf>

10 Al respecto ver http://www.upov.int/es/about/upov_convention.htm

11 Artículo 22 de TRIPS

12 <http://www.ecouncil.ac.cr/rio/focus/report/spanish/wcip.htm> sobre Pueblos Indígenas - Gobernabilidad Global Informe Especial para el Proceso Rio+5 por el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas.

neris de protección. Lo anterior, se puede en mucho desprender de los acuerdos e iniciativas a nivel internacional que se han gestado en los últimos tiempos y que se mencionan a continuación.

Lo importante para un adecuado sistema es que se tome en cuenta la participación directa de los pueblos indígenas a efectos de recoger sus intereses e inquietudes sobre la forma en que se podrá acceder a sus conocimientos tradicionales, los mecanismos de protección, el uso que permitirán darle a terceros y el régimen de retribución.

IV. ALGUNOS CONVENIOS U OTRAS INICIATIVAS A NIVEL INTERNACIONAL (DECLARACIONES) QUE INCLUYEN DISPOSICIONES O PRINCIPIOS QUE PUEDEN IR EN BENEFICIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

El Art. 27.3 b), del ADPIC, contiene los principales lineamientos y excepciones en materia de propiedad intelectual (DPI) sobre microorganismos, plantas y animales, según éste las “obtencciones vegetales” deberán protegerse “mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y este”.

A. El acuerdo de la OMC sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio: Acuerdo ADPIC.

El artículo 27 del acuerdo en cuestión dispone:

“Artículo 27.

Materia patentable:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los

animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquellas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.”

B. La Conferencia del Milenio de los Pueblos Indígenas.¹³

En Panamá hubo en el año 2001 una reunión de representantes de los pueblos indígenas de 50 países de los cinco continentes. Entre los temas desarrollados en la sesión figuró el tema sobre los Derechos de Propiedad Intelectual y Pueblos Indígenas, tema que actualmente tiene una incidencia enorme por su importancia para los pueblos indígenas que ha sufrido el saqueo de sus conocimientos ancestrales.

Correspondió al señor Atencio López, exponer el tema, quien durante su intervención señaló que desde “que se crearon la normas jurídicas internacionales para proteger la propiedad intelectual, el sistema tradicional jamás contempló los conocimientos de los pueblos indígenas como parte del mismo. El conocimiento indígena fue considerado como tradiciones salvajes y hasta hubo prohibiciones en muchos lados haciendo erosionar al punto de extinguirlos en muchos países”.

Sin embargo, destacó López, quien tiene una larga experiencia a nivel nacional e internacional que “hoy día, es del conocimiento público que un gran porcentaje de la población mundial depende de los conocimientos indígenas para satisfacer sus necesidades medicinales y cultivos para sus suministros alimentarios”, pero que no reciben los beneficios o regalías de ninguna clase por dar sus conocimientos a personas y empresas que se lucran con el robo de sus sabidurías.

¹³ Información obtenida del Boletín de prensa sobre Conferencia del Milenio, Panamá, 2001.

Por otro lado, destacó que “ya no es el momento de llorar y de lamentar nuestra desgracia, sino es el momento de formular estrategias que respondan y protejan nuestros intereses, entre las que debe figurar la adopción de nuevos sistemas de propiedad intelectual o nuevas formas de protección de conocimientos y la celebración de acuerdos contractuales bilaterales con la plena participación y con conocimiento previo informado de nuestros pueblos”.

Además, del tema de derechos de propiedad intelectual y pueblos indígenas, los participantes analizaron el impacto que tienen las nuevas políticas económicas mundiales hacia los pueblos indígenas, cómo afecta las nuevas tendencias económicas en los pueblos indígenas. Así como también el tema de la Agenda 21 entró a conocimiento también.¹⁴

De lo anterior, se puede ver como los mismos pueblos indígenas ya están buscando cómo organizarse ellos mismos y someter a análisis de discusión alternativas que favorezca a estas comunidades en la defensa de sus legítimos derechos.

Otro intento en este sentido es la reunión que se cita a continuación.

C. Reunión de Expertos sobre Conocimiento Tradicional Relacionado con los Bosques¹⁵

En dicha reunión se estableció:

“Preámbulo”

“... Expresamos nuestra profunda preocupación por la actitud de los organismos de las Naciones Unidas y de los gobiernos de tratar de manera fragmentada el tema de conocimientos tradicionales, negando el reconocimiento de la naturaleza holística de los mismos, y su unidad indisoluble con nuestros derechos colectivos como pueblos...”

El Conocimiento Tradicional Relativo a los Bosques (CTRB) de los pueblos indígenas está intrínsecamente ligado a nuestra vida. No puede separarse de nuestra interrelación con nuestros territorios. Queremos mencionar de manera especial los valores espirituales, visiones del mundo y cosmologías únicas de los pueblos indígenas, que están todos interconectados con la sagrada red de la vida y enriquecen la diversidad cultural de toda la humanidad. No hay conocimientos sin pueblos o territorios...

¹⁴ La Agenda 21 es el Convenio de la ONU para el medio ambiente y el desarrollo sostenible.

¹⁵ Celebrada el 6 -7 Diciembre 2004 San José, Costa Rica, Declaración de Corobici.

El Conocimiento Tradicional Relativo a los Bosques de los pueblos indígenas no es una mercancía. No se puede extraer, documentar o comerciar. Está unido a nuestro desarrollo cultural intergeneracional, supervivencia, creencias, espiritualidad y sistemas medicinales. Es inseparable de nuestras tierras y territorios. Su uso está confinado a personas con la necesaria autoridad para usarlo de acuerdo con nuestro derecho consuetudinario...

Nuestro conocimiento tradicional es mucho más que el simple conocimiento sobre algunas plantas o animales. Está íntimamente unido con el mundo espiritual, los ecosistemas y la diversidad biológica de nuestras tierras y territorios y traspasa las fronteras nacionales. La apropiación fragmentada de este conocimiento significa una profunda violación a la integridad de nuestras vidas, territorios y desarrollo autónomo...

Dentro de las recomendaciones concretas surgidas de esta reunión se incluyó “la negociación de un régimen internacional de acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios, reconocer y proteger el principio fundamental de que los pueblos indígenas son titulares de derechos, con derechos inherentes e inalienables sobre su conocimiento tradicional y recursos biológicos, incluido el material genético, que se encuentran en sus territorios. En el desarrollo de un régimen internacional, las obligaciones de los estados bajo los convenios de derechos humanos deben ser plenamente reconocidas. Los estados deben garantizar los derechos de los pueblos indígenas al libre consentimiento informado previo cuando se quiere utilizar su conocimiento o recursos genéticos, incluido su derecho a negar el acceso y/o rechazar la participación”.

D. El Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El artículo 1 del Convenio dice:

“Los objetivos del presente Convenio ... son 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, entre 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 esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada.”

Específicamente, respecto al rol de los pueblos indígenas se establece:

“Los firmantes del Convenio se han comprometido a:

Respetar, preservar y mantener los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promover su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentar que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente.”¹⁶

E. El Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

El PIDESC y el PIDCP se conocen como los dos principales instrumentos jurídicos internacionales relativos a los derechos humanos. En el artículo 1 de ambos documentos se afirma que:

“Todos los pueblos pueden, para sus propios fines, disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales, sin perjuicio de cualquier obligación derivada de la cooperación económica internacional, basados en el principio de beneficio mutuo y en el derecho internacional. En ningún caso, se puede privar a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”

El artículo 15(1c) del PIDESC establece que:

“Los Estados que son parte del presente pacto reconocen el derecho de cada persona a ... (c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que resulten de la producción científica, literaria o artística de la que sea autor.”

Estas disposiciones sustentan en opinión de muchos que el derecho internacional concede a los pueblos indígenas el derecho a salvaguardar sus propios recursos y a beneficiarse de su conocimiento y de los bienes que producen o poseen, independientemente de si desean comercializarlos o no.

F. La Convención para la Protección del Patrimonio Mundial

Este instrumento internacional se ocupa del patrimonio cultural, se denomina Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural (conocida como Convención del Patrimonio Mundial) firmada en 1972 en el ámbito de la UNESCO. Esta Convención tiene como finalidad movilizar la cooperación internacional para que se proteja el patrimonio cultural y natural de la humanidad.

A partir de esta convención se puede favorecer la protección de intereses de los pueblos indígenas de manera que lugares importantes para estos grupos sean enlistados como patrimonio mundial y obtener así beneficios.

G. La Convención sobre los medios para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales

Esta Convención de la UNESCO, de 1970, es para muchos el principal instrumento jurídico internacional para suprimir la transferencia ilícita de la propiedad cultural y el comercio con ella fuera de los límites nacionales. Exige que se expida un certificado de exportación y prohíbe las importaciones de propiedad cultural robada. No obstante, muchos países no la suscribieron razón por la cual se considera que su impacto no ha sido significativo, sin embargo, facilitó la restitución de los tejidos sagrados al pueblo Aymara de Coroma porque los países involucrados eran firmantes de esta convención.¹⁷

H. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Este Convenio fue adoptado durante la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra y lleva fecha del 7 de junio de 1989. En él se revisan normas anteriores de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), y en particular el Convenio 107 de 1957.

Este convenio se conoce como el Convenio 169 Relativo a los pueblos indígenas en los países independientes. En el Preámbulo se hace referencia “a las contribuciones características de los indígenas y los pueblos tribales a la diversidad cultural y a la armonía social y ecológica de la humanidad”. El artículo 7 garantiza el derecho de los pueblos indígenas a fijar su propio orden de prioridades en materia de desarrollo

¹⁶ Artículo 8(j) del Convenio sobre Diversidad Biológica.

¹⁷ Para más información ver la página en internet <http://saiic.nativeweb.org/ayn/repatspan.html>

y a controlar su propio desarrollo económico, social y cultural. El artículo 13(1) estipula que los gobiernos “deberán respetar la especial importancia que para las culturas y valores espirituales de los pueblos de que se trata, reviste su relación con las tierras o los territorios, o con ambos, según los casos, que ellos ocupan o usan, y en particular los aspectos colectivos de esta relación”. El reconocimiento de los derechos colectivos es un aspecto fundamental del Convenio y tiene importancia para los asuntos de derechos de propiedad intelectual, dado que el carácter colectivo puede ser fundamental para la transmisión, el uso y la protección del conocimiento tradicional.¹⁸

I. Pacto sobre recursos intelectuales, culturales y científicos

La Coalición Mundial para la Diversidad Biocultural elaboró el Pacto sobre Recursos Intelectuales, Culturales y Científicos. Este pacto se basa en la noción de que para llevar a cabo cualquier negociación entre las comunidades locales y las instituciones ajenas a las mismas es necesario proteger los conocimientos tradicionales.

El Pacto pretende orientar a los negociadores para entablar una asociación ética y equitativa en beneficio mutuo. Establece un conjunto básico de principios que deberían adoptar todos los interlocutores, haciendo hincapié en que es necesario un compromiso a largo plazo para reforzar a las comunidades locales y conservar la diversidad biológica.¹⁹

J. Declaración de principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas.

En el punto 14 se establece:

“14. Los pueblos indígenas volverán a asumir los derechos originales a su cultura material, en la que están comprendidos las zonas arqueológicas, los objetos, los dibujos y otras expresiones artísticas.”

La Declaración Kari-Oca.

“Declaración

Nosotros, los pueblos indígenas, caminamos hacia el futuro siguiendo las huellas de nuestros antepasados.

Desde el ser vivo más pequeño hasta el más grande, desde los cuatro puntos cardinales, desde el aire, la tierra y las montañas, el Creador nos ha puesto a nosotros, los pueblos indígenas, sobre la faz de la Madre Tierra.

Las huellas de nuestros antepasados están permanentemente grabadas sobre la tierra de nuestros pueblos.

Nosotros, los pueblos indígenas, conservamos el derecho inherente a la libre determinación.

Siempre hemos tenido derecho a decidir nuestras propias formas de gobierno, a usar nuestras propias leyes para educar a nuestros niños, a nuestra propia identidad cultural sin injerencias.

Seguimos conservando nuestros derechos como pueblos pese a los siglos de privación, asimilación y genocidio.

Mantenemos los derechos inalienables a nuestras tierras y territorios, a todos nuestros recursos, suelo y subsuelo, y a nuestras aguas. Afirmamos nuestra continua responsabilidad de pasarlos a las futuras generaciones.

No se nos puede sacar de nuestras tierras. Nosotros, los pueblos indígenas, estamos unidos por el ciclo de la vida a nuestra tierra y a nuestro medio ambiente.

Nosotros, los pueblos indígenas, caminamos hacia el futuro siguiendo las huellas de nuestros antepasados.

Firmada en Kari-Oca, Brasil, el 30 de mayo de 1992”

L. Carta de la Tierra de los pueblos Indígenas.

Dentro de sus declaraciones se incluye, en lo que atañe al presente trabajo lo siguiente:

“95. El saber indígena debe ser reconocido y estimulado.

96. El conocimiento tradicional de hierbas y plantas debe ser protegido y transmitido a las futuras generaciones.

97. Las tradiciones no pueden separarse de la tierra, el territorio o la ciencia.

98. El conocimiento tradicional ha permitido sobrevivir a los pueblos indígenas.

99. La usurpación de las medicinas y el conocimiento tradicionales de los pueblos indígenas debería considerarse un crimen contra estos pueblos.

100. Los no indígenas están usando la cultura material para lograr el acceso a nuestras tierras y nuestros recursos, y así destruyen nuestras culturas.

¹⁸ Entre los países firmantes de este convenio están Bolivia, Colombia, Costa Rica, México, Noruega, Paraguay y Perú.

¹⁹ http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2001/igc/doc/grtkfic1_12.doc

101. La mayoría de los medios de comunicación presentes en esta conferencia solo estaban interesados en las fotos que se venderán para obtener ganancias. Este es otro caso de explotación de los pueblos indígenas y así no se ayuda a nuestra causa.

102. Como creadores y portadores de civilizaciones que han dado conocimiento, experiencia y valores y continúan compartiéndolos con la humanidad exigimos que se garantice nuestro derecho a las propiedades intelectuales y culturales y que los mecanismos para hacerlo valer en cada caso favorezcan a nuestros pueblos, se estudien a fondo y se pongan en práctica. El derecho a los recursos genéticos, los bancos de genes, la biotecnología y los programas de conocimiento de la biodiversidad debe figurar entre los que tienen que ser respetados.

103. Deberíamos hacer una lista de los museos y las instituciones sobre los que existen sospechas de haber hecho un uso indebido de nuestras propiedades culturales e intelectuales.

104. Deben establecerse y ponerse en práctica la protección, las normas y los mecanismos de la creación artística y artesanal de nuestros pueblos a fin de evitar el saqueo, el plagio y la exposición y el uso indebidos.

105. Cuando los indígenas se van de sus comunidades, deberían hacer todo lo posible por volver a ellas.

106. En muchos casos, los únicos aspectos de nuestras vidas que se han tenido en cuenta han sido nuestras canciones, nuestras danzas y nuestras ceremonias. En algunos casos, se nos pidió que cambiáramos una ceremonia o una canción para adaptarlas a las circunstancias. Esto es racismo.”

M. Declaración de los Pueblos Indígenas-Tribales de los bosques tropicales.

Sobre Propiedad intelectual incluye:

“Artículo 44: Valorizamos nuestras tecnologías tradicionales, e interpretamos que nuestras biotecnologías pueden efectuar grandes aportes a la humanidad, incluidos los “países desarrollados”, y por lo tanto requerimos que se garanticen nuestros derechos a la propiedad intelectual, profundización y manejo de dichos conocimientos.”

Sobre investigaciones y otros aspectos:

“Artículo 45: Cualquier investigación que se lleve a cabo en nuestros territorios, debe contar con nuestro consentimiento y dirección conjunta; e incluir en ella las acciones de capacitación, difusión y soporte

organizativo que sean necesarias para alcanzar dicho control indígena.

Artículo 46: La comunidad internacional, y en particular el sistema de las Naciones Unidas, debe reconocernos como pueblos indígenas, distintos de otras formas institucionales como los movimientos sociales, organizaciones no gubernamentales y sectores independientes; y respetar nuestro derecho de participación en condiciones equitativas y a niveles directivos, como pueblos indígenas, en cualquier instancia, mecanismo, proceso o canal financiero orientado a promover y garantizar el futuro de los bosques tropicales.

Artículo 47: Desarrollo de programas de divulgación para educar al público sobre los derechos de nuestros pueblos y sobre los principios, objetivos y demandas de esta Declaración; para lo cual, exhortamos a la comunidad internacional a que nos brinde el respaldo necesario.

Artículo 48: Los pueblos indígenas usaremos esta Declaración como base para promover nuestras estrategias locales de acción.”

N. Congreso de las Voces de la Tierra.

Dentro de las recomendaciones sobre Propiedad intelectual, cultural y científica se prevé:

“1. Todos los organismos y programas pertinentes del gobierno holandés, la Comunidad Europea y las Naciones Unidas (como el Banco Mundial, la OMPI, la UPOV, la UNCTAD, el PNUMA, el PNUD, el Centro por los Derechos Humanos, la OIT, el GATT, etcétera) deberían trazar una política común, basada en el diálogo con los pueblos indígenas y el consentimiento de éstos, sobre la manera de establecer y hacer efectiva la protección y la retribución de la propiedad intelectual, cultural y científica de los pueblos indígenas”

O. Reunión Regional de la COICA y el PNUD sobre Derechos de Propiedad Intelectual y Diversidad Biológica.

“Puntos básicos de acuerdo

1. Enfatizamos la significación del uso de los sistemas de propiedad intelectual como una nueva fórmula para reglamentar las relaciones económicas Norte-Sur en pro de intereses colonialistas.

2. Para los pueblos indígenas, el sistema de propiedad intelectual significa legitimar la apropiación indebida del conocimiento y los recursos de nuestros pueblos con fines comerciales.

3. Todos los aspectos de la cuestión de la propiedad intelectual (determinación del acceso a los recursos nacionales, control del conocimiento o el patrimonio cultural de los pueblos, control del uso de sus recursos y reglamentación de las condiciones de explotación) son componentes de la libre determinación. Por consiguiente, para los pueblos indígenas la decisión última sobre esta cuestión depende de la libre determinación...”

P. Declaración del Mataatua de Los Derechos Intelectuales y Culturales de Los Pueblos Indígenas - Junio 1993.²⁰

*“Declaramos que los Pueblos Indígenas Mundial tiene el derecho de **auto-determinación** y al ejercer sus derechos estos deben ser reconocidos como los dueños exclusivos de su propiedad cultural e intelectual;*

***Reconocer** que los Pueblos Indígenas tienen experiencias comunes relacionadas a la explotación de su propiedad cultural e intelectual;*

***Afirmar** que el conocimiento de los Pueblos Indígenas Mundial es en beneficio a toda la humanidad;*

***Reconocer** que los Pueblos Indígenas es capaz de administrar por si mismos sus propios conocimientos tradicionales, pero también estén abiertos para ofrecerlos a la humanidad siempre y cuando sus derechos fundamentales de definición y control de su conocimiento estén protegidos por la comunidad internacional;*

***Insistir** que los primeros beneficiados del conocimiento indígena (Derechos de propiedad cultural e intelectual) deben ser directamente los descendientes indígenas de dicho conocimiento.*

***Declarar** que toda forma de discriminación y explotación de los Pueblos Indígenas, conocimiento indígena y derechos de propiedad cultural e intelectual indígena debe cesar.”*

V. ASPECTOS A CONSIDERAR PARA UNA REGULACIÓN SUI GENERIS.

A partir de los temas analizados en los distintos foros señalados y los acuerdos y declaraciones hechas en la materia, se desprende el interés inminente en destacar la importancia de los conocimientos y las innovaciones de los pueblos indígenas y de otorgarles una protección efectiva y acorde con la naturaleza en que dichos conocimientos se generan y transmiten.

Como lo señala el autor Manuel Ruíz, “las comunidades tienen el derecho de decidir cómo y bajo qué

²⁰ Datos tomados de: <http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc23.htm>

condiciones aprovechan y utilizan ella mismas o ceden en uso o autorizan a terceros su uso, partes componentes de su patrimonio cultural (por ejemplo sus conocimientos, innovaciones o prácticas). Decisiones en este sentido deberán definirse a partir de sus prácticas tradicionales para la adopción de decisiones. El patrimonio cultural no puede ser enajenado o alienado a favor de terceros. Constituye un patrimonio que debe beneficiar a las generaciones presentes y futuras de los miembros de las comunidades el cual no puede ser apropiado por terceros sino únicamente utilizado con el consentimiento informado de la comunidad, comunidades o, en su caso, la instancia representativa.”²¹

Este autor señala que los objetivos del sistema deben ser permitir a las comunidades decidir de una manera informada sobre el acceso y uso por parte de terceros de sus conocimientos, que éstas puedan establecer condiciones o restricciones al uso, que puedan obtener beneficios justos por los resultados de sus conocimientos y evitar el uso no autorizado de esos conocimientos e innovaciones.

Para lograr estos objetivos se propone la utilización de mecanismos contractuales, la creación de fondos fiduciarios para impulsar proyectos, registros de conocimientos indígenas, proyectos de conservación *in situ*, y que exista un ente coordinador del sistema de protección, que realmente verifique y pueda monitorear la información, la comunicación y las acciones.

Asimismo, para que un sistema sea eficaz, debe tener un mecanismo implementado de infracciones y sanciones, de lo contrario, cualquier intento queda en el papel.

El profesor Jorge Cabrera Medaglia señala en su libro “Ideas, Mecanismos y Principios para la Tutela del Conocimiento, innovaciones y Prácticas de los Pueblos Indígenas”²² diversas propuestas generadas en distintos países en las cuales se deja en evidencia la importancia de que las comunidades estén debidamente informadas, que se genere de ellos mismos la propuesta de condiciones de acceso y distribución de beneficios y que exista un instrumento jurídico que le de carácter vinculante a los acuerdos adoptados.

VI. CONCLUSIÓN

Se ha reconocido la importancia y el valor económico, social y cultural de los conocimientos, inno-

²¹ Ruíz, Manuel. Protección sui generis de conocimientos indígenas en la Amazonía. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Primera Edición. Perú. Enero 2002. pág. 95 y ss.

²² Cabrera Medaglia, Jorge. Ideas, Mecanismos y Principios para la Tutela del Conocimiento, innovaciones y Prácticas de los Pueblos Indígenas”. Fundación AMBIO, Editorial IPECA, Costa Rica, 1998.

vaciones y prácticas de las comunidades indígenas y se destacan avances políticos que tienden a proteger los intereses de las comunidades indígenas respecto de dichos conocimientos, innovaciones y prácticas, e incluso la existencia de numerosas propuestas de un sistema estructurado que ponen en evidencia la necesidad de crear un régimen jurídico nuevo para proteger estos conocimientos e innovaciones. Se cita por ejemplo Perú, donde la propuesta se centra en regular y proteger los conocimientos de comunidades indígenas asociados a la biodiversidad²³

Respecto a esos sistemas, se argumenta que debe partir de ciertas premisas esenciales como el reconocimiento de que los derechos de los indígenas es parte del reconocimiento al “esfuerzo intelectual de todo Hombre”, que debe existir un reconocimiento de sus derechos en todo ámbito y que tiene estrecha relación con la noción de “derechos colectivos”.

Los pueblos indígenas por su parte han tomado conciencia en los últimos años sobre sus derechos, quizá precisamente a raíz del despojo y atropello del que han sido objeto. Sus dificultades y la necesidad de tutelar realmente sus derechos se ha discutido en diversos foros e incluso dentro de las mismas organizaciones indígenas que tratan de tener un papel más activo.

A nivel de convenios internacionales, también se ha reconocido buena parte de esos derechos y la necesidad de adoptar un sistema *sui generis* de protección acorde a la realidad y facilidades de estos pueblos. Quizá el mayor reto es a nivel de cada país en el sentido de recoger en instrumentos con fuerza de ley el reconocimiento y tutela efectiva de estos derechos.

VII. FUENTES

Ruiz, Manuel. Protección *sui generis* de conocimientos indígenas en la Amazonía. Sociedad Peruana de Derecho Ambiental. Primera Edición. Perú. Enero 2002.

Cabrera Medaglia, Jorge. Ideas, Mecanismos y Principios para la Tutela del Conocimiento, innovaciones y Prácticas de los Pueblos Indígenas”. Fundación AMBIO, Editorial IPECA, Costa Rica, 1998

Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y la propiedad Intelectual (INDECOPI), “Propuesta de Régimen de protección de los Conocimientos Colecti-

vos de los Pueblos Indígenas”. Documentos de Trabajo Nº 010-2000, agosto, 2000. Disponible en la página web del Instituto <http://www.indecopi.gob.pe>

Convenios:

ADPIC

Convenio sobre Diversidad Biológica

Declaraciones:

Declaración de los Pueblos Indígenas-Tribales de los bosques tropicales.

Congreso de las Voces de la Tierra

Declaración de principios del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas

Páginas en internet de Organismos Internacionales como OMPI, OMC, CIKARD, OIT.

Otras páginas como:

http://www.idrc.ca/es/ev-30129-201-1-DO_TOPIC.html

<http://www.sagpya.mecon.gov.ar/new/0-0/inase/pdf/variedades/Upov.pdf>

http://www.upov.int/es/about/upov_convention.htm

<http://www.ecouncil.ac.cr/rio/focus/report/spanish/wcip.htm>

<http://saiic.nativeweb.org/ayn/repatspan.html>

http://www.wipo.int/documents/es/meetings/2001/igc/doc/grtkfic1_12.doc

<http://www.prodiversitas.bioetica.org/doc23.htm>

²³ Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y la propiedad Intelectual (INDECOPI), “Propuesta de Régimen de protección de los Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas”. Documentos de Trabajo Nº 010-2000, agosto, 2000. Disponible en la página web del Instituto <http://www.indecopi.gob.pe>

LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES CONTRA EL ENGAÑO Y LA FALTA DE INFORMACIÓN

*Licda. Isaura Guillén M.*¹ **I. Los derechos de los consumidores y la información.**

Resumen

En este artículo se plantea uno de los principales derechos de los consumidores, los mecanismos de tutela y lineamientos señaladas en algunas resoluciones judiciales y administrativas relevantes.

El derecho a la información es un derecho fundamental del consumidor. Los consumidores deben tener acceso a la información que necesitan para poder tomar las mejores decisiones sobre sus gastos, prevenir fraudes y proteger su información personal.

Para contribuir con esa protección se ha generado una lista de lineamientos basada en la experiencia extranjera.

Summary

This article presents one of the main rights of consumers, protection mechanisms and guidelines outlined in some relevant judicial and administrative decisions.

The right to information is a fundamental right of the consumer. Consumers should have access to the information they need to make better decisions about their spending, prevent fraud and protect your personal information. To contribute to this protection has generated a list of guidelines based on foreign experience.

Palabras clave

Consumidores, Derechos, Información, Lineamientos, Casos

Keywords

Consumers, rights, information, guidelines, cases.

¹ Isaura Guillén, abogada y notaria de profesión. Cursó posgrado en la Universidad de Costa Rica en el área de Derecho Público y un posgrado en Comercio Exterior. Se ha desempeñado como profesora de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y actualmente como profesora de Derecho Internacional Privado en la Universidad Escuela Libre de Derecho. Fue asesora jurídica en la Comisión Nacional del Consumidor y Directora de la Unidad Técnica de Apoyo de la Comisión para promover la Competencia. En los últimos años ha participado en numerosos cursos y seminarios en temas de derechos del consumidor, competencia, propiedad intelectual y otros temas asociados al derecho público y el comercio exterior. Actualmente se desempeña en el sector público como asesora en temas de derecho público.

En un mercado globalizado, el consumidor se ve expuesto a sufrir una serie de atropellos a sus derechos, de ahí la importancia que la mayoría de los países ha dado a la protección del consumidor, así como diversos organismos nacionales e internacionales, públicos y privados que trabajan directamente en la protección de los consumidores.

Entre los derechos reconocidos en forma general a los consumidores están fundamentalmente los siguientes:

- Derecho a la protección de la salud y de la seguridad.
- Derecho a la protección de los intereses económicos y sociales.
- Derecho a una información correcta.
- Derecho a la educación y formación en materia de consumo.
- Derecho de representación, consulta y participación.
- Derecho a la protección en situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión.
- Derecho a indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Dentro de estos derechos resulta de especial importancia lo referente a la información, por ser uno de los aspectos con los cuales el consumidor se ve con mayor frecuencia perjudicado. De ahí una serie de mecanismos que se han ido introduciendo en la sociedad.

La expansión del comercio y la constante publicidad hacia los consumidores hace necesario que se tomen medidas para el desarrollo y fortalecimiento de las organizaciones de consumidores, a través de programas de educación y formación que hagan que estas entidades sean verdaderos centros de orientación y apoyo para los consumidores.

Asimismo, es necesario el cumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones reguladoras y educativas en el ámbito de las relaciones de consumo, apoyando el aparato normativo con campañas eficaces de información y con mecanismos administrativos y judiciales de tutela de los derechos de los consumidores. De igual forma fomentar entre los comerciantes diversas iniciativas de responsabilidad social empresarial,

encaminadas no sólo a conocer cuáles son los derechos de los consumidores sino establecer a lo interno de las empresas políticas claras de mercadeo honesto y transparente hacia los consumidores.

En general, debe desarrollarse en la mente de los agentes económicos, prácticas comerciales transparentes que no abusen de la falta de conocimientos y experiencia de los consumidores y la necesidad de proporcionar información veraz, clara y oportuna, cuidando que el nivel de información sea el óptimo para que el consumidor pueda orientar su decisión de consumo en forma libre y responsable.

II. No debe engañarse a los consumidores:

Este es un principio fundamental que se recoge de manera generalizada en todas las legislaciones que protegen al consumidor, ya que es muy común las situaciones en que se trata de engañar al consumidor.

Los consumidores son una importante fuerza económica y los comerciantes les están ofreciendo productos y servicios como nunca antes. Es importante que los consumidores tengan acceso a la información que necesitan para poder tomar las mejores decisiones acerca de cómo gastar su dinero, evitar las estafas y engaños y proteger su información personal.

El comprador de bienes o servicios tiene el legítimo derecho a disponer de una información adecuada que le permita: conocer las características esenciales de los bienes y servicios que se le ofrecen (naturaleza, calidad, cantidad y precios), efectuar una elección racional entre los bienes y servicios competitivos, utilizar dichos bienes y servicios con toda seguridad y de manera satisfactoria y reivindicar la reparación de los eventuales daños causados por el bien o servicio recibido.

Al consumidor le corresponde el derecho a la educación en materia de consumo para que pueda actuar informado y sea capaz de elegir con claridad entre los bienes y servicios, siendo cociente además de sus derechos y responsabilidades.

Dentro de este tema es fundamental el derecho a no ser engañado ni manipulado. Es frecuente recibir una carta de una empresa de ventas, por correo o por internet donde felicitan por haber ganado el primer premio de una lotería o rifa organizada por esa empresa. Sin embargo es sólo una estrategia para que usted se ponga en contacto con alguno de sus miembros, de modo que puedan intentar hablar con usted para convencerle de que les solicite un producto y la realidad es que usted no ha ganado ningún premio. Es legal esta forma de mercadeo?

En la mayoría de las legislaciones, entre ellas, Estados Unidos, Canadá, México, Argentina, Perú, entre muchas otras y en la Unión Europea se reconocen tales derechos y se prohíbe expresamente utilizar esos mecanismos de mercadeo. Al respecto, la legislación comunitaria prohíbe la publicidad que estafa o engaña a los consumidores. Además, al realizar una compra por teléfono, correo o internet, los vendedores, deben ser claros y sinceros. La legislación comunitaria establece que se le debe proporcionar al consumidor, información detallada sobre la identidad, productos que vende, precio (incluidos impuestos y gastos de envío) y el tiempo que tardarán en enviarlo.

La legislación comunitaria establece que las compañías de préstamo y de tarjetas de crédito deben proporcionar por escrito, información detallada sobre cualquier contrato de crédito que firme. Esa información debe contener, el tipo de interés que paga, la duración del contrato y el modo de anularlo.²

En Estados Unidos, la Federal Trade Commission, ha elaborado guías con temas importantes como:

- **Administración de finanzas:** Aprende cómo establecer y usar el crédito, solicitar una copia gratuita de tu informe de crédito, interpretar tu puntuación de crédito y evitar las estafas de crédito.
- **Compras importantes e inversiones:** Aprende cómo comprar una casa o automóvil, reparar o renovar tu casa, comprar una franquicia o iniciar un negocio, pagar los estudios universitarios y comprar artículos y servicios fúnebres.
- **Derechos del consumidor:** Aprende cómo resolver disputas, corregir errores de facturación y reducir la cantidad de llamadas de telemercadeo no deseadas que recibes.
- **Cómo evitar estafas y engaños:** Aprende a identificar estafas de trabajo en casa, licencias internacionales para conducir falsas, estafas de lotería de tarjetas verdes, paquetes de vacaciones y declaraciones publicitarias engañosas que promocionan productos y servicios para la salud y para adelgazar.
- **Seguridad de la información personal:** Aprende cómo proteger tu información personal para evitar el robo de identidad, cómo mantenerte seguro en Internet y cómo evitar las estafas en línea.

Asimismo, en este tipo de lineamientos o guías se incluyen una serie de recomendaciones sobre cómo proceder para no verse engañado. Al respecto, se re-

² En ese sentido ver: Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores: La protección de los consumidores en la Unión Europea: Diez principios básicos. 20 de julio de 2004

comiendan prácticas como las siguientes:

1. Averiguar con quién se está tratando. Es decir, hacer negocios únicamente con compañías que suministren claramente su nombre, domicilio físico y número de teléfono.
2. Proteger la información personal. Para ello, compartir la información de la tarjeta de crédito u otros datos personales únicamente con compañías conocidas y confiables.
3. No tomar decisiones a la ligera. Resistir el impulso de “actuar ya” aunque la oferta y los términos parezcan buenos.
4. Leer la letra menuda. Todo debe estar por escrito, todas las promesas y antes de firmar, revisar todos los documentos y los términos de éstos.
5. Nunca pagar por un regalo “gratuito”. Descartar cualquier oferta que requiera el pago por un regalo. Si algo es un regalo o es gratis no tienes que pagar nada para recibirlo. Gratis es gratis. Aunque suene obvio, es una forma muy común de atraer incautos.
6. Antes de gastar se debe evaluar los riesgos. Toda inversión con un alto rendimiento potencial es una inversión de alto riesgo. Esto significa que se podría perder todo lo invertido.

III. La protección de los consumidores en Costa Rica y el derecho a la información.

En Costa Rica la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, en adelante Ley 7472, establece como objetivo de esta ley:

ARTICULO 1.- Objetivo y fines

Proteger, efectivamente, los derechos y los intereses legítimos del consumidor; la tutela y la promoción del proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención, la prohibición de monopolios, las prácticas monopolísticas y otras restricciones al funcionamiento eficiente del mercado y la eliminación de las regulaciones innecesarias para las actividades económicas.

Esa primera parte del artículo 1 se desarrolla a través de una serie de derechos y obligaciones de los comerciantes. De esta forma, en el artículo 32 de dicha ley se establece:

“ARTICULO 32.- Derechos del consumidor

Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte,

legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes:

- a. *La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud, su seguridad y el medio ambiente.*
- b. *La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales.*
- c. *El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio.*
- d. *La educación y la divulgación sobre el consumo adecuado de bienes o servicios, que aseguren la libertad de escogencia y la igualdad en la contratación.*
- e. *La protección administrativa y judicial contra la publicidad engañosa, las prácticas y las cláusulas abusivas, así como los métodos comerciales desleales o que restrinjan la libre elección.*
- f. *Mecanismos efectivos de acceso para la tutela administrativa y judicial de sus derechos e intereses legítimos, que conduzcan a prevenir adecuadamente, sancionar y reparar con prontitud la lesión de estos, según corresponda.*
- g. *Recibir el apoyo del Estado para formar grupos y organizaciones de consumidores y la oportunidad de que sus opiniones sean escuchadas en los procesos de decisión que les afecten.”*

En ese orden de ideas, es función del Poder Ejecutivo, formular programas de educación e información para el consumidor, con el propósito de capacitarlo para que pueda discernir y tomar decisiones fundadas acerca del consumo de bienes y servicios, con conocimiento de sus derechos. Asimismo, son obligaciones de los comerciantes en relación con la información lo siguiente (artículo 34 de la Ley 7472):

- Informar suficientemente al consumidor, en español y de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo. Debe enterarlo de la naturaleza, la composición, el contenido, el peso, cuando corresponda, las características de los bienes y servicios, el precio de contado en el empaque, el recipiente, el envase o la etiqueta del producto y la góndola o el anaquel del establecimiento comercial, así como de cualquier otro dato determinante. Si se trata de productos orgánicos, esta condición deberá indicarse en un lugar visible. Además, la etiqueta del

producto deberá indicar cuál es el ente certificador.

- De acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento de la presente Ley, cuando el producto que se vende o el servicio que se presta se pague al crédito, deben indicarse, siempre en forma visible, el plazo, la tasa de interés anual sobre saldos, la base, las comisiones y la persona, física o jurídica, que brinda el financiamiento, si es un tercero.

(Así reformado el inciso anterior por el artículo 40 de la ley de Desarrollo, Promoción y Fomento de la actividad Agropecuaria Orgánica, N° 8591 del 28 de junio de 2007).

- Ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 34 de esta Ley.
- Suministrar, a los consumidores, las instrucciones para utilizar adecuadamente los artículos e informar sobre los riesgos que entrañe el uso al que se destinan o el normalmente previsible para su salud, su seguridad y el medio ambiente.
- Informar al consumidor si las partes o los repuestos utilizados en reparaciones son usados. Si no existe advertencia sobre el particular, tales bienes se consideran nuevos.
- Informar cuando no existan en el país servicios técnicos de reparación o repuestos para un bien determinado.
- Extender la factura o el comprobante de compra, donde conste, en forma clara, la identificación de los bienes o servicios, así como el precio efectivamente cobrado. En los casos de ventas masivas, se faculta al Ministerio de Economía, Industria y Comercio para autorizar el establecimiento de otros sistemas mediante los cuales se compruebe la compra.

Sobre la forma en que se deben realizar las promociones y la publicidad existe normativa expresa que señala como obligatorio lo siguiente (art. 37):

“ La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor.

Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios.

El empleo de términos comparativos en la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios, sólo se admite respecto a datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado. La comparación no es admisible cuando se limite a la proclamación, general e indiscriminada, de la superioridad de los productos propios; se tiene por engañosa la que omita cualquier elemento necesario para determinar el valor real de los productos.

Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz u omitida, por el mismo medio y forma antes empleados.”

Asimismo, toda promoción u oferta especial debe indicar el precio anterior del bien o el servicio, el nuevo precio o el beneficio que de aprovecharlas, obtendría el consumidor. De igual forma, existe normativa específica sobre la información mínima que se le debe proporcionar a los consumidores en las ventas a plazo y en el caso de las tarjetas de crédito.

Otro tema importante en la Ley 7472 es el tema de la competencia desleal. En el artículo 17 se establece:

“Entre los agentes económicos, se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen un daño efectivo o amenaza de daño comprobados. Esos actos son prohibidos cuando:

- a. Generen confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores.*
- b. Se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial, los productos, la actividad o la identidad de un competidor.*
- c. Se utilicen medios que inciten a suponer la existencia de premios o galardones concedidos al bien o servicio, pero con base en alguna información falsa o que para promover la venta generen expectación.*

tativas exageradas en comparación con lo exiguo del beneficio.

- d. *Se acuda al uso, la imitación, la reproducción, la sustitución o la enajenación indebidos de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a bienes o servicios propiedad de terceros.*

También son prohibidos cualesquiera otros actos o comportamientos de competencia desleal, de naturaleza análoga a los mencionados, que distorsionen la transparencia del mercado en perjuicio del consumidor o los competidores.”

Aunque estos casos se conocen en la vía judicial por disposición de la misma ley, cuando exista un daño reflejo al consumidor pueden iniciarse procedimientos administrativos y judiciales, para proteger a éste.

La mayoría de los supuestos a los que hace mención la ley, en materia de competencia desleal, son casos de información errónea, imitación, falsa publicidad, promociones falsas, entre otras, que son problemas de información hacia el consumidor y que vician la decisión de consumo.

IV. Estrategias de educación y transparencia en la información hacia los consumidores.

De la experiencia internacional y de acciones adoptadas por el Estado costarricense se pueden identificar las acciones estratégicas a favor de la debida información al consumidor, dentro de estas están las siguientes:

- Promoción de la incorporación de la educación para el consumo en las escuelas (educación formal): En los últimos años el Área de Apoyo al Consumidor del Ministerio de Economía ha desarrollado convenios con el Ministerio de Educación para generar material didáctico e incorporar el tema de protección al consumidor en los programas de estudio primarios. (para mayor información al respecto se recomienda visitar la página www.meic.go.cr)
- Difusión de los derechos de los usuarios y consumidores desarrollando estrategias que permitan llegar a los distintos grupos y colectivos sociales (a través de la educación no formal): En ese sentido el material informativo y las pautas comerciales de información y orientación al consumidor son fundamentales para la creación de una cultura en pro del consumidor.

- Actualización y capacitación a los organismos provinciales y municipales que también tienen un contacto directo con la comunidad.
- Fomentar una cultura del consumidor a través de una jurisprudencia administrativa y judicial en pro de los derechos de los consumidores.

V. Casos resueltos en vía administrativa y judicial sobre engaño al consumidor.

Sobre el último punto mencionado y a manera de introducción, cabe señalar que en los anuncios comerciales es común propaganda en la cual se compara un producto con otro producto competidor, se descalifica indiscriminadamente los productos de los otros, además, múltiples anuncios de promociones o descuentos ofrecidos al consumidor, así como publicidad que tiende a confundir al consumidor sobre la procedencia o naturaleza de un producto, sobre la marca, la calidad, etc. Todos estos son mecanismos de transmisión de información al consumidor para manipular su decisión de consumo. No obstante, esos vicios en la información deben ser eliminados y para ello, existen tanto instancias administrativas como judiciales ante las cuales se pueden hacer valer los derechos de los consumidores, principalmente su derecho a una información, veraz y oportuna.

Al respecto, es importante destacar una cita que dice: “Una publicidad que no observe el régimen legal mínimo puede generar para un anunciante: responsabilidad por violación al régimen de competencia desleal, responsabilidad por violación al régimen de prácticas comerciales restrictivas y responsabilidad por violación al régimen de protección al consumidor”³

A continuación se presenta el extracto de algunas resoluciones judiciales y administrativas relevantes:

A. Resoluciones Judiciales:

N° 208 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del trece de marzo del año dos mil dos. **PROCESO COMPETENCIA DESLEAL**, establecido ante el Juzgado Cuarto Civil de Mayor Cuantía de San José, bajo el expediente número 99-000280-0183-CI

“Es importante entonces, para enfocar el problema denunciado definir que se entiende por competencia desleal al amparo de la doctrina y legislación vigente.- Realmente muchas son las definiciones que se pue-

³ Artículo “Responsabilidad por publicidad anticompetitiva”. Mauricio Velandia, Ex-Jefe para Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia.

den encontrar en doctrina sobre lo que se entiende por competencia desleal, pero del estudio y comparación de ellas se podría dar un concepto genérico, que evidentemente podría ser superado, pero que para los fines aquí perseguidos podemos definir como aquél acto competitivo que, por implicar el uso de medios censurables a la luz de criterios de rectitud acordes con las circunstancias del momento, debe ser reprimido por el derecho, en defensa de los intereses de los demás competidores y de la comunidad en general.- Eso involucra que una persona: comerciante, industrial, profesional que se supone tiene clientela, quita a otra de la misma profesión todo o parte de su clientela con actos lesivos a la honestidad, para ello se emplea medios fraudulentos, dolosos o al menos culpables con la finalidad de realizar un acto de competencia para producir confusión con los productos o con la actividad de otro ocasionándole daño por descrédito o por apropiarse de la fama de los productos del otro o de la empresa del otro.- El ámbito para determinar la competencia desleal es muy basto y se debe analizar cada caso concreto determinando si hay daño efectivo o amenaza de daño.- Así el artículo 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor número 7472 del 20 de diciembre de 1994 publicada en La Gaceta del 19 de enero de 1995 hace un listado de algunos de esos actos que se consideran competencia desleal entre los agentes económicos.- Entre ellos está el del inciso b) se realicen aseveraciones falsas para desacreditar el establecimiento comercial, los productos, la actividad o la identidad de un competidor.- Sin embargo para determinar si lo anterior enmarca el caso de autos, es indispensable tener presente que como "Agente Económico" la citada ley entiende que en el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, partícipe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes y servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero."

-Nº 466 -I- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho horas veinte minutos del veinte de junio del año dos mil dos. **PROCESO SUMARIO DE COMPETENCIA DESLEAL**, establecido ante el Juzgado Quinto Civil de Mayor Cuantía de San José, bajo el expediente número 97-001850-184-CI

"En el escrito de demanda, visible a folio 319, la parte actora reclama que tiene inscrita la marca TRAVELWEB, la que es utilizada ilegalmente por la sociedad demandada en las direcciones <http://www.magi.com/crica/biz/inform.html> y webmaster@crica.

La competencia desleal, afirma la actora, se reduce al uso ilegal de la citada marca en las diferentes páginas de internet, ello por cuanto no se le ha autorizado ni existe relación de negocios con la empresa accionada. Pide que en sentencia se declare que la demandante es la única y exclusiva propietaria de la citada marca, que la demandada no ha tenido el derecho de usar la marca de comercio o servicio, que debe la accionada abstenerse de utilizarla para promocionar sus servicios por tratarse de un acto de competencia desleal, se imponga el pago de los daños y perjuicios, así como el pago de ambas costas. La contestación se aprecia a folio 361, donde se oponen las excepciones de caducidad, falta de derecho y falta de legitimación. En el hecho noveno la demandada reconoce que ofrece información sobre Costa Rica en diversas áreas, entre ellas de turismo como "Costa Rica Travel Web". Admite también, en el hecho décimo, que ofrece servicios de turismo por internet. Sostiene que tiene inscrito su derecho o dominio en la Academia Nacional de Ciencias y que su actividad es local para Costa Rica, lo que difiere de la actora que es a nivel mundial. Añade que la demandante pretende monopolizar el sistema de internet. En la sentencia recurrida, el Juzgado deniega las excepciones perentorias y acoge la demanda en forma parcial. Declara con lugar las diversas petitorias, salvo lo relativo a la condena en daños y perjuicios, extremo éste que beneficia a la sociedad demandada como única apelante. En consecuencia, según la doctrina de la no reforma en perjuicio del artículo 565 del Código Procesal Civil, conoce el Tribunal en lo apelado.

IV.- Los agravios de la recurrente se enumeran de la siguiente manera: 1) no es cierto que la actora sea la propietaria de la marca "TRAVEL WEB", puesto son dos palabras genéricas y nadie se puede ser dueña de ese tipo de palabras. 2) la actora lo que inscribió fue una marca de fantasía compuesta por nueve letras, todo pegado. 3) muchas empresas, nacionales e internacionales, ofrecen servicios de turismo a través de internet sin utilizar la marca de fantasía citada. 4) en la página de la demandada se ofrecen otros servicios, noticias, educación, bienes raíces, entre otros. No es posible pensar que no se puedan divulgar por las palabras genéricas. 5) se debió respetar el principio de tipicidad, pues la sanción no se puede imponer por analogía. 6) para que haya competencia desleal, además de la confusión al consumidor, debe producir un daño efectivo o amenaza de daño comprobado, lo que no ocurre en este asunto. Sostiene que existe cierta similitud, pero por palabras de fantasía, pero no hay daño demostrado porque el mismo Juzgado a-quo rechaza ese extremo petitorio. 7) protesta la condena en ambas

costas y se considera litigante de buena fe. Fundamenta esa condición en el hecho de tener inscrito dominio en la Academia Nacional de Ciencias, además de que la actora no pudo acreditar el daño ocasionado.

V.- De los autos se tiene por demostrado que la actora presentó para su inscripción su marca "TRAVELWEB" en Canadá el 25 de marzo de 1996, inscrita el 12 de abril de ese año. Se dispuso que el uso en ese país data al menos desde octubre de 1994 (traducción de folios 16 a 19). Con esas mismas fechas, se pidió la inscripción en la Comunidad Europea en clase 42, para suministrar información sobre viajes, alojamiento y turismo de reservación por medio de comunicaciones públicas en línea por computadora (folios 20 a 30). Igualmente se solicitó la inscripción en la Oficina de Patentes y Marcas Comerciales de los Estados Unidos y, como fecha de uso, se indica 1° de octubre de 1994. La fecha de presentación fue el 9 de marzo de 1995 y se inscribió el 28 de marzo de 1996 (folios 67 y 81). También hay varias solicitudes en esa misma oficina de los Estados Unidos por la misma marca, pero por diversas clases entre ellas 35, 39, 41, 42. En Costa Rica, la marca de comentario se encuentra inscrita a nombre de la actora a partir del 29 de setiembre de 1997, como se concluye de las certificaciones de folios 325, 372 y 415. Por su lado, la demandada inscribió el dominio en la Academia Nacional de Ciencias el 25 de noviembre de 1997: *travelweb.co.cr*. Esa inscripción se realizó tres días antes de presentarse la demanda el 28 de noviembre de 1997. Como prueba documental marcada 6, folios 262 y siguientes, se acredita que la demandada utiliza TRAVELWEB para ofrecer servicios de turismo en Costa Rica. Por último, con la prueba siete, se demuestra el uso de la marca por la actora en internet, con la gran cantidad de de usuarios que ingresan a esa página. A folio 379 se agrega traducción de un documento que contiene los datos de los servicios que presta la marca de la accionante a nivel de hotelería en el mundo.

VI.- Con ese cuadro fáctico, debidamente demostrado con prueba documental, el fallo estimatorio es correcto y debe mantenerse, desde luego en lo que es motivo de inconformidad. Resulta innecesario reiterar, pues sería odioso hacerlo, el apoyo normativo que contiene la sentencia. Los fundamentos de derecho son incuestionables, pero para efectos de esta confirmatoria singular relevancia tiene lo dispuesto en el numeral 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor. En su enunciado, se prohíben los actos de competencia contrarios a las normas de corrección y buenos usos mercantiles, generalmente aceptados en el sistema de mercado, que causen daño efectivo o amenaza de daño comproba-

dos. De seguido el legislador enumera algunos supuestos propios de competencia desleal, entre ellos se destacan los incisos a) y d). En el primero se prohíbe actos que generan confusión, por cualquier medio, respecto del establecimiento comercial, los productos o la actividad económica de uno o varios competidores. En el segundo, se trata de impedir el uso, imitación, reproducción, sustitución o enajenación indebida de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a bienes o servicios propiedad de terceros. En autos se demuestra que la marca de servicio "TRAVELWEB" pertenece a la actora, inscrita en Costa Rica en el Registro de la Propiedad Industrial desde el 29 de setiembre de 1997. No obstante, su uso a nivel de mercado internacional en internet data del 1° de octubre de 1994, pero su inscripción en diversos países se produjo en los primeros meses de 1996 (Canadá, Comunidad Europea y Estados Unidos). También se acredita que la demandada utiliza ese vocablo al menos en dos direcciones en el campo informático con la finalidad de promocionar servicios de hotelería y turismo en general. Ella misma lo admite al contestar la demanda. Es indudable que ese proceder causa confusión en el consumidor, quien fácilmente puede estar negociando con una empresa distinta. El hecho generador afecta la actividad económica de la empresa que tiene inscrita la marca con anterioridad. El Tribunal no cuestiona la libertad mercantil y ofrecer al consumidor buenos y mejores servicios, pues esa competencia justa y de buena fe conlleva grandes beneficios. En aras de conservar ese marco de lealtad, el derecho internacional y las normas internas de cada país, reprochan cualquier conducta que ponga en peligro ese objetivo.

VII.- En este asunto, el punto debatido no es simplemente el uso de una marca en los términos comunes. Por ejemplo, el empleo de una marca visible en vasos, refrescos, comida enlatada, entre otros. La cuestión de autos reviste una particularidad: es una marca de servicios inscrita en el Registro, pero se utiliza para ofrecer servicios por medio de internet. No es la tradicional violación de actos en el mercado cotidiano como se ha concebido. El avance en la tecnología permite ahora adquirir bienes y servicios sin salir del hogar o de la oficina, para ello basta una computadora y tener acceso a internet. Este nuevo panorama económico, donde por ese medio se realizan numerosos negocios cada minuto y se mueven impensables sumas de dinero, exigen normas de protección para evitar engaños o confusiones a la gran cantidad de usuarios de ese sistema. La red internet pertenece a la categoría de

las redes WAN (redes grandes de cobertura mundial) y esta integrada por el conjunto de redes interconectadas más grande, con máquinas localizadas alrededor del mundo. Internet comprende el gobierno, al comercio y a las organizaciones educativas de todo el planeta. Es una biblioteca digital global, intensa sobre una tecnología de comunicación flexible. Esta biblioteca digital ofrece diferentes servicios que se utilizan para crear, explotar, acceder, buscar, ver y comunicar información sobre un conjunto de diversos temas. La información está organizada en menús, almacenada en documentos hipermedios, documentos de texto. La información puede ser audio, vídeo comunicados utilizando el correo electrónico o manteniendo conversaciones interactivas de computador a computador. Los servicios básicos de internet son: 1) correo electrónico (e-mail). 2) chatting o conversar con otras personas usando el teclado de la PC. 3) FTP (file transfer protocol) protocolo de transferencia de archivos, permite transferir archivos de texto, gráficos, de sonido de una computadora a la nuestra. 4) Word Wide Web (www) organiza la información por medio de hipermedios (cada documento puede contener referencias incorporadas a imágenes, audio, sonido, texto en otros documentos). Cada miembro de esta gran red debe tener un nombre que permita identificarlo, lo que se denomina "dominio". Como parte de su organización, internet ha definido un conjunto de categorías o dominios que permiten agrupar los diferentes tipos de redes o computadores conectados a la red. Dentro de estas categorías o dominios, en Costa Rica se pueden mencionar las de carácter académico (ac), gubernamental (go), comercial (co), organización (or), salud (sa) y financiero (fi). Finalmente, la dirección de internet se compone del nombre del computador, el sitio al que pertenece, el dominio organizativo y el dominio geográfico. Por razones obvias, las direcciones no pueden ser exactamente iguales y por ende hay que desechar la idea de que, para que haya competencia desleal, la similitud debe ser idéntica. La dirección de la actora contiene la marca registrada "TravelWeb" y la demandada la incluye en sus diversas páginas de internet. Carece de importancia, por lo tanto, si se trata o no de palabras de fantasía o genéricas. Lo que se protege es su inscripción con anterioridad a favor de la actora, sin que la accionada pueda utilizarla de alguna manera dentro de los mismos servicios que brinda internet. Incluso, la inscripción del dominio en la Academia Nacional de Ciencias no le concede a la accionada ningún derecho frente a la demandante. En primer lugar, la inscripción se realiza en una institución distinta al Registro la Propiedad Intelectual, además se hace con posterioridad y apenas unos días antes de presentarse esta de-

manda. La Ley de Creación de la Academia Nacional de Ciencias, número 7544 publicada en el Diario La Gaceta número 217 de 15 de noviembre de 1995, no exige dentro de su articulado la obligación de inscribir los dominios y, menos aún, contiene derechos expresos a favor de quien lo hace. Es una institución de derecho público no estatal y dentro de sus objetivos, entre otros, debe promover la investigación científica y el desarrollo tecnológico del país (inciso a. Del artículo 3º). No es un instituto registral que supere o deje sin efecto al Registro de la Propiedad Intelectual, sino que tiende a promover y ordenar el quehacer tecnológico. Lo conveniente es que ambas instituciones mantengan una estrecha coordinación cuando se trata de inscribir marcas o reservar dominios que puedan causar confusión y discusiones en el campo de la competencia desleal. Por lo pronto, la actora inscribió en el Registro de la Propiedad Intelectual y en otros países, lo que no sucede con la demandada a pesar de ocurrido en la Academia Nacional de Ciencias. En cuanto a la existencia de un daño efectivo o amenaza de daño comprobado, estima el Tribunal que es inherente a los actos prohibidos que se han acreditado, es especial es razonable la amenaza que se produce ante la complejidad de los servicios de internet. El sistema es visitado por millones de personas y los servicios de turismo llaman la atención a los viajeros por la facilidad de encontrar valiosa información. Ahora bien, es cierto que el a-quo rechazo el extremo petitorio de condenar a la parte demandada, pero ese pronunciamiento no implica que no se haya incurrido en actos prohibidos. De todos modos, el Tribunal no puede abordar ese punto porque su denegatoria beneficia a demandada como única apelante y la actora se conformo con lo resuelto.

VIII.- Por todo lo expuesto, los agravios son inadmisibles según análisis del a-quo que hace suyo el Tribunal y los argumentos precedentes. Resulta innecesario abundar en cada uno en particular. Sólo resta denegar la inconformidad por la condena en ambas costas. La imposición tiene asidero en el numeral 221 del Código Procesal Civil, pues la conducta de la sociedad vencida no califica de buena fe en los términos del artículo 222 ibídem. Su inscripción en la Academia Nacional de Ciencias no le concede derechos absolutos y, su experiencia en el campo informático, bien pudo tomar las precauciones para incurrir en los actos denunciados. En definitiva, se deniega la nulidad concomitante y, en lo que es motivo de inconformidad, se confirma el fallo apelado.

POR TANTO:

“Se rechaza la nulidad concomitante. En lo apelado se confirma la sentencia recurrida.”

N ° 831-R TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las siete treinta minutos del seis de julio del año dos mil uno.- **PROCESO: COMPETENCIA DESLEAL**, establecido ante el Juzgado Primero Civil de Mayor Cuantía de San José, bajo el expediente número **00-001298-180-CI**.

“Muchas son las definiciones que se pueden encontrar en doctrina sobre lo que es la competencia desleal, pero del estudio y comparación de ellas, se podría dar un concepto genérico, que evidentemente podría ser superado, pero que para los fines aquí perseguidos podemos definir como aquél acto competitivo que, por implicar el uso de medios censurables a la luz de criterios de rectitud acordes con las circunstancias del momento, debe ser reprimido por el derecho, en defensa de los intereses de los demás competidores y de la comunidad en general.- Eso involucra que una persona: comerciante, industrial, profesional que se supone tiene clientela, quite a otra de la misma profesión todo o parte de su clientela con actos lesivos a la honestidad, para ello se emplea medios fraudulentos, dolosos o al menos culpables con la finalidad de realizar un acto de competencia para producir confusión con los productos o con la actividad de otro ocasionándole daño por descrédito o por apropiarse de la fama de los productos del otro o de la empresa de otro.- El ámbito para determinar la competencia desleal es muy basto y se debe analizar cada caso concreto determinando si hay daño efectivo o amenaza de daño. Así el artículo 17 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor 7472 del 20 de diciembre de 1994 publicada en la Gaceta del 19 de enero de 1995 hace un listado de algunos de esos actos que se consideran competencia desleal.- En el caso concreto tenemos que la actora es una sociedad mercantil inscrita en el Registro Mercantil desde el diecinueve de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro con la razón social de “Arquitectura e Ingeniería, Sociedad Anónima”, que a su vez utiliza las siglas Aisa, sin embargo estas siglas no se registran en los índices del Registro Mercantil, para advertir de la existencia de esa sociedad, aunque si estén en su inscripción.- Esto obliga a que cualquier protección que se le quiera dar a esas siglas, se inscriban en el Registro de Marcas como nombre comercial para ser utilizado en la actividad de la compañía, y fue así que la actora hizo esa inscripción desde el doce de abril

de mil novecientos sesenta y cinco para distinguir la actividad de la compañía en confección de proyectos, y diseños, confección de planos, supervisión y asesoría de todas las labores relacionadas con el planteamiento construcción y mantenimiento de obras que modo directo o indirecto se relacionen con las profesiones de ingeniería y arquitectura.- Al momento en que se practicó ese registro como marca el mismo tenía una duración de quince años, y así se hizo constar en el mismo título que ese registro entregó a la actora.- Al establecerse una vigencia durante ese plazo, que hoy es de diez años de acuerdo con el artículo 20 de la Ley de Marcas y otros signos distintivos número 7978 del seis de enero del dos mil, y la que obliga a su renovación para mantener su exclusividad por períodos sucesivos y en forma indefinida.- Esa renovación no la hizo la actora, produciéndose una caducidad de su derecho.- En este aspecto, en cuestión de marcas hay dos sistemas para su protección, el llamado sistema atributivo o dispositivo que es de origen alemán y que sigue nuestra legislación que protege al que inscribe el signo distintivo de sus productos, mercaderías o servicios, a contrario del llamado declarativo que es de origen francés en que el comerciante se concreta al uso de un signo para distinguir sus productos, mercaderías o servicios y en éste el Registro nada agrega al derecho preexistente. Por su lado, la demandada se inscribió en el Registro Mercantil el dos de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, con la razón social “Aisa Comercial, Sociedad Anónima”, y no hizo gestiones de inscribir en el Registro de Marcas como nombre comercial su razón social a pesar de que la marca de la actora estaba caduca.- Es un hecho también conocido y público que el Registro Mercantil, no consulta al de Marcas ni éste a aquél para realizar cada uno su inscripción, descoordinación que puede llevar a causar algún problema a sus usuarios.- Evidente también que para inscribir la demandada su razón social consultó con el índice de nombres de sociedades que lleva el Registro Mercantil, y éste para inscribir también lo hace, y al no estar registrada en esos índices las siglas de una sociedad, no encuentra problema en inscribir otra sociedad con las siglas de otra ya inscrita.- Ese descontrol no es achacable al usuario, y no hay mala fe, por lo menos la buena fe se debe presumir, de parte de quien inscribe posteriormente y con el beneplácito del Registro.- De acuerdo con la normativa de la citada Ley de Marcas y otros signos distintivos, cuando se registra una marca de fábrica o comercio goza su titular del derecho exclusivo de impedir que sin su consentimiento terceros utilicen en el curso de operaciones comerciales, signos idénticos o similares para bienes o servicios iguales o parecidos a los registrados

para la marca para evitar la confusión. El registro de la marca confiere el derecho de prohibir a un tercero el uso de ella Sin embargo ese derecho tiene un límite pues el Registro de una marca no confiere el derecho de prohibir que un tercero use en relación con productos o servicios en el comercio su propio nombre. (artículos 25, 26 y 27 de dicha ley), todo a pesar de que una persona jurídica no puede constituirse o inscribirse en un registro público con una razón o denominación social que incluya una marca registrada a nombre de un tercero, cuando el uso de esa razón o denominación pueda causar indefensión, salvo el consentimiento que se de por escrito (artículo 29 ibídem).- Cuando la demandada inscribió su razón social en el Registro Mercantil, ya la marca de la actora estaba caduca, en consecuencia no viola el principio consagrado en la norma antes dicha.- A lo anterior hay que agregar que la actora no demostró que en su papelería y otros utilice la palabra Aisa para identificar su actividad, por lo que no se demuestra la confusión que pudiera tener el público que pretenda utilizar los servicios suyos.- Por su lado, la demandada está utilizando su nombre con el derecho que le concede su inscripción en el Registro, sin que se haya demostrado que al utilizar el mismo trate con dolo o culpa de inducir a error al público en perjuicio de los intereses de la actora.- Se demostró que en un panfleto se daba a conocer en un proyecto de vivienda como Aisa Comercial S.A., pero esa es su razón social debidamente inscrita.- Incluso sostiene la demandada que el proyecto no prosperó y dejó esa actividad, y lo contrario no fue demostrado por la actora.- No encuentra el Tribunal, al igual que lo hizo el A-quo, que la demandada desarrolle alguna actividad que se enmarque dentro del concepto de competencia desleal como para poder acoger esta pretensión, utiliza su nombre porque así se lo ampara su Registro, sin que se pueda resolver aquí sobre la nulidad de su inscripción y la cancelación de ella del Registro Mercantil, sin que se le pueda tampoco obligar a no hacer uso de su nombre y mucho menos a la condena en suma expresa como se ha pedido en la petitoria de la demanda.- Si encuentra el Tribunal error del A-quo en decretar la caducidad del derecho de marca en que se ampara la parte actora, porque ese pronunciamiento ni se ha pedido, ni corresponde hacerlo en este proceso, extremo que debe anularse de la parte dispositiva del fallo apelado.- Disiente también el Tribunal en cuanto condenó a la actora al pago de las costas del proceso, pues evidentemente ésta litigó de buena fe, y al amparo del numeral 222 del Código Procesal Civil se le debe exonerar de esa carga procesal.-

POR TANTO:

“Se anula la sentencia apelada únicamente en cuanto se decreta la caducidad del derecho de marca en que en que se ampara la sociedad actora, y se revoca en cuanto impuso a la actora el pago de ambas costas del proceso, para en su lugar exonerarla de esa carga procesal y se confirma en todo lo demás.”

Nº 854 -I- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.- San José, a las ocho horas cuarenta minutos del dos de octubre del año dos mil dos. **PROCESO SUMARIO DE COMPETENCIA DESLEAL**, establecido ante el Juzgado Cuarto Civil de Mayor Cuantía de San José, bajo el expediente número 99-000861-183-CI .En el caso que nos ocupa, la empresa accionante ha señalado que la utilización de la marca comercial Yambalito por parte de la sociedad demandada, ha generado en el público consumidor esa confusión, situación que le ha generado perjuicios, esto en vista de que ellos habían venido comercializando un producto con las mismas características al vendido por Fide Sociedad Anónima, y precisamente con ese mismo nombre. Además agrega que el producto vendido por Inversiones Mil Trecientos Noventa y Cuatro Sociedad Anónima es ampliamente conocido en el mercado, por lo que ciertamente la confusión y el perjuicio se ha generado. No obstante lo señalado por la parte actora, el Tribunal estima que en los autos no se han presentado los elementos de convicción necesarios para determinar que efectivamente se ha generado la competencia desleal alegada, primeramente en vista de que de la prueba evacuada no se determinó que la situación descrita por dicha parte hubiera generado la confusión alegada, ya que ninguno de los testigos recibidos indicó que la confusión se produjera y por el contrario casi todos ellos señalaron que solamente conocían un producto con el nombre Yambalito, que era precisamente el producido por la actora. Aparte de lo anterior, no se determinó efectivamente que la referida denominación fuera considerada como una marca notoria en los términos a que se refiere el inciso primero del artículo 6 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, lo anterior como consecuencia de que en base a la prueba presentada no se podría inferir tal situación. Sobre las marcas notorias, el jurista Sergio Escudero, en su disertación sobre este punto señaló : Marca notoria es aquella ampliamente difundida entre los consumidores del tipo de productos a los cuales dicha marca se aplica, y la marca famosa o renombrada, que es aquella conocida por un grupo más amplio de consumidores y que pertenece a un mercado distinto al cual está destinado el producto. La notoriedad de

la marca hace que el principio de especialidad deje de aplicarse para este tipo de signos y, por tanto, hace que la marca notoria se proteja incluso respecto de productos y servicios que no son similares a aquellos, en relación a los cuales la marca se encuentra registrada, y el Convenio de París prohíbe el uso, la imitación, reproducción, traducción, susceptibles de crear confusión de una marca con carácter notoria. (Escudero Sergio, la práctica y el Derecho de Marcas. Contenido y alcance de la protección. Marcas notoriamente conocidas, en Seminario Nacional de la OMPI sobre Propiedad Industrial, celebrado en San José el 23 de mayo de mil novecientos noventa y siete). Lo indicado anteriormente si lo aplicamos al caso que nos ocupa, nos conduce a la conclusión de que ciertamente la marca Yambalito no puede ser definida como una marca notoria, y por ende no podría ser sujeta a la protección que establece el referido Convenio de París, señalándose además, como también se indicara supra, que los aspectos relativos a nulidad de marcas y la cancelación y anulación de asientos registrales no podrían analizarse en un proceso sumario como el presente, en vista de que necesariamente han de ser objeto de análisis en un asunto de índole declarativo. En los autos solamente se ha constatado la utilización del nombre Yamablito por parte de la actora, sin que dicha marca hubiera sido inscrita debidamente por ésta, ya que mas bien esa inscripción la llevó a cabo la demandada, y que la sociedad Inversiones Mil Trescientos Noventa y Cuatro, únicamente tiene inscrita la marca Yambal, pero para proteger otro tipo diverso de productos, que no tienen ninguna relación con la protección registral de la marca Yambalito que inscribiera Fide Sociedad Anónima. Ahora bien, el punto medular que podría defenderse en este sumario, es decir, la competencia desleal, tampoco se ha constatado en forma fehaciente y como para que esta demanda pudiera prosperar, porque la actora no demostró que la confusión se diera efectivamente en el público consumidor, y por ende tampoco pudiera indicarse que se produjo algún tipo de daño en contra de ésta y atribuible a la demandada. En base a lo expuesto, se podría concluir que si ninguno de los aspectos medulares de la demanda se determinaron, la misma no podría prosperar en ninguno de sus extremos petitorios.”

De los extractos antes citados se puede apreciar que principalmente se tutela los intereses de los agentes económicos y de forma indirecta a los consumidores. No obstante, es parte de los derechos de los consumidores el contar con información completa, exacta y veraz, es también desde esta óptica que debe analizarse los casos, pues los consumidores han sido

identificados como la parte débil en muchas relaciones comerciales, en las cuales la información con que se cuenta es crucial. A continuación se citan algunas resoluciones administrativas de la Comisión Nacional del Consumidor, donde se analiza fundamentalmente el daño reflejo al consumidor.

B. Resoluciones Administrativas.

COMISION NACIONAL DEL CONSUMIDOR

Voto #152-00

Comisión Nacional del Consumidor, San José a las diez horas y treinta minutos del trece de abril del 2000.

“El artículo 50 de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor establece, de acuerdo con el principio de legalidad, las potestades de la Comisión Nacional del Consumidor. En el inciso b) de ese artículo se otorga a la CNC la potestad de sancionar los actos de competencia desleal, mencionados en el artículo 17 de la misma Ley, “...cuando, en forma refleja, dañen al consumidor”. Por su parte el numeral 17 prohíbe entre los agentes económicos “los actos contrarios a la corrección y buenos usos mercantiles generalmente aceptados en el sistema de mercado, ...”. Advierte dicho artículo dentro de los actos de competencia desleal, aquellos que generen confusión, por cualquier medio respecto de los productos de uno o varios competidores, así como acudir “... al uso, la imitación, la reproducción, la sustitución o la enajenación indebidos de marcas, nombres comerciales, denominaciones de origen, expresiones de propaganda, inscripciones, envolturas, etiquetas, envases o cualquier otro medio de identificación, correspondiente a bienes o servicios propiedad de terceros.”

De lo expuesto hasta el momento se concluye que para que la Comisión Nacional del Consumidor pueda conocer y resolver sobre un caso de competencia desleal deben estar presentes al menos dos elementos: a) La ejecución de al menos uno de los actos de competencia desleal previstos en el artículo 17 de la Ley 7472. b) La existencia de un daño efectivo y actual sufrido por un consumidor como consecuencia del acto o práctica de competencia desleal desplegado por la empresa responsable de la comercialización del producto en cuestión.

El artículo treinta y uno inciso b) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala como obligación ineludible del comerciante “informar clara, veraz y suficientemente al consumidor de todos los elementos que incidan di-

rectamente en su decisión de consumo". El principal objetivo del derecho de información, es el conocimiento por parte del consumidor de todas las condiciones de la negociación que va a realizar y de las características de los productos comercializados, para evitar la compra de aquellos nocivos para la salud o para su peculio. Este deber genérico de información veraz al consumidor se refleja de manera particular en la publicidad de un determinado producto. En ese sentido, el artículo 31 inciso c) LPCDEC impone la obligación al comerciante de ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el numeral 34 de ese cuerpo legal, que a su vez dispone que: "La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad de modo que no induzca a error o engaño a los consumidores...". Lo anterior como parte del resguardo de la información certera y oportuna que debe brindarse al consumidor a la hora del ofrecimiento del bien o del servicio. Dispone el numeral de cita que el empleo de términos comparativos sólo se admite respecto de datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado.

Asimismo, el artículo segundo del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor define la publicidad engañosa como: "Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor...".

CUARTO.- En el caso que nos ocupa se denuncia empleo del color azul de fondo en la etiqueta del producto denunciado: atún enlatado, marca "tesoro del mar"; aduciendo la denunciante que tal práctica constituye competencia desleal con daño reflejo al consumidor. Por ello, para analizar la infracción que se reclama, debe atenderse, a la existencia del acto de competencia desleal que haya causado daño reflejo al consumidor y en el caso concreto a si el empaque utilizado por el producto denunciado, resulta engañoso por el empleo del color azul de fondo en la etiqueta, lo cual según el dicho de la empresa denunciante se traduce en imitación de la etiqueta, según se expresa en el escrito de interposición de la denuncia; **"Esto por cuanto está imitando la marca de mi representada, así como su etiqueta y medio de identificación. Este acto de competencia desleal, tal y como se indicará causa daños al consumidor."** (ver folio 03 del expediente). Asimismo manifiesta que el daño en

el consumidor es evidente y actual y que en estudio realizado por la empresa UNIMER, respaldado por actas notariales **"...se indica el nombre de las personas que fueron engañadas..."**

Por ello, para el análisis del caso resulta indispensable determinar si se produjeron los actos de competencia desleal denunciados con daño efectivo al consumidor, y si en tales actos convergen a su vez actos de publicidad engañosa. En este sentido, cabe resaltar que la Comisión Nacional del Consumidor, ha interpretado que el embalaje del producto constituye un medio para advertir la atención del consumidor, o sea, un medio para dar a conocer el producto o publicitarlo, en ese sentido mediante Voto 516-97 de las 14:40 horas del 21 de mayo de 1997, resolvió: "En la práctica comercial el empaque o etiquetado de los **productos es utilizado por los productores o fabricantes como un medio publicitario que permite de manera directa la identificación de su producto por parte de los consumidores. Siendo así, es claro que la información y el diseño mismo del empaque se deben presentar de tal forma que no se induzca a error o engaño al comprador como destinatario final. De no cumplirse con lo anteriormente expuesto se incurre en la infracción prevista en el artículo 31, inciso c) y, por ende, en la violación del artículo 34 ambos de la Ley 7472.**"

Del análisis de los hechos denunciados y la prueba que consta en autos, se tiene que la empresa denunciante comercializa atún enlatado, de la marca "Del Pescador", cuya etiqueta se encuentra inscrita en el registro de la propiedad industrial, bajo el N° 58192, con reserva de colores azul, blanco y dorado y el producto denunciado de la marca "Tesoro del Mar", inscrito bajo el N°63016, puede ser usado en todos colores exceptuando el azul, no obstante tal producto se expone en el mercado con la etiqueta en color azul. Tal hecho aunado a la expresión "El auténtico atún azul", utilizado en la etiqueta del producto denunciado, confunde, a criterio de la empresa denunciante, al consumidor en su decisión de consumo, el cual en lugar de adquirir, atún "Del Pescador", adquiere la marca "Tesoro del mar". No obstante, de la prueba que consta en autos, sea oficio fechado 22 de junio de 1998 suscrito por el Gerente General de Unimer Reserch Internacional y doce testimonios de escritura (que constan a folios 23 al 42 del expediente), no se logra determinar con claridad que se haya producido error o engaño en el consumidor, ni se demuestra de modo cierto y preciso que lo que llevó a los consumidores encuestados a consumir una lata de atún en lugar de otra fuera precisamente la utilización del color azul de fondo en la etiqueta del producto que se denuncia y que este hecho

constituya la imitación de la marca propiedad de la denunciante...

(...)

se hace imperativo evaluar si objetivamente de la comparación de los embalajes de ambos productos se puede producir un engaño o error en el consumidor y por ende un daño a sus intereses legítimos. Al respecto cabe destacar que la etiqueta correspondiente a la marca propiedad de la denunciante es muy diferente a la marca Tesoro del Mar.”

De la resolución anterior, se concluye como aspectos determinantes lo siguiente:

1. El principal objetivo del derecho de información, es el conocimiento por parte del consumidor de todas las condiciones de la negociación que va a realizar y de las características de los productos comercializados, para evitar la compra de aquellos nocivos para la salud o para su peculio.
2. El deber genérico de información veraz al consumidor se refleja de manera particular en la publicidad de un determinado producto.
3. El embalaje del producto constituye un medio para advertir la atención del consumidor, o sea, un medio para dar a conocer el producto o publicitarlo.
4. En la práctica comercial el empaque o etiquetado de los productos es utilizado por los productores o fabricantes como un medio publicitario que permite de manera directa la identificación de su producto por parte de los consumidores. Siendo así, es claro que la información y el diseño mismo del empaque se deben presentar de tal forma que no se induzca a error o engaño al comprador como destinatario final. De no cumplirse con lo anteriormente expuesto se incurre en la infracción prevista en el artículo 34, inciso c) y, por ende, en la violación del artículo 37 ambos de la Ley 7472.

COMISIÓN NACIONAL DEL CONSUMIDOR VOTO Nº 316-00

Comisión Nacional del Consumidor, San José a las dieciocho horas y diez minutos del diecisiete de julio del dos mil.

“El artículo treinta y uno inciso b) de la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, señala como obligación ineludible del comerciante “informar suficientemente al consumidor, en español, de manera clara y veraz, acerca de los elementos que incidan en forma directa sobre su decisión de consumo”. El principal objetivo del dere-

cho de información, es el conocimiento por parte del consumidor de todas las condiciones de la negociación que va a realizar y de las características de los productos comercializados, para evitar la compra de aquellos nocivos para la salud o para su peculio. Este deber genérico de información veraz al consumidor se refleja de manera particular, entre otras formas, en la publicidad de un determinado producto. En ese sentido, el artículo 31 inciso c) LPCDEC impone la obligación al comerciante de ofrecer, promocionar o publicitar los bienes y servicios de acuerdo con lo establecido en el numeral 34 de ese cuerpo legal, que a su vez dispone que: “La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad de modo que no induzca a error o engaño a los consumidores...”. Lo anterior como parte del resguardo de la información certera y oportuna que debe brindarse al consumidor a la hora del ofrecimiento del bien o del servicio. Dispone el numeral de cita que el empleo de términos comparativos sólo se admite respecto de datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado. Asimismo, el artículo segundo del Reglamento a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor define la publicidad engañosa como: “Todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor...”.

En la práctica comercial el empaque o etiquetado de los productos es utilizado por los productores o fabricantes como un medio publicitario que permite de manera directa la identificación de su producto por parte de los consumidores. Siendo así, es claro que la información y el diseño mismo del empaque se deben presentar de tal forma que no se induzca a error o engaño al comprador como destinatario final. De no cumplirse con lo anteriormente expuesto se incurre en la infracción prevista en el artículo 31 inciso c), y por ende, en la violación del artículo 34 ambos de la Ley No. 7472. En suma, la información referente a la naturaleza, características y demás condiciones del producto incluidas en la publicidad deben presentarse de manera clara y veraz, es decir, acorde a la realidad del producto mismo; pero además, dicha información se debe plantear de forma que no induzca a error o engaño a sus destinatarios, los consumidores.

CUARTO.- En el caso súbexámíne, se denuncia por parte del señor Jeffrey Ríos Córdoba, la adquisición de varias prendas de vestir identificadas con la marca Tommy Hilfiger, en establecimientos comerciales propiedad de las empresas aquí denunciadas, las cuales en criterio de ese accionante no son originales, sino que son falsas (...)

QUINTO.- Del análisis detallado de los hechos denunciados y concretamente, de la prueba evacuada en la comparecencia oral y privada, se desprende que efectivamente las empresas aquí accionadas vendieron al denunciante Ríos Córdoba prendas de vestir identificadas como Tommy Hilfiger no originales. (...)

En virtud de lo anterior, estima esta Comisión, que las empresas denunciadas violaron su deber a informar de manera clara y veraz al consumidor sobre un elemento fundamental que incide en su decisión de consumo, esto es, que las prendas de vestir que estaban vendiendo no eran originales.”

De la resolución anterior, se destaca, además del engaño al consumidor mediante prendas falsas, los siguientes aspectos:

1. La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad de modo que no induzca a error o engaño a los consumidores.
2. El empleo de términos comparativos sólo se admite respecto de datos esenciales, afines y objetivamente demostrables, siempre que se comparen con otros similares, conocidos o de participación significativa en el mercado.
3. La publicidad engañosa es todo tipo de información o comunicación de carácter comercial en que se utilicen textos, diálogos, sonidos, imágenes o descripciones que directa o indirectamente, e incluso por omisión, puedan inducir a engaño, error o confusión al consumidor.

VI. CONCLUSIÓN GENERAL

El consumidor tiene derecho a que toda propaganda o información tendiente a promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, sus componentes, propiedades y usos, sea veraz y suficiente. Por ello, resultan prohibidos los anuncios, marcas y propaganda comercial que no corresponda a la realidad, manipule o confunda al consumidor en su decisión de consumo, como por ejemplo aquellas que induzcan o puedan inducir a error respecto de

la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos.

La protección al consumidor obliga los comerciantes a garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas y a que el consumidor cuente con una verdadera libertad en su decisión de consumo. Por ello, el derecho a la información y a la publicidad veraz, son un servicio necesario al cliente

Resulta además fundamental, la educación para el consumo, pues sólo el efectivo conocimiento de los derechos hace posible su tutela.

VII. Bibliografía

- Comisión Europea, Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores: La protección de los consumidores en la Unión Europea: Diez principios básicos. 20 de julio de 2004
- Artículo “Responsabilidad por publicidad anticompetitiva”. Mauricio Velandia, Ex-Jefe para Promoción de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Colombia.

Resoluciones:

- **Nº 208 -G- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.-** San José, a las siete horas cuarenta y cinco minutos del trece de marzo del año dos mil dos.
- **Nº 466 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.-** San José, a las ocho horas veinte minutos del veinte de junio del año dos mil dos
- **Nº 831-R TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.-** San José, a las siete treinta minutos del seis de julio del año dos mil uno
- **Nº 854 -L- TRIBUNAL PRIMERO CIVIL.-** San José, a las ocho horas cuarenta minutos del dos de octubre del año dos mil dos.
- **Voto #152-00** de la Comisión Nacional del Consumidor
- **Voto # 316-00** de la Comisión Nacional del Consumidor

Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley 7472.

EL CONTRATO DE KNOW HOW Y LICENCIA DEL KNOW HOW

*Ronald Eduardo Segura Mena.¹***Resumen**

En el presente ensayo tratare de realizar un análisis de una forma de conocimiento protegida hoy en día por los ordenamientos no solo nacionales sino además por normativa de Derecho Internacional, esta es precisamente los conocimientos amparados a la figura del Know How, en un primer apartado trataremos de aproximarnos a las principales elementos de esta forma de conocimiento, para luego analizar los diferentes formas de instrumentalización de la protección del Know How, para finalmente analizar la protección que brinda nuestro ordenamiento y los principales instrumentos de protección de la propiedad intelectual vigentes hoy en día, es importante indicar que este trabajo es un primer acercamiento a esta figura.

Abstract

In this essay I will try to perform an analysis of a form of knowledge today protected by the orders not only national but also by rules of international law, this is precisely the knowledge covered in the figure of the Know How, in the first section deal to approach the main elements of this form of knowledge, and then analyze the various forms of instrumentalization of the protection of know-how, and finally analyze the protections of our laws and the main instruments of intellectual property protection in place today is important to note that this work is a first approach to this figure.

Palabras Clave

Propiedad intelectual, Secreto Comercial, Información no divulgada, Licencia, Franquicia.

Key words

Intellectual property, trade secrets, undisclosed information, licensing, franchising.

I. KNOW HOW, CONCEPTO, NATURALEZA Y TIPOS.**1.1 CONCEPTO.**

El definir un concepto o una definición única del Know How que se acepte uniformemente por la doctrina no ha sido posible ya que no hay un acuerdo generalizado sobre cuales son los conocimientos comprendidos por el Know How, el autor Farina, nos indica que es un concepto originado a partir del Derecho Anglosajón, el menciona: *“La expresión know how-elipsis de know how to do it- es de origen norteamericano, y circula desde hace varias décadas en el lenguaje corriente del comercio internacional. Se refiere, dentro de dicho ámbito a la pericia técnica y a la habilidad práctica necesaria para ejecutar fácil y eficientemente una operación complicada, destinada a producir bienes y servicios”*². Es claro entonces que si es claro el origen de la expresión³ más no así sobre lo que se entiende por Know How, algunos autores como indica Cabanellas⁴ identifican al Know How como conocimientos técnicos, el menciona: *“En general, y salvo las aclaraciones que sean pertinentes, la expresión Know How, utilizada en la literatura jurídica en lenguas extranjeras, será traducida como conocimientos técnicos. Esta posición puede aparecer contradictoria con nuestro análisis del concepto de Know How, que tiende a demostrar que éste presenta frecuentemente denotaciones ajenas a la de conocimientos técnicos”*. Como bien lo indica Cabanellas no es correcto delimitar específicamente el Know How a conocimientos técnicos, ya que este término engloba otra serie de conocimientos que se ha determinado en algún momento pueden considerarse dentro del mismo y que no refieren espe-

1 Licenciado en Derecho Universidad de Costa Rica y egresado del Doctorado Académico Universidad Escuela Libre de Derecho.

2. FARINA (Juan M.), Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1993, pág. 638, 799 pgs.

3. El autor Norteamericano Jill Gilbert, nos habla que en la actualidad Existe la llamada *“The Uniform Trade Secrets Act”* creada en 1979 y enmendada en 1985, que protege el secreto industrial o Know How, regulación de la cual nos ocuparemos luego. GILBERT (JILL) *The Entrepreneur’s Guide To Patents, Copyrights, Trademarks, Trade Secrets, and Licensing*, Berkley Books, New York, 2004, p. 265, 323 pgs.

4. CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Guillermo) Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos, Editorial Heliasta, Argentina Volumen V, P. 24.

cíficamente a conocimientos técnicos,⁵ ya que se puede hablar de conocimientos de otra naturaleza⁶ como administrativos, financieros etc.

En fin podemos encontrar una serie de diferentes definiciones de Know How, pero quizá una de las más completas es la que da el autor Massaguer el al referirse al mismo menciona: *“Know How es la información que, sin reunir los requisitos necesarios para acceder al sistema de patentes, sirve para la fabricación de un determinado producto (fórmulas; recetas; utensilios; herramientas) o, en general, para solucionar determinados problemas técnico-empresariales (instalación y organización de un establecimientos industrial o comercial; selección de materias primas y de proveedores: formación de personal especializado; métodos de control de calidad). Igualmente es Know-How la información complementaria obtenida en la explotación de una tecnología protegida por patente, que por sí misma no puede gozar de esta tutela pero que permite obtener el máximo aprovechamiento del proceso o producto patentado. A ella parece referirse el art. 76 LP cuando habla de conocimientos técnicos secretos poseídos por el transmitente o licenciante de una patente necesarios para explotar adecuadamente la invención, que salvo pacto en contrario, deben ser puestos a disposición del adquirente o licenciataria de la patente. Finalmente, también es know-how la información que encierra invenciones patentables, pero que permanece fuera del sistema de patentes, sea porque su titular carece de medios financieros para obtener y mantener patentes paralelas en diversos Estados o porque lo juzga más conveniente para su política empresarial, dada la brevedad del ciclo vital de la tecnología en cuestión o, por el contrario de su longevidad”⁷.*

Esta es una definición como vemos muy completa y que nos permite muy claramente comprender la diferencia clara entre Know How y Patente y además la estrecha línea que divide la existencia de conocimientos

patentados de aquellos protegidos por el Know How

1.2. CARACTERISTICAS.

Hay varios elementos que caracterizan los conocimientos que se consideran Know How, primeramente debemos indicar que no todo conocimiento es a priori Know How, debe ser susceptible de aplicación empresarial⁸.

Así mismo este conocimiento debe ser secreto no puede ser del conocimiento generalizado, esto está estrechamente relacionado con el interés de tutelar jurídicamente este conocimiento, solo se tutela aquel conocimiento que no es del acceso de toda la colectividad, el autor Massaguer sobre esta característica de secreto menciona: *“En la sentencia Mayo, S.A..c. Thompson Brandt, S.A., el Tribunal Supremo ha exigido la concurrencia de dos requisitos: la información técnica, por un lado, ha de ser secreta y, por otro, ha de poseer valor patrimonial. Secreto tiene, en este contexto, un doble significado. Esta nota concurre cuando los terceros ignoran la información técnica, pero también cuando los terceros simplemente no tienen acceso a la misma. Ignorancia significa desconocimiento, bien referido a la totalidad de la información bien sólo a una parte esencial de la misma o al resultado de la interacción de sus partes. Consecuentemente no es necesario que los conocimientos técnicos secretos también sean nuevos. Como requisito de protección, la novedad queda superada por el secreto, el contenido de la información técnica puede ser ya conocido, lo definitivo es siempre su aplicación, que puede tener lugar en procedimientos distintos o en condiciones hasta el momento desconocidas”⁹.*

Como indicaba anteriormente esta información no debe estar a simple disposición de cualquiera porque entonces ya no habría lugar a la protección, así mismo esto también se relaciona con otra de sus características señaladas por la doctrina y la cual es el valor económico, el autor Stumpf refiere sobre el aspecto económico del Know How: *“El Know How constituye, junto con el restante progreso técnico general que una empresa pueda haber alcanzado en su producción (y que se manifiesta, entre otros aspectos, en los derechos de protección adquiridos por el empresario), un factor decisivo para determinar la economicidad de la ex-*

5. El autor Farina nos indica que en Francia se llama al know how *connaissances spéciales* o como *savoir faire*, en Alemania le llaman *betrieblliche erfahrung*, así mismo la Cámara de Comercio Internacional de París emplea la expresión *Arte de Fabricación* y en la Ley tipo para los países en vías de desarrollo sobre los inventos se habla de conocimientos técnicos. FARINA. Op. Cit. P. 638.

6. El autor Farina menciona que: *“En una resolución de la Asociación Internacional de Protección Jurídica Industrial, se lo define de la manera siguiente: “El know how consiste en conocimientos y experiencias de naturaleza técnica, comercial, administrativa, financiera o de otra naturaleza, aplicables en la práctica en la explotación de una empresa o en el ejercicio de una profesión”.* FARINA. Op. Cit. P. 639.

7. MASSAGUER (José) *El Contrato de Licencia de Know How*, Editorial Librería Bosch, Barcelona, España, 1989, pgs. 39 y 40.

8. El autor Asensio menciona sobre esta característica de estos conocimientos: *“En la actualidad, goza de aceptación generalizada la idea de que el término Know How incluye conocimientos de carácter no sólo industrial, sino también comercial y relativos a la organización de la actividad empresarial”* DE MIGUEL ASENSIO (Pedro), *Contratos Internacionales Sobre Propiedad Industrial*, Editorial Civitas, Madrid, año 2000, p. 45.

9. MASSAGUER (José), Op. Cit. P. 41.

plotación. Su valor podrá en muchos casos, estimarse mayor que el de un derecho protegido... Para el desarrollo del conjunto, un empresario deberá hacer costosas inversiones”¹⁰

Pero el valor económico de estos conocimientos no deriva solo de la inversión que la empresa haya realizado, sino además de un elemento estratégico el cual es su utilización. Massaguer resume esto diciendo: “Valor patrimonial es el valor económico que encierra la ventaja competitiva de que goza la empresa que conoce y aplica la información secreta frente a las empresas que la ignoran”¹¹.

Bueno precisamente por eso tiene un valor la transmisión de este conocimiento mediante el contrato de Licencia de Know How, ya que esta ventaja competitiva se traslada a una tercera empresa que se beneficiará también económicamente de estos conocimientos y que ya no invierte en su obtención sino mas bien en su explotación.

Finalmente dentro de las Características debemos mencionar una citada por el autor De Miguel Asensio y el indica como una de las características del Know How la siguiente: “El know how recae siempre sobre un elemento inmaterial, su objeto es un conjunto de ideas, procedimientos o experiencias aplicables en el ámbito empresarial; con independencia de que el elemento incorporal tenga un soporte tangible en el que se manifieste”¹². Estas son en si sin pretender agotar aquí todas pero si las mas representativas características de este conocimiento protegido por el Know How.

1.3. NATURALEZA.

El contrato de know How como indicamos es un contrato atípico que no tiene una regulación específica, la regulación es mas bien para proteger el secreto de la información amparada, no existen un acuerdo unánime tampoco respecto a la naturaleza de este el autor Stumpf nos menciona al respecto: “Hasta el presente, la naturaleza del contrato de Know How no ha sido casi objeto de estudio. Las únicas excepciones son los trabajos de LUDECKE Y FISCHER, del KNOPPE Y de BOHME, sin embargo, tampoco estos autores pudieron alcanzar unanimidad de criterio.

KNOPE Y BOHME son de opinión que el contenido de un contrato de Know How es tan diverso, que no se podrían establecer reglas fijas acerca de cuales normas legales encuadran en el. Se trataría de un contrato sui generis.

10. STUMPF (Herbert), El Contrato de Know How, Editorial Temis, Colombia, 1984, Pgs. 14 y 15, 367 pgs.

11. MASSAGUER (José), Op. Cit. P. 41.

12. DE MIGUEL ASENSIO (Pedro) Op. Cit. P. 47.

LUDECKE Y FISCHER sostienen, en cambio, que un contrato de Know How es afín, en líneas generales, al de compraventa. Por consiguiente, le serán aplicables las normas relativas a este, bien con algunas reservas”¹³.

Mi opinión personal sobre el tema y como vas a ver mas adelante es que este es un contrato atípico que necesariamente es sui generis porque se pueden dar diferentes factores dependiendo del tipo de conocimiento que esta protegido por el Know How, el tratar de enmarcarlo en una figura de contratación tradicional no tiene ningún sentido práctico, sobre todo porque existen muchas obligaciones, que se dan por las partes en este contrato que no encuentran un referente en las modalidades de contratación tradicional.

1.4. TIPOS.

Otro de los temas que ha dividido la doctrina es si existen el Know How técnico y el Know How comercial¹⁴, particularmente me parece que la respuesta a esta pregunta se puede resolver acudiendo a la característica de los conocimientos y decíamos que tenían que tener aplicación comercial, es claro que talvez al inicio el Know How tuvo una connotación mas industrial pero hoy en día debemos claramente indicar que existe un Know How comercial que es transmisible, no obstante como nos indica Farina no hay acuerdo sobre este tema, en este sentido el indica: “Gómez Segade excluye del concepto de know how los conocimientos que no tengan carácter industrial, y por ello se opone a que se extienda dicho concepto a los conocimientos meramente comerciales: “La inclusión de conocimientos comerciales dentro del concepto de Know How diluiría la protección del único Know How de auténtico valor; que es el que tiene por objeto datos técnicos industriales. Además expresa dicho autor, cabe subrayar que los contratos de cesión o de know how stricto sensu tienen por objeto tan solo conocimientos técnicos; estos son los únicos que interesan al adquirente a los adquirentes, por que son válidos en todas partes debido a que la técnica es universal”¹⁵.

13. STUMPF (Herbert), Op. Cit. P. 28.

14. El autor Stumpf, menciona sobre este Know How: “Junto al Know How técnico, basta ahora principal centro de los análisis, hay que reconocer también la existencia de un Know How comercial. Este puede consistir, por ejemplo, en determinada organización de una empresa, lo cual puede tener importancia considerable en esta época de progresiva automatización, y en otros conocimientos comerciales” STUMPF (Herbert) Op. Cit. P. 11.

15. FARINA (Juan M.) Op. Cit. P. 640.

Vemos como pareciera que esta definición de Gómez Segade pareciera corresponder a otro época de la historia, hoy en día los conocimientos comerciales son de tanto valor como los técnicos y es por eso que yo creo que es posible hablar de un know how técnico y de uno comercial o mas fácil aún para no entrar en clasificaciones indicar que el know how esta comprendido por conocimientos técnicos, comerciales, de administración etc.

II. PROTECCION JURIDICA DEL KNOW HOW.

2.1 La Protección Directa como una forma de propiedad.

Tal como nos lo indican los autores Abdulqawi y Zhang¹⁶, en Estados Unidos se da protección al Know How como una forma de propiedad ellos nos indican: *“La protección del Know How en ese país¹⁷ corresponde a las leyes estaduales que generalmente están basadas ya sea en la primera declaración sobre daños (Restatement of Torts) o en la Ley Uniforme sobre Secretos Industriales.¹⁸ Bajo esta última el Know How está protegido contra la apropiación indebida (misappropriation). La apropiación Indebida puede resultar de la adquisición ilegal de la información secreta o de su revelación o uso ilegales. Esta distinción es necesaria aunque la adquisición ilegal puede ser una de las causas de revelación o uso ilegal-porque la adquisición puede ser legal pero el uso o la revelación incorrectos. Inversamente, la adquisición ilegal per se puede ser invocada en una acción contra quien adquirió el Know How por medios improprios, aunque no lo revele de manera alguna¹⁹”*.

Es importante así indicar que la propia Ley Uniforme sobre secretos industriales es la que define en el artículo 1 lo que son medios propios para adquirir el Know How y estos son como los citan ABDULQUAWI Y ZHANG:

- 1) Obtención por Investigación Independiente.
- 2) Obtención por Ingeniería Inversa.
- 3) Obtención bajo Licencia del Titular de un Secreto Industrial
- 4) Observación de la Solución en uso o exhibición públicos
- 5) Obtención del secreto a partir de publicaciones.

Diremos finalmente en sentido contrario que toda adquisición que no se realice bajo estos supuestos es una adquisición no propia o impropia y esta sancionada como una apropiación indebida y como indicaba anteriormente puede ser también según el supuesto sancionada por la ley de espionaje.

a. La Protección indirecta, consideración del Know How como Monopolio de Hecho.

Tal como indicamos esta regulación como forma de propiedad es propia de los Anglosajones no obstante en otros ordenamientos se ha considerado una regulación de la protección vía monopolio de hecho los autores Abdulquawi y Zhang, consideran que el monopolio de hecho produce consecuencias jurídicas, ya sea mediante relaciones contractuales o confidenciales cesionario y el cedente²⁰ como veremos esta es una forma de considerar la protección vía monopolio del que goza el tenedor de este conocimiento secreto.

b. La Protección Contractual del Know How.

Esta es quizá una de las mas importantes formas de proteger el Know How, ya que mientras yo mantenga mis secretos custodiados es muy difícil que estos corran riesgos pero si accedo a que otros tengan acceso a esta información debo garantizar la protección de esta información para que no se haga pública²¹, más adelante vamos a analizar el contrato de Licencia del Know How, así mismo no solo cuando se concede la licencia del Know How el mismo esta en riesgo sino que además producto de una relación laboral se deben establecer condiciones específicas en aquellos acuerdos laborales donde el trabajador necesariamente va a tener acceso a informaciones protegidas por el Know How, entonces se debe proteger que una vez finalizado el contrato o durante su vigencia esta información no se haga pública sin autorización.

16 ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng) Propiedad Intelectual, Revista del Derecho Industrial, Año 15, Mayo-Diciembre de 1993, N. 44/45 Ediciones Depalma Argentina, p. 411.

17. Como nos indica el Autor Gilbert, En EEUU, los secretos industriales no solo se protegen a través del The Uniform Trade Secrets Act, sino que además de la Ley Federal llamada Economic Espionage Act Of 1996, firmada en 1996 por el Presidente Clinton y que protege penalmente la apropiación indebida de secretos industriales. GILBERTH (Jill), Op. Cit. P. 266.

18. Esta define en su sección I (2), la apropiación indebida de Secretos Industriales y que regula la adquisición de secretos industriales cuando se conoce que fue adquirida por medios indebidos o la revelación de un secreto industrial ajeno, sin consentimiento por una tercera persona que no utilizó medios propios para su adquisición.

19. ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng) Op. Cit. P. 412.

20. ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P. 414.

21. Tal como mencionan Abdulquawi y Zhang, es muy importante que siempre el poseedor de la información especifique muy claramente en el contrato no solo el carácter secreto del Know How transferido sino además las restricciones a su transmisión. ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P. 415.

c. La Protección del Know How, por la relación de confidencialidad del Know How.

Como refería en el apartado anterior esta forma de protección esta relacionada con una situación contractual como lo es un contrato laboral siendo en este caso reconocida la existencia de una vinculación fiduciaria²² que se daría con el nacimiento del contrato de trabajo y que se mantendría aún después de concluido, los autores Abdulquawi y Zhang, mencionan a este respecto: “Sin embargo debe lograrse un balance entre la protección del Know How del empleador y el interés del empleado. Una decisión de los tribunales ingleses en el caso “*Faccenda Chiken c. Fowler*” puede ser vista como un intento de buscar este balance. Según el fallo, la protección del Know How después de concluido el empleo debe estar relacionada con pactos expresos, los cuales son exigibles solamente si son razonablemente necesarios para proteger un interés relevante del empleador.....Sobre el aspecto de si un demandado debe darse cuenta de que los datos le son comunicados confidencialmente, un tribunal inglés en el caso “*Coco c. Clark*” estableció que si las circunstancias son tales que cualquier hombre razonable en los zapatos del receptor de la información se hubiera percatado de que ella le era dada en reserva, esto es suficiente para imponerle una equitativa obligación de confidencialidad”²³.

Bueno diremos entonces que es claro que si queremos una adecuada protección del Know How frente a las relaciones de empleo debemos ocuparnos de la debida diligencia de establecer en los contratos laborales, cláusulas que aseguren la fidelidad del empleado a la compañía una vez finalizada la relación laboral.

d. La Protección Vía Competencia Desleal.

Finalmente tenemos una protección vía competencia desleal²⁴ este es un concepto realmente que se ha desarrollado poco en nuestra legislación no obstante si ha tenido un importante desarrollo a nivel internacional, los autores Abdulqawi y Zhang, definen el

22. ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P. 416.

23. ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. p. 417.

24. Reconocida según el autor MASSAGUER en España vía Ley de Marcas, el menciona: *En el primer sentido, el titular del Know How se halla protegido por las normas sobre competencia desleal, de forma evidente tras la aprobación de la Ley de Marcas de 1988. Las anteriores deficiencias normativas han quedado salvadas por los arts. 87, 88 y 89 LM, que, por ahora, establecen el cuerpo general del Derecho de represión de la competencia desleal en el España. El art. 87 LM contiene la cláusula general de prohibición, que tiene por desleal todo acto de competencia contrario a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”. MASSAGUER (Jorge) Op. Cit. P. 49.*

termino de la siguiente forma: “*Competencia desleal es un término usado generalmente para indicar una práctica comercial deshonesta. Las Leyes sobre competencia desleal buscan prevenir todo acto contrario al comportamiento comercial honesto. En el Caso del Know How, todo acto por el cual éste sea revelado, usado o adquirido por otros sin el consentimiento del poseedor puede ser considerado como una violación al Know How, solamente si se produce una competencia desleal según es definida por cada ley determinada*”²⁵.

Como vemos el concepto de competencia desleal es un concepto bastante amplio que puede englobar diferentes prácticas comerciales que se pueden considerar no honestas o deshonestas o también considerar la existencia de usos comerciales no honestos.

III. PROTECCION JURIDICA DEL KNOW HOW EN COSTA RICA Y REGULACION DE LA PROTECCION AL CONTRATO EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

3.1 Ley 7975 de Información no Divulgada.

En el año 1999, se dicto esta ley con dos objetivos específicos, primeramente protegerla información no divulgada relacionada con los secretos comerciales e industriales²⁶ y por otro lado se busca con esta ley contribuir a promover la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de la tecnología.

Es una regulación de apenas diez artículos pero que considero reúne una adecuada protección el artículo 2 nos indica cual es la información que se protege²⁷ indicando que se protegen los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, esta información puede ser poseída por una persona física como por una persona jurídica, la idea de este artículo es impedir que esta información sea divulgada a terceros, adquirida por estos o utilizada

25. ABDULQUAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P. 418.

26. Es importante que tanto en esta Ley como en la ley de Observancia a los Derechos de Propiedad Intelectual se usa indistintamente la expresión secretos comerciales e industriales, esto facilita la protección del Know How no solo industrial sino también comercial.

27. Referente a esta información el artículo 2 establece que la información protegida se debe ajustar a varios requisitos y señala:

- a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.
- b) Este legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables para y proporcionales para mantenerla secreta.
- c) Tenga un valor comercial por su carácter de secreta.

sin su consentimiento de manera contraria a los usos comerciales honestos²⁸.

Así mismo mas adelante el artículo realiza una definición de información no divulgada y menciona que se refiere en especial a la naturaleza, las características o finalidades de los productos y los métodos o procesos de producción.

Finalmente el artículo dos indica los medios en que debe constar esta información y se establece en el artículo 3 que corresponderá al Registro de la Propiedad Industrial Custodiar esta información.

El artículo 4 regula lo correspondiente a la información no comprendida dentro de esta²⁹ y además indica claramente que no se considerará que entra dentro del dominio público aquella información confidencial que cumpliendo con lo dispuesto en el numeral 2, haya sido proporcionada a cualquier autoridad por el poseedor cuando la reveló para obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros o cualquier otro acto de autoridad, por constituir este un requisito formal, así mismo la ley reitera algo ya obvio y es el deber de confidencialidad de estas autoridades sobre la información recibida.

El artículo 5 menciona dos aspectos muy importantes, por un lado las dos posibilidades de obtención lícita de esta información, mediante transmisión del poseedor o mediante autorización de uso de esta y establece una regulación creo muy adecuada ya que establece para que no quede ninguna duda que el tercero solo puede transferir esta información cuando ha sido expresamente pactado, se evita así la discusión de si existe duda acerca de si se podía transmitir o no la información, es claro que si expresamente no se autoriza esto no es posible.

El artículo seis habla de la responsabilidad de las personas que hayan actuado en forma contraria a los usos comerciales honestos y que, por sus actos o prácticas, hayan utilizado, adquirido o divulgado información confidencial, claro esta sin estar debidamente autorizados por el titular de esta información; así mismo cualquiera que obtenga beneficios económicos deriva-

dos de tales prácticas o actos, y establece finalmente este artículo que una ley posterior regulará las acciones administrativas, civiles o penales relativas a esta ley³⁰.

El artículo 7 regula lo concerniente a la Confidencialidad en las relaciones laborales o comerciales, es importante aquí anotar que nuestro legislador en el caso de Costa Rica si regulo que a la persona se le debe advertir en forma expresa de la confidencialidad de la información³¹ es importante además que este artículo regula que en aquellos casos en los contratos se transmitan conocimientos técnicos especializados, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o tecnologías, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger la información no divulgada.

Finalmente los últimos tres artículos regulan la protección de la información no divulgada en protección de datos suministrados para aprobar la comercialización de productos farmacéuticos o agropecuarios; la protección de la información no divulgada en procesos administrativos o judiciales y finalmente en el artículo 10 se establece el alcance de la protección que otorga la información no divulgada.³²

3.2 Ley 8039 de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Esta ley viene a complementar las obligaciones adquiridas por el país al adoptar la regulación mínima del ADPIC y como ella misma lo indica es una Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual en la misma se establecen los procedimientos de carácter administrativo y judicial en procura de la protección de los derechos de propiedad intelectual y también de la información no divulgada, y ampara violaciones establecidas tanto en la Ley Nacional como en los Convenios Internacionales, a efecto de la regulación de la información no divulgada es importante en dicha ley, el artículo primero que regula el ámbito de aplicación, el artículo 33 que regula lo concerniente a procedimientos administrativos en materia de información no divulgada, así como el artículo 34, que regula la materia de impugnación en casos de información no

28. El mismo artículo 2 menciona como formas contrarias a los usos comerciales honestos, entre otras:

- a) Prácticas de incumplimiento de contratos.
- b) Abuso de Confianza.
- c) Instigación a la infracción.
- d) Adquisición de información no divulgada por terceros que hayan sabido que la adquisición implicaba tales prácticas o que por negligencia grave, no lo hayan sabido.

29. Indica que no se protege la información que:

- a) Sea del dominio público.
- b) Resulte evidente para un técnico versado en la materia con base en información disponible de previo.
- c) Deba ser divulgada por disposición legal u orden judicial.

30. Aquí se remitía a la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de la Propiedad Intelectual, que como veremos mas adelante regula las acciones en protección de la información no divulgada.

31. Esta disposición introduce mucha seguridad jurídica, ya que incluso se cuenta con delitos penales para sancionar la revelación de esta información y la introducción de esta prevención expresa, pareciera per se eliminar la posibilidad de una revelación culposa de la información.

32. Según este artículo la información no divulgada otorga un derecho de propiedad limitado en cuanto a su posesión y usufructo.

divulgada, y que establece el recurso de revocatoria ante el Registro de Propiedad Industrial y el recurso de apelación ante el Tribunal Registral Administrativo.

Finalmente es importante indicar que la ley contenía en los artículos 49 y 50 unos delitos relacionados con información no divulgada, primeramente el artículo 49 denominado Divulgación de secretos comerciales o industriales y el 50 de obtención de información no divulgada por medios ilícitos,³³ ambos artículos estuvieron vigentes del 2000 hasta Julio del 2008 que por medio de la Ley 8656, una de las leyes de implementación del TLC, se derogaron dichos artículos, y dejando inexistente la protección vía penal de estos derechos de propiedad intelectual.

3.3 Resolución de la Cámara de Comercio Internacional.

Esta resolución³⁴ es citada por los autores Abdulqawi y Zhang y ellos indican sobre la misma: *“Es interesante señalar que en el preámbulo, el know How es considerado un valioso elemento de propiedad industrial que complementa a las patentes y otros derechos, mientras que el artículo 6 determina que el poseedor*

*del know how no tiene sobre él derechos exclusivos vis a vis cualquier otro que haya descubierto el mismo know how en forma independiente. Tales poseedores independientes tienen exactamente los mismos derechos que el poseedor original para usar, divulgar o transferir el know how.”*³⁵

Es interesante mencionar que en esta resolución solo se esta protegiendo el secreto industrial.

3.1 Disposición de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Esta es una disposición que se conoce como Ley-Modelo sobre invenciones para Países en Desarrollo, en la misma se trata el Know How,³⁶ en realidad la misma solo resguarda al igual que la de la Cámara de Comercio Internacional el Know How industrial, lo mas importante talvez de esta resolución es que contempla también una sanción a la adquisición no lícita del know How.

3.2 El Convenio de París.

Si bien es cierto el artículo 10 bis del Convenio de Paris señala que los países miembros están obligados a asegurar a los nacionales de los demás países de la unión y aquellos asimilados en virtud del artículo 3, una protección eficaz contra la competencia desleal, no contempla ninguna regulación específica de los secretos industriales o comerciales, los autores Abdulqawi y Zhang, mencionan al respecto: *“Pero como el Know How no es visualizado como una categoría especial de propiedad industrial, no se le puede considerar alcanzado por el Convenio ni aún por su artículo 10 bis, relativo a la competencia desleal”*³⁷

33. Esta regulación es similar a la que posee EEUU por espionaje y ya antes mencionada, que no obstante como mencionamos en Costa Rica, nuestro legislador vía ley 8656 del 18 de Julio del año 2008, decidió derogar los delitos relacionados a la información no divulgada, sacando el ámbito penal de esta parte de la Propiedad Intelectual, es importante mencionar que no obstante durante la vigencia de la normas del 2000 al 2008, no se recurrió prácticamente a estas normas.

34. Adoptada en 1961 en el seno de la Camara de Comercio Internacional, se integra por un preámbulo y siete artículos:

1) Know How industrial significa conocimiento técnico aplicado, métodos y datos necesarios para llevar a la práctica técnicas que cumplen finalidades industriales.

2) Si ese know How es de naturaleza secreta constituye un valioso activo comercial y debe ser protegido por la ley.

3) El Know How debe ser considerado de naturaleza secreta, si no ha sido publicado de manera que lo haga disponible para el público, y la firma que lo ha desarrollado o adquirido legalmente toma los recaudos razonables para evitar la revelación no autorizada. En adelante tal know how es mencionado como know how secreto.

4) Se considera que una empresa hace uso ilegal de un Know how industrial sobre el cual sabe o debería saber que es Know How secreto de otra empresa, si lo hace sin el consentimiento de ésta.

5) Se considera también ilegal la divulgación del know how secreto de una empresa, o su transferencia a otros, sin el consentimiento de esa empresa.

6) Ninguna de las disposiciones de esta resolución afectarán el derecho de una empresa a usar, divulgar o transferir todo Know How industrial que ella ha creado o desarrollado de manera independiente, o a usar cualquier Know How industrial que ha sido publicado de modo de hacerlo disponible al público.

7) Será concedida acción u orden para reparar daños, respecto del uso ilegal, la divulgación o la transferencia del Know How secreto. (Texto citado por ABDUQAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P. 420.

35. ABDULQAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P. 421.

36. Se regula en el artículo 204 que establece: La persona que ha desarrollado el know how, así como todo proveedor o receptor de know how, puede interponer en los tribunales acciones contra cualquier persona que: (i) Obtenga el know How evadiendo o superando las precauciones tomadas para impedir su revelación pública; o (ii) antes de la revelación al público, divulgue, comunique a otro o use industrialmente el know how, a menos que esa divulgación, comunicación, o uso sea efectuada con el acuerdo de la persona que desarrollo el Know How o cualquier proveedor o receptor de él; o persona que no sabía o no podía razonablemente esperarse que el know how no había sido revelado al público; o por una persona o con el acuerdo de una persona que había desarrollado independientemente el mismo know how. Artículo citado por ABDULQAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P.422.

37. ABDULQAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng), Op. Cit. P.423.

3.3 La Protección en los TRIPs o ADPIC.

En relación a los ADPIC, contrario a la inexistente regulación del Convenio de París el ADPIC si contempla expresamente una regulación de protección de secretos empresariales esta protección se da vía competencia desleal, la autora Flores de Molina nos indica: “*d) La no divulgación de secretos empresariales: El acuerdo obliga a los Estados Miembros a prohibir la adquisición, utilización o divulgación a terceros, sin autorización, de cualquier información que un empresario mantenga secreta y cuya divulgación pudiera representar una ventaja competitiva a quien la obtenga por su valor comercial. Esa información debe haber sido objeto de medidas de protección razonables, a efecto de no permitir su fácil acceso a cualquier persona. La adquisición de los secretos empresariales debe sancionarse civilmente, aún cuando quien hubiere adquirido la información no supiera que la adquisición implicaba un acto de competencia desleal.*”³⁸

Esta es la protección que a nivel general tiene el Know How no solo en nuestra legislación, sino en los ordenamientos de carácter internacional.

EL CONTRATO DE LICENCIA DEL KNOW HOW TEMA PRIMERO: CONTRATO DE LICENCIA DEL KNOW HOW, CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA Y TIPOS.

INTRODUCCIÓN:

En esta segunda unidad tratare el tema del contrato de Li tratando de definir lo mas claramente, cuales son las obligaciones que adquieren cada una de las partes que participan del contrato y como se puede regular mejor el clausulado del contrato, en todos sus aspectos.

1.1 Concepto.

La definición del contrato de Licencia del Know How no es un tema fácil ya que como vimos esta forma de conocimiento es muy sui generis, una de las definiciones mas claras del contrato de Licencia de Know How la da el autor Massaguer, el menciona: “*El contrato de licencia del Know How no es un tipo legal, sino un tipo social, que atendiendo a la práctica contractual, se puede definir como aquel negocio jurídico celebrado entre personas, físicas o jurídicas, en virtud del cual una de ellas (Licenciante), titular*

de un know how (el know how licenciado), autoriza a su contraparte (Licenciado o receptor) a explotarlo durante un tiempo determinado y, con ese fin se obliga a ponerlo en su efectivo conocimiento; y en virtud del cual el Licenciario o receptor se obliga, por su lado, a satisfacer un precio cierto en dinero o en especie, fijado normalmente en forma de suma de dinero calculada en función del volumen de fabricación o ventas de productos o servicios realizados con empleo del Know How, licenciado”³⁹.

Como podemos extraer esta es una definición muy amplia que casi por si sola describe las principales partes del acuerdo de licencia de Know How.⁴⁰ Es importante anotar que como lo que se protege es un conocimiento como veremos mas adelante lo importante es asegurar este conocimiento para que no sea objeto de una apropiación indebida de un uso negligente o de una explotación indiscriminada, ya que en principio el Know How debe resarcir en primera instancia a su titular.

1.2 Características.

La característica mas importantes de este contrato es sin duda alguna y en primer lugar que es un contrato atípico no regulado que ha nacido a la vida jurídica por el ejercicio de prácticas y usos comerciales y que a pesar de que hoy el Know How como conocimiento si encuentra protección legal, se ha dejado a la libre voluntad de las partes la regulación específica de cada contrato de licencia de Know How.

Es así mismo un contrato consensual, este contrato al ser atípico permite a las partes un amplio margen de negociación de los diferentes aspectos del contrato, duración, pagos etc.⁴¹

Es un contrato Oneroso,⁴² no obstante como nos indica el autor Massaguer, puede ser que esta no sea una nota característica de todos los contratos de Know How, el menciona: “*El contrato de licencia de Know How es, pues, un contrato oneroso y conmutativo por*

39. MASSAGUER (José), Op. Cit. p. 69.

40. Es importante que en este contrato no se esta cediendo el Know How el cual es perfectamente cesible solo que en el caso del cedente este pierde sus derechos sobre el Know How, en cambio en este contrato de Licencia el Otorgante solo tiene restricciones para su utilización de tiempo y territorio.

41. Las partes son las que van a definir el contenido del contrato por mutuo acuerdo.

42. Como veíamos la onerosidad esta estrechamente relacionada con el valor que representa este conocimiento secreto que se protege y por tanto el contrato de Know How, busca necesariamente la onerosidad como forma de retribuir al titular del conocimiento el esfuerzo involucrado en llegar a el.

38. FLORES DE MOLINA (Edith), Introducción a la Propiedad Intelectual, Editorial SIECA/USAID, San José, Costa Rica, 2004, p. 67.

*naturaleza. No obstante es imaginable que la licencia del know how se realice a título gratuito, con lo que estaría ante un negocio bilateral imperfecto, toda vez que el licenciatarario estará en cualquier caso sometido a una obligación de confidencialidad”.*⁴³

Es un contrato claramente bilateral tal como observamos de su definición desde el inicio se crean obligaciones para ambas partes involucradas y como veíamos aunque sea a título gratuito este contrato impondrá sin duda alguna obligaciones a ambas partes.

Finalmente diremos que es un contrato de tracto sucesivo, genera obligaciones que se van a ir manteniendo y ejecutando durante la vigencia del contrato.

Estas son en principio las principales características del Contrato de Licencia de Know How.

1.3. Naturaleza.

Sobre la naturaleza de este contrato es importante establecer que como es un contrato que su origen se ha situado en el tráfico comercial, es mi opinión que es un contrato mercantil, no obstante es importante citar las razones que da el autor Massaguer para considerar este contrato como comercial, el menciona: *“En suma, el contrato de licencia de Know How presenta los factores (objeto; función económica; intención del adquirente) a que el Código de Comercio liga la mercantilidad de la compraventa, amén de la proximidad estructural entre licencia y compraventa, por lo que es lícito sostener que el contrato de licencia de Know How es un contrato mercantil”*⁴⁴

Es claro parece que no se puede negar la naturaleza comercial de este contrato y que la discusión sobre la naturaleza del mismo ha pasado ya a un segundo plano.

1.4. Tipos de Concesión.

Esta clasificación proviene de si lo que se cede es la explotación en exclusiva o no o si existen reservas a esa explotación, el autor Stumpf, nos indica al respecto: *“Los contratos de Know How, pueden ser de naturaleza exclusiva. Esto significa que el dador le promete al beneficiario cederle a él solo el Know How para un territorio determinado y no producir ni distribuir o vender el mismo el objeto dentro de este territorio. Si luego el dador le transmite el secreto sea protegible o no a otra persona, viola sus obligaciones contractuales y queda obligado a indemnizar.....A diferencia del Know How exclusivo, en el cual el derecho*

*del beneficiario al uso del conocimiento es excluyente, en la concesión simple ese derecho del beneficiario es ordinario y corriente. El cedente conserva el derecho de explotar ese Know How paralelamente”*⁴⁵

Yo particularmente preferiría referirme a un solo contrato de Know How, en el cual las partes pueden establecer restricciones a la utilización de los conocimientos, no obstante es muy normal que se recurra a las clasificaciones de concesión exclusiva o simple.

TEMA SEGUNDO: FORMACION DEL CONTRATO DE LICENCIA Y GARANTIAS OTORGADAS POR EL CEDENTE.

2.1 Las Tratativas Preliminares.

En relación a estas es importante ver que como la información que se maneja es secreta el tema de la información debe ser manejado con mucho cuidado el autor Massaguer refiere sobre esto quizá el punto más importante el indica: *“En consecuencia la realización del contrato de licencia precisa de mecanismos que impidan al interesado como posible licenciatarario poner término a los tratos preliminares llegado a un punto en que los conocimientos develados pudieren serle útiles para su explotación o comunicación a terceros”*⁴⁶.

Es por eso que a pesar de existir la regulación por competencia desleal debe establecerse un resguardo vía regulación de estas tratativas preliminares, en las cuales se establezca claramente como se protegerá esta información, ya que no se establece en nuestro Código Civil un Régimen de Responsabilidad Precontractual de manera expresa.

2.2. Capacidad de las Partes.

En el caso de capacidad de las partes se rige en el caso nuestro por el régimen civil que establece el Código Civil.

2.3. Forma del Contrato.

Al ser en nuestro país un contrato atípico la forma la van a determinar las partes, si creo que es necesario en los contratos de Know How acudir a la forma escrita, ya que por ejemplo si en este contrato se involucra otros contratos como transferencia o licencia de patente de acuerdo a nuestra Ley de Patentes de Invención,

43. MASSAGUER (José), Op. Cit. P. 81.

44. MASSAGUER (José), Op. Cit. P. 94.

45. STUMPF (Herbert), Op. Cit. P. 63 y 68.

46. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 153.

Dibujos y Modelos Industriales y Modelos de Utilidad, la transferencia o licencia de patente se inscribe en el Registro de la Propiedad Industrial.⁴⁷

Así mismo la necesidad de un clausulado que regule adecuadamente la resolución del contrato, la terminación, las obligaciones aconsejan que la mejor forma sea un contrato escrito.

2.4. Parte Expositiva del Contrato.

Aunque lo ideal es que se podamos nosotros dar forma al contrato el tratamiento que a nivel doctrinario se le da a la parte expositiva sobre todo a efectos de interpretación del contrato hacen importante realizar una cita de lo que considera Massaguer debe ser la parte expositiva del contrato el indica: *“El texto del contrato del know how consta normalmente de tres partes: preámbulo, clausulado y anexos. La parte expositiva del contrato se inicia con un preámbulo, que aquí posee una particular relevancia. En él, como en todos los contratos se identifican las partes contratantes, con toda precisión, se expresa de modo general, la finalidad objetiva del contrato y los fines perseguidos por las partes al contratar.....se describen también en términos amplios, el Know How objeto del contrato y los puntos esenciales del contrato (concesión de derecho de explotación; referencia a la contraprestación; inicio y fin de la vigencia del contrato; territorio y campo técnico para el que se autoriza la explotación del know how licenciado, así como, en su caso, se precisa si con anterioridad ya se han concedido derechos de explotación a favor de terceros sobre el mismo Know How....La particularidad que dota al preámbulo del contrato de licencia de Know How de una relevancia especial es la función que puede llegar a desempeñar en la interpretación del clausulado del contrato, en caso de controversia, el preámbulo será una fuente de interpretación del contenido del punto concreto discutido, ya que refleja en lo esencial el propósito de las partes.....A estas definiciones sigue una lista que recoge las definiciones de los términos mas importantes empleados a lo largo del texto del contrato”⁴⁸.*

Vemos como claramente Massaguer nos establece cuales son los elementos mas importantes del contrato donde el mismo debe contener un preámbulo suficiente donde no solo se introduzca los objetivos, fines y voluntad de las partes sino información esencial sobre inicio, fin del contrato, territorio, en fin obligaciones de las partes para luego pasar a interpretación de los

términos utilizados, finalmente el contrato llevará, las cláusulas de resolución y culminación del contrato que se hace necesario regular.

TEMA TERCERO: OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL CONTRATO DE LICENCIA DEL KNOW HOW.

3.1. Obligaciones contractuales del Licenciante o concedente del Know How.

Como veíamos mas o menos la estructura del contrato conllevará primero un preámbulo y luego inmediatamente las obligaciones de las partes la primera obligación del licenciante es poner a disposición del licenciario el know how y las condiciones para explotarlo no se trata solo de dar el know How material, sino además la parte mas importante la intelectual la plena comunicación de los secretos técnicos como la llama Messeguer.⁴⁹ Esto conlleva otras obligaciones muy ligadas que diré son consecuencia natural de la anterior como es la entrega de los objetos y aquella documentación técnica necesaria, aquí es importante pactar como se entrega esta documentación, por que plazo, para que fin, cuales son las obligaciones del tenedor de la misma y como se restituirá la misma a la finalización del contrato.

Así mismo como son conocimientos técnicos se regulará también lo referente a la asistencia técnica y de formación del personal,⁵⁰ es muy importante que la parte de asistencia técnica este expresamente regulada como se dará, por cuenta de quien, los seguros de los empleados involucrados en el proceso y los plazos de asistencia, si la asistencia solo se da al inicio o si se da a lo largo del contrato.

En algunos casos nos indica Massaguer se da una obligación de prestaciones de carácter comercial, como comercializar los productos del licenciario.⁵¹

Un tema de interés en estas obligaciones es la responsabilidad por el resultado, el mismo solo se debe establecer en el contrato en relación a la idoneidad de la técnica nunca se puede comprometer la existencia de un resultado comercial.

Así mismo se debe establecer la obligación de secreto del Licenciante, es claro que el licenciario está pagando por una información que le producirá una ventaja competitiva y desde este punto de vista no

47. Artículo 3 inciso 4), de la citada ley.

48. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 159 y 160.

49. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 165.

50. Como indique anteriormente se puede regular lo referente a la confidencialidad de los empleados del licenciario.

51. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 175.

debe pagar si el licenciante hace pública la información de manera que terceros tienen acceso a esta, esta pierde su valor, esta entonces es una obligación que se debe establecer a cargo del licenciante.

Otra obligación muy importante es en cuanto al respeto del territorio por parte del licenciante, el compromiso de no otorgar más licencias en ese territorio o explotar el mismo el Know How en ese territorio.

3.2. Obligaciones del Licenciario o Beneficiario.

Estas obligaciones diremos que son primeramente la de pago, sobre el tema se debe claramente fijar las formas de los pagos, la moneda en que se harán, las regalías o rentas periódicas cuando se harán, como se calcularán y además permitir el acceso del licenciante a la verificación de esta información.

Se debe establecer también como mencionaremos más adelante en la resolución la obligación del pago de todo el periodo de licencia, si el licenciario es culpable de la publicación de la información, además fijar el monto de la indemnización de daños y perjuicios.

La obligación de secreto claramente vinculada a este tema, el licenciario no puede revelar la información protegida, así mismo no puede conceder licencias, ni ceder las mismas, esto debe estar debidamente regulado en el contrato.

Otra obligación del Licenciario es la explotación del Know How y el cumplimiento de las normas de calidad en la explotación del mismo, se debe establecer claramente cuales son las obligaciones de explotación, en que momento se iniciará y las consecuencias del no inicio, así mismo el soportar controles de calidad y si estos se harán en forma periódica o de manera imprevista y la obligación de permitir el acceso a los supervisores.

Así mismo se debe establecer la obligación de empleo de signos distintivos en todos los productos de manera que no se vayan a sustituir estos signos distintivos.

Otra obligación es la restricción en cuanto a precios en el caso de productos.

Finalmente también las obligaciones referentes a la venta, comercialización y distribución de los productos una vez finalizado el plazo del contrato, se puede establecer derecho de prioridad de compra al licenciante de los productos existentes o en proceso a la finalización del contrato.

Un último punto a tratar es obligaciones recíprocas que se pueden imponer a los dos referentes a territorio en que se va a ejecutar el contrato, el respeto del mismo y como se sancionará el incumplimiento y además la posibilidad de arbitrajes para la solución

de diferendos con el contrato obligación que tendrían que asumir los dos.

TEMA CUARTO: DURACION, INCUMPLIMIENTO Y TERMINACION DEL CONTRATO DE LICENCIA DEL KNOW HOW.

4.1 Duración del Contrato.

La duración del contrato a mi criterio será definida por las partes de conformidad a las necesidades propias del negocio y el plazo estimado que pueden estar previendo, si es claro que como el secreto comercial debe ser protegido por el titular, no está sujeto a un plazo determinado, como si lo es el caso de las patentes, por esto en algunos casos la duración del contrato de Know How, puede estar determinada por la existencia de otros contratos, el autor Massaguer al respecto indica: *“La determinación del período de vigencia del contrato de licencia de know how es una de las cuestiones más delicadas que presenta su redacción. Aquí inciden cuestiones de diversa índole, como la concurrencia de prestaciones, todas partes del contenido del contrato de licencia del Know How, de diferente duración: la vinculación del contrato de licencia de know how a otros negocios jurídicos (licencia de patente, de marca, servicios de ingeniería), integrados en un mismo contrato o no; así como la presencia de un conjunto de normas imperativas a las que no puede distraerse el plazo fijado por las partes, en particular la legislación sobre defensa de la competencia. Dos son las posibilidades con que se encuentran las partes a la hora de determinar la duración del contrato; señalar un plazo fijo o no introducir ninguna determinación al respecto, estableciéndose en este segundo supuesto un tiempo mínimo de duración”*.⁵²

Particularmente a mi me parece que la posición de Massaguer es muy acertada solo que introduciría una pequeña modificación en el sentido de que en el caso de fijación de un plazo mínimo se establezca un procedimiento para que el licenciario o licenciante puedan comunicar a la otra parte su deseo de no continuar con el contrato, esto por que bueno es cierto el dice un plazo mínimo, pero esto crea inseguridad jurídica porque que pasa al cumplirse este plazo se da una resolución automática del contrato o una prórroga, pareciera que es mejor regularlo con una pequeña cláusula con la cual cualquiera de las partes pueda válidamente notificar a la otra de su deseo de no continuar con el contrato.

52. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 316.

4.2 Incumplimiento.

Bueno como analizamos al ver las características del contrato este es un contrato bilateral y de tracto sucesivo, es decir crea obligaciones a ambas partes, que deben ejecutarse durante toda la vigencia del contrato, el incumplimiento de estas obligaciones va a generar necesariamente un efecto, considerando al igual que la doctrina⁵³ que lo mas adecuado es que ante el incumplimiento se pueda dar la resolución del contrato, el autor Massaguer,⁵⁴ considera que en caso de que la resolución se de por la no puesta en disposición del Know How, sería conveniente que se estableciera contractualmente una cláusula para que en estos casos si el incumplimiento obedece a una causa justificada se pueda renegociar el contrato, claro estableciendo una indemnización por los daños y perjuicios causados.

El incumplimiento también puede ser por falta de pago, en estos casos al igual que el anterior sería conveniente establecer la posibilidad de una resolución unilateral con abono de daños y perjuicios o con la posibilidad de obligar al cumplimiento obligatorio.

También como apunta Massaguer,⁵⁵ puede darse el caso de que la resolución se de por una divulgación del secreto imputable al licenciario se puede pactar la obligación de que este siga pagando durante toda la vigencia pactada del contrato y además de la indemnización por daños y perjuicios.

Se pueden además incluir cláusulas de resolución por falta de explotación del Know How, aquí en estos casos por ser un contrato donde priva la buena fe de las partes, podemos incluir o sería importante se establezca el que se le realice un requerimiento al licenciario para que inicie la explotación, así mismo que se establezca en que plazo después del requerimiento se debe dar esta explotación.

Finalmente y tal como también Massaguer menciona se puede incluir una cláusula de resolución del contrato por falta de mantenimiento de la calidad o por falta de cumplimiento del empleo de signos distintivos.⁵⁶

4.3 Terminación del Contrato.

La terminación del contrato necesariamente acarrea algunos efectos que son de interés para una adecuada regulación del contrato, debemos en este sentido hacer hincapié a la necesidad de resguardar

los conocimientos objeto del Know How, lo primero importante de mencionar es que podemos incluir la obligación del licenciario del Know How de advertir expresamente a los empleados que se les están transfiriendo secretos comerciales,⁵⁷ y se podría negociar que se establezcan cláusulas que limiten a estos empleados una vez terminada la relación con el Licenciario divulgar la información protegida por el Know How transferido.

Así mismo es claro que solo se puede recuperar al final del contrato el soporte material del Know How, no de los conocimientos que ya han sido transferidos en este sentido el autor Massaguer indica que es necesario establecer en el contrato una prohibición de explotación por un termino suficiente de protección.⁵⁸

Es claro también que al darse la finalización del contrato se puede tener ya montada una línea de producción, bodegas con inventarios para esta producción o inventario disponible para la venta, así que es necesario establecer a mi criterio en el contrato un plazo de gracia una vez terminado el contrato para poder disponer de todos estos bienes, sin hacer uso abusivo y desleal del Know How, estos plazos deben ser razonables, no se pueden negociar ni plazos muy largos ni muy cortos.

CONCLUSIONES.

En Costa Rica tenemos una adecuada protección del Know How no solo en la legislación interna sino, además en los instrumentos internacionales de protección, el convenio de Paris y los ADPIC ambos ratificados en Costa Rica.

El contrato de Licencia de Know How es un contrato atípico en nuestro ordenamiento y por lo tanto la protección de este conocimiento vía contractual es esencial, de ahí que se requiere establecer claramente cuales son las obligaciones principales de las partes, objetivo del contrato, interpretación de los términos técnicos y las condiciones de resolución y terminación del contrato para brindar una adecuada protección a estos conocimientos, es por ello muy importante establecer para cada caso concreto por parte de los operadores jurídicos adecuados contratos escritos que regulen minuciosamente todos los aspectos de un acuerdo de esta naturaleza.

53. En este sentido STUMPF (Herbert) Op. Cit. P. 159 y MASSAGUER (José), Op. Cit. P. 322.

54. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 307.

55. Ibid. P. 308.

56. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 310.

57. Esto es importante a efectos de la regulación del artículo 7 de la Ley de Información no divulgada que establece que se le debe indicar expresamente al empleado que se le están transmitiendo informaciones secretas y además de que se puede pactar que se negocien cláusulas de fidelidad en los contratos laborales.

58. MASSAGUER (José) Op. Cit. P. 324.

La regulación de este contrato la encontramos no solo en la Ley de Información no divulgada sino a demás en la Ley de Observancia a los Derechos de Propiedad Intelectual y por lo tanto existe un régimen de protección en este sentido.

Finalmente es importante indicar que hay una adecuada regulación de los contratos laborales en Costa Rica referente a la confidencialidad de los empleados a los que debe indicárseles directamente de forma expresa que manejan información de carácter confidencial, y evitar así la divulgación culposa de estas informaciones.

IV. BIBLIOGRAFIA.

LIBROS.

- 1) FARINA (Juan M.), Contratos Comerciales Modernos, Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1993.
- 2) GILBERT (JILL) The Entrepreneur's Guide To Patents, Copyrights, Trademarks, Trade Secrets, and Licensing, Berkley Books, New York, 2004,
- 3) CABANELLAS DE LAS CUEVAS (Guillermo) Régimen Jurídico de los Conocimientos Técnicos, Editorial Heliasta, Argentina Volumen V, P. 24.
- 4) MASSAGUER (José) El Contrato de Licencia de Know How, Editorial Librería Bosch, Barcelona, España, 1989.
- 5) DE MIGUEL ASENSIO (Pedro), Contratos Internacionales Sobre Propiedad Industrial, Editorial Civitas, Madrid, año 2000, p. 45.
- 6) STUMPF (Herbert), El Contrato de Know How, Editorial Temis, Colombia, 1984,
- 7) ABDULQAWI A. (Yusuf) y ZHANG (Feng) Propiedad Intelectual, Revista del Derecho Industrial, Año 15, Mayo-Diciembre de 1993, N. 44/45 Ediciones Depalma Argentina,
- 8) FLORES DE MOLINA (Edith), Introducción a la Propiedad Intelectual, Editorial SIECA/USAID, San José, Costa Rica, 2004, p. 67.
- 9) SERRANO PIEDECASAS (Jorge), El Know How y el Secreto de Empresa, Editorial Tiran lo blanch, Valencia 2002.

NORMATIVA CITADA Y USADA.

- 1) Ley 7475: Anexo 1-C de la Convención que crea la O.M.C. "Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual y el Comercio (ADPIC) o llamado según sus siglas en Ingles (TRIP's).
- 2) Ley 7484: Adopción, Convenio de Paris para la protección de la Propiedad Industrial, Ley del 24 de Mayo de 1995.
- 3) Ley 7975: Ley de Información no divulgada, publicada en la Gaceta No. 12 del Martes 18 de Enero del año 2000 y sus reformas.
- 4) Ley 8039: Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual.
- 5) Ley 8622: Adopción, Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.
- 6) Ley 8656: Ley de Reforma y Adición de varios artículos de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual.
- 7) Ley 8686: Ley de Reforma y adición de varias normas que regulan materias relacionadas con propiedad intelectual.

EL RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO APLICABLE A LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS EN COSTA RICA

*Carlos Alberto Mata Coto*¹

Resumen

El presente trabajo de investigación es un aporte al estudio jurídico-administrativo de la gestión de los residuos en Costa Rica a la luz de la Ley Nº 8839, de 24 de junio de 2010, “para la gestión integral de residuos”. Mediante los aportes doctrinarios de juristas expertos en la materia y un análisis jurídico de la Ley en referencia, se pretende examinar los problemas medioambientales que en materia de residuos enfrenta nuestro ordenamiento jurídico, aplicando los conocimientos del Derecho administrativo y ambiental.

Abstract

The current study is a contribution to the juridical-administration study on waste management in Costa Rica in the context of the Nº 8839 Law, of the 24th of June, 2010, “on the integral management of waste”. By means of doctrinal contributions of jurists’ experts on the theme and a juridical analysis on the Law referred to, it aims to examine the environmental problems related to waste material confronting our juridical orderings, applying the knowledge of the administrative and environmental Law.

Palabras clave

Residuo, Gestión de residuos, Administración pública, Derecho público, Derecho ambiental.

Keywords

Waste, Waste management, Public administration, Public law, Environmental law.

I. INTRODUCCIÓN

Los residuos y su gestión se han constituido en uno de los mayores problemas relacionados con el medio ambiente para todas las sociedades², lo que ha llevado a una obligada sensibilidad por parte de las autoridades públicas, buscando formas de reducir la

producción de los residuos³, y métodos de gestión de los residuos que sean más racionales y adecuados para la protección del medio ambiente. El tema de los residuos no resulta ser de los temas más agradables de tratar o de solucionar por las comunidades y las administraciones públicas involucradas, incluso ha sido uno de los problemas que suele examinarse de forma efímera y esporádica por parte de los partidos políticos, el Gobierno y el Parlamento⁴. Sin embargo, en la actualidad, algunos sectores de la sociedad política han mostrado una mayor preocupación por la gestión de los residuos y su reducción.

Los residuos han sido producidos por las comunidades humanas a través de la historia de las ciudades⁵, siendo su producción un asunto prácticamente inevitable⁶, pues se tendría que reducir de forma significativa el progreso y las actividades domésticas, económicas e industriales, para lograr eliminarlos. Cada día resulta ser más complicado controlar la producción de los

3 Vid. LEE, M., *EU Environmental Law: Challenges, Change and Decision-Making*, Hart, Oxford-Portland, 2005, p. 213.

4 Como señala SANTAMARÍA ARINAS, R. J., *Régimen Jurídico de la Producción y Gestión de Residuos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 26, “en la actualidad, y al menos sobre el papel, se tiende a una combinación de enfoques en la lucha contra los residuos. Pues bien; si la aplicación de medidas preventivas encuentra resistencias en determinados sectores empresariales, las opciones reparadoras vienen chocando con el rechazo sociológico de las poblaciones directamente afectadas por los proyectos de instalaciones para la gestión de residuos. El problema es bien conocido y tiene numerosas expresiones entre nosotros. También en otros países se ha detectado el fenómeno NIMBY (Not in my back yard) al que últimamente puede añadirse el síndrome NIMEY (Not in my electoral year)”.

5 Al respecto indica MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a. F., *La ordenación jurídica de los residuos urbanos*, Comares, Granada, 2002, p. 65, “históricamente el problema de los residuos domésticos, aparece con el nacimiento de la ciudad. Con la concentración urbana, los sistemas de recuperación naturales que en el campo se producían *in situ* no son posibles, y se empieza a producir los primeros residuos sólidos urbanos, que requieren un transporte y tratamiento. Unas de las principales causas que conducen a esta fuerte producción de residuos es, sin duda, el hábito de consumo; identificación de la calidad de vida con la posesión de bienes materiales, tener estos bienes un período de vida útil excesivamente corto, satisfacción del consumo en sí mismo, etc. Tal vez la característica más notable de los residuos sólidos urbanos sea su diversidad, y las cantidades tan enormes que se producen de estos residuos y que siguen aumentando cada año junto con el crecimiento del nivel de vida”.

6 En este sentido señala JIMÉNEZ PLAZA, C., *La Gestión de Residuos en los Municipios*, Iustel, Madrid, 2006, p. 123, “obvio es admitir, que la mejor defensa frente a los residuos es no producirlos, pero como su no generación es una entelequia en las actuales sociedades dominadas por el consumo, desde la vertiente del principio de prevención van a adquirir relieve, no sólo las técnicas de producción de bienes que, con su uso, se convierten en residuos, sino las que tienden a integrarlos, de nuevo, en el ciclo económico una vez que su poseedor se ha desprendido de los mismos”.

1 Doctor en Derecho, por la Universidad Carlos III de Madrid, especialista en Globalización, liberalización económica e intervención administrativa, por la Universidad Carlos III de Madrid, especialista en Derecho constitucional y ciencias políticas, por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, laboro en la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

2 Vid. GÓMEZ PUERTO, A., “Sistema normativo de gestión ambiental de los residuos urbanos”, AA, núm. 17, 2001, p. 681.

residuos; consideremos la cantidad de residuos que se producen por los componentes de las computadoras, los teléfonos celulares que son desechados y, las grandes maquinarias de los procesos industriales. Sin embargo, ante este escenario tan complicado, es factible establecer políticas medioambientales que tiendan a su reducción y a mejores procesos de gestión de los residuos, así, siguiendo a Francisco J. ARENAS CABELLO, “la gestión de los residuos comienza cuando no se consigue evitar su producción, teniendo por finalidad facilitar a los residuos un destino ambientalmente adecuado”.⁷

Así, ¿qué puede hacer el Derecho al respecto para hacer efectivas las obligaciones y los derechos de los sujetos involucrados en la gestión de los residuos, para fortalecer la protección del medio ambiente?, ¿cómo organizar los procedimientos administrativos para la adecuada gestión de los residuos?, ¿de qué forma se pueden establecer las responsabilidades por las infracciones que se comentan en cuanto a la infracción del régimen jurídico de los residuos?, ¿se debe ser más riguroso en el establecimiento de las sanciones medioambientales?, ¿qué tan eficaces son las medidas sancionatorias ante el hecho de la contaminación?, ¿o resulta más conveniente un tratamiento paliativo a través de un régimen tributario de corte ambiental? Ciertamente, la nueva filosofía del Derecho ambiental otorga prioridad a las medidas de prevención, resultando las medidas represivos en un segundo en la solución de los problemas medioambientales.⁸

En la gestión de los residuos encontramos un verdadero reto para las estructuras organizativas de la administración pública del Estado, que deben posibilitar una eficaz y eficiente labor en los procedimientos administrativos, que den como resultado una calidad de vida a todos los administrados. Pero es además un reto para la protección de las cuestiones medioambientales, pues el Estado también se enfrenta a las tendencias de liberalización económica, que no hacen excepción alguna en los servicios que se prestan en relación directa con el medio ambiente. En este sentido, señala José Francisco ALENZA GARCÍA, “también factores ideológicos postulan una liberalización en materia de medio ambiente. La corriente más radical en este sentido es la llamada ecología de libre mercado, o, más sencillamente, ecología de mercado. Esta versión neoliberal de la ecología propugna la desaparición o la mínima

intervención de los poderes públicos, para lograr que la reducción de la contaminación se alcance mediante la autorregulación del mercado, según las reglas de la oferta y la demanda. Pretenden resucitar la mano invisible del mercado para que regrese a solucionar los problemas ambientales de la actualidad”⁹, lo cual no es ajeno a la privatización de los servicios de residuos que se han estado prestando en el régimen público¹⁰.

Si bien es cierto que Costa Rica no ha tenido un desierto jurídico en cuanto a la regulación jurídica de los residuos, no es sino hasta la Ley N° 8839, de 24 de junio de 2010, “para la gestión integral de residuos”¹¹ (en adelante LR), que se logra armonizar dicha regulación de una forma más sistemática, atendiendo los problemas generales de la materia, aunque con ciertas imprecisiones conceptuales y de orden regulatorio. El presente trabajo analiza la organización administrativa que a través de la nueva Ley se establece para la gestión de los residuos.

Los objetivos establecidos por la LR, en el artículo 2, se adecúan a las necesidades actuales del país para la gestión integral de los residuos. Las herramientas que comprende esta nueva normativa deben encaminarse a su consecución, para lo cual es importante que los procedimientos relacionados con la gestión de los residuos se apliquen eficazmente. Los objetivos son: a) garantizar el derecho de toda persona a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como proteger la salud pública; b) definir la responsabilidad para la gestión integral de residuos de los diversos actores involucrados, c) establecer el régimen jurídico para promover la ejecución jerarquizada en la gestión integral de residuos; d) fomentar el desarrollo de mercados de subproductos, materiales valorizables y productos reciclados, reciclables y biodegradables, entre otros, bajo los criterios previstos en esta Ley y su Reglamento, en forma tal que se generen nuevas fuentes de empleo y emprendimientos, se aumente la competitividad y se aprovechen los recursos para

7 6 Vid. ARENAS CABELLO, F. J., “Las operaciones de gestión de residuos y sus modificaciones según la Directiva 2008/98, sobre Residuos”, *RAP*, núm. 182, 2010, p. 240.

8 Vid. PEÑALVER I CABRÉ, À., “Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales”, *QDL*, núm. 7, 2005, p. 174.

9 Vid. ALENZA GARCÍA, J. F., “Medio ambiente”, en VV. AA., *Administración pública y economía: balance del papel de las administraciones públicas tras los procesos de liberalización*, INAP-inap, Madrid, 2001, p. 35. También, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 203-204, señala en lo que interesa que “el análisis de los economistas neoliberales trata de articular la teorización de un Estado mínimo, desregularizado, reconstruyendo una sociedad civil verdaderamente autónoma e independiente del Estado, que esté en condiciones de producir el máximo bienestar social”.

10 Vid. ORTEGA BERNARDO, J., “La gestión de los residuos en el derecho español”, MONTES CORTÉS, C. (Compiladora), *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 110-111.

11 La Gaceta N° 135, de 13 de julio de 2010.

incrementar el valor agregado a la producción nacional; e) promover la creación y el mejoramiento de infraestructura pública y privada necesaria para la recolección selectiva, el transporte, el acopio, el almacenamiento, la valorización, el tratamiento y la disposición final adecuada de residuos, entre otros; f) promover la separación en la fuente y la clasificación de los residuos, tanto por parte del sector privado y los hogares, como de las instituciones del sector público; g) promover la clasificación, cuantificación y caracterización de los residuos, a fin de construir y mantener actualizado un inventario nacional que permita una adecuada planificación para su gestión integral; h) evitar que el inadecuado manejo de los residuos impacte la salud humana y los ecosistemas, contamine el agua, el suelo y el aire, y contribuya al cambio climático; i) promover la gestión integral de residuos en el ámbito municipal y local, fomentando las soluciones regionales; j) promover el desarrollo y la utilización de las innovaciones y transferencias tecnológicas para la gestión integral de residuos, de acuerdo con los lineamientos de esta Ley y los reglamentos que de ella se deriven, los convenios internacionales y cualquier otra legislación ambiental vigente; k) influir en las pautas de conducta de los consumidores y los generadores, mediante acciones educativas y de sensibilización, incentivando la producción más limpia y el consumo sostenible tanto de los particulares como del Estado; l) desarrollar y promover los incentivos que establecen esta Ley y otras leyes, para contribuir a la gestión integral de residuos para todos los sectores; m) promover el enfoque preventivo en la toma de decisiones de los diferentes actores y en las distintas etapas para la gestión integral de residuos, n) involucrar a los ciudadanos para que asuman su responsabilidad y los costos asociados a una adecuada gestión de los residuos que generan; ñ) promover la incorporación de los productores o importadores en la búsqueda de soluciones a la problemática de los residuos.

La eficacia que en la regulación de los residuos se debe aplicar requiere una ejecución conjunta del Derecho administrativo y ambiental, para la debida protección y garantía de los bienes ambientales. En el criterio de Roberto DROMI “los Derechos ambiental y administrativo tienen una zona común, en la cual se conjugan para proveer de instrumentos a la lucha contra la contaminación y a la protección de los recursos naturales. Corresponde al Derecho administrativo ambiental protagonizar la tutela de la

naturaleza con instrumentos tradicionales al servicio de la preservación del entorno, generalmente “coercitivos y represivos”, y con instrumentos nuevos, o renovados por exigencias del bien jurídico tutelado u objeto de protección”¹². A tenor del artículo 50, de la Constitución, el Estado debe garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Ante tal reconocimiento constitucional, existen principios básicos de ambas ramas jurídicas que son determinantes para la protección de los bienes ambientales o ecológicos y, que se deben asociar al tratamiento en la praxis de la gestión de los residuos. La Administración Pública central del Estado debe crear los mecanismos suficientes y de avanzada para armonizar política y administrativamente todos los procedimientos administrativos en defensa y garantía del medio ambiente, a través de las áreas de especialización, como es en el presente caso, la regulación de los residuos.

II. LOS RESIDUOS Y SU GESTIÓN. UN ALCANCE CONCEPTUAL

Tratar el tema de los residuos y su gestión es un asunto que implica un análisis multidisciplinario complejo, en que se incorporan disciplinas tales como las administrativas, las sociales, las ingenieriles, las económicas, las jurídicas y las ambientales. Una óptima gestión de los residuos dependerá de la claridad conceptual que se logre del término residuo y su nomenclatura, procediendo posteriormente con la adecuada ejecución de las gestiones y los procedimientos atinentes. De la precisión de ambos conceptos dependerá una debida regulación jurídica de los residuos para que se determinen las obligaciones y los derechos jurídicos de los sujetos involucrados.

Así, el artículo 6, de la LR, sobre los conceptos de interés señala:

[...]

Gestión integral de residuos: conjunto articulado e interrelacionado de acciones regulatorias, operativas, financieras, administrativas, educativas, de planificación, monitoreo y evaluación para el manejo de los residuos, desde su generación hasta la disposición final.

[...]

Residuo: material sólido, semisólido, líquido o gas, cuyo generador o poseedor debe o requiere deshacerse de él, y que puede o debe ser valorizado o tratado

¹² Vid. DROMI, R., *El Derecho Público en la Hipermmodernidad*, Hispania Libros-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, México-Madrid, 2005, p. 190.

responsablemente o, en su defecto, ser manejado por sistemas de disposición final adecuados.
[...]

El concepto de residuo tiene un grado de complejidad importante para los efectos del análisis jurídico. Se trata de un concepto bastante dinámico, que cambia por las condiciones del desarrollo de las naciones en el mercado, la industria y la productividad¹³. El concepto de residuo se compone de unos elementos que lo estructuran, tales son: subjetivo, objetivo y fáctico. Existe un sujeto conocido como generador o poseedor que se vincula directamente con el residuo, por el hecho que debe realizar una acción, debe o requiere deshacerse del residuo. El concepto de residuo adquiere una connotación jurídica a través de un elemento jurídico, de carácter deontológico, que se obtiene del elemento fáctico. La acción de deshacerse del residuo, por deber o requerimiento, genera obligaciones jurídicas para el generador o poseedor del residuo, que son determinantes para la regulación jurídica de los residuos, en tutela de los derechos de la salud humana y el medio ambiente.

La variedad de residuos es muy amplia, así como sus posibles combinaciones. Es posible encontrar normas que remiten el concepto de residuo a extensos anexos de clasificación de los residuos, *v. gr.*, la Ley 10/1998, de 21 de abril, “de Residuos” española¹⁴. El artículo 7.b., de la LR, en cuanto a las funciones del Ministerio de Salud, hace referencia al dictado de los reglamentos, por tipo de residuo, que sean necesarios para la gestión integral de residuos¹⁵. Una observación al respecto. Mediante el Decreto N° 35933-S, de 12 de febrero de 2010, se decreta el “Reglamento para la Gestión Integral de los Residuos Electrónicos”¹⁶. La LR empezó a regir el 13 de julio de 2010, poco más de dos meses después de entrar en vigencia el Decreto N° 35933-S; entonces, ¿qué necesidad hay de introducir en el ordenamiento jurídico un reglamento de una materia específica, antes de entrar en vigencia una Ley que regula en su amplitud necesaria la gestión de los residuos?, ello implica una patología jurídica en la se-

13 *Vid.* MONTES CORTÉS, C., “Panorama general de los residuos sólidos en el Derecho ambiental colombiano”, *Régimen jurídico y ambiental...*, p. 20.

14 BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998.

15 Sobre los reglamentos señala CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, p. 55, “en materia medioambiental resulta impensable la aplicación de una reserva absoluta de ley dada la alta complejidad técnica que presenta en ocasiones (pensemos en las evaluaciones de impacto ambiental, o la medición de los niveles de emisión e inmisión de agentes contaminantes...), que requiere en determinadas circunstancias una rápida actuación y que exige su constante adecuación a las demandas cambiantes de la sociedad, tratándose, pues, de un ámbito en el que el desarrollo reglamentario constituye una “exigencia inexcusable”.

16 La Gaceta N° 86, de 5 de mayo de 2010.

guridad jurídica y la interconexión normativa, por la introducción de normas jurídicas en el ordenamiento jurídico que afectan la arquitectura y la funcionalidad de la jerarquía normativa.

El sistema de gestión de residuos no es cíclico sino lineal, en razón de que sus distintas fases no se repiten; el residuo es aprovechado o eliminado¹⁷. La gestión de los residuos debe procurar un resultado ventajoso para el medio ambiente y el desarrollo de las comunidades. Se debe evitar que la gestión de los residuos se torne en un procedimiento frustrado, en que se presenten problemas tales como la duplicidad de etapas en la gestión o el retorno de los residuos a un procedimiento de gestión.

La LR se refiere en su extensión al ciclo de vida de los residuos. El concepto utilizado por la LR para la gestión de los residuos o como se denomina gestión integral de residuos resulta demasiado amplio, lo que ocasiona una vaguedad en su interpretación y ejecución, incluso, es tan impreciso que del mismo concepto utilizado se desprenden dos tipos de gestiones, uno en sentido amplio como política integral y, otro que se refiere al tratamiento de los residuos en la *praxis*.

La LR, en el artículo 4, incorpora la jerarquía en la gestión de los residuos, mediante lo cual se logra potenciar la valorización de los residuos frente a su eliminación, siendo determinante para el tratamiento adecuado de los residuos, y así, evitar la generación de los residuos en su origen, reducir la producción de los residuos, reutilizar los residuos generados, valorizar los residuos *-v.gr.*, mediante el reciclado o el aprovechamiento energético-, tratar los residuos generados antes de enviarlos a la disposición final y, finalmente disponer la menor cantidad de residuos.

De suma importancia es el principio de proximidad en la gestión de los residuos, pues se pretende limitar y reducir la ampliación cuantitativa y cualitativa de los posibles efectos negativos de los residuos y, en el mejor de los casos reducir los procedimientos de disposición final. Los residuos deben ser valorizados y eliminados lo más cerca posible de la fuente en que son producidos¹⁸. Para aunar, la prevención en la fuente es parte de los principios generales que contempla en el artículo 5, la LR, señalando que la generación de los residuos debe ser prevenida prioritariamente en la fuente y en cualquier actividad.

A tenor del artículo 31, de la LR, todas las actividades, las obras o los proyectos nuevos que procesen,

17 Así, ALENZA GARCÍA, J. F., “Las tasas por la eliminación de residuos urbanos y el principio de quien contamina paga”, *RdA*, núm. 1, 2002, p. 146.

18 *Vid.* WEALE, A. (et al.), *Environmental Governance in Europe. An Ever Closer Ecological Union?*, Oxford University, Oxford, 2003, p. 39.

almacenen, recuperen, traten eliminen y dispongan residuos ordinarios y peligrosos deberán cumplir el trámite de evaluación de impacto ambiental, previo a la obtención de los permisos o las licencias de construcción u operación. Y continuando, el artículo 32, que se refiere al registro de gestores, señala que todas las personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, que se dediquen a la gestión total o parcial de residuos, para operar deben registrarse ante el Ministerio de Salud y, cumplir con lo que reglamentariamente se establezca. Resulta ser muy poco lo que aporta la LR en cuanto a la autorización administrativa de valorización y eliminación de residuos, lo que queda pendiente de ser reglamentado.

In dubio pro natura es un principio que a todas luces debe inspirar la gestión integral de los residuos, procurando la selección y el máximo aprovechamiento de las *mejores técnicas disponibles (MTD)* o *best available technologies (BAT)*, que se refieren a las innovaciones tecnológicas que, atendiendo al diseño, el titular de la instalación tendrá que ir introduciendo progresivamente por resultar más eficaces para alcanzar altos niveles de protección del medio ambiente, de la seguridad operativa de las actividades y el beneficio de la salud humana¹⁹.

III. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA APLICABLE A LA GESTIÓN DE LOS RESIDUOS

La solución a los diferentes problemas que plantean los residuos, la contaminación que produce su vertido incontrolado, la dificultad en la localización de las instalaciones adecuadas para su valorización o eliminación, son cuestiones que incumben directamente a los poderes públicos, como encargados de satisfacer los intereses generales y de velar por la utilización racional de los recursos naturales para defender y restaurar el medio ambiente²⁰.

Para una adecuada gestión de los residuos es indispensable una organización estatal eficiente y una distribución coherente de las competencias administrativas, que involucra al Ministerio respectivo, las municipalidades y los distintos departamentos. Como señala el artículo 2.c., de la Ley Nº 7554, de

4 de octubre de 1995, “Orgánica del Ambiente”²¹, el Estado velará por la utilización racional de los elementos ambientales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional. Asimismo, está obligado a propiciar un desarrollo económico y ambientalmente sostenible, entendido como el desarrollo que satisface las necesidades humanas básicas, sin comprometer las opciones de las generaciones futuras.

A tenor del artículo 7, de la LR, el jerarca del Ministerio de Salud será el rector en materia de gestión integral de residuos, con potestades de dirección, monitoreo, evaluación y control, teniendo entre sus funciones: a) formular y ejecutar la política nacional y el Plan Nacional de Gestión Integral de Residuos, así como evaluarlos y adaptarlos periódicamente en coordinación con el Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones y el Ministerio de Agricultura y Ganadería; b) dictar los reglamentos, por tipo de residuo, que sean necesarios para la gestión integral de residuos; c) verificar la aplicación de esta Ley y sus reglamentos; d) desarrollar las herramientas y los reglamentos técnicos que sean necesarios para la gestión integral de residuos; e) fomentar e implementar la coordinación interinstitucional para una gestión integral de los residuos, insertándola en una acción ambiental pública, para optimizar e integrar coherentemente los esfuerzos y los recursos de la Administración Pública Central y descentralizada en esa materia; f) definir los indicadores de cumplimiento en materia de gestión integral de residuos; g) evaluar en forma continua las políticas, los planes, los programas y los reglamentos técnicos asociados a la gestión integral; h) identificar las oportunidades para alcanzar la gestión integral de residuos, fomentando tecnologías, inversiones y la réplica de modelos que demuestren ser eficaces y aplicables según las condiciones y las características de los residuos generados en el país; i) administrar el Fondo para la gestión integral de residuos, que se crea en esta Ley; j) establecer un sistema de información nacional sobre gestión integral de residuos que permita elaborar los inventarios e indicadores relacionados con la gestión integral de residuos que complementen el sistema de indicadores e índices de salud y ambientales nacionales; k) promover incentivos para la gestión integral de residuos, dirigidos especialmente al fomento y la capacitación de microempresas, cooperativas y otras organizaciones

19 Vid. PIGRAU SOLÉ, A., (et al.), “La adopción de una perspectiva integrada en la política comunitaria ambiental: la Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación”, BAUCCELLS I LLADÓS, J. y VERNET I LLOBET, J. (Coordinadores), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons-Grup de Recerca en Dret del Medi Ambient, Madrid, 2004, pp. 52-53.

20 Vid. ORTEGA BERNARDO, J., *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 49.

21 La Gaceta Nº 215, de 13 de noviembre de 1995.

y/o empresas sociales que trabajan en la recuperación y gestión de residuos; l) vigilar para que en el marco de aplicación de esta Ley, se respete la Ley N° 8220, de 4 de marzo de 2002, “Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos”²², y sus reformas.

Los entes locales tienen una participación muy importante en la gestión de los residuos, no sólo por su cercanía con la fuente del problema, sino que también en interés de las políticas institucionales para cumplir los objetivos democráticos y ambientales, para ello, se requiere implementar una logística ordenada en los procedimientos administrativos y, el fortalecimiento de un marco económico-jurídico, para una adecuada gestión de los residuos. Desde un alcance global los problemas ambientales son cuestiones que trascienden el ámbito territorial de los entes locales, sin embargo, la municipalidad como entidad básica de la sociedad política mantiene la proximidad e inmediatez ante las necesidades de los ciudadanos y las posibles acciones²³. En el criterio de Eduardo SANCHO GONZÁLEZ, “en la dirección del municipalismo, como realidad política, social y administrativa; como síntesis de la expresión de los intereses y servicios de las comunidades, regazo donde descansa la verdadera democracia; en la voluntad suprema del pueblo organizado desde sus bases más elementales (la vecindad), es que concibo el futuro del gobierno y la administración de la cosa pública”²⁴. Además, de interés lo señalado por la Sala Constitucional, en la sentencia 2010-019877, de 27 de noviembre de 2010, considerando IV: *“El papel de las municipalidades en materia ambiental. De conformidad con lo dicho, las municipalidades, como parte integrante del todo que es el Estado, tienen dentro del ámbito de sus competencias y obligaciones una alta dosis de responsabilidad en materia ambiental, sea mediante la aprobación directa de permisos o licencias para las cuales se exija el previo cumplimiento de requisitos que acrediten ante otras instancias del poder público el adecuado manejo ambiental, como mediante inspecciones regulares y canalización de situaciones de riesgo ante las instancias con mayor competencia de intervención. Ha quedado establecido ya que a los gobiernos locales les alcanza la obligación de coordinación y preven-*

ción en materia ambiental dentro del ámbito de su jurisdicción territorial, de donde resulta que ciertamente las municipalidades son actores importantes en la tarea de protección al ambiente. [...]”

A tenor del artículo 8, de la LR, las Municipalidades serán responsables de la gestión integral de los residuos generados en su cantón, para lo cual deberán: a) establecer y aplicar el plan municipal para la gestión integral de residuos en concordancia con la política y el Plan Nacional; b) dictar los reglamentos en el cantón para la clasificación, recolección selectiva y disposición final de residuos, los cuales deberán responder a los objetivos de esta Ley y su Reglamento; c) promover la creación de una unidad de gestión ambiental, bajo cuya responsabilidad se encuentre el proceso de la gestión integral de residuos, con su respectivo presupuesto y personal; d) garantizar que en su territorio se provea del servicio de recolección de residuos en forma selectiva, accesible, periódica y eficiente para todos los habitantes, así como de centros de recuperación de materiales, con especial énfasis en los de pequeña y mediana escala para la posterior valorización; e) proveer de los servicios de limpieza de caños, acequias, alcantarillas, vías, espacios públicos, ríos y playas cuando corresponda, así como del manejo sanitario de animales muertos en la vía pública; f) prevenir y eliminar los vertederos en el cantón y el acopio no autorizado de residuos; g) impulsar sistemas alternativos para la recolección selectiva de residuos valorizables como contenedores o receptores, entre otros; h) fijar las tasas para los servicios de manejo de residuos que incluyan los costos para realizar una gestión integral de estos, de conformidad con el plan municipal para la gestión integral de residuos, esta Ley y su Reglamento, y en proporción con la cantidad y la calidad de los residuos generados, asegurando el fortalecimiento de la infraestructura necesaria para brindar dichos servicios y garantizando su autofinanciamiento; i) coordinar el cumplimiento de esta Ley y su Reglamento, la política y el Plan Nacional y cualquier otro reglamento técnico sobre gestión integral de residuos dentro del municipio; j) promover la capacitación y realizar campañas educativas de sensibilización de los habitantes del cantón respectivo para fomentar la cultura de recolección separada, de limpieza de los espacios públicos y de gestión integral de residuos; k) establecer convenios con microempresas, cooperativas, organizaciones de mujeres y otras organizaciones y/o

22 Alcance N° 22, a La Gaceta N° 49, de 11 de marzo de 2002.

23 Vid. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., “Medio ambiente y administración local”, *RDU*, núm. 188, 2001, p. 181.

24 Vid. SANCHO GONZÁLEZ, E., “El contenido de la autonomía Municipal en Costa Rica”, *RCDC*, II, 2001, p. 120.

empresas locales, para que participen en el proceso de gestión de los residuos, especialmente en las comunidades que se ubican lejos de la cabecera del cantón. También, se autoriza a las municipalidades para que desarrollen tecnologías alternativas para el tratamiento de residuos, siempre y cuando sean menos contaminantes. Para tal fin, podrán utilizar los instrumentos de planificación y gestión previstos en el Código Municipal, entre ellos los mecanismos de integración asociativa y empresarial. Se autoriza, además, a establecer tasas diferenciadas, según el tipo y la cantidad de residuos a aquellos que separen en la fuente, u otra forma de incentivo fiscal para el generador o el gestor, que contribuya en el cantón a la gestión integral de residuos.

El Título II, de la LR, trata sobre las herramientas para la gestión integral de los residuos. Interesa destacar para las labores administrativas públicas sobre la gestión de los residuos dos aspectos, los instrumentos de planificación y el fondo para la gestión integral de residuos.

La planificación parte de las políticas institucionales que establezca el Ministerio de Salud, como es lo propio de un ente rector. El artículo 11, de la LR, se refiere al Plan Nacional de Residuos para la gestión integral de los residuos como el marco de acción que oriente las acciones gubernamentales, fije las prioridades, establezca los lineamientos y las metas que orientarán, sistematizarán e integrarán los diferentes planes municipales, programas sectoriales, proyectos e iniciativas públicas, entre otros. Las municipalidades, a tenor del artículo 12 de la LR, desarrollarán su propio plan municipal de gestión integral de residuos, que se elaborará a partir de los lineamientos dictados en el Plan Nacional de Residuos y el Reglamento de la Ley, pudiendo ser formulado de forma mancomunada con otras municipalidades. Es importante que el Ministerio de Salud realice una política de coordinación con las municipalidades, capacitando el personal necesario y cumpliendo con la implementación de sistemas de gestión ambiental adecuados, debe existir una efectiva cooperación entre los distintos entes públicos involucrados para el cumplimiento de los objetivos medioambientales planificados, a lo que no se puede obviar la participación de las organizaciones de la sociedad civil.

En cuanto al fondo para la gestión integral de residuos, a tenor del artículo 24, de la LR, se ha creado el fondo para cumplir con los objetivos de la Ley,

siendo que los recursos se constituirán a partir de lo siguiente: a) las transferencias que se le asignen anualmente en los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República; b) la reasignación del superávit de operación del Fondo para la gestión integral de residuos; c) los legados y las donaciones de personas físicas o jurídicas, organizaciones nacionales o internacionales, públicas o privadas, y los aportes del Estado o de sus instituciones; d) Las contribuciones de organismos nacionales e internacionales, públicos o privados, de acuerdo con los respectivos convenios; e) los fondos provenientes de convenios de préstamos internacionales para financiar actividades o proyectos relacionados con la gestión integral de residuos; f) los ingresos procedentes de la venta de guías, formularios, publicaciones, venta de servicios, refrendo de documentos, autorizaciones, certificaciones, inscripciones y registro realizados por el Ministerio de Salud para el cumplimiento de los objetivos de esta Ley; g) los montos provenientes de las infracciones gravísimas y graves establecidas en la presente Ley, así como los intereses moratorios generados; h) los provenientes de la imposición de obligaciones compensatorias o estabilizadoras del ambiente, así como estimaciones del daño al ambiente fijadas así por el Tribunal Ambiental Administrativo, cuando se den como resultado del manejo inadecuado de residuos; i) los recursos provenientes de los acuerdos de conciliación que realiza el Tribunal Ambiental Administrativo, en los casos objeto de esta Ley; j) los montos fijados por el Tribunal Ambiental Administrativo por el daño ambiental, por los casos objeto de esta Ley.

En cuanto a la relación jurídico-administrativa de las administraciones públicas competentes en la gestión de los residuos con los administrados, interesan dos aspectos de la LR: la información y la educación y; la participación ciudadana.

La información y la educación ambiental es parte importante de todo Estado de Derecho que además de democrático, pretenda ser social y ecológico, avanzado en sus políticas participativas ciudadanas. Los artículos 17 a 19, de la LR, promueven estos derechos en favor de los administrados, siendo una obligación de las administraciones públicas sistematizar la información nacional y crear un programa nacional de educación para la gestión integral de los residuos. La información está muy ligada al tipo de educación que pueda desarrollar la ciudadanía, de ahí la importancia de contar con información verda-

dera y eficaz, para lo cual se deben crear mecanismos eficaces que aseguren una adecuada recopilación de datos, fiscalizando los datos que ofrecen los sujetos involucrados tanto en la generación como en la gestión de residuos, se trate personas públicas o privadas.

En cuanto a la participación ciudadana el artículo 23, de la LR, señala que el Ministerio de Salud y las municipalidades deben promover la participación de todas las personas en forma activa, consciente, informada y organizada en la gestión integral de residuos. Una participación ciudadana no debe mostrarse como un espectador pasivo de las políticas estatales en materia de medio ambiente. Hasta qué punto la participación ciudadana es parte de un mecanismo de fiscalización ambiental, es un asunto que la LR no aborda con contundencia ante las infracciones que se cometan, a pesar de la aproximación que pretende. Por otro lado, una adecuada participación ciudadana en materia de medio ambiente dependerá de los datos cualitativos y cuantitativos que se obtengan, debiendo ser los datos obtenidos veraces, información veraz²⁵, sin embargo, para un resultado óptimo de los objetivos ambientales y para el desarrollo investigativo, se requiere de una adecuada fiscalización.

IV. LOS GENERADORES DE RESIDUOS

Los generadores de residuos puede decirse que son los principales actores en la gestión de los residuos por tratarse de los sujetos que producen los residuos, sin ignorar los esfuerzos que realizan los otros actores involucrados para gestionar de forma adecuada los residuos, trátense de los gestores de los residuos o de las administraciones públicas competentes. El artículo 6, de la LR, define por generador, la persona física o jurídica, pública o privada, que produce residuos al desarrollar procesos productivos, agropecuarios, de servicios, de comercialización o de consumo. El generador o productor generan un residuo por la actividad

que desarrollen y, atendiendo a la definición de residuo que utiliza la LR, sus obligaciones se generan en el tanto deben o requieren deshacerse del residuo. El generador es entonces un poseedor, por lo que debe responder por su posesión y por los efectos que se deriven de su manipulación, siempre y cuando exista un nexo jurídico entre su posición, la actuación y las consecuencias generadas.

El artículo 38, de la LR, señala las obligaciones de todo generador o poseedor de residuos, tomando todas las medidas –sin precisarlas– para lo siguiente: a) reducir la generación de residuos y cuando esta generación no pueda ser evitada, minimizar la cantidad y toxicidad de los residuos a ser generados; b) separar los residuos desde la fuente, clasificarlos y entregarlos a un gestor autorizado o a un sistema municipal, de conformidad con el Reglamento de esta Ley y el reglamento municipal que le corresponda, con el fin de facilitar su valorización; c) entregar los residuos sujetos a disposición final y vigilar para que sean gestionados en forma ambiental y sanitariamente segura por medio de un gestor autorizado; d) gestionar los residuos en forma tal que estos no pongan en peligro la salud o el ambiente, o signifiquen una molestia por malos olores, ruido o impactos visuales, entre otros; e) gestionar sus residuos únicamente con gestores autorizados para brindar servicios de gestión de residuos; f) mantener un registro actualizado de la generación y forma de gestión de cada residuo; g) reportar a las autoridades competentes sobre su gestión en materia de residuos, según se establezca en esta Ley y en los reglamentos que de ella deriven; h) fomentar el uso de alternativas de producción más limpias y de manejo de residuos en forma integral.

Dos tipos de responsabilidades son adoptadas por la LR, propias del Derecho ambiental moderno para prevenir los problemas que acarrea la producción de los residuos y en procura de una adecuada gestión de los residuos; así, el artículo 5.a. y b., de la LR, en lo que se refiere a los principios generales, respectivamente, incorpora la *responsabilidad compartida* que trata sobre la gestión integral de los residuos como una corresponsabilidad social, en la cual se requiere la participación conjunta, coordinada y diferenciada de todos los productores, importadores, distribuidores, consumidores, gestores de residuos, tanto públicos como privados y; la *responsabilidad extendida del productor* en que los productores o importadores tienen la responsabilidad del producto durante todo el ciclo de vida de este, incluyendo las fases posindustrial y posconsumo, siendo que para los efectos de esta Ley, este principio se aplicará únicamente a los residuos de manejo especial.

25 Al respecto señala MARTÍN, S. J., “El derecho de libre acceso a la información pública”, JIMÉNEZ, E. P. (Coordinador), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 331, “la información referida a los problemas ambientales resulta indispensable si queremos tener un protagonismo en la toma de decisiones, o al menos para saber si determinada decisión fue la correcta”. Por su parte, OCHOA MONZÓ, J., “La participación ciudadana y el marco de la prevención y control integrado de la contaminación”, *La prevención...*, p. 197, señala que “no es exagerado aventurar la hipótesis de que como mecanismo tradicional y casi único de participación de los ciudadanos en la toma de decisiones administrativas se ha erigido tradicionalmente la fase de información pública que puede existir en ciertos procedimientos administrativos”.

Para el caso de los residuos peligrosos el artículo 43, de la LR, aborda la responsabilidad coercitiva por los daños que se causen los generadores de dichos residuos, mas, lo que interesa destacar en este caso es la introducción del *manejo ambientalmente racional de los residuos peligrosos* o *environmentally sound management of hazardous wastes*²⁶, en que para la gestión de ciertos residuos de mayor peligrosidad se exige una mayor atención de los generadores, los productores o los poseedores, incluso de los sujetos encargados de la gestión de estos residuos, desde su génesis hasta su tratamiento final –sea por valorización o disposición final–; *de la cuna a la tumba* o *from cradle to grave*²⁷, lo que ha tenido una mayor atención en el Derecho internacional del medio ambiente.

V. EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Resulta necesario por razones de justicia ambiental, que progresivamente los daños y perjuicios ambientales, sociales y económicos, provocados por la generación y el tratamiento inadecuado de los residuos recaigan sobre los responsables. Lo que en ningún caso puede suponer que el principio quien contamina-paga se altere de tal manera que el sujeto que tenga la capacidad de pagar pueda contaminar; no se puede invertir la expresión, interpretándose de forma contraria: “quien paga contamina”²⁸.

La LR mediante el Título IV, Capítulo I, establece el elenco de las infracciones administrativas en materia de residuos, las cuales se dividen en gravísimas, graves y leves, disponiendo las respectivas sanciones, graduales, sin perjuicio de que constituya delito.

Así, en el artículo 48, de la LR se consideran infracciones gravísimas: a) gestionar, almacenar, valorizar, tratar y disponer residuos peligrosos o residuos de manejo especial declarados por el Ministerio de Salud, en lugares no autorizados o aprobados por las autoridades competentes o en condiciones contrarias a las establecidas en las disposiciones correspondientes; b) realizar el depósito o confinamiento de residuos fuera de los sitios destinados para dicho fin; c) mezclar residuos ordinarios con residuos peligrosos, contraviniendo lo dispuesto en esta Ley y demás ordenamientos que de

ellas deriven; d) depositar residuos peligrosos y/o de manejo especial en sitios no autorizados para este tipo de residuos; e) comprar, vender y almacenar material valorizable robado o sustraído ilícitamente; f) quemar, incinerar, enterrar, almacenar o abandonar residuos peligrosos, en sitios no autorizados; g) transportar residuos peligrosos, sin la autorización correspondiente. Corresponde como sanción una multa de cien a doscientos salarios base, según lo establecido en el artículo 2, de la Ley Nº 7337, de 5 de mayo de 1993, “crea concepto salario base para delitos especiales del Código Penal”²⁹, y con el pago del daño ambiental.

Se consideran infracciones graves, a tenor del artículo 49, de la LR: a) quemar, incinerar, enterrar, almacenar o abandonar residuos ordinarios, en sitios no autorizados; b) gestionar, almacenar, valorizar, tratar y disponer de residuos ordinarios en lugares no autorizados o aprobados por las autoridades competentes o en condiciones contrarias a las establecidas en las disposiciones legales correspondientes; c) transportar en forma habitual residuos ordinarios o residuos de manejo especial declarados por el Ministerio de Salud, sin la autorización correspondiente. Corresponde como sanción una multa de veinte a cien salarios base, según lo establecido en el artículo 2, de la Ley Nº 7337, y con el pago del daño ambiental.

Y se considerarán infracciones leves, según el artículo 50, de la LR: a) extraer de los recipientes colectores, depósitos o contenedores instalados en la vía pública, los residuos sujetos a programas de reciclaje por parte de las municipalidades o a quienes estas deleguen; b) arrojar en la vía pública residuos ordinarios; c) extraer y recuperar cualquier material no valorizable, contenido en las celdas de disposición final de los rellenos sanitarios. Se establece como sanción una multa de uno a diez salarios base, de acuerdo con el artículo 2, de la Ley Nº 7337, y con el pago del daño ambiental.

La mayor diferencia entre las infracciones gravísimas y graves se encuentra respectivamente en la regulación sancionatoria de los residuos peligrosos y ordinarios, relegando a las infracciones leves los residuos ordinarios que cuya manipulación provoque incidencias menores en la salud y el medio ambiente.

Las infracciones administrativas se establecen sin perjuicio de la obligación del infractor de indemnizar y reparar el daño ambiental. Todo daño a un bien debe ser reparado de forma íntegra, volver a su estado natural, asunto que en materia de Derecho ambiental no siempre es posible de lograr por la magnitud de los daños o incluso por la falta de capacidad económica

26 Vid. KUMMER, K., *International management of Hazardous wastes. The Basel Convention and Related Legal Rules*, Clarendon, Oxford, 1995, p. 56.

27 Vid. LARSSON, M.-L., *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, Kluwer Law International-Norstedts Juridik AB, The Hague-London-Boston-Stockholm, 1999, p. 137.

28 Vid. PÉREZ CONEJO, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación “difusa”) en el proceso contencioso-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 141.

29 La Gaceta Nº 92, de 14 de mayo de 1993.

de las empresas infractoras, lo que obliga al Estado a realizar esfuerzos de años para recuperar los bienes dañados. Eso no debe ser así. El Derecho ambiental debe responder eficazmente a las grandes necesidades y los grandes problemas medioambientales. Por ello, es necesario que un Derecho como el ambiental sea en la actualidad más preciso y técnico en su regulación, para evitar que los bienes ambientales sigan siendo alterados sin la menor responsabilidad de los sujetos involucrados, siendo burlada la justicia ambiental. Quien contamina paga, es correcto, pero además, *quien contamina repara*.

Para que se puedan detectar las infracciones y los infractores que atenten contra el medio ambiente es importante fortalecer la labor investigativa que realicen los inspectores municipales, para lo cual, las municipalidades deben reforzar la estructura funcional y presupuestaria de los departamentos encargados de proteger la salud y el medio ambiente.

El sujeto que realiza una actividad determinada, sea comercial, industrial o de alguna otra índole autorizada, provoca alguna alteración al medio ambiente debe responder por el daño que ha producido. El artículo 54, de la LR, señala que el Ministerio de Salud podrá suspender, revocar o cancelar las licencias, los permisos y los registros necesarios para la realización de las actividades que hayan dado lugar a la comisión de la infracción. La potestad del Ministerio de Salud en este sentido para intervenir la actividad que ha provocado una infracción es bastante amplia, pues tiene la posibilidad de dejar sin efecto las autorizaciones otorgadas por otra institución pública.

El Título IV, de la LR, resulta ser bastante complicado para su análisis por el grado de desorden en cuanto a la regulación de las responsabilidades por las infracciones y las violaciones normativas y, por la falta de estructura en materia de técnica legislativa. Resulta ser un título que bajo la denominación de *Disposiciones finales*, comprende en un primero capítulo las infracciones administrativas y sus sanciones, en el segundo capítulo se refiere a dos delitos, que son el tráfico ilícito y la disposición ilegal –lo que es conveniente incorporar en el Código Penal y no en una norma de corte administrativo–, un tercer capítulo que se refiere a las responsabilidades por daños ambientales de carácter civil, y finalmente un cuarto capítulo que trata sobre las modificaciones y las derogaciones. No existe una conexión lógica al incluir en el mismo título las responsabilidades con las modificaciones y las derogaciones, son temas que se deben tratar totalmente por aparte al estructurar una norma jurídica.

VI. EL RÉGIMEN TRIBUTARIO

Para cumplir con los objetivos de las políticas en favor del medio ambiente en materia de residuos se requiere una eficiente administración pública del régimen tributario. La introducción de instrumentos de tipo fiscal para la protección del medio ambiente se inició en la década de los noventa del siglo XX, con una importante iniciativa en los países nórdicos. Se dieron las primeras pautas para los tributos ecológicos y se crearon las comisiones oficiales encargadas del seguimiento de la reforma tributaria, obteniéndose como resultado la “reforma fiscal verde”, incorporando al sistema fiscal elementos medioambientales, suprimiéndose estructuras tributarias que producían efectos negativos en el medio ambiente³⁰.

Las políticas tributarias de un gobierno de turno son de lo menos agradable para la ciudadanía. Sin embargo, en cuanto a la protección del medio ambiente el régimen tributario ambiental tiene una carga importante del valor solidaridad, pues no solamente se trata de nuestros intereses sino que también de la preservación del medio natural, pues existen conductas que se deben corregir por lesionar los bienes ambientales.

Cuando se hace referencia a tributos ambientales se exige algo más que un servicio prestado por una institución pública para tutelar el medio ambiente, se exige un cambio en las conductas que realizan los sujetos que provocan un impacto negativo para el medio ambiente, se trata de un fin extrafiscal³¹.

A tenor del artículo 4.d., del Código Municipal, la municipalidad posee la autonomía política, administrativa y financiera que le confiere la Constitución, teniendo como atribución la aprobación de las tasas, los precios y las contribuciones municipales, así como proponer los proyectos de tarifas de impuestos municipales. Sin embargo, la protección del medio ambiente en el ámbito local a través de los tributos no ha logrado obtener los resultados deseados, lo que se ha debido en parte a una falta de desarrollo de las políticas tributarias comprometidas con el medio ambiente. La protección de los bienes ambientales no es un asunto de bajos presupuestos, si en realidad se pretende que los municipios cuenten con un régimen tributario progresivo, el factor económico es un aspecto que requiere un capital importante.

30 Vid. LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, T. J., (*et al.*), “Medio Ambiente y reforma fiscal: una propuesta autonómica”, *RIGA*, núm. 73, 2005, p. 32.

31 Vid. ALARCÓN GARCÍA, G., “La fiscalidad ambiental: el fenómeno tributario y su relación con el medio ambiente”, VICENTE GIMÉNEZ, M^a. T. (Coordinadora), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 2002, p. 265; SERRANO PAREDES, O., “Coordenadas para el establecimiento de un impuesto de naturaleza extrafiscal a la eliminación de residuos”, *RIGA*, núm. 71, 2004, p. 42.

Como se indicó, parte de las funciones de las municipalidades –artículo 8.h., de la LR– es la fijación de las tasas para los servicios de manejo de residuos que incluyan los costos para realizar una gestión integral de estos. Se autoriza el establecimiento de tasas diferenciadas, según el tipo y la cantidad de residuos a aquellos que separen en la fuente, u otra forma de incentivo fiscal para el generador o el gestor, que contribuya en el cantón a la gestión integral de los residuos³². Sin embargo, no hay un aporte significativo por parte de la LR en lo que se refiere a la imposición de tributos para una mejor consecución de los objetivos medioambientales en la regulación de los residuos. Las tasas por los servicios de gestión de residuos solamente podrán caracterizarse como ambientales cuando respondan realmente a las exigencias ambientales de la política de residuos y, en este sentido la LR no es progresiva³³.

Como política institucional en defensa del medio ambiente los tributos ambientales en materia de residuos deben estructurarse para reducir la generación de los residuos, tanto cuantitativa como cualitativamente. El régimen tributario medioambiental debe procurar la prestación de servicios ambientales de primer orden, desincentivando las inconveniencias producidas por los residuos que se generen tanto a nivel doméstico como industrial. Un régimen tributario ambiental ordenado y preciso puede llegar a desincentivar la generación de los residuos a niveles importantes e, incorporar tratamientos más adecuados para la gestión de los residuos.

VII. CONCLUSIONES

Una adecuada gestión de los residuos depende de la organización administrativa que se desarrolle entre el ente rector y las demás instituciones públicas, principalmente con los entes locales. El Ministerio de Salud y las municipalidades deben crear planes eficientes y reales para resolver la problemática de los residuos en el país. Es una labor que requiere de un alto grado de precisión política tanto a nivel de planificación institucional como de desarrollo presupuestario. Un Estado de Derecho democrático, social y ecológico lo es en el tanto se den resultados en la protección preventiva del medio ambiente y la salud de los ciudadanos.

La problemática de los residuos tiene una gran dinámica que requiere ser combatida mediante una normativa ágil y precisa, por ello la importancia de

que los entes locales logren constituir reglamentos que resuelvan su propia realidad, mediante la mayor precisión de la seguridad jurídica y la calidad normativa.

En cuanto a las responsabilidades compartida y extendida del productor; si bien tienen sustento normativo, todavía sigue siendo muy débil su aplicación para la adecuada gestión de los residuos, por tratarse de principios de carácter preventivo que dependen de mecanismos institucionales de mayor iniciativa y previsión, de lo cual todavía se carece.

Siendo que el régimen de responsabilidad administrativa de los residuos depende de la aplicación de las sanciones por las infracciones que comentan los sujetos generadores o poseedores de los residuos, es importante desarrollar políticas preventivas para la adecuada gestión de los residuos y, así lograr desincentivar esos actos que resultan contrarios a la regulación de los residuos, lo que se puede lograr mediante una adecuada valorización de los residuos y un régimen tributario ambiental comprometido con el medio ambiente.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN GARCÍA, G., “La fiscalidad ambiental: el fenómeno tributario y su relación con el medio ambiente”, VICENTE GIMÉNEZ, M^a. T. (Coordinadora), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 265-278.

ALENZA GARCÍA, J. F., “Medio ambiente”, en VV. AA., *Administración pública y economía: balance del papel de las administraciones públicas tras los procesos de liberalización*, INAP-inap, Madrid, 2001, pp. 27-40.

- “Las tasas por la eliminación de residuos urbanos y el principio de quien contamina paga”, *RdA*, núm. 1, 2002, pp. 133-149.

ARENAS CABELLO, F. J., “Las operaciones de gestión de residuos y sus modificaciones según la Directiva 2008/98, sobre Residuos”, *RAP*, núm. 182, 2010, pp. 227-241.

CALVO CHARRO, M., *Sanciones medioambientales*, Marcial Pons-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000.

DROMI, R., *El Derecho Público en la Hipermmodernidad*, Hispania Libros-Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, México-Madrid, 2005.

32 En concordancia con el artículo 74, de la Ley Nº 7794, de 30 de abril de 1998, “Código Municipal”. La Gaceta Nº 94, de 18 de mayo de 1998. El artículo en referencia fue modificado por el artículo 58.a., de la LR.

33 Vid. ALENZA GARCÍA, J. F., “Las tasas...”, p. 136.

- GÓMEZ PUERTO, A., "Sistema normativo de gestión ambiental de los residuos urbanos", *AA*, núm. 17, 2001, pp. 681-683.
- JIMÉNEZ PLAZA, C., *La Gestión de Residuos en los Municipios*, Iustel, Madrid, 2006.
- KUMMER, K., *International management of Hazardous wastes. The Basel Convention and Related Legal Rules*, Clarendon, Oxford, 1995.
- LARSSON, M.-L., *The Law of Environmental Damage. Liability and Reparation*, Kluwer Law International-Norstedts Juridik AB, The Hague-London-Boston-Stoc-kholm, 1999.
- LEE, M., *EU Environmental Law: Challenges, Change and Decision-Making*, Hart, Oxford-Portland, 2005.
- LÓPEZ-GUZMÁN GUZMÁN, T. J., (et al.), "Medio Ambiente y reforma fiscal: una propuesta autonómica", *RIGA*, núm. 73, 2005, pp. 31-39.
- MARTÍN, S. J., "El derecho de libre acceso a la información pública", JIMÉNEZ, E. P. (Coordinador), *Derecho Ambiental (Su actualidad de cara al tercer milenio)*, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 289-364.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M^a. F., *La ordenación jurídica de los residuos urbanos*, Comares, Granada, 2002.
- MONTES CORTÉS, C., "Panorama general de los residuos sólidos en el Derecho ambiental colombiano", la autora (Compiladora), *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 17-46.
- OCHOA MONZÓ, J., "La participación ciudadana y el marco de la prevención y control integrado de la contaminación", BAUCCELLS I LLADÓS, J. y VERNET I LLOBET, J. (Coordinadores), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons-Grup de Recerca en Dret del Medi Ambient, Madrid, 2004, pp. 193-220.
- ORTEGA BERNARDO, J., *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- "La gestión de los residuos en el derecho español", MONTES CORTÉS, C. (Compiladora), *Régimen jurídico y ambiental de los residuos sólidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 99-138.
- PEÑALVER I CABRÉ, À., "Nuevas tendencias sobre la inactividad administrativa en la aplicación de las sanciones ambientales", *QDL*, núm. 7, 2005, pp. 173-185.
- PÉREZ CONEJO, L., *La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación "difusa") en el proceso contencioso-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- PIGRAU SOLÉ, A., (et al.), "La adopción de una perspectiva integrada en la política comunitaria ambiental: la Directiva 96/61/CE relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación", BAUCCELLS I LLADÓS, J. y VERNET I LLOBET, J. (Coordinadores), *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Marcial Pons-Grup de Recerca en Dret del Medi Ambient, Madrid, 2004, pp. 19-68.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., "Medio ambiente y administración local", *RDU*, núm. 188, 2001, pp. 173-189.
- SANCHO GONZÁLEZ, E., "El contenido de la autonomía Municipal en Costa Rica", *RCDC*, II, 2001, pp. 99-120.
- SANTAMARÍA ARINAS, R.J., *Régimen Jurídico de la Producción y Gestión de Residuos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- SERRANO PAREDES, O., "Coordenadas para el establecimiento de un impuesto de naturaleza extrafiscal a la eliminación de residuos", *RIGA*, núm. 71, 2004, pp. 31-52.
- WEALE, A. (et al.), *Environmental Governance in Europe. An Ever Closer Ecological Union?*, Oxford University, Oxford, 2003.

LA OMISIÓN O INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CRITERIO DE ANORMALIDAD Y DE RESPONSABILIDAD

Lic. Mario Quesada Aguirre¹

Resumen

En el ámbito costarricense la falta de acción administrativa –*lamentablemente*– se ha tornado en una atrofia constante. Luego de la emisión de varias normas y de diversas reformas legales tendientes a “salvaguardar” la ética y el correcto funcionar del Aparato Administrativo, se ha caído en excesos y se ha fomentado la “*Cultura del No Hacer*”. Así es, la generalidad de los Funcionarios Público prefieren NO ACTUAR, pensando que con ello logran minimizar o atenuar las responsabilidades y riesgos que el hacerlo les produce. Siendo –*tal vez*– por ello que nuestro Poder Judicial ha tomado una línea jurisprudencial tendiente a hacer ver que “*en la Omisión también hay Responsabilidad*”. Y es ante tal panorama real que se procura por este medio el aludir y consignar algunos de los principales fallos emitidos en nuestro ámbito Judicial en materia de Responsabilidad por Omisiones.

Abstract

In the Costa Rican scope the lack of administrative action – lamentably– has become in a constant atrophy. After emission of several norms and diverse legal reforms “to safeguard” the ethics and the correct one to work of the Administrative Apparatus, one has fallen in excesses and the “*Culture of Not Doing*” has been fomented. Thus it is, the majority of the Officials Government prefer **NOT TO ACT**, thinking that with it they manage to diminish or to attenuate the responsibilities and risks that doing it produce to them. Being – such time for that reason that our Judicial Power has taken a jurisprudencial line to make see that “**in the Omission also there is Responsibility**”. And it is before such real panorama that alluding is procured by this means and to brief some of the main failures emitted in our Judicial scope in the matter of Responsibility default.

Palabras Clave

Omisión, Anormalidad, Administración Pública, Respuesta, Responsabilidad

Key Words

Omission, Abnormality, Public Administration, Answer, Responsibility

I. Introducción

Uno de los principales actores en nuestro entorno social, político, económico y jurídico lo es y será siempre la Administración Pública (sentido laxo). Así las cosas, sus acciones y omisiones presentan gran relevancia en el ámbito de toda la actividad del país y de la Nación. Día con día son miles las peticiones, consultas, quejas, recursos y demás gestiones que los administrados o particulares debemos cursar ante el “Aparato Administrativo Estatal”. Y cada día es mayor el nivel de omisión o silencio que como “respuesta” se obtiene. Constituyendo tal una de las mayores atrofias y defectos de nuestra Administración Pública. Por miles se cuentan las Acciones de Amparo ante la Sala Constitucional por las que se reclaman infracciones a los Derechos Fundamentales de Petición y Justicia (*artículos 27 y 41 de nuestra Carta Política Fundamental*) y, en lo más actual, podemos visualizar el creciente número de Acciones Contenciosas de “*Amparo de Legalidad*” que son incoadas ante la jurisdicción ordinaria competente en la materia, todas en procura de una respuesta y, más allá, de Justicia. Pero no obstante la abundancia de acciones en reclamo de alguna respuesta o de un proceder debido, pese a las innumerables condenatorias del Estado y de sus agentes, su proceder omiso sigue siendo una constante, *una nefasta y negativa constante*. Tal ha sido el grado que en lo reciente nuestra Sala Constitucional ha determinado establecer dentro de su estructura interna un proceso de seguimiento y verificación de sus sentencias y mandatos, *toda vez que la omisión ha afectado la eficacia y eficiencia de su labor; toda vez que las Administraciones y los Funcionarios Públicos destinatarios le hacen caso omiso y dejan de proceder en forma debida*. Mientras que en los ámbitos Legislativo y Ejecutivo se ha promulgado y sancionado una reforma a la Ley No. 8220: “*Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos*”, de 4 marzo de 2002 y sus reformas, por la cual se determinan responsabilidades por omisión de respuesta a los Servidores

¹ Abogado y Notario Graduado de la Universidad de Costa Rica. Nacido el 12 de setiembre de 1965. Funcionario del Ministerio de Obras Públicas y Transportes por 27 años. Actualmente Juez Titular del Tribunal Administrativo de Transporte del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Asesor Jurídico del Nivel Superior de dicho Ministerio y Miembro del Consejo de Administración del Consejo Nacional de Vialidad. Con experiencia amplia y especialización en las áreas de la Contratación Administrativa, el Transporte Público y temas similares y afines en el ámbito del Derecho Público.

Públicos (artículo 10, *falta grave*) y se procura fortalecer, en algo, la figura del Silencio Positivo. Siendo ante nuestra interrogante de hasta dónde se podrá seguir tolerando esa situación, es que ha surgido una breve, pero sustanciosa, investigación sobre lo que nuestras Instancias Judiciales se han referido en cuanto la Responsabilidad en que incurren la Administración Pública y sus Agentes ante situaciones de daño y/o perjuicio derivadas o relacionadas con su “*proceder omiso*”. El enfoque de interés es el de apreciar cómo la Administración y sus Funcionarios por ese proceder omiso **pueden verse involucrados en situaciones de alto nivel de responsabilidad, no siendo real que con “no actuar” los riesgos y responsabilidades que se toman sean menores.** Esperamos que el contenido de este artículo sirva para que los Servidores Públicos valoren mejor sus deberes y responsabilidades; o como instructivo para que los Administrados puedan ejercer y reclamar mejor sus derechos. En lo que nos interesa, valoraremos aspectos medulares como lo son: *el Deber Fundamental de Respuesta, las Bases Esenciales de la Responsabilidad Administrativa; el Funcionamiento Anormal de la Administración y a Omisión o Inactividad Administrativa como Criterio de Anormalidad, Responsabilidad e Ilícitud.* Esperando, verdaderamente, cumplir con los objetivos genéricamente enunciados líneas atrás.

II. Sobre el Deber de Respuesta

Consabido es que la Administración Pública presenta la obligación o deber de pronunciarse expresamente (*manifestación expresa de la voluntad*), cuando se le ha presentado un reclamo, consulta, petición, queja o recurso por parte de un administrado (particular) o, por qué no, en razón de las relaciones internas que determinan su correcto y debido actuar. Siendo esto lo regular, lo ordinario y debido². Respuesta de “*tiene que darse y en un plazo razonable que permita calificarla como pronta y no como retrasada*”.³ Obligación que en nuestro medio es de orden Fundamental, al estar tutelada por el texto de los numerales 27, 30, 41 y 129 de nuestra Constitución Política, entre otros.

Los lineamientos y condiciones atinentes a los Derechos Fundamentales antes indicados han sido, de sobra, determinados por la Sala Constitucional, en resoluciones claras y significativas como las que utilizamos

2 DROMI, José Roberto: El Procedimiento Administrativo, Argentina, Editorial Ciudad Argentina, 1999.

3 ORTIZ ORTIZ, Eduardo: Los Privilegios de la Administración Pública, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 94.

de seguido para dar contenido a este apartado:

...”III.- Sobre las gestiones y solicitudes realizadas. Derecho de petición y pronta respuesta.” [...] “La Sala en ocasiones similares, ha determinado la relación entre el procedimiento administrativo y los plazos razonables para que la administración atienda las peticiones y reclamos realizados por los administrados, en ese sentido en Sentencia 2005-17486 de las 18:31 horas del 20 de diciembre de 2005, se indicó:

“...IV.- DERECHO A UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PRONTO Y CUMPLIDO. Las administraciones públicas en el ejercicio de sus potestades, competencias o atribuciones deben conocer y resolver en la sede administrativa o gubernativa previa, a través de un procedimiento, múltiples solicitudes de los administrados o usuarios de los servicios públicos a efecto de obtener un acto administrativo final, cuyo contenido psíquico puede ser volitivo, de juicio o de conocimiento. Ese acto administrativo conclusivo de un procedimiento administrativo puede otorgar o reconocer derechos subjetivos o intereses legítimos -situaciones jurídicas sustanciales- (actos favorables) o bien suprimirlos, denegarlos o imponer obligaciones (actos de gravamen o ablatorios). Es lógico y sensato que no puede haber una justicia administrativa inmediata, puesto que, la administración pública y sus órganos requieren de un plazo prudencial para tramitar de forma adecuada la respectiva petición y dictar la resolución administrativa más acertada y apegada a la verdad real de los hechos que constituyen el motivo del acto final. Lo anterior significa que entre el pedimento inicial formulado por el administrado y su resolución final debe mediar un tiempo fisiológicamente necesario (*vacatio o distantia temporis*), impuesto por la observancia de los derechos fundamentales de aquel (debido proceso, defensa, bilateralidad de la audiencia o contradictorio) y la mejor satisfacción posible de los intereses públicos. No debe perderse de perspectiva que el procedimiento administrativo se define como un conjunto de actos -del órgano administrativo director, decisor y del propio gestionante- concatenados y teleológicamente vinculados o unidos que precisan de tiempo para verificarse. Consecuentemente, la substanciación de las solicitudes formuladas por los administrados requiere de un tiempo necesario que garantice el respeto de los derechos fundamentales de éstos, una ponderación adecuada de los elementos fácticos, jurídicos, del interés particular, de terceros y de los intereses públicos involucrados. Sin embargo, lo anterior no legitima jurídicamente a las administraciones públicas para que prolonguen indefinidamente el conocimiento

y resolución de los asuntos que los administrados les han empeñado, puesto que, en tal supuesto los procedimientos se alargan patológicamente por causas exclusivamente imputables a éstas, siendo que los administrados no tienen el deber o la obligación de tolerar tales atrasos y dilaciones indebidas. El Derecho a una justicia pronta y cumplida del ordinal 41 de la Constitución Política no se limita, en el Derecho Administrativo, al ámbito jurisdiccional, esto es, a los procesos que conoce la Jurisdicción Contencioso Administrativa creada en el artículo 49 del mismo cuerpo normativo supremo, sino que se proyecta y expande con fuerza, también, a la vía administrativa o gubernativa previa a la judicial, esto es, a los procedimientos administrativos. De modo y manera que es un imperativo constitucional que los procedimientos administrativos sean, igualmente, pronto, oportunos y cumplidos en aras de valores constitucionales trascendentales como la seguridad y la certeza jurídicas de los que son merecidos acreedores todos los administrados. Precisamente por lo anterior, los procedimientos administrativos se encuentran informados por una serie de principios de profunda raigambre constitucional, tales como los de prontitud y oportunidad (artículo 41 de la Constitución Política), más conocido como de celeridad o rapidez (artículos 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), eficacia y eficiencia (artículos 140, inciso 8, de la Constitución Política, 4º, 225, párrafo 1º, y 269, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública), simplicidad y economía procedimentales (artículo 269, párrafo 1º, ibídem). Estos principios rectores de los procedimientos administrativos, le imponen a los entes públicos la obligación imperativa de substanciarlos dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas, es decir, sin retardos graves e injustificados para evitar la frustración, la eventual extinción o la lesión grave de las situaciones jurídicas sustanciales invocadas por los administrados por el transcurso de un tiempo excesivo e irrazonable. El privilegio sustancial y posicional de las administraciones públicas, denominado autotutela declarativa y que, a la postre, constituye una pesada carga para los administrados, no debe invertirse y ser aprovechado por éstas para causarle una lesión antijurídica al administrado con la prolongación innecesaria de los procedimientos administrativos.

V.- NATURALEZA DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS Y PLAZOS RAZONABLES. En materia de procedimientos administrativos, es menester distinguir entre el de naturaleza constitutiva y el de impugnación. El primero tiene como principal propósito el dictado de un acto administrativo final que resuelva el

pedimento formulado por el gestionante o parte interesada -en un sentido favorable o desfavorable-, y el segundo está diseñado para conocer de la impugnación presentada contra el acto final que fue dictado en el procedimiento constitutivo -fase recursiva-. El procedimiento constitutivo puede ser, a modo de ejemplo, los procedimientos ordinario y sumario normados en la Ley General de la Administración Pública o cualquier otro especial por razón de la materia regulado en una ley específica y que sea posible encuadrarlo dentro de las excepciones contenidas en el numeral 367, párrafo 2º, de la Ley General de la Administración Pública y en los Decretos Ejecutivos números 8979-P del 28 de agosto y 9469-P del 18 de diciembre, ambos de 1978. El procedimiento de impugnación comprende los recursos ordinarios (revocatoria, apelación y reposición) y los extraordinarios (revisión). Para sendos supuestos, y en lo que se refiere a los procedimientos administrativos comunes -ordinario, sumario y recursos-, la Ley General de la Administración Pública establece plazos dentro de los cuales la respectiva entidad pública debe resolver ya sea la petición o solicitud inicial o el recurso oportunamente interpuesto. En efecto, el artículo 261, párrafo 1º, de la Ley General de la Administración Pública establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación; para la hipótesis del procedimiento sumario, el artículo 325 ibídem, dispone un plazo de un mes -a partir de su inicio- para su conclusión. En lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2º, fija un plazo de un mes. Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitución Política..." IV. Conclusión.- A juicio de esta Sala todas las peticiones y reclamos que se han mencionado como no atendidas, desde su fecha de presentación, ha transcurrido un plazo más que razonable para que la Administración se pronunciara sobre las mismas por lo que se ha producido un retardo injustificado en la tramitación, resolución y notificación, situación que es contraria a lo establecido en los artículos 27 y 41 constitucionales..." En consecuencia, el recurso resulta procedente únicamente en cuanto a estas gestiones, debiéndose declarar sin lugar respecto de las demás gestiones mencionadas en el libelo..."⁴

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2008-10651 de las dieciséis horas y treinta y siete minutos del veintiséis de junio del dos mil ocho, Recurso de Amparo, Expediente No. 07-016390-0007-CO.

Y en concomitancia con lo anterior, la misma Sala Constitucional ha dejado muy en claro:

...”III.- Sobre el derecho de petición, pronta resolución y el derecho a obtener justicia pronta y cumplida.- El derecho de petición, establecido en el artículo 27 Constitucional, hace referencia a la facultad que posee todo ciudadano para dirigirse por escrito a cualquier funcionario público o entidad oficial con el fin de exponer un asunto de su interés. Esta garantía se complementa con el derecho a obtener pronta respuesta, aunque esto último no significa que el administrado deba recibir una contestación favorable a sus intereses. En este punto deben diferenciarse las peticiones puras y simples de información, los reclamos administrativos, las denuncias y otras solicitudes. En el primer caso, normalmente la respuesta deberá darse dentro de los diez días siguientes a la recepción de la petición, como lo ordena el artículo 32 de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Excepcionalmente, si la contestación no puede brindarse dentro de ese término por razones justificadas, la Administración está obligada a explicar, dentro del plazo exigido por la Ley, cuáles son los motivos por los que no puede atender la petición en ese momento -obviamente, en el entendido de que más adelante, cuando pueda hacerlo, deberá responder cabalmente la petición-. La explicación correspondiente deberá ser clara, profusa y detallada, con el objeto de que el petente quede debidamente informado y pueda ejercer las acciones legales que juzgue apropiadas. En el segundo caso, cuando se trata de reclamos o recursos -en que el particular pide la declaración o restitución de un derecho subjetivo-, como lo ha señalado esta Sala, no es el artículo 27 Constitucional el aplicable, sino el 41: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Lo anterior, por cuanto los reclamos y recursos administrativos, a diferencia de las peticiones puras, requieren un procedimiento para verificar los hechos que han de servir de motivo al acto final, así como adoptar las medidas probatorias pertinentes (véase la sentencia N° 2002-03851 de las 14:56 horas del 30 de abril de 2002). Usualmente, el término para resolver está dado por el artículo 261, párrafo 1°, de la Ley General de la Administración Pública, que establece que el procedimiento administrativo ordinario debe ser concluido, por acto final, dentro del plazo de dos meses posteriores a su iniciación (véase la sentencia número 759-93 de las 16:39 horas del 15 de febrero de 1993). En la hipótesis del procedimien-

to sumario, el artículo 325 de esa misma ley dispone un plazo de un mes -a partir de su inicio- para que la Administración concluya la tramitación. Además, en lo tocante a la fase recursiva o procedimiento de impugnación, el numeral 261, párrafo 2° del mismo cuerpo legal fija también el término de un mes para resolver. Lo anterior se afirma en el entendido de que, en virtud del principio del debido proceso que rige en la vía administrativa, la autoridad recurrida está obligada no sólo a resolver dentro del período conferido por la ley para tal efecto, sino también a notificar la resolución respectiva dentro de ese mismo lapso de tiempo. En el tercer caso, cuando se trata de denuncias, la Sala ha reconocido y declarado que, como instituto jurídico utilizado por los administrados para poner en conocimiento de la Administración hechos que el denunciante estima irregulares, ilegales o contrarios al orden público, ésta deviene en un modo de participación en asuntos que conciernen al interés público, perfectamente compatible y, de hecho, fundamentada en el principio democrático, por lo que se ubica -al igual que las peticiones de información, los reclamos administrativos y las solicitudes de otorgamiento de ciertos derechos-, dentro del concepto genérico de petición establecido en el artículo 27 constitucional, con su correlativo derecho de obtener resolución. Por esa razón, si bien el denunciante no es parte en el procedimiento y no existe un plazo legalmente establecido para resolver al efecto, esta Sala ha sostenido reiteradamente que aquel, si así lo desea, tiene derecho a que se le comunique el resultado de su gestión en un término razonable (véase la resolución N° 2002-06543 de las 08:57 horas del 5 de julio de 2002). Por último, entendiéndose de solicitudes para obtener autorizaciones, permisos y/o licencias, los artículos 330 y 331 de la Ley General de Administración Pública disponen que la Administración cuenta con el plazo de un mes, contado a partir del momento en que recibe la solicitud, para resolver lo que en derecho corresponda (véase las resoluciones N° 171-89 de las nueve horas treinta minutos del quince de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve y N° 3072-93 de las 16:00 horas del 30 de junio de 1993). En caso de que la solicitud no reúna todos los requisitos necesarios, lo propio es que la Administración haga la prevención correspondiente, a fin de que los defectos sean subsanados (sentencia N° 2001-01116 de las 17:21 horas del 7 de febrero de 2001).

IV.- Cuando un órgano o ente público se excede en estos plazos, en tesis de principio, se produce un quebranto del derecho a una justicia administrativa pronta y cumplida establecido en el artículo 41 de la Constitu-

ción Política. No obstante, lo anterior en modo alguno implica una constitucionalización de los plazos legales, pues lo que se tutela es el derecho que toda persona tiene a que su causa se resuelva dentro de un plazo razonable; plazo que ha de ser establecido en cada caso concreto, atendiendo a la complejidad técnica del asunto del que se trate, la amplitud de la prueba por evacuar, las consecuencias para las partes de la demora o el grado de afectación a la persona o al ambiente del acto impugnado, la conducta de los litigantes y de las autoridades involucradas, las pautas y márgenes ordinarios del tipo de procedimiento en cuestión y el estándar medio para la resolución de asuntos similares por las autoridades de la misma materia (véanse las sentencias Nº 2003-13640 de las 13:50 horas del 28 de noviembre del 2003). Por lo tanto, un incumplimiento de los términos legales, puede, a veces, no entrañar una violación a los artículos 27 y 41 de la Constitución. En efecto, el quebrantamiento de los ordinales constitucionales, en estos casos, se constata al ponderar -de conformidad con la prueba que obra en autos- que la substanciación del procedimiento se produjo sin dilaciones indebidas (véase la sentencia Nº 2002-09041 de las 15:02 horas del 17 de setiembre de 2002).”...⁵

III. La Administración Responde

”Es hoy un principio unánimemente aceptado en nuestro medio, el de que la Administración responde por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. Así lo dispone la Ley General de la Administración Pública y lo ha dicho nuestra jurisprudencia, la que además reconoce en el instituto de la responsabilidad, uno de los pilares fundamentales de nuestro Estado democrático de Derecho, como derivación de las exigencias constitucionales de responsabilidad de los poderes públicos y de tutela judicial efectiva, previstas y garantizadas en la Carta Fundamental en sus numerales 9 y 41; particularmente este último en cuanto dispone que: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”. Para que surja el deber de indemnizar deben darse eso sí tres elementos, a saber, a) la existencia de un daño o lesión que no se tiene el deber jurídico de soportar, y que debe ser cierto, real y efectivo –no meramente eventual o hipotético- y

evaluable en dinero, b) una actuación u omisión de una autoridad pública, y c) un nexo causal entre ambas cosas, de forma que el menoscabo causado le sea imputable al Estado o a sus instituciones.⁶

IV. Funcionamiento Anormal de la Administración. Concepto y Diferencia con Otras Figuras Afines

En general puede decirse que el funcionamiento anormal comprende aquéllos supuestos en donde el servicio público se presta en forma antijurídica, sea porque se violaron las leyes y reglamentos que lo rigen, las normas técnicas de buena organización o administración, o se desatendieron las reglas de prudencia propias de la actividad de que se trate, pues como bien lo señalan dos connotados tratadistas españoles: “La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los [daños] a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (culpa in committendo o por acción positiva), como si no ha funcionado (culpa in omittendo, abstenciones cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional, deber con base en el art. 103.1 de la Constitución), ya que todos esos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la ley utiliza (‘funcionamiento anormal’)” (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo II. Madrid. Civitas 6ª ed. 1999, pág. 390).⁷

En otros términos, tal y como lo ha definido la Sala Primera de la Corte, en su Sentencia número 211-F-2005 de 9 horas 40 minutos del 7 de abril de 2005, la omisión en el debido proceder administrativo es causal de responsabilidades:

“De esta manera, ha de entenderse la inactividad material administrativa como aquella derivada de la omisión en el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida, que se produce cuando, fuera de un procedimiento administrativo, la Administración incumple, por omisión, una obligación impuesta por el ordenamiento jurídico o por cualquier otro mecanismo de autovinculación (como es el caso de un acto propio o de los instrumentos consensuales), con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente. Más simple, hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera de un

⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2006-015454 de las dieciséis horas y treinta y cinco minutos del veinticinco de octubre del dos mil seis, Expediente No. 06-011571-0007-CO.

⁶ Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 597-2005 de las catorce horas diez minutos del nueve de diciembre del dos mil cinco. Expediente. No. 03-000066-0163-CA.

⁷ *Ibid.*

procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos. Se trata de esa “*culpa in ommittendo*” en la que se incumple por inacción el deber funcional de actuar. De más está decir, que la indolencia administrativa puede producir (y de hecho produce) más graves lesiones que la propia actuación limitativa del órgano o ente público. De ahí que, ha de afirmarse de manera contundente (con fundamento y de acuerdo con lo dicho en considerandos anteriores) que la Administración Pública también es responsable por los daños y perjuicios ocasionados con su inactividad administrativa. Esa pasividad frente al cumplimiento de obligaciones preexistentes se enmarca, para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, como funcionamiento anormal de la Administración (en tanto se corresponda con una actividad material debida) y con una conducta ilegítima, que para este caso pueden ser concurrente, en la medida en que el incumplimiento de lo debido no sólo atenta contra las reglas de buena administración, sino que infringe la juricidad en tanto incumple las potestades administrativas funcionales que dimanen del propio Ordenamiento Jurídico. Esto es tanto más acentuado cuanto de servicios públicos se trata, pues el incumplimiento de una actividad u obra de titularidad pública, las más de las veces, también de interés general, potencia el nivel de riesgo inherente al servicio y agudiza la afectación del colectivo, con eventual lesión directa de particulares situaciones subjetivas (...)”.⁸

V. La Omisión o Inactividad de la Administración Pública como Criterio de Anormalidad, Responsabilidad e Ilícitud

Se entiende también que para que se den tales hipótesis de responsabilidad, debe estarse ante una violación de los estándares de rendimiento medio de los servicios, lo que obliga a valorar factores variables como el grado de sensibilidad social y de desarrollo efectivo de esas típicas actividades prestacionales, pues como ya lo han dicho nuestros Tribunales los encargados de brindar la atención médica, se obligan a ejecutarla en forma diligente, ofreciendo al paciente aquellos medios idóneos para satisfacer sus intereses,

⁸ Ver Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 211-F-2005 de nueve horas cuarenta minutos del siete de abril del dos mil cinco 2005 citada en Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 390-2006, de las catorce horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil seis.

de manera que, según las reglas de su ciencia, deben buscar un diagnóstico acertado, aplicar el tratamiento aconsejable, proceder conforme a la técnica habitual y con la celeridad propia del caso.⁹

Especialmente ilustrativa, resulta la resolución de ese mismo Despacho, número 584-F-2005, de las diez horas cuarenta minutos del once de agosto de este año, que en lo conducente señaló:

...”VI.- Parámetros de Imputación Legal. El concepto de funcionamiento anormal y su distinción con figuras afines (...) el numeral 190 de nuestra Ley General de la Administración Pública refiere a “funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal”, de donde la legitimidad o su antítesis, hace referencia básicamente a las conductas jurídicas de la Administración, mientras que lo normal o anormal, apunta, ante todo (pero no en exclusiva), a la conducta material de la Administración, representada entre otras, por la actividad prestacional que se atribuye al Estado como parte de la categoría social que también se le asigna en procura del bienestar general del colectivo. Nótese como el artículo 194 de la indicada ley, hace referencia a los “actos lícitos”, bajo la concepción de actividad jurídica, distinguiéndolos en la misma norma, de lo que califica como “funcionamiento normal”, entendido como actividad material. De esta manera, la anormalidad atiene a aquellas conductas administrativas, que en sí mismas, se apartan de la buena administración (conforme al concepto utilizado por la propia Ley General en el artículo 102 inciso d., que entre otras cosas incluye la eficacia y la eficiencia) o de la organización, de las reglas técnicas o de la pericia y el prudente quehacer en el despliegue de sus actuaciones, con efecto lesivo para la persona. Esto permite señalar que la anormalidad puede manifestarse a través de un mal funcionamiento; un funcionamiento tardío, o una ausencia total de funcionamiento. Anormalidad e ilicitud, no deben por tanto adoptarse como conceptos equivalentes, ni siquiera en lo que corresponde a la hipótesis de aquel funcionamiento que siendo debido o conforme con las reglas antedichas, produce un resultado dañoso (denominado por algún sector doctrinal como “funcionamiento anormal por resultado”), pues en tal caso, lo que opera es una responsabilidad por funcionamiento normal con efecto o resultado lesivo, indemnizable, claro está, siempre que se cubran los requisitos preestablecidos expresamente por el propio Ordenamiento Jurídico (véase el mismo artículo 194 de la Ley Gene-

⁹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 23, de las catorce horas cuarenta minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.

ral de la Administración Pública). Tampoco debe confundirse esta “anormalidad” del funcionamiento y la “ilegitimidad” de éste, con la antijuricidad genérica y de base, imprescindible en toda reparación civil. En efecto, la responsabilidad civil nace de la antijuricidad, que a su vez se constituye en su fundamento (derivado algunas veces de una norma positiva, mientras que en otras, del principio básico traducido en el deber de no dañar a otro), y que para esta materia particular se concreta en la inexistencia de ese deber para soportar el daño. Siempre que la víctima no tenga ese deber de soportar la lesión, se convierte en antijurídica, por menoscabo a un tercero a contrapelo del ordenamiento. De no existir ésta, no cabe reparación. Resulta de esta forma incluso en la responsabilidad por conducta lícita, en la que pese a la juridicidad plena de la conducta adoptada, se produce una lesión que por no ser de obligado soporte, es antijurídica en su base, conforme a lo que va dicho. Así las cosas, si no existe el deber de sobrellevar la lesión (entendida como la consecuencia final ablativa de la conducta pública), es porque la Administración debía evitarla, o, en caso contrario y bajo ciertas circunstancias (requisitos del artículo 194 de la Ley General de la Administración Pública) asumir las consecuencias reparadoras de aquella que no pudo impedir. Se produce entonces, el incumpliendo al deber de indemnidad patrimonial de la persona, y en ese tanto, habrá que reputar la lesión a la esfera jurídica de la víctima como antijurídica, y por ende, de obligada reparación. De esta manera, puede afirmarse que sólo es indemnizable la lesión que confrontada con la globalidad del Ordenamiento, pueda reputarse como antijurídica en su base, pues lo contrario sería afirmar la compensación por acción dañosa frente a un menoscabo que el Ordenamiento no reprocha y que, por el contrario, tolera y consiente como normal y justificado. Debe reiterarse entonces, que para la existencia en Derecho de una reparación debida, ha de existir antijuricidad antecedente y de base, lo que en modo alguno apunta a la naturaleza (legítima o ilegítima) de la conducta desplegada por el agente productor del daño, ni por el resultado que produce dicha acción u omisión. En efecto, aún en los supuestos de funcionamiento legítimo y normal, en los que no existe ilicitud en el comportamiento, se produce una consecuencia dañosa, que con determinadas características (intensidad excepcional o pequeña proporción de afectados), se reputa como de obligada reparación, lo cual dice de su antijuricidad, tanto así, que con la lesión misma surge la obligación civil y su consecuente derecho de accionar. Se puede sostener entonces, que la antijuricidad de base, a la que se hace referencia como sustrato y presupuesto global e imprescindible para la

responsabilidad, es cosa distinta e independiente del parámetro de imputación utilizada por el Sistema Jurídico, pues aún en el evento de un régimen objetivo (que excluya los elementos subjetivos de la culpa y dolo, para dar paso a una simple transferencia económica dirigida a restaurar el desequilibrio producido en la igualdad de las cargas públicas), hay antijuricidad, en la medida en que la norma declara la obligación existente bajo el presupuesto implícito de una lesión contraria a Derecho, que no debe ser soportada por la víctima. Esa reiterada antijuricidad estará siempre presente en el daño indemnizable, bien sea por funcionamiento normal o anormal, legítimo o ilegítimo.

VII.- La omisión como criterio de anormalidad e ilicitud. La obligatoriedad indemnizatoria frente a los daños y perjuicios causados por inacción. (...) En la actualidad es pacíficamente aceptado que la conducta administrativa abarca no solo el comportamiento activo de la Administración (y dentro de él, el acto administrativo) sino además, la conducta omisiva, ese “no hacer” que se ha dado en llamar inactividad de la Administración, tanto en su vertiente formal (en la medida en que se revierte en un acto presunto por silencio administrativo) como material (referida básicamente al ámbito prestacional de la organización administrativa). De esta manera, ha de entenderse la inactividad material administrativa como aquella derivada de la omisión en el cumplimiento de una obligación jurídica preestablecida, que se produce cuando, fuera de un procedimiento administrativo, la Administración incumple, por omisión, una obligación impuesta por el Ordenamiento Jurídico o por cualquier otro mecanismo de auto vinculación, como es el caso de un acto propio o de los instrumentos consensuales, con lesión directa de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, ya sea que altere o no una relación jurídico-administrativa preexistente. Más simple, hay inactividad de este tipo cuando existiendo para el ente u órgano público una obligación de dar o hacer impuesta por el ordenamiento jurídico o por una previa decisión suya, fuera o dentro de un procedimiento administrativo, no se despliega la debida actividad fáctica o jurídica que lleve a buen término la función otorgada, con detrimento de los derechos o intereses de uno o varios sujetos pasivos, ya sean privados o públicos, individuales o colectivos. Se trata de esa “*culpa in ommittendo*” en la que se incumple por inacción el deber funcional de actuar. De más está decir, que la indolencia administrativa puede producir (y de hecho produce) más graves lesiones que la propia actuación limitativa del órgano o ente público. De ahí que, ha de afirmarse de manera contundente (con fundamento y de acuerdo

con lo dicho en considerandos anteriores) que la Administración Pública también es responsable por los daños y perjuicios ocasionados con su inactividad administrativa. Esa pasividad frente al cumplimiento de obligaciones preexistentes se enmarca, para efectos de la responsabilidad civil extracontractual, como funcionamiento anormal de la Administración (en tanto se corresponda con una actividad material debida) y con una conducta ilegítima, que para este caso puede ser concurrente, en la medida en que el incumplimiento de lo debido no sólo atenta contra las reglas de buena administración, sino que infringe la juridicidad en tanto incumple las potestades administrativas funcionales que dimanan del propio Ordenamiento Jurídico...¹⁰

En torno al tema de la responsabilidad objetiva del Estado, son variados los pronunciamientos, de la Sala Primera de la Corte y de este Tribunal. Así, aquella autoridad –la Sala Primera– (entre otras muchas sentencias), en su fallo número 252-F-01 de 16 horas 15 minutos del 28 de marzo de 2001, en lo que interesa, dispuso:

“IV.- La responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública, como se sabe, es de vieja data y de raigambre constitucional. El artículo 41 de nuestra norma fundamental establece en la base misma del ordenamiento jurídico, un sistema objetivo para la indemnización del daño producido. De esta forma señala que “todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido de su persona, propiedad o intereses morales”. Del precepto, importa destacar varios aspectos: en primer término, se acude al vocablo “todos”, con lo cual se hace referencia a toda persona, ya sea física o jurídica, pública o privada. En segundo lugar, habrá de observarse, la referencia a la debida reparación, antes que a la indemnización, pues ciertamente ha de buscarse, en la generalidad de los casos, la restitución de cosas al estado anterior (reparación in-natura). Y por último, conviene destacar que, se hace total abstracción de cualquier elemento subjetivo como criterio de imputación, es decir, se deja de lado el tradicional concepto de dolo y culpa. La objetivación del sistema es entonces patente. Y conviene insistir en él toda vez que, entratándose de la Administración Pública, es este un giro copernicano del sistema, que invierte el orden de análisis para acentuar la atención, no en el sujeto productor del hecho dañoso, sino en la víctima de la lesión. No interesa ya, bajo el

esquema actual, la búsqueda del responsable del daño sino su reparación. En efecto, el artículo 190 de la Ley General de la Administración Pública dispone que “La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero”. Así las cosas, habrá responsabilidad del ente público, si la víctima del daño no tiene el deber jurídico de soportar la lesión producida. Ello implica que, si durante el ejercicio de los servicios públicos o de las potestades administrativas, se ocasiona un daño a tercero, debe responder el patrimonio estatal, salvo que hubiere operado causa eximente. Entra aquí en juego, el conocido cúmulo de faltas, en donde la falta personal del servidor, en tanto realizada en el ejercicio de su cargo, o bien con la utilización de medios o instrumentos brindados por la propia administración (nexo de ocasionalidad causal), comprometen el patrimonio del Estado (entendido en sentido lato)”.

V.- Insiste el llamado a juicio, en que debe operarse una exoneratoria parcial, ya que en su criterio, existe culpa de un tercero, posición de la que se discrepa. Dentro de ese marco conceptual, cabe también recordar, que la omisión o inactividad, puede provocar anormalidad e ilicitud en la conducta de la Administración, y por ende, el deber de indemnizar, los daños y perjuicios que ese comportamiento ocasione, claro está, a tenor del numeral 190 de la Ley General de la Administración Pública. Toda conducta omisiva – inactividad –, tiene dos conceptos: la formal, como es el caso de un acto presunto por silencio negativo, y la material, que se presenta, cuando no se presta el servicio en debida forma. Res. No. 390-2006. TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN SEGUNDA. Segundo Circuito Judicial. San José, a las catorce horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil seis.-

VI.- Responsabilidad Objetiva. El punto medular en la especie estriba en determinar la responsabilidad de la Administración por haber incumplido su deber de mantenimiento del puente peatonal sobre el Río Tortuguero, ubicado sobre la ruta nacional no. 247 y a raíz de esta omisión, causar un daño a la actora, sea, la muerte de su hijo Wilson Castillo Godoy. La mandataria estatal alega que existe una eximente pues un tercero coadyuvó en la producción del percance, por lo cual, debe atemperarse la condena en su contra. Para tales efectos, es necesario realizar algunas breves consideraciones en torno al tema referido. Ya esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el régimen de responsabilidad patrimonial a que está suje-

¹⁰ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 584-F-2005, de las diez horas cuarenta minutos del once de agosto de este año. Ver además: Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 597-2005 de las catorce horas diez minutos del nueve de diciembre del dos mil cinco. Expediente. No. 03-000066-0163-CA.

to el Estado. En este sentido en el fallo no. 584 de las 10 horas 40 minutos del 11 de agosto del 2005 realizó un amplio desarrollo y análisis sobre esta temática, detallando sus particularidades, marco de evolución, sustento constitucional entre otras consideraciones de importancia. En lo que viene relevante al caso, cabe señalar que la responsabilidad patrimonial (que no civil) y extracontractual de la Administración Pública, se enmarca dentro de un régimen preeminentemente objetivo, que comprende en su base tanto la teoría del riesgo como el equilibrio en la ecuación patrimonial. Con ello se procura esencialmente, la reparación indemnizatoria a quien ha sufrido una lesión atribuible a la organización pública como centro de autoridad. Este criterio finalista produce a su vez, una transformación plena en el eje central de la responsabilidad misma, pues abandona la observación analítica del sujeto productor del daño y la calificación de su conducta, para ubicarse en la posición de la víctima, que menguada en su situación jurídica, queda eximida en la comprobación de cualquier parámetro subjetivo del agente público actuante (salvo en lo que a su responsabilidad personal se refiere). Esto ocasiona, sin duda, un giro radical en el enfoque propio de su fundamento, ya que habrá responsabilidad del Estado siempre que la víctima no tenga el deber de soportar el daño, ya sea este de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial. A partir de allí, es patente la reversión de los componentes y efectos del instituto en pleno. Tanto los presupuestos esenciales como la carga de la prueba, adquieren un nuevo matiz, que libera al afectado no solo de amarras sustanciales sino también procesales, y coloca a la Administración en la obligada descarga frente a los cargos y hechos que se le imputan. En este marco, la responsabilidad marcadamente objetiva dispensa el análisis de factores de corte subjetivo e individual del agente productor para la determinabilidad de la reparación del daño, trasladándose a la esfera del lesionado. En tanto se haya sufrido una lesión como consecuencia de una conducta pública, sea esta activa u omisiva, que no tiene el deber de soportar, se impone el deber de resarcimiento, en virtud del principio de reparación integral del daño que se desprende del numeral 41 de la Constitución Política. En este mismo sentido, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias de esta Sala números 138 de las 15 horas 5 minutos del 23 de agosto; 192 de las 14 horas 15 minutos del 6 de noviembre, ambas de 1991; 48 de las 14 horas 10 minutos del 29 de mayo de 1996 y 55 de las 14 horas treinta minutos del 4 de julio de 1997.) A la luz de lo dispuesto en dichos precedentes, y como bien lo dispuso el Tribunal, el Ordenamiento Jurídico, a partir de la Ley General de la Administración Pública, adopta,

según se ha dicho, el sistema de responsabilidad preeminentemente objetiva. Por ello, no es necesaria la existencia -y, por ende, su demostración-, del dolo o la culpa o, en general, una falta subjetiva imputable a los servidores o funcionarios públicos para que surja el deber de resarcir los daños y perjuicios causados por su funcionamiento. Por ello, el canon 190 de ese cuerpo legal dispone con meridiana claridad la responsabilidad del Estado por su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo que converjan en el caso concreto, las causas eximentes que esa misma disposición, de forma taxativa expresa, a saber; la fuerza mayor, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, correspondiéndole a la Administración acreditar su existencia. De este órgano colegiado, puede verse las sentencias de esta misma Sala No. 589-F-99 de 14 horas 20 minutos del primero de octubre de 1999 y No. 252-F-01, de las 16 horas 15 minutos del 28 de marzo del 2001. En esta misma línea, el canon 194.3 de ese mismo cuerpo legal sienta las bases legales de la responsabilidad del Estado Legislador. Los numerales 9, 11, 33, 41 y 154, todos de la Carta Magna, constituyen el fundamento y sustento de la responsabilidad del Estado Juez por el error judicial, el funcionamiento anormal o ilícito de la función jurisdiccional. De ahí que no podría sostenerse una "impunidad" del Estado, bajo el fundamento de que carece de desarrollo legal, pues aquella se encuentra establecida por principio, en el marco de la Constitución, a la vez que supondría un quebranto a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y al control de la arbitrariedad de los poderes públicos. Así visto, su reconocimiento no está condicionado a la existencia de mandato legal que la regule. La responsabilidad aludida se rige por lo estatuido en la Carta Fundamental, es decir, constituye un principio de base constitucional, impuesto por las normas referidas y que busca el control del ejercicio de toda la función y conducta del Estado en cualquiera de sus esferas, así como la tutela de los derechos e intereses de los justiciables.

VII.- Parámetros de Imputación Legal. Funcionamiento anormal. Por las particularidades propias de la responsabilidad de la Administración Pública, generadas a través de su evolución gradual, así como el carácter objetivo alcanzado, con claro fundamento constitucional, no puede interpretarse como un deber resarcitorio, irrestricto y permanente, aplicable siempre y para todas las hipótesis de lesión. Sería inaudito un régimen de tal naturaleza y materialmente insoportable para cualquier Estado con recursos financieros limitados. Por ello se ha acudido a criterios de imputación que de alguna forma dimensionan, dentro de la

objetividad dicha, ese deber indemnizatorio originado por la conducta pública. De allí que puede afirmarse que, el nacional, es un régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de carácter objetivamente moderado, en tanto no renuncia a parámetros o criterios de imputación, sobre todo en lo tocante a la anormalidad e ilicitud, en la que de una u otra forma, valora y califica la conducta del aparato público. Se trata de criterios amplios y diversos a los de dolo y culpa que tradicionalmente utiliza el derecho común, pero que no por ello, dejan de convertirse en criterios de atribución que alejan el instituto de una mera transferencia patrimonial y automática, sin valoración alguna de la conducta administrativa desplegada.”

[...]

“En este ámbito de la responsabilidad pública “por inacción”, puede ocurrir que la lesión provenga, por vía directa y exclusiva, de la desidia administrativa, en tanto es suficiente para producir por sí misma un efecto negativo en la situación jurídica, preexistente o potencial, de aquel o aquella titular de un interés subjetivo pleno. Pero también suele ocurrir, y cada vez con más frecuencia, que el daño tiene por causa un doble comportamiento, uno, ejercido por un agente –público o privado–, por cuya acción se produce el menoscabo en la esfera jurídica vital del o los lesionados; y otro, que concurren con aquél, representado por la inacción de la autoridad pública que no ejerce, como es debido, la conducta requerida para evitar el daño. Se trata, en este último supuesto, de la fiscalización o tutela administrativa no actuada, que como inactividad concurre a producir la lesión y provoca por tanto, la responsabilidad compartida, casi siempre solidaria, de los dos agentes causantes del daño (entendidos como centros de imputación diversos, públicos o privados). La hipótesis de referencia no se corresponde con la mal llamada “inactividad indirecta”, pues nada de indirecto tiene la omisión antijurídica del órgano o ente competente, que opera, según se ha indicado y se reitera, como una causa más de la perturbación. De esta forma, la inacción fiscalizadora o bien de policía frente a conductas de terceros, se refleja normalmente, en aquella irregularidad que debió identificar oportunamente; o en aquel daño producido que debió prever de acuerdo con el estado de cosas existentes; o bien, por la omisión, que para estos efectos equivale a inactividad, jurídicamente reprochable que no ejerció en tiempo y forma, las prevenciones y medidas correctivas del caso. Claro está que tal imputabilidad depende, en alto grado, de la determinación de la existencia de

un nexo causal entre aquella inacción y la lesión, en tanto, solo cuando la inactividad haya coadyuvado en la generación del daño, la responsabilidad patrimonial administrativa sería aplicable. Esto es, cuando de no haberse omitido el ejercicio fiscalizador, la lesión, con probabilidad, no hubiere llegado a causarse. En este sentido, Resolución No. 308 de las 10 horas 30 minutos del 25 de mayo del 2006.”...¹¹

VI. Conclusiones

De manera preclara se colige de todo lo expuesto y de la línea jurisprudencial analizada; así como de la relevante modificación aplicada en lo actual al texto de la Ley No. 8220: “*Ley de Protección al Ciudadano del Exceso de Requisitos y Trámites Administrativos*”, que la falta de respuesta “pronta y cumplida” de un Funcionario Público y, *per se*, de la Administración en la cual éste opera, es una patología, algo impropio, una situación de falta grave y causal de responsabilidad. Tal atrofia, como se manifestó en la Introducción de este artículo, afecta el buen proceder no solo de la Administración, sino que de todo el desarrollo social, político, económico y jurídico y genera un riesgo mayor en perjuicio de la valoración de nuestro Estado.

Bien vale que el Poder Judicial tome determinaciones como las expuestas por este medio, pues ellas buscan equilibrar la balanza. Buscan romper con el “proceder omiso de la Administración y de sus Agentes”. Develando claramente que éstos pueden verse involucrados en situaciones de alto nivel de responsabilidad y que no es real que con “no actuar” los riesgos y responsabilidades que se toman sean menores. Todo lo contrario, el no proceder debidamente, el no actuar, puede generar un situación mayor de anormalidad, ilicitud y de responsabilidad.

Y plausibles son también las del legislativo y del Ejecutivo, en procura necesaria de agilizar los procedimientos del Aparato Estatal, el cual debe librarse de todas aquellas situaciones parasitarias y enfermizas que le resten eficiencia, credibilidad y buena imagen.

En fin, no se vale la desidia, ni la apatía, ni el no actuar. Así como tampoco, salvo casos meritorios, debe de aceptarse la tardanza o dilación excesiva. Sí deseamos avanzar y desarrollarnos y, así, tener un mejor

¹¹ Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 252-F-01 de dieciséis horas con quince minutos del veintiocho de marzo del dos mil uno; así como ver: Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 000074-F-2007 de las diez horas quince minutos del dos de febrero del dos mil siete. Expediente No. 99-001145-0163-CA.

país y un mejor nivel de vida, debemos ser más eficientes, desburocratizar la Estructura Estatal y cumplir con los deberes de Debida Acción. Tal es parte de la receta necesaria para poder “crecer”.

Espero que con lo expuesto por este medio, de forma simple el mensaje que se ha dado sirva de inspiración debida para muchos. Y aclare el panorama sobre el tema de particular estudio.

VII. Bibliografía

DROMI, José Roberto: El Procedimiento Administrativo, Argentina, Editorial Ciudad Argentina, 1999.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo: Los Privilegios de la Administración Pública, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 94.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2008-10651 de las dieciséis horas y treinta y siete minutos del veintiséis de junio del dos mil ocho, Recurso de Amparo, Expediente No. 07-016390-0007-CO.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 2006-015454 de las dieciséis horas y treinta y cinco minutos del veinticinco de octubre del dos mil seis, Expediente No. 06-011571-0007-CO.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 211-F-2005 de nueve horas cuarenta minutos del siete de abril del dos mil cinco 2005.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 000074-F-2007 de las diez horas quince minutos del dos de febrero del dos mil siete. Expediente No. 99-001145-0163-CA.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 23, de las catorce horas cuarenta minutos del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 252-F-01 de dieciséis horas con quince minutos del veintiocho de marzo del dos mil uno.

Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia No. 584-F-2005, de las diez horas cuarenta minutos del once de agosto de este año

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 597-2005 de las catorce horas diez minutos del nueve de diciembre del dos mil cinco. Expediente. No. 03-000066-0163-CA.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia No. 597-2005 de las catorce horas diez minutos del nueve de diciembre del dos mil cinco. Expediente. No. 03-000066-0163-CA.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia No. 390-2006, de las catorce horas veinte minutos del treinta y uno de agosto de dos mil seis.

LA AUTONOMÍA LOCAL EN LA RÉPÚBLICA DE CHILE Y EN COSTA RICA BREVE DIGNÓSTICO COMPARATIVO

*Lic. Billy Araya Olmos** **Palabras clave**

Autonomía, centralización, descentralización, intereses, servicios.

Resumen

Las Corporaciones locales tienen sobre sí la responsabilidad de tutelar los intereses y servicios locales para el beneficio de los munícipes. Claro está, se parte de la premisa de que tal situación la prevé la Carta Política de cada de Estado, disposición que a su vez debe respetar el legislador común. Sin embargo, el asunto no es del todo pacífico, principalmente debido a la lucha por el poder entre la tesis centralistas y la descentralización como doctrina contemporánea y afín a cualquier Estado Social y Democrático de Derecho, verbigracia, el costarricense. Así pues, este estudio parte de un breve parangón con la República de Chile, la cual dicho sea de paso, guarda aún a nuestros días, algunos resabios, infortunados por supuesto, de la dictadura del desaparecido Pinochet. Esto, aunado a la tesis centralista ha calado profundamente en el sistema jurídico de ese país suramericano.

Abstract

Local corporations bears the responsibility for safeguarding the interests and local services for the benefit of the communes. Of course, we start from the premise that such a situation provides the Constitution of each State, a provision which in turn must respect the common legislator. However, the issue is not entirely peaceful, mainly due to the struggle for power between the central thesis and decentralization as contemporary doctrine and related to any State Social and Democratic, for instance, the Costa Rican. Thus, this study begins with a brief comparison with the Republic of Chile, which by the way, keeps even today, some remains, of course unfortunate, of the dictatorship of Pinochet disappeared. This, coupled with the central thesis has penetrated deeply into the legal system of the South American country.

Key words

Autonomy, centralization, decentralization, interests, services.

Introducción

El presente estudio tiene por objeto una breve exposición en torno a las reglas programáticas ínsitas a la Carta Política de la República de Chile de cara a lo dispuesto en su análoga costarricense. Concretamente, en relación a los alcances de esa legislación y del marco jurídico costarricense, en tratándose de la autonomía de las corporaciones territoriales. Razón, ésta, por la cual es de entidad determinar cómo se manifiesta la referida autonomía desde el entramado constitucional en Chile, en comparación con lo dispuesto por el Constituyente de 1949.

Para nadie es un secreto que el fortalecimiento democrático en Costa Rica está profundamente entrelazado en una constante y vívida relación entre la sociedad, instituciones -autárquicas y autónomas-, en coordinación y planificación, todo lo cual tiene por sustento legal el Principio de unidad estatal. En otras palabras, la institucionalidad de un Estado Social y Democrático de Derecho no puede ser entendida desde otra óptica más que como correlato de un desarrollo histórico particular y una visión del tipo de Estado deseado. Esto último, tal y como lo diseñó el Constituyente al socaire del canon 169 y siguientes de la Carta Fundamental, a partir del 08 de diciembre de 1949, aunado lógicamente, sin lugar a dudas, a las reformas en los años setenta y finales de los noventa, inherentes a la codificación municipal.

Así las cosas, podría concebirse que la calidad democrática de los sistemas políticos, reposa en su capacidad para promover y consolidar el diseño de un conjunto de reglas y principios adecuados, mediante las cuales se determina el cómo y cuales órganos individuos participan en la toma de decisiones a nivel local, que para el caso concreto es la Municipalidad, cual composición según la última reforma que operó sobre el tamiz de la materia (**Ley Nº 8773 de 26 de agosto de 2009 que consecuentemente deroga el canon 202 del Código Procesal Contencioso Ad-**

* Licenciado en Derecho. Juez Tramitador del Tribunal Contencioso Administrativo. Profesor Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología (ULACIT), Facultad de Ciencias Empresariales. Tel. 8803 2889, e-mail: juris77@ice.co.cr

ministrativo), es de naturaleza bifronte, es decir, las decisiones, al menos en Costa Rica, abrevan tanto del Consejo Municipal como del Alcalde, en tanto el primero es el órgano más representativo de los intereses (Cfr. artículo 22 Código Municipal ó CM, siendo el segundo, el ejecutivo municipal, empero el cambio acontecido respecto a la nomenclatura del antes citado cargo (Cfr. artículo 17 CM), puesto que con fundamento del precepto **primacía de la realidad** -susceptible de ser extrapolado desde la materia de origen al ámbito administrativo-, tales funciones no han sufrido mayor variación del otrora Código Municipal en relación con el actual, aún y con la reforma del año dos mil nueve, sobre la literalidad del canon 162 CM. Cabe mencionar que a ese respecto la Sala I de la Corte Suprema de Justicia se había pronunciado, por conducto de la Resolución No. Res: 000776-C-S1-2008, de las nueve horas veinticinco minutos del veinte de noviembre de dos mil ocho, que en lo medular estableció:

VII.- (...) *Por la normativa y disposiciones vigentes al momento del acto recurrido, su conocimiento corresponde al Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda. 3) El Concejo Municipal y el Alcalde Municipal, en los términos de los artículos 169 de la Constitución Política y 3 y 12 del Código Municipal, conforman el Gobierno Municipal (jerarquía superior-estructura bifronte) de las Corporaciones Municipales. 4) En el régimen recursivo municipal que tiene sus cimientos en el canon 173 constitucional (y su desarrollo tanto por el Código Municipal cuanto por el Código Procesal Contencioso Administrativo), el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda, se constituye en jerarca impropio bifásico. 5) En ese carácter, le corresponde a ese Tribunal resolver definitivamente los recursos que se interpongan contra los acuerdos o decisiones municipales en sus dos vertientes, es decir, los adoptados de manera independiente por el Concejo o por el Alcalde; sea en única instancia por ejercicio directo de competencia específica no revisora o conociendo en alzada respecto de algún órgano municipal jerárquicamente inferior en grado directo e inmediato, cuando según corresponda y en los términos dispuestos por el Constituyente, no revocan o reforman sus decisiones objetadas o recurridas.*

De otra parte, para abordar el desarrollo local en el sistema jurídico de la República de Chile conviene apuntar los aspectos medulares relativos a las reformas constitucionales en ese Estado suramericano. De manera tal que, es necesario analizar aspectos tales como, la parte dogmática de su Ley Fundamental la cual, indudablemente, incide en la materia. Atender

a la estructura organizacional comuna y al concepto de autonomía municipal que guarda el Derecho de la Constitución chileno.

Reformas constitucionales

En breve retrospectiva, la administración local chilena es una de las materias que ha motivado importantes reformas constitucionales sobre el tamiz suprallegal de 1980.

Esas Corporaciones se encuentran arraigadas jurídicamente en el Capítulo XIII de la Constitución Política de 1980 sobre *Gobierno y Administración Interior del Estado*, particularmente bajo el Título de *Administración Comunal*, en los arts. 107 al II 111; ello sin perjuicio de la aplicación de las *Disposiciones Generales* contenidas en los arts. 112 a 115, ibídem. Esa materia ha estado presente en cuatro de las ocho reformas constitucionales que han remozado la Constitución de 1980. Ciertamente, la reforma del año 1989 introdujo modificaciones al artículo 107, más fue la Ley N° 19.097 de 1991, por conducto de la cual se realizaron mayores innovaciones en el estatuto constitucional de los Gobiernos Regionales y Administración Comunal, es decir, democratizaron el origen de las autoridades. Ulteriormente, mediante la Ley N° 19.448 de 1996, se inserta un Transitorio que regula el nacimiento de los nuevos concejos municipales. En similares términos, la última reforma acontecida en dicho sistema fue por Ley No. 19.526 de 1997.

Frente a lo expuesto, es dable rescatar la mentalidad de avanzada del Constituyente costarricense, quien a todas luces se adelantó a su tiempo, en el tanto introdujo ciertas figuras jurídicas que hasta hace un par de décadas o menos están siendo insertas al ordenamiento jurídico de aquel país hermano. Paralelamente, llama la atención el por qué se ha dado tanta reforma suprallegal en el ámbito local de Chile, en menos de un decenio; pudiese ser, eventualmente, producto de un esfuerzo desesperado del parlamento chileno para ajustar el sistema de Gobierno y Administración del Gobierno Central chileno al papel protagónico que con el decurso de los años han ido adquiriendo sus Ayuntamientos. Sin embargo, otra posición podría generarse a partir de la inexistencia de la tiranía de Pinochet, que no hace muchos años aún emanaba políticas draconianas y otros atropellos en perjuicio de los intereses y derechos de sus conciudadanos. Con todo, para aproximarnos al motivo de lo expuesto es preciso atender los preceptos constitucionales que a especie de andamiaje dicta las pautas a seguir en la creación, modificación o extinción de cualquier figura o instituto jurídico universalmente aceptado.

Principios constitucionales en materia de gobierno y administración con repercusión en la materia local

En torno al punto en cuestión, el Capítulo I de la Constitución Política Chilena denominado *Bases de la Institucionalidad*, trasunta el Rector con base en el cual se estructura tanto el sistema de gobierno como la administración de ese país, cual es el Principio de la unidad del Estado chileno, el cual, al igual que en Costa Rica, no deviene como óbice para seccionar ese territorio en regiones. En tal sentido la literalidad del ordinal 3° expresa lo siguiente:

Artículo 3°.- El Estado de Chile es unitario. La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley. // Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Sobre esta cita normativa se erige la administración pública chilena, la cual como ahí se indica será funcional y territorialmente *descentralizada o desconcentrada* según sea el caso, de acuerdo con la ley. Existe, por lo tanto, la consagración de los principios de *desconcentración* y *descentralización* administrativa, dentro de ese ordenamiento. Dichos preceptos atañen, conjuntamente con el numeral 6° y 7° *ibidem*, al carácter imperativo, permanente, actual y finalista de las disposiciones emanadas de la Administración Pública en Chile, tal y como lo expone Hernández (1995) pp. 51-72. Tan es así que, el aspecto medular sobre el cual descansa la administración local chilena por derivación, es la integración y complementación de los principios de unidad, desconcentración y descentralización, siendo los dos últimos -según se esboza-, materia de ley. Esto podría ser contrario al marco jurídico costarricense, en donde opera, *ab initio*, la autonomía política y de gobierno de los entes territoriales. En otras palabras, el núcleo duro del derecho local de ese país, descansa en la parte dogmática de su Carta Magna, que a su vez aspira a que la aplicación y la hermenéutica se conjugue al amparo de la supremacía constitucional y que, como tal, está protegido por normas especiales.

Aunado a lo anterior, es de vital importancia considerar que en el supra mencionado Capítulo se consagra, además, que la soberanía reside esencialmente en la nación y que su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y elecciones periódicas, asimismo,

por las autoridades que esa Ley establece; tal cual lo preceptúa el cardinal 5° que a texto expreso determina:

Artículo 5°.- La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. // Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. // El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. // Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Tal norma programática no sólo da la pauta a seguir respecto al ejercicio del poder en ese estadio, y en el resto del ordenamiento jurídico, lo cual debe servir para determinar a qué nivel las autoridades deberían ser electas, sino que también rescata el *principio de participación ciudadana*, así como el derecho de elegir y ser electo. Esta es la base de la democratización y la génesis de las autoridades locales.

La estructura del poder dentro de la Administración Local de Chile

Como es sabido, un aspecto esencial que posee toda Constitución es la estructura del poder, es decir, cuál es la organización del poder, su generación y el espectro básico de competencias.

Una gran porción de la doctrina en Chile apunta que el modelo actual de organización responde a una administración centralizada que a lo sumo se desconcentra territorial y funcionalmente, no obstante, bajo la dependencia jerárquica del Presidente de la República y a veces se descentraliza territorial y funcionalmente -reitero, a veces-. Más casi siempre bajo la fiscalización del segundo.

Ahora bien, cuando la Constitución regula el ejercicio del poder, tal se escinde en lo medular, por conducto de las tres áleas clásicas, sin demérito de consagrar otros órganos constitucionales especiales que a esta sazón sería estéril señalar.

Por su parte, el Capítulo IV constitucional intitulado *Gobierno. Presidente de la República*, versa sobre el Poder Ejecutivo. De modo que, el canon 24 *ibidem*, dispone que el gobierno y administración del Estado le corresponde al Presidente de la República, quien es el Jefe de Estado. Páginas adelante, el Capítulo XIII del

Gobierno y Administración Interior del Estado divide el territorio de la República en regiones y provincias, y estas últimas en *comunas* al efecto de la administración local. En ese giro, los artículos 107 al 111 (ejúdem) aluden a la estructura de la Administración Comunal o Local, mientras que el articulado 112 al 115 implica disposiciones generales aplicables, asimismo, a este último ámbito.

Ciertamente, las disposiciones que emergen a consecuencia de las reformas supralegales, parece que se tornan inútiles, pues en lo absoluto contemplan normas o requisitos especiales para la modificación de los Capítulos IV y XIII de la Constitución, en tratándose de las potestades e ingerencia del Poder Ejecutivo a lo interno de las comunas, lo cual ineluctablemente implica que la autonomía local se ve sensiblemente disminuida.

La autonomía municipal en Chile

Sobre la base de los principios de descentralización y desconcentración administrativa consagrados en el art. 3° de la Constitución Política de 1980, supracitado, se establece la administración interior del Estado. Esto es, de acuerdo a tres niveles, a saber, (1) el regional, (2) el provincial y (3) el comunal; análogo, éste último de los Ayuntamientos costarricenses. En cuanto a los dos primeros niveles existe descentralización y/o desconcentración –*vid supra*–, en tanto en esa Constitución reposa las facultades del gobierno como de administración en cabeza del mandatario (artículo 24 C.POL.).

Ahora, en la reforma a esa Carta -Ley Nº 19.097-, se reconoce expresamente la autonomía municipal en el nuevo texto del art. 107, en virtud de lo cual *las municipalidades son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.*

Al tenor literal del antedicho mandato, la municipalidad, constituida por el alcalde y el concejo, tiene a su cargo la administración local de cada comuna o agrupación de comunas, de acuerdo con las funciones y atribuciones que determine la Carta Política al respecto.

Tal grado de autonomía se hace extensivo a la administración del Erario local, incluso, ello con base en el artículo 111 de esa Ley Fundamental. Por consiguiente, la municipalidad ostenta patrimonio propio, es decir, la potestad de administrar sus, recursos e ingresos, de acuerdo a su arbitrio y por supuesto bajo criterios de mérito (oportunidad y conveniencia), sin

perjuicio del uso más apropiado –por principio de razonabilidad–. Esto desde luego, tiene por objeto cumplir sus fines, dentro de los límites que su propia ley orgánica constitucional establece.

Por otro lado, las disposiciones generales del Capítulo XII de la Constitución Política de Chile, acerca del Gobierno y Administración Interior del Estado, presuponen que la autonomía municipal debe respetar la **coordinación y unidad de acción** aplicables a todos los órganos de la administración del Estado y regulados concretamente en la Ley Nº 18.575, en acatamiento del otrora cardinal 38, hoy día artículo 112 C.POL, a cuya letra exhorta:

Art. 112. *La ley podrá establecer fórmulas de coordinación para la administración de todos o algunos de los municipios que integren las regiones con respecto a los problemas que les sean comunes, como, asimismo, en relación a los servicios públicos existentes en la correspondiente región* (Negrita es suplida).

Sobre Ley Orgánica Constitucional de las Municipalidades No. 18695

La autonomía local chilena se consagra tímidamente en la Ley Orgánica Constitucional No. 18.695. Más esa autonomía se ve ostensiblemente limitada por el precepto legal 7 *ibidem*, el cual establece:

Artículo 7°.- *El plan comunal de desarrollo, instrumento rector del desarrollo en la comuna, contemplará las acciones orientadas a satisfacer las necesidades de la comunidad local y a promover su avance social, económico y cultural. Su vigencia mínima será de cuatro años, sin que necesariamente deba coincidir con el período de desempeño de las autoridades municipales electas por la ciudadanía. Su ejecución deberá someterse a evaluación periódica, dando lugar a los ajustes y modificaciones que correspondan. // En todo caso, en la elaboración y ejecución del plan comunal de desarrollo, tanto el alcalde como el concejo deberán tener en cuenta la participación ciudadana y la necesaria coordinación con los demás servicios públicos que operen en el ámbito comunal o ejerzan competencias en dicho ámbito* (Negrita se suple)

De lo transcrito se rescata que la actuación de las municipalidades deberá encuadrar dentro de los *planes nacionales y regionales* que regulan la respectiva actividad. Tal disposición así como la engarzada en

el artículo 8 *ibídem*, son corolarios de la aplicación de los principios de coordinación y unidad de acción que vinculan el actuar de la administración pública, tanto en Chile como también sucede en Costa Rica; verbigracia, al tenor literal del numeral 5° del Código Municipal se estipula que *La competencia municipal [...] no afecta las atribuciones conferidas a otras entidades de la Administración Pública*. Al realizar una cuidadosa interpretación de esa cita textual, se colige que la competencia local en lo absoluto deja sin efecto las competencias únicas y exclusivas otorgadas a otros entes y órganos de derecho público. Pero tampoco indica que en el supuesto de competencias coincidentes o antinómicas, la que debe quedar sin efecto es la municipal. Es así como al amparo del eje de Planificación Nacional, no es óbice mantener dentro de una sola jurisdicción competencias simultáneas, sin perjuicio, desde luego, de un análisis de orden casuístico.

Paralelamente, el canon 111 constitucional chileno, señala que *La Ley de Presupuesto de la Nación podrá solventar los gastos de funcionamiento de las municipalidades*, condicionando, por lo tanto, la autonomía financiera de los municipios de ese país, pues parece que sujeta los gastos de esos entes territoriales, a la Ley de Presupuesto Nacional que de alguna u otra forma les vincula. En otras palabras, se denota que las municipalidades en Chile, deben regirse por las normas sobre administración financiera estatal, nunca local.

Jurisprudencia administrativa

La autonomía reseñada *precedentemente* no es absoluta, razón ésta por la cual, las decisiones locales deben estar, prácticamente, subordinadas a los diversos mecanismos de vigilancia y fiscalización; de manera singular en lo atinente al cumplimiento de los principios de coordinación y unidad de acción.

Así pues, las municipalidades están sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República, en virtud de lo dispuesto en el art. 16 de la Ley N° 10.336, promulgada por el Senado de Chile. De ahí que en el ejercicio de sus competencias, el órgano contralor chileno ha desarrollado una interesante posición en tratándose a la autonomía municipal:

Las municipalidades no están sometidas a un vínculo jerárquico o de dependencia del presidente de la república, a través del ministerio del interior, sino únicamente a supervigilancia de estos órganos y a fiscalización del intendente regional respectivo. (sic) *ello, porque dichas entidades edilicias son corporaciones autónomas de derecho pú-*

blico, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que constituyen servicios públicos integrantes de administración del estado (sic) *de carácter descentralizados, funcional y territorialmente.* (sic) *lo anterior es, sin desmedro del imperativo legal que recae sobre* (sic) *municipalidades, previsto en ley 18695 art/7, en virtud del cual tales corporaciones deberán actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad, teniendo siempre que coordinarse con* (sic) *demás servicios públicos y municipalidades, considerando que administración del estado configura un todo armónico que siempre debe propender a la unidad de acción nacional, regional, provincial y comunal.* (sic) *referida "autonomía municipal" constituye un principio de descentralización administrativa que ya se encontraba incorporado al sistema municipal chileno actual, pues art/107 inc/2 de la constitución política y ley 18695 art/1 en su texto original definieron tales entidades como corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios.* (sic) *modificaciones constitucionales y legales introducidas por ley 19097 y ley 19130, respectivamente, no han hecho sino ratificar* (sic) *aludido principio consignándolo expresamente, de modo que no ha existido una modificación sustancial en esta materia, aunque si* (sic) *relevante y tendiente a clarificar explícitamente* (sic) *autonomía administrativa de municipalidades* (Negrita se suple) (Contraloría General de la República de Chile, Dictamen No. 18646 del 29-07-1992).

La autonomía municipal consagrada en ley 18695 art/1 inc/2, en concordancia con art/107 inc/2 de la constitución, significa, entre otros aspectos, que las municipalidades no están sometidas a un vínculo (sic) *jerárquico o de dependencia del presidente de la república* (sic) *ni de los ministerios y, en general, cumplen sus funciones y atribuciones sin supeditarse a otros organismos estatales, contemplándose dichas funciones y atribuciones, principalmente, en el párrafo/2 del título/i de la ley citada.* (sic) *además, la autonomía municipal constituye un principio de descentralización administrativa que aunque estaba implícito en la normativa anterior, en virtud de la reforma constitucional introducida por ley 19097, ha sido reconocido de modo expreso. no obstante, la referida autonomía no puede entenderse como un atributo de carácter absoluto, sino que, por el contrario, tiene importantes limita-*

ciones, determinándolo la primera de ellas el ordenamiento jurídico al que deben sujetarse todas las entidades del sector público (sic), esto es, que en sus actuaciones los municipios deben ajustarse a los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios que les sean aplicables en su calidad de organismos integrantes de la administración estatal, como lo establecen ley 18575 art/2 y artículos 6 y 7 de la ley suprema.; en lo concerniente específicamente a la autonomía municipal para la administración de sus finanzas, si bien la carta fundamental y la ley 18695 reconocen a las municipalidades expresamente tal facultad, la que debe interpretarse en los términos expuestos, el art/43 de dicha ley señala que aquellas se rigen por normas sobre administración financiera del estado, consagradas en el dl 1263/75, esto es, los municipios, en este aspecto, regulan su actuar según las disposiciones pertinentes a la materia y en especial, de dicho dl. otro límite lo constituye ley 18695 art/7, por el cual las entidades edilicias deben actuar, en todo caso, dentro del marco de los planes nacionales y regionales que regulen la respectiva actividad, norma que agrega, en su inc/2, que corresponde al intendente regional pertinente velar por el cumplimiento de lo dispuesto en el inc/1. la sujeción a tales planes, fijados por las autoridades competentes, es obligatoria para los municipios, sea que realicen funciones privativas o compartidas y, en este último caso, tanto cuando actúen directamente o con otros órganos de la administración estatal, conforme artículos 3 y 4 de ley 18695, respectivamente. (sic) finalmente, la administración del estado constituye un todo armónico que siempre debe propender a la unidad de acción y a evitar duplicidades y, por ende, las municipalidades deben actuar coordinadamente con el resto de los entes públicos del modo como lo indican los artículos 107 inciso final y 112 de la constitución; 5 inc/2 de ley 18575 y 8 y 56, letras k y l de ley 18695 (Negrita se suple) (CGR Chile. Dictamen No. 16818 del 06-07-1993).

La secretaría regional ministerial de transportes y telecomunicaciones puede dejar sin efecto, por resolución fundada, un decreto alcaldesco sobre materias de tránsito y, en su caso, disponer las medidas de reemplazo. (sic) ello, porque ley 18059 asigna al ministerio de transportes y telecomunicaciones el carácter (si) de organismo rector nacional de tránsito, facultándolo (sic), en su art/2, para coordinar la acción (si) de las diversas auto-

ridades en lo referido al tránsito (sic) y fiscalizar la adopción (sic) de resoluciones y medidas administrativas que ellas dicten en este rubro. (sic) por su parte, ley 18695 art/1 inc/2, según (sic) modificación (sic) introducida por ley 19130 art/único/1, en concordancia con art/107 inc/2 de la constitución, reemplazado por ley 19097 art/10, consagra la autonomía (sic) municipal, la que no existía (sic) expresamente anteriormente, aunque había (sic) sido reconocida por la jurisprudencia administrativa por estar implícita (sic) en el texto original de las disposiciones modificadas. (sic) así (sic), si bien esa autonomía (sic) significa que las municipalidades no están (sic) sometidas a un vínculo jerárquico (sic) o de dependencia del presidente de la república ni de los ministerios y, en general, cumplen sus funciones y atribuciones sin supeditarse a otros organismos estatales, la misma no involucra que los municipios queden marginados del ordenamiento jurídico (sic) que les es aplicable como entes del sector público (sic), esto es, en sus actuaciones, tales corporaciones deben ajustarse cabalmente a ese marco legal, como lo indican ley 18575 art/2, relacionado con artículos (sic) 6 y 7 de la ley suprema.; lo anterior se corrobora con el hecho de que el senado, analizando ley 19130, suprimió (sic) un inciso tercero al actual art/1 de ley 18695, que disponía (sic) que la autonomía (sic) municipal se ejercería (sic) dentro de los ámbitos (sic) de legalidad de los citados artículos (sic) 6 y 7 constitucionales, por estimarse innecesario explicitar el acatamiento que deben observar los municipios a la constitución (sic) y legislación (sic) vigentes, lo que es válido (sic) para todo otro órgano (sic) del estado o autoridad constituida de la república. por ende, no puede estimarse inaplicables a las municipalidades normas expresas como las de ley 18059 u otras análogas (sic), texto que además (sic) presenta una clara vinculación (sic) con ley 18695 art/3 lt/a, por el cual corresponde a las entidades edilicias aplicar las disposiciones sobre transporte y tránsito públicos, dentro de la comuna, en la forma determinada por las leyes y normas técnicas generales que dicte el ministerio respectivo. asimismo, una normativa de la naturaleza de ley 18059, cuyo propósito es asignar el carácter de organismo rector nacional en cuanto al tránsito a una sola autoridad que es el ministerio aludido, no puede alterarse en su aplicación por la declaración de la autonomía municipal, pues para ese fin se requeriría de una clara manifestación de voluntad de la ley en tal sentido (Énfasis

suplido) (CGR Chile. Dictamen No. 18597 del 23-07-1993).

En el desarrollo doctrinal, y con fines de aplicación directa en las materias sometidas al pronunciamiento de la Contraloría General de la República de Chile, se ha declarado en primer término que la autonomía municipal es un principio de descentralización administrativa que ya se encontraba incorporado al sistema municipal chileno y reconocido en reiterada jurisprudencia administrativa de órgano fiscalizador. De manera que las modificaciones constitucionales y legales introducidas por **las leyes No. 19.097 y No. 19.130** respectivamente no solo han ratificado el referido precepto, consignándolo amplia y expresamente, con lo cual no se ha introducido una modificación sustancial en la materia, aunque si relevante y tendiente a clarificar en forma explícita la autonomía administrativa de las municipalidades por parte, al menos, del órgano contralor de ese país.

Visto lo anterior se denota que uno de los elementos que en efecto comparte el ordenamiento constitucional chileno al tenor del articulado 107 al 111, es la descentralización administrativa o autárquica, dado que la autonomía es apenas de veste administrativa o autárquica, más parece ser que no la hay en la materia financiera dado que sólo a nivel de jurisprudencia administrativa subyacen interesantes criterios dimanados de la Contraloría General de la República de Chile, tal cual se indica supra. Mejor aún, a nivel legislativo se percibe alguna reticencia para dotar de autonomía total a las administraciones descentralizadas territoriales. Tal devenir es a criterio de este servidor un resabio de la dictadura de Pinochet; ese centralismo arraigado en las dictaduras o gobiernos autocráticos, generan un poderoso fuero de atracción en donde a todas luces se reconoce una concentración del poder, que indudablemente prima sobre la descentralización del poder.

Examen confrontativo

Es preciso anotar que los Gobiernos Municipales tanto en Costa Rica como en Chile comparten la administración y tutela de los intereses y servicios a nivel local, puesto que el canon 7 C.POL de Chile estipula:

Art. 107. La administración local de cada comuna o agrupación de comunas que determine la ley reside en una municipalidad, la que está constituida por el alcalde, que es su máxima autoridad, y por el consejo comunal respectivo –Cfr. Art. 169 C.Pol de CR.-.

Ahora bien, apriorísticamente ese ordenamiento sintetiza la naturaleza jurídica de las municipalidades en los términos:

Las municipalidades son corporaciones de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna (artículo 107 C.POL Chile).

En consecuencia, podría colegirse un posible quebranto del principio de regularidad o jerarquía normativa, pues de rango constitucional es la autonomía financiera de los entes territoriales, no obstante, la Ley 18.695 sujeta esa autonomía a las disposiciones emanadas del Gobierno Central. Paradójicamente tal situación viene a ser desmentida por parte de la Contraloría General de la República de ese país; pues tal y como se indica, en líneas precedentes, ese órgano administrativo sostiene que las municipalidades ostentan autonomía no sólo en primer grado sino también política y de gobierno. Ergo, podría apreciarse dos posiciones diametralmente distintas, una, la ley que impone el deber a las municipalidades respecto a la sujeción del poder central, empero, subyace un mandato constitucional que les otorga autonomía financiera, y les libera de la sujeción a las políticas dimanadas del Poder Ejecutivo, tal y como estila del respectivo acápite constitucional (v. supra).

Contrástese lo anterior, con el canon 170 de la Constitución Política de Costa Rica, instrumento que expresamente le otorga autonomía a los entes descentralizados territoriales; entiéndase ésta en sus tres dimensiones, administrativa, política y de gobierno, e incluso financiera dado que por ley 8823, en materia de empréstitos las municipalidades son totalmente autónomas, salvo lo relativo a la materia presupuestaria al tenor del canon 182 C.POL y siguientes, habida cuenta de las potestades de macro fiscalización que descansan en la Contraloría General de la República de Costa Rica.

Asimismo, es por conducto de una ley orgánica constitucional (artículo 107 in fine), que en Chile se establecen los plazos a partir de los cuales se mantienen en sus respectivos cargos los funcionarios municipales. Adicionalmente, importa rescatar que difiere de nuestra legislación, el Alcalde, órgano individuo cuya autoridad curiosamente está por encima del Concejo municipal. Ello se justifica porque es el intendente de gobierno quien le propone, siendo en otros casos directamente nombrado por parte del Presidente de la República (artículo 108 C.Pol. Chile). En similares

términos, la ley citada supra, es la que determina la estructura orgánica del Concejo Regional así como lo relativo a su funcionamiento, el cual está subordinado a la figura del alcalde (artículo 109 C.POL. Chile).

Finalmente, la legislación chilena no participa de plena autonomía presupuestaria o financiera a las municipalidades como la nuestra (Cfr. artículo 175 C.POL. Costa Rica), en tanto es la Ley de Presupuesto la llamada a solventar los gastos atinentes al régimen municipal (artículo 111 C.POL.). Entonces, aunque la Constitución le otorga autonomía financiera, el ordenamiento infraconstitucional no.

Conclusiones

Sabido es que uno de los objetivos primordiales de la descentralización es facilitar un mayor acercamiento en la toma de decisiones que inexorablemente le afectarán a los entes y órganos de derecho público, *ad extra* del poder central. Por ende, la proyección de la función del Estado por conducto de los entes ejecutores locales está permeada de una mayor legitimación si se obtienen respuestas más ágiles y céleres en virtud de las demandas del colectivo local. De esta forma, la descentralización tiende a estimular la participación de los ciudadanos entre sí. En efecto, debe considerarse el hecho de que las políticas a nivel local pudiesen presentar un eventual perjuicio y en otro, si saben que sus opiniones y necesidades serán satisfechas cabalmente. En síntesis, es influir en la toma de decisiones que emanan de los entes públicos.

En suma, la autonomía política o de gobierno que la Constitución le garantiza a las corporaciones municipales en Chile implica a todas luces, una autonomía financiera plenamente concebida. De manera tal que la ley no puede invalidar ese ámbito. Diverso es por lo tanto, ese escenario extraterritorial al marco jurídico costarricense, porque en nuestro país sí se respeta el amplio espectro autonómico de las corporaciones locales, aún y cuando la aprobación presupuestaria esté sujeta a lo dispuesto por la Contraloría General de la República, la Corporación Local goza de una autonomía política y de gobierno.

Bibliografía

Hernández, L. 1995. *Algunos aspectos de la Reforma Regional en la Constitución Política del Estado*, en Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sede Conquimbo, Año II, pp. 51-72.

Leyes

Constitución Política de Chile
Constitución Política de Costa Rica

Jurisprudencia administrativa

Contraloría General de la República de Chile:
Dictamen No. 18646 del 29-07-1992
Dictamen No. 16818 del 06-07-1993
Dictamen No. 18597 del 23-07-1993

EL INTERROGATORIO Y CONTRAINTERROGATORIO EN COSTA RICA

Rodolfo Solórzano Sánchez¹

Resumen

El interrogatorio y contrainterrogatorio es una de las destrezas más importantes que debe manejar un buen abogado, saber cómo abordar a las personas testigos, tanto propios como ajenos; cómo vamos a utilizar la herramienta de las preguntas, presupone hacerlo científicamente. Hay reglas básicas que se deben respetar entre ellas, que toda persona litigante, debe tener, una teoría del caso, que es la hipótesis que cada interviniente plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos y la aplicación del derecho, elaborando con ello una propuesta denominada pretensión, que tiene como objetivo transformarse en la materia prima para la decisión, todo fundamentado y argumentado de manera intelectual con las pruebas que se presentarán y evacuarán en el debate; para poder efectuar los tres elementos que plantea un modelo procesal por audiencias: controlar, adversar o dar un punto de vista alternativo.

Abstract

The questioning and cross is one of the most important skills that must handle a good lawyer, knowing how to approach those witnesses, both their own and others, how we will use the tool of the questions, this assumes it scientifically. There are basic rules to be observed among them, that everyone litigant must have a theory of the case, which is the assumption that each intervening raised about how the facts and law enforcement, thereby preparing a proposal known claim, which aims to become the raw material for the decision, foundation and intellectual so argued the evidence to be presented and disposed of in the debate, for carrying out the three elements that presents a model procedure for hearings: control, adversity, or give alternative view.

Palabras clave

El interrogatorio y contrainterrogatorio, destrezas de litigación, la herramienta del litigante: Las preguntas, la teoría del caso, controlar, adversar o dar un pun-

to de vista alternativo, Procesal Penal por audiencias, litigantes, testimonios, transmitir la información, imparcialidad.

Keywords

The cross-questioning and, litigation skills, the tool of the trial: Questions, the theory of the case, check, adversity, or give an alternative viewpoint, criminal Procedural hearings, trial, testimonials, to transmit the information, impartiality.

I. Introducción.

Dentro de las destrezas de litigación, en un procesal penal por audiencias, una de las más importantes en el debate es cómo vamos a abordar a las personas testigos, tanto propios como ajenos; cómo vamos a utilizar la herramienta de las preguntas; esto presupone varios elementos que los abogados y las abogadas de nuestro país, hasta hace poco estamos incorporando científicamente, dentro de nuestras tareas en los juicios. La primera es que toda persona litigante, llámese fiscal o fiscal, defensor o defensora, querellante, actora o demandada civil debe tener, en relación con el proceso que le ha sido confiado, una teoría del caso, que es la hipótesis que cada interviniente plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos y la aplicación del derecho, elaborando con ello una propuesta denominada pretensión, que tiene como objetivo transformarse en la materia prima para la decisión, todo fundamentado y argumentado de manera intelectual con las pruebas que se presentarán y evacuarán en el debate; podemos decir que es como la fotografía del caso; es la “explicación” fáctica y jurídica de este; de igual manera el o la litigante debe plantearse todos los escenarios posibles y prestar mucha atención a los de su rival procesal, para poder efectuar los tres elementos que plantea un modelo procesal por audiencias: controlar, adversar o dar un punto de vista alternativo.

En este escenario del plenario hay que tener claro, que el éxito que tengamos como litigantes, estará determinado entre otros aspectos, por la forma de transmitir la información que queremos acreditar, lo cual haremos a través de los testimonios, peritajes, documentos y evidencia en general; información que tiene como personas destinatarias, a esos terceros imparciales que desconocen el caso, los jueces y las juezas. De acá deriva otro elemento importante dentro de este

¹ Licenciado en Derecho y Especialista en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Defensor Público desde 1990, miembro de la Comisión de Oralidad en materia penal del Poder Judicial y capacitador certificado en destrezas de litigación, miembro del equipo que capacitó a jueces, defensores públicos y fiscales en Costa Rica.

modelo, y es que en un sistema por audiencias no se puede improvisar, o lo que es lo mismo, el o la litigante tiene que prepararse para ir al debate a acreditar su teoría del caso. Establecido esto, hay que indicar que las técnicas y los objetivos para extraer información de calidad a las personas testigos son diferentes, no se pueden utilizar las mismas herramientas para examinar un o una testigo propio, que uno o una de mi rival procesal, asimismo, los objetivos que se persiguen son por antonomasia diferentes; en Costa Rica, por nuestra tradición heredada del sistema inquisitivo, se nos enseñó que los y las testigos son imparciales, por eso solo tenemos regulado legalmente el interrogatorio mas no el contrainterrogatorio, por ello resulta común observar litigantes fracasar en los contrainterrogatorios, pues lo hacen como si se tratasen de testigos propios e imparciales, cuando en realidad son parciales y ajenos; algo que pretendemos corregir con las sugerencias de este trabajo.

La hipótesis de este ensayo, es que pese a que nuestra legislación en relación con el interrogatorio o examen es escasa y la del contrainterrogatorio nula, se puede, al amparo de nuestra Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley Procesal Penal en aplicación de las reglas de la lógica, interpretar de acuerdo con los principios que informan el proceso penal, marcadamente acusatorio, la naturaleza jurídica y aplicación de dichos institutos, lo cual resulta ser no solo factible sino necesario, para un adecuado desarrollo de lo que plantearán los y las litigantes dentro del debate; para lo cual no es necesaria una reforma legal.

Con la adopción de la naturaleza jurídica del interrogatorio y contrainterrogatorio, se hacen realidad no solamente los principios de la persecución penal y el derecho de defensa, sino además el debido proceso y la garantía constitucional de que tal conflicto sea resuelto por un juez o una jueza imparcial.

Estas destrezas son aplicables igualmente para el interrogatorio y contrainterrogatorio de personas testigos expertos y peritos, que en este sistema se someten al escrutinio de las partes durante el debate.

Analicemos cada uno de estos institutos, para poder establecer que la técnica de interrogar y contrainterrogar adecuadamente, es una herramienta básica de los o las litigantes, con ello pretendemos que haya un abordaje profesional del juicio y que se posean las destrezas para desempeñarse satisfactoriamente.

II. El interrogatorio.²

El interrogatorio es una destreza del o de la litigante, que consiste en extraer proposiciones fácticas o hechos, mediante la herramienta de formulación de preguntas, materializadas en palabras de los o las testigos, con el objetivo de obtener de estos, respuestas en forma de relato, sobre lo que percibió por medio de sus sentidos, vista, oído, tacto, olfato o gusto, con el fin de que abonen a su teoría del caso.

Tenemos aquí una serie de elementos, que nos van a permitir no solamente conocer mejor esta técnica, sino poderla utilizar adecuadamente. Lo primero que el o la litigante debe hacer es planear, diseñar estratégicamente de acuerdo con su teoría del caso su intervención en el debate, en esa línea debe inicialmente decidir el orden en que va a presentar los o las testigos, esto es muy importante, pues estamos de manera figurada tratando de armar un rompecabezas, en donde les vamos a transmitir a los jueces y las juezas, con la declaración de los o las testigos, información del caso en segmentos, explicando con el relato cómo sucedió, por ello es relevante decidir el orden: por ejemplo primero Pedro, luego Juan y finalmente Inés que me ayudarán con su relato a “armar” una idea general o panorámica del caso; con los testigos Elisa, Marco y Pedro se detallará, por ejemplo, la dinámica del accidente de tránsito. Luego de eso se debe definir, si se necesita ir de lo general a lo particular o viceversa. Posteriormente vamos al detalle, al interrogatorio: qué le voy a preguntar al testigo Pedro, qué le voy a preguntar a Elisa y así sucesivamente.

Para que el interrogatorio, como destreza, sea pulcro, nítido, se deben elaborar líneas de examen, que son pequeñas frases que describen un tema específico de interés a mi teoría del caso, por ejemplo una línea de examen sería: a este testigo le consta cómo le dieron muerte al ofendido; las líneas de examen nos servirán para guiar el interrogatorio, sobre cuáles son las proposiciones fácticas que necesito obtener del testigo; si tengo como teoría del caso que existió legítima defensa en un homicidio o culpa de la víctima en un accidente de tránsito, debo formular preguntas que logren acreditar esas líneas.

Para que todo esto ocurra, debo antes haberme reunido con los y las testigos, con el objetivo de conocer cuál es su versión sobre los hechos, que dieron pie al proceso y de esa manera tener claro su relato, ahora vemos con más naturalidad por qué la visión de la per-

² **interrogar.** (Del lat. *interrogāre*). 1. tr. Preguntar, inquirir. 2. tr. Hacer una serie de preguntas para aclarar un hecho o sus circunstancias. <http://www.rae.es>

sona testigo es parcial, el o la testigo siempre va a estar parcializado de lo que percibió con sus sentidos, y eso es lo que hay que valorar poner al servicio de la teoría del caso. A propósito hemos dejado este tema sobre la reunión con los o las testigos para este momento, con el afán de explicar detalladamente que la reunión es una necesidad surgida de la teoría del caso, es un requisito elemental para que el debate despliegue un tratamiento científico; en ese sentido en nuestro país estamos en el periodo de maduración de esta nueva forma de abordar a los o las deponentes, pues para la tradición del modelo inquisitivo anterior, era “mal visto” que el o la litigante se reuniera con sus testigos, algo que se fundamenta en la idea inquisitiva de que nos reunimos con ellos para “ponerlos a mentir”, idea que debemos superar; pues la reunión en este modelo, no es para “aleccionarlos” sobre lo que tengan que decir, sino para conocer cuál es su versión de los hechos y valorar ponerla al servicio de la teoría del caso, de otra forma no se sabría qué es lo que podrían abonar a la teoría del caso y el debate perdería no solamente el rigor científico –pues iríamos a pescar-, sino también la posibilidad de ser el campo en donde con reglas definidas, se discuta a la luz de los principios de publicidad, imparcialidad, contradicción, oralidad, intermediación, la responsabilidad o no de una persona.

Hay que tener en consideración que la reunión con las personas testigos tiene también otros fines entre los que destacan: familiarizar al o la testigo con el entorno. Sabemos quienes trabajamos a diario en las salas de juicios, que el ambiente de estas es tenso, estresante, así que debemos informar al o la testigo sobre el escenario en donde se va a desarrollar su declaración. Tenemos, además, que explicarle la dinámica del debate, quiénes participan y de qué manera se desarrolla su participación, dónde se ubican los jueces y las juezas, dónde el fiscal o la fiscal, dónde el defensor o la defensora, cuál es el rol de cada persona para que su declaración pueda rendir frutos, también explicarle que el abogado o la abogada de la otra parte lo va a contrainterrogar; con todo ello pretendemos que su declaración se haga de manera natural y tranquila. La entrevista persigue al mismo tiempo conocer detalles de la persona deponente, si es alguien temerosa, nerviosa o si por el contrario es muy segura y tenaz, esto con el fin de valorar también el tipo de preguntas que habría que formularle al o a la testigo. Lo que se persigue es que el recuerdo de los hechos que nos interesa conocer de la persona testigo, puedan ser articulados oralmente de manera fluida.

La conclusión más importante de la reunión con nuestros o nuestras testigos, es que siempre debe ser algo muy técnico y rigurosamente ético y limitarse a

lo antes indicado; situación diferente es la reunión con testigos ajenos, donde se recomienda siempre valorar su celebración, si la reunión se decide, esta debe ser con la anuencia y presencia, de quien ha propuesto a dicho testigo. Como ya se indicó, está prohibido reunirse con los o las testigos para entregarles un relato que deben repetir en el juicio o para imponerles una versión diferente de la que percibieron con sus sentidos, también está prohibido amedrentarlos, intimidarlos por cualquier medio; así cuando a pesar de las prohibiciones antes dichas, se caiga en dicho yerro punible y como consecuencia de ello se ponga en peligro la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de la víctima, testigo u operador que interviene en el sistema de justicia, se aplicará la Ley de protección de víctimas y testigos, N° 8720 del 3 de marzo del 2009, la cual merece un análisis por separado.

La posición de las personas litigantes cambia ahora, no se llega al juicio a descubrir, qué fue lo que pasó o a especular qué va a decir el testigo; se llega al juicio con el proceso debidamente preparado, a establecer una determinada teoría del caso y la parte más importante de ese rompecabezas, que le toca presentar a los litigantes son los testigos, de aquí se concluye la importancia de la reunión previa y de cómo desarrollaremos nuestro interrogatorio.

Analicemos detalladamente lo que dice nuestro Código Procesal Penal en relación con el interrogatorio, regulado solamente en los artículos 135 y 352 que señalan:

ARTÍCULO 135.- Interrogatorio

Las personas que sean interrogadas deberán responder de viva voz y sin consultar notas ni documentos, con excepción de los peritos y de quienes sean autorizados para ello, en razón de sus condiciones o de la naturaleza de los hechos.

En primer término, el declarante será invitado a manifestar cuanto conozca sobre el asunto de que se trate y después, si es necesario, se le interrogará. Las preguntas que se le formulen no serán impertinentes, capciosas ni sugestivas.

ARTÍCULO 352.- Interrogatorio

Después de juramentar e interrogar al perito o testigo sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien preside le concederá la palabra para que indique lo que sabe acerca del hecho propuesto como objeto de prueba.

Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso, continuarán las otras

partes, en el orden que el tribunal considere conveniente y se procurará que la defensa interroge de último.

El fiscal podrá interrogar sobre las manifestaciones que el testigo le haya hecho durante la investigación.

Luego, los miembros del tribunal podrán interrogar al perito o al testigo.

Quien preside moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes, procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán solicitar la revocatoria de las decisiones de quien preside, cuando limiten el interrogatorio, u objetar las preguntas que se formulen. Los peritos y testigos expresarán la razón de sus informaciones y el origen de su conocimiento.³

Lo primero que podemos apreciar, es que en nuestra legislación el conainterrogatorio no se encuentra regulado –propondremos adelante cómo abordarlo-, y se habla indistintamente del interrogatorio de quien propone el o la testigo y del interrogatorio de la defensa, está claro que el legislador no previó el conainterrogatorio y como ya sabemos, no se tienen los mismos intereses cuando se conainterroga a un o una testigo ajeno. Otro elemento muy importante es el dibujo que de la persona testigo nos hace la ley, el cual resulta insuficiente, pues supone que por sí mismo hablará, como hablan los documentos en un sistema escrito, lo cual estimamos inexacto; así la invitación a que relate lo que sabe -como lo señala el código-, atenta contra un pilar fundamental del litigio estratégico: que el fiscal, la fiscalía o el defensor o la defensora tengan control de lo que va a decir ese testigo y ponerlo en línea con su teoría del caso. Por eso y en atención a como se trabaja un litigio en un modelo procesal por audiencias, lo recomendable es que luego

de que al o a la testigo se le juramenta, el tribunal lo o la identifique, con los datos más relevantes para su registro: nombre, número de documento de identidad, profesión u oficio, así como las prevenciones de ley, de inmediato se le dé la palabra a quien lo propuso para que lo interroge; hacerlo como lo propone el código puede llevarnos al peligroso vicio que nos enseñó la práctica, de jueces o juezas que se ven tentados o tentadas a interrogar y terminan examinando a la persona testigo, invadiendo el rol de la parte. Esto mismo plantea la autora en la siguiente cita:

“En primer término interroga la parte que propone al declarante, y luego conainterroga la parte contraria. El Tribunal debe de preguntar solo para aclarar la declaración rendida, pues el juez es simple director del proceso, dejando a cada una de las partes interrogar conforme a su interés en el proceso.”⁴

Debe seguidamente el o la litigante en la estrategia de esa tarea de interrogar, cumplir al menos con cuatro objetivos: 1.-Solventar la credibilidad del o de la testigo. 2.- Obtener del o de la testigo proposiciones fácticas (hechos) que acrediten la teoría del caso. 3.- Introducir junto con las proposiciones fácticas, prueba material o documental relevante para la teoría del caso. 4.- Obtener proposiciones fácticas o hechos relevantes que permitan el análisis de otras pruebas que se debatan en el juicio.⁵

En el diario trajín de los o de las litigantes, casi siempre el único objetivo que se plantean quienes interrogan, es el de obtener proposiciones fácticas que beneficien la teoría del caso, mas no se solventan los demás objetivos, que resultan ser fundamentales, si tomamos el debate como algo estratégico y científico, en donde debemos convencer a jueces o juezas imparciales que no conocen el proceso; de aquí podemos elaborar como premisa de excelencia, que si no se cumplen los demás objetivos propuestos, el interrogatorio deviene en incompleto y por ende deficiente.

Es muy importante al interrogar hacerlo de manera clara y sencilla, lo cual significa que el lenguaje que utilizemos debe ser comprensible para el o la testigo. No se recomienda utilizar lenguaje jurídico ni abstracto, de la misma manera, el lenguaje visual y corporal debe generar empatía con la persona declarante, para promover su comodidad; por ello es cardinal cuando vayamos a iniciar, hacerlo con preguntas sencillas de empatía, ejemplo claro de estas son las preguntas de

3 Código Procesal Penal, Ley Nº 7594 publicado en el Alcance Nº 31 a la gaceta Nº 106 de 4 de junio de 1996. Imprenta Nacional, San José Costa Rica. Ya el Código Procesal Contencioso administrativo, incorpora algunas novedades para esa materia en el interrogatorio de testigos a saber: **ARTÍCULO 107.- 1)** Después de juramentar e interrogar al perito, al testigo o al testigo-perito, sobre su identidad personal y las circunstancias generales para valorar su informe o declaración, quien presida le concederá la palabra, para que indique cuánto sabe acerca del hecho sobre el que versa la prueba.**2)** Al finalizar el relato, permitirá el interrogatorio directo. Iniciará quien lo propuso y continuarán las otras partes, en el orden que el Tribunal considere conveniente. Luego podrán interrogar los miembros del Tribunal.**3)** Quien presida moderará el interrogatorio y evitará que el declarante conteste preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes; procurará que el interrogatorio se conduzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad de las personas. Las partes podrán impugnar las resoluciones de quien presida, cuando limiten el interrogatorio, o podrán objetar las preguntas que se formulen, en cuyo caso el Tribunal podrá ordenar el retiro temporal del declarante. El Tribunal resolverá de inmediato.**4)** Los peritos, testigos y testigos-peritos expresarán la razón de su información y el origen de su conocimiento.

4 QUIROS CAMACHO (Jenny). *Manual del Proceso Penal: Actuaciones del Juez, Litigantes y Fiscal*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. 1ed. San José, Costa Rica, 2008, Pág. 184.

5 Ver. **BAYTELMAN A** (Andrés) y **DUCE J.** (Mauricio) *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Imprenta Salesianos S.A. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2004. Págs. 107, 108,109.

acreditación, con ellas se pretende que dejemos establecido con palabras de los o de las testigos, por qué hay que creerles, por ejemplo porque son expertos o expertas en la materia en caso de que estos sean peritos o peritas, porque observaron la manera de muerte de la persona o porque estuvieron en el lugar del accidente, una pregunta de acreditación de un perito sería por ejemplo:

Buenos días señor x ¿podría decirnos cuál es su profesión?

R/ Muy buenos días, sí, con mucho gusto, soy ingeniero mecánico.

¿Podría hacernos una breve reseña de su currículo?

R/ Sí claro, estudié la secundaria en el Liceo San José, la universidad la hice en la Escuela de Ingeniería de la Universidad de Costa Rica.....

¿Imparte la academia?

R/ Sí, soy profesor asociado de la Universidad de Costa Rica.

De aquí obtengo que es una persona preparada, a la cual se le puede creer sobre lo que va a declarar en el juicio y prevengo cualquier problema de credibilidad. Lo recomendable en esta primera fase de acreditación son al menos cuatro o cinco preguntas que generarán además de la empatía, la comodidad del deponente y la acreditación ante el Tribunal; el siguiente paso es la obtención de proposiciones fácticas: ¿cómo lo hacemos?, ¿cuál es la herramienta y cómo la uso?, parece ser la pregunta siguiente...

El primer aspecto positivo por destacar en el examen o interrogatorio es que se harán “preguntas” a un testigo o una testigo “amigable”, él o ella sabe que quien pregunta es la persona con quien habló antes de venir a juicio, lo que da al o a la litigante y al o a la testigo una posición de “comodidad” para obtener el relato; una vez superada la primera etapa en este proceso (las preguntas de acreditación), la comodidad para la persona declarante ahora es real. Las preguntas que se utilizan en el examen o interrogatorio son, en primer lugar, las preguntas abiertas, ellas le permiten al o a la testigo explicarse, hacer un relato de los hechos que generalmente es cronológico, las más importantes son: ¿qué?, ¿cómo?, ¿dónde? ¿cuándo? ¿por qué?, a las cuales hay que acuñarles las situaciones fácticas del caso en concreto, para que la pregunta pueda tomar forma, como por ejemplo:

¿Sabe Ud. *por qué* lo citaron a la corte hoy?

R/ Me imagino que por lo del accidente que observé.

¿Podría relatarnos *qué* fue lo que Ud. observó el día del accidente?

R/ Ese día yo venía circulando de norte a sur por la avenida 26...

O una pregunta abierta a un perito, por ejemplo:

Doctor, ¿podría decirnos en *qué* consiste una laparoscopia?

R/ Claro que sí, la laparoscopia consiste en...

Las preguntas abiertas le dan la posibilidad a quien responde (el o la testigo), de que se refiera de manera amplia a los hechos y la respuesta se convierta en un relato, que por la manera libre en que se produce, genera en el tribunal credibilidad. Aquí como el o la testigo es propio, es un o una testigo amigable, sabemos con antelación qué es lo que le consta y podemos con ello establecer qué va a decir; es cierto que perdemos un poco el control con la pregunta abierta, con la compensación de pisar terreno firme. Como ya dijimos, el interrogatorio como destreza, debe siempre obedecer a líneas de examen bien definidas, puntualizadas por la teoría del caso. Por ejemplo si soy fiscal o fiscalía o querellante y voy a interrogar a quien observó el homicidio, tengo que tener como línea de examen la obtención de las proposiciones fácticas de la “manera de la muerte”, con un arma, con un cuchillo, con un leño, así como su dinámica; esa sería una línea de examen, que determinaría mi interrogatorio; esta línea de examen se ve fortalecida por otra destreza que la persona examinadora debe dominar, la introducción de prueba material o evidencia, por medio de ese testigo, en el caso que nos ocupa, si vamos a introducir como “evidencia” el arma que se utilizó en el homicidio, tenemos que formularle al o a la testigo, primero, preguntas de acreditación de esa evidencia, como si observó el arma, luego de respondida esa pregunta, le solicitamos que nos describa cómo era el arma, con el objetivo de generar credibilidad en el Tribunal. Posteriormente, cuando tenemos generada la credibilidad, se la mostramos para obtener congruencia entre su dicho y la evidencia presentada al o a la testigo, este ejercicio reafirma la credibilidad de ese testimonio; luego de esto pasamos a interrogar a la persona declarante sobre detalles que interesan a mi teoría del caso; como resultado final obtengo que, con este testigo logro introducir tanto el testimonio como la evidencia, que dan sustento a mi caso. Siempre se recomienda al examinador o a la examinadora, llevar una guía de cuáles son las líneas de examen, para que este resulte suficiente y no se deje ningún tema de lado.

El otro tipo de preguntas que se recomienda, que no es muy utilizada, es la pregunta de transición, la cual no es exactamente una pregunta, pero le permite tanto a la persona litigante como a la testigo, poder rápidamente pasar de un tema a otro sin desubicarse, por ejemplo:

Bueno, señor X, ya nos explicó la dinámica del accidente, ahora hablemos de las condiciones del auto

Como se observa, no es una pregunta en sentido técnico, pero es una frase para poder ubicar correctamente al o a la testigo, sin que la persona litigante pierda el control y sin que el o la testigo se desubique.

Existe también otro tipo de pregunta denominada introductoria, que es la que se utiliza para, valga la redundancia, introducir al tema al o a la testigo, no se pregunta nada en concreto pero le da el punto de partida a quien examina, un ejemplo de pregunta introductoria sería:

¿Sabe Ud. por qué se le citó a la corte hoy?

Es introductoria, porque permite entrar al tema, sin que el o la litigante como tal lo proponga. Recordemos que en el sistema oral, durante el interrogatorio, lo que diga el o la litigante no tiene validez, solo es válido lo que diga el o la testigo, por eso la importancia de las preguntas introductorias.

Hay que hacer especial énfasis en que para obtener un interrogatorio excelente, todas las preguntas deben obedecer a líneas de examen, que previamente tuvo que haber diseñado el o la litigante; por ejemplo una línea de examen, puede ser establecer por medio del o de la testigo la dinámica del accidente automovilístico, otra línea de examen sería establecer quiénes intervinieron, con lo cual se puede generar una visión general y fuerte. También se puede tener con otra persona testigo otra línea de examen, más específica y contundente, como quién manejaba el automotor x, para tener por acreditada la responsabilidad.

Finalmente debo cerrar mi interrogatorio haciéndome cargo de las eventuales preguntas que se puedan generar en el contraexamen y darles una explicación verosímil, es la dinámica adversarial, hacerme cargo de lo que “probablemente” preguntará mi oponente, con el interés de anular cualquier posibilidad para el conainterrogatorio.

En el interrogatorio están prohibidas las preguntas capciosas⁶, sugestivas⁷ o impertinentes⁸; su prohibición se basa en que se busca proteger siempre al o a la testigo, que es el centro del debate y fuente primaria de información, de maniobras prohibidas que realizan algunos y algunas litigantes. La pregunta capciosa es la que contiene información inexacta, errada o sesgada, con el afán de confundir o de hacer incurrir en error al o a la testigo; por ejemplo presentarle un plano o croquis diferente y preguntarle, ¿este es el plano o croquis de la escena del accidente? Cuando en realidad quien interroga, sabe que no es esa la evidencia válida para interrogar sobre ese punto.

La pregunta sugestiva está prohibida, porque incluye en la pregunta la respuesta y el objetivo, como se expresó anteriormente, es que el o la testigo sea fuente de información, no el o la litigante; así el sistema sanciona procesalmente al o a la litigante que no prepara su caso vedándole la posibilidad de hacer preguntas sugestivas. Un ejemplo clásico de pregunta sugestiva es: ¿este es el cuchillo con que la asaltaron? Se observa claramente que la pregunta contiene la respuesta, lo que sucede en realidad es que la información del cuchillo, no sale de la boca de la persona declarante, sino de quien interroga.

También están prohibidas las preguntas impertinentes, pues estas tienen el fin similar de distraer al o a la declarante de lo que está relatando, para, por ejemplo, “sacarlo de la escena” que está describiendo o perturbarlo en relación con lo que ya afirmó.

Podemos, como corolario de este primer tema, decir que un buen interrogatorio, con una teoría del caso, una entrevista previa al o a la testigo, con la elaboración de líneas de examen bien definidas, que originen buenas preguntas, dará necesariamente como réditos, el que exista una alta probabilidad de ganar el caso.

III. El conainterrogatorio

Como se expresó anteriormente, el conainterrogatorio no se encuentra regulado en nuestra legislación, lo cual no quiere decir que no exista, sino todo lo contrario, existe como instituto y fácilmente se puede colegir, no solamente del modelo que inspira nuestra reforma procesal penal⁹, sino desde nuestra misma

6 (Del Lat. *captiōsus*).adj. Dicho de una pregunta, de una argumentación, de una sugerencia, etc.: Que se hacen para arrancar al contrincante o interlocutor una respuesta que pueda comprometerlo, o que favorezca propósitos de quien las formula. www.rae.es

7 (Del lat. *suggestus*, acción de sugerir).I. adj. Que sugiere. www.rae.es

8 (Del lat. *impertinens*, -entis).I. adj. Que no viene al caso, o que molesta de palabra o de obra. Apl. a pers., u. t. c. s. www.rae.es

9 En igual sentido. Op. Cit. QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual del

Constitución Política, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial y desde el mismo articulado de la Ley penal adjetiva, que estableció una organización por roles de los actores, hay alguien que acusa (Fiscalía), alguien quien defiende (Defensa) y un tercero imparcial que decide (Juez o Jueza).

Desde nuestra Carta Magna se nos indica en los artículos 39 y 42 lo siguiente:

Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

Artículo 42.- Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible. Se prohíbe reabrir causas penales fenecidas y juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión.¹⁰

Con estos dos postulados constitucionales podemos construir el argumento que le da entrada al contrainterrogatorio, en primer lugar, la dinámica constitucional que exige para la necesaria demostración de culpabilidad, el ejercicio real del derecho de defensa, desde ese punto de vista, la constitución reconoce la necesidad de organizar el interrogatorio desde los roles de los actores y estos, como ya hemos explicado, tienen objetivos diferentes, en consecuencia está constitucionalmente autorizado el contraexamen; por otro lado, el artículo 42 nos indica el rol de juez o jueza, nos describe un juez o jueza imparcial que como operador u operadora del sistema judicial, se mantiene al margen, escucha a las partes, sus peticiones, argumentaciones y pruebas. Su rol es de conducción, dirección y observación de todo lo que acaece en el juicio, su rol no es litigar como sí lo hacen las partes.

Siempre dentro de esta argumentación jurídica nos señala la Convención Americana de Derechos Humanos, para lo que nos interesa en su artículo 8 lo siguiente:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos¹¹ (El subrayado no es del original)

Nos interesa poder analizar el texto subrayado de la Convención, en primer lugar, se garantiza el derecho de la persona sometida a un proceso penal a ser oída, lo cual como ahora resulta natural, solo puede suceder en una audiencia; lo segundo es que lo debe hacer ante un juez o una jueza *competente, independiente e imparcial*; en este caso, como la formulación de derechos de la Convención Americana de Derechos Humanos es más clara que nuestra Constitución, la Sala Constitucional en la interpretación de nuestra Carta Magna ha señalado, que si en ocasiones como la que nos ocupa, los instrumentos internacionales, cobijan mejor los derechos humanos, a estas normas hay que darles rango constitucional. Para efectos de nuestro ensayo solo vamos a hablar de la tercera exigencia de la C.A.D.H.: la imparcialidad, que nos da la razón en el sentido de la distribución de roles que tienen los actores en el proceso penal, el juez o la jueza no es parte, no puede comprometerse, ni con una teoría del caso, que solo la tienen las partes y mucho menos con las actividades que estas realizan en el juicio, a saber el interrogatorio y el contrainterrogatorio. Veamos que también la convención es mucho más clara, pues le da a las partes la facultad de interrogar a los y las testigos, es entonces esta una actividad parcial, en consecuencia le está vedada a los jueces y a las juezas; de aquí partimos para hacer el análisis del contrainterrogatorio, que como herramienta les es entregada a las partes para evaluar testigos ajenos, en una actividad eminentemente parcial, que deriva claramente del rol de este interviniente procesal, señalado por este instrumento internacional de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior abona a nuestra hipótesis de trabajo lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial nos

Proceso Penal: Actuaciones del Juez, Litigantes y Fiscal. Pág. 215.

¹⁰ Constitución Política de la República de Costa Rica, 7 de noviembre de 1949.

¹¹ Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Artículo 8.

señala sobre este particular:

ARTÍCULO 5.- Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, a no ser en los casos exceptuados por la ley; pero, una vez requerida legalmente su intervención, deberán actuar de oficio y con la mayor celeridad, sin que puedan retardar el procedimiento valiéndose de la inercia de las partes, salvo cuando la actividad de éstas sea legalmente indispensable. Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes. Los principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integren o delimiten. Cuando se trate de suplir la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulen una materia, dichas fuentes tendrán rango de ley. Los usos y costumbres tendrán carácter supletorio del Derecho escrito.¹² (El subrayado no es del original)

Queda claro con la norma transcrita, que deviene en consustancial a nuestro modelo procesal penal el contrainterrogatorio; podemos efectivamente derivar que el instituto existe, que la Ley Orgánica del Poder Judicial también lo autoriza, mediante el razonamiento aquí esbozado, en el ejercicio lógico de interpretación de nuestra Carta Magna, de la Convención Americana y de la Ley Procesal Penal. En un sistema procesal penal, los y las litigantes necesitan tener las herramientas para acreditar que un o una testigo por múltiples motivos que no es posible abordar aquí, no dice verdad y esa herramienta es el contrainterrogatorio.

Otro de los postulados legales que apoyan nuestro análisis jurídico es lo que reza el numeral 62 del Código Procesal Penal que señala:

ARTÍCULO 62.- Funciones

El Ministerio Público ejercerá la acción penal en la forma establecida por la ley y practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo. Tendrá a su cargo la investigación preparatoria, bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran. Los representantes del Ministerio Público deberán formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica.¹³

12 Ley Orgánica del Poder Judicial. Nº 7333 de 5 de mayo de 1993. Publicada en el Alcance Nº 24 a La Gaceta Nº 124 del 1º de julio de 1993.

13 Código Procesal Penal, Ley Nº 7594 publicado en el Alcance Nº 31

La investigación está ahora en manos del Ministerio Público, los jueces y las juezas ya no investigan como en el sistema anterior, situación esta última que generó una confusión en los roles que debían de cumplir las personas intervinientes, por lo que era muy común observar jueces o juezas interrogando, ocupando el rol del fiscal o de fiscalía¹⁴, esto al día de hoy ha sido corregido sustancialmente, pues se ha internalizado bien la distribución de las funciones de cada quien.

Establecido el respaldo constitucional y legal del contrainterrogatorio, es necesario que exploremos esta destreza de litigación detalladamente.

El contrainterrogatorio es por antonomasia, diferente del interrogatorio, persigue objetivos muy específicos¹⁵ y modestos, no hay que perder de vista que estamos contrainterrogando a un testigo ajeno, tenemos que desterrar la idea de que podemos ganar un caso, con un testigo de cargo en el contrainterrogatorio, concepto que aprendimos del debate del sistema inquisitivo y de su paradigma hoy variado, que en el juicio se buscaba la "verdad real". Con la herramienta del contrainterrogatorio se pretende darle la oportunidad a la contraparte, que someta a control el testimonio mediante las preguntas, por ello la naturaleza jurídica de las preguntas es otra en esta destreza, se permiten las preguntas sugestivas, porque el contraexaminador está valorando la credibilidad de lo dicho por el o la testigo, se sugieren además que las preguntas sean cortas, cerradas y sugestivas, con el propósito de que generen control al o a la litigante; no hay que perder de vista que se está frente a un o una testigo que sabe que esa persona es "el otro", pues no fue con quien se entrevistó, además que está muy bien percibido en la población en general, que en un juicio hay dos partes que discuten, sobre quién tiene la razón y eso en consecuencia lo sabe también la persona declarante, como generalización empírica.

Además el contraexamen pretende como objetivos: 1.- Desacreditar al o a la testigo. 2.- Desacreditar el testimonio. 3.- Acreditar nuestras propias proposiciones fácticas. 4.- Acreditar prueba material propia y 5.- Obtener inconsistencias con otras pruebas de la contra-

a La Gaceta Nº 106 de 4 de junio de 1996. Imprenta Nacional, San José Costa Rica.

14 Op. Cit. QUIRÓS CAMACHO (Jenny). Manual del Proceso Penal: Actuaciones del Juez, Litigantes y Fiscal. Pág. 184. Señala "Defensor Público Nº 5: ...los jueces siempre siguen con ese afán de protagonismo y entonces de alguna manera siguen utilizando y agotando prácticamente el interrogatorio...le siguen haciendo el trabajo al Ministerio Público, entonces nos enfrentamos no a uno sino con tres o cuatro fiscales...le palanquean el hombro..."

15 BERGMAN (Paul) La Defensa en Juicio. La Defensa Penal y la Oralidad. Segunda edición. Editorial Abeledo-Perrot. Segunda edición, Buenos Aires, Argentina, página 133.

parte.¹⁶

La primera pregunta que tiene que hacerse el o la litigante cuando va a contra examinar, es si la declaración que hizo el o la testigo ajeno, dañó su teoría del caso, de acá parte esta destreza, si la declaración no perjudicó su teoría del caso, es mejor no preguntar. Este es el primer paradigma derribado con el nuevo sistema, pues en general, fiscales, fiscalas, defensores, defensoras, actores o actrices civiles, querellantes, demandados o demandadas, pensaban que “era obligación del litigante preguntar en el contraexamen”, como si el caso se ganase por las preguntas hechas y no por el resultado obtenido. Hoy ya podemos ver con tranquilidad, a muchos operadores y operadoras desempeñarse adecuadamente, cuando saben que es estratégicamente mejor no preguntar, si el examinador o la examinadora no perjudicó su teoría del caso, no preguntan y eso ya es un gran paso.

Si hecha esa pregunta, la respuesta es que la declaración si dañó la teoría del caso, hay que prepararse, para asegurarse minimizar el riesgo a la hora de hacer la intervención. Debo ordenar la intervención primero por objetivos, qué es lo que se va a perseguir, para luego seleccionar cuál es el tipo de preguntas que se van a efectuar.

El abordaje del objetivo de tratar de desacreditar al o a la testigo es de mucha dificultad. El ejemplo clásico es el o la testigo, a quien le pagan para que vaya a rendir una declaración a un juicio, la línea de contraexamen, siguiendo el ejemplo del hecho de tránsito, sería que esta persona no estuvo en el lugar del accidente. Ahora, en este supuesto, las preguntas deben ir dirigidas, no a obtener la información directa de que el o la testigo no estaba ahí, porque eso no lo va a decir el testigo ajeno; sino que con la información que ya tengo –la del examen-, obtener inconsistencias que me permitan derivar en el alegato final, que la persona declarante no estuvo nunca en el lugar de los hechos y que es un o una testigo pagado.

Algunas preguntas podrían ser:

¿Cómo era el auto contra el cual se produjo la colisión?

R/ Era color rojo, automóvil, creo que marca Hyundai.

¿A qué hora ocurrió la colisión?

R/A las dos de la mañana más o menos.

¿Ud. escuchó lo que dijo el conductor del otro carro?

R/No, no dijo nada.

Como se observa estas preguntas cortas y sugestivas, tienen la línea o dirección de poder encontrar inconsistencias en el relato que nos permitan afirmar en el alegato final, que al o a la testigo no se le puede creer, porque nunca estuvo en la escena del accidente. Esto lo obtengo confrontando esta información con la de otro testigo más creíble, que dijo que el accidente fue a las diez de la noche y que el carro era de color blanco. Si el o la testigo se comporta de manera hostil, tengo que redoblar esfuerzos en la línea de contraexamen, así como en las preguntas, haciéndolas cerradas y sugestivas, para no dejarle ninguna opción al o a la testigo, y que solo responda lo que el interrogador o la interrogadora quiere. Las líneas de contraexamen las podríamos definir como pequeñas frases, que incluso puedo ir escribiendo cuando se va desarrollando el examen, que me permiten elaborar las preguntas, una línea sería por ejemplo: el testigo o la testigo miente porque le pagaron para venir a decir un relato, o miente porque no estuvo en el lugar de los hechos. Aquí observamos otra característica del contraexamen, lo que cosechamos para el alegato final es escaso, la labor es de “hormiga” hay que ir recogiendo poco a poco proposiciones fácticas y detalles para la construcción de nuestro alegato final, por ello decimos que los objetivos plasmados en las líneas de contraexamen deben ser modestos y estar relacionados directamente con nuestro alegato final.

Ahora bien, si como objetivo en el contraexamen, se va a atacar la credibilidad del o de la testigo, debo tener elaboradas las líneas de contraexamen, por ejemplo: a este testigo no se le puede creer, porque es totalmente miope y no vio el accidente o a esta testigo no se le puede creer, porque sus facultades de percepción se encontraban alteradas, estaba borracha; esa es la línea o dirección que le voy a imprimir al contraexamen. Recordemos otra vez que los objetivos aquí deben ser comedidos, no podemos pretender que de buenas a primeras, el testigo “ajeno” nos brinde la información que favorezca nuestra teoría del caso; así por ejemplo si lo que pretendemos es desacreditar y que la persona estaba borracha o drogada, podemos formularle preguntas cerradas y sugestivas teniendo siempre el control, como por ejemplo:

¿Ese día Ud. tomó licor?

R/ Sí.

¿Cuánto licor ingirió Ud.?

R/ No recuerdo.

¿Podría referirnos un aproximado?

R/ Es que no recuerdo.

16 Ver. Op. Cit. **BAYTELMAN A** (Andrés) y **DUCE J.** (Mauricio) *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Págs. 161 a 164.

Como el testigo se pone a la defensiva y no quiere contestar, entonces afinamos más el contrainterrogatorio, recordemos que estamos en posición para graficarlo mejor: de desventaja, con un testigo hostil, que sabe que le pregunta la otra parte, entonces le señalamos ahora:

¿Bueno si no recuerda eso, ahora le pregunto, desde qué hora Ud. estaba ingiriendo licor?

R/Creo que desde las 11 am.

Otra herramienta del contraexaminador es incluir en su próxima pregunta la respuesta anterior del testigo, con el objetivo de restarle credibilidad a esta. En esta pregunta final, le recordamos al testigo que no quiso contestar, con el objetivo dicho y de inmediato voy a algo más general que me permita obtener como proposición fáctica, lo que persigo como línea de contraexamen –que estaba borracho-, para utilizarla en el alegato final.

Aquí se explica otro elemento fundamental del contrainterrogatorio y es: *saber parar*; para saber cuándo detenernos tenemos que tener claros los objetivos de nuestro caso, objetivos limitados a los cinco puntos señalados al inicio, por lo general, solo es posible cumplir con algunos de ellos o al menos uno y están fundamentalmente orientados a la construcción del alegato final; por ello tenemos que visualizar que el contrainterrogatorio y el alegato final son institutos directamente dependientes el uno del otro. Si no sabemos hasta dónde llegar en el contraexamen, tenemos el grave riesgo de caer en la pregunta de más y terminar dañando nuestra teoría del caso, cuando, por la pregunta adicional, el testigo ajeno “aclare”, “profundice”, “explique” detalladamente algo que perjudica mi teoría del caso; “la pregunta de más” generalmente nace espontáneamente, por la ansiedad que se produce con el ejercicio de contrainterrogar. Lo recomendable es aprender a manejar este escenario estresante, saber que el no obtener respuestas tan acabadas como las del interrogatorio, la negativa del testigo a responder, su lenguaje corporal o visual, puede conducir erradamente al o a la litigante a hacer preguntas prohibidas, como las de conclusión –¿Ah entonces Ud. no vio el accidente porque estaba borracho? Pregunta que le permite al testigo explicarse, justificarse o aclarar; igualmente se puede erradamente hacer preguntas de opinión e incluso abiertas, que conllevan el mismo riesgo, que el testigo ajeno explique y confirme la teoría del caso de mi rival procesal, el saber hasta dónde llegar, es una lección que debemos aprender de la relación funcional que existe entre contrainterrogatorio y alegato final.

Como ya dijimos, las preguntas en el contrainterrogatorio son, por excelencia, cortas, cerradas y sugestivas, siguiendo el ejemplo del contrainterrogatorio, en la primera pregunta (si tomó licor) lo único que le queda de margen al testigo ajeno, es dar como respuesta un sí o un no, por ser una pregunta sugestiva y cerrada; luego cuando preguntamos (cuánto licor ingirió), lo que nos podría referir sería una cifra, que eventualmente sabe lo incómoda, con ello obtenemos no lo esperado, que nos dijera cuánto había consumido de licor, pero sí como mínimo logramos restarle credibilidad a su testimonio, con la respuesta evasiva (no recuerdo). La respuesta a la última pregunta –que había empezado a ingerir licor desde las 11 am.- a primera vista, parece de poco provecho, pero en realidad no lo es, porque esta respuesta, a la luz de nuestra línea de contraexamen, es de mucha utilidad que aunada a nuestro alegato final, resulta vital, pues podemos acreditar por aplicación del principio lógico de derivación, con la información del contraexamen, en el alegato final que a esa persona no se le puede creer porque sus condiciones de percepción estaban alteradas, pues se encontraba borracho, pues tenía x horas de tomar licor y había comenzado a ingerir alcohol desde las once de la mañana.

En el contraexamen no se recomienda utilizar las siguientes preguntas: las sugestivas de más de un punto, las de opinión, las abiertas. Las dos últimas le dan la oportunidad al testigo o a la testigo de explicar con detalles situaciones fácticas que nos pueden perjudicar y con ello reafirman la teoría del caso de mi contrincente.

Finalmente cuentan los y las litigantes con otra herramienta de litigación, novedosa también: *las objeciones*, destreza que consiste en la posibilidad real que tienen los fiscales, fiscalas, defensores, defensoras, querellantes, demandados, demandadas, actores civiles de controlar que el trabajo del otro no se realice de manera ilegal, arbitraria o en abierta contradicción con el debido proceso. Las objeciones se ejercen verbalmente, acudiendo al juez o a la jueza de manera rápida y atenta, cuando mi contendor violenta las reglas del debate justo, por ejemplo, que el examinador o la examinadora haga preguntas sugestivas, las cuales sabe prohibidas o efectúe preguntas de opinión a un o una testigo. El o la litigante debe inmediatamente decir: *objeción* pregunta sugestiva o objeción está formulando al testigo una pregunta de opinión; el juez o la jueza escucha, analiza y decide lo que corresponda. El juez o la jueza, en la audiencia y los y las litigantes, en la entrevista deben instruir al o a la testigo para que no responda cuando oiga de las partes la palabra *Objeción*, esto para que el trabajo de los abogados y

las abogadas no se vea perjudicado, si el testigo por ejemplo responde; hay que encontrar el aplomo y la preparación, para solamente objetar las preguntas que perjudiquen mi teoría del caso, no tiene sentido objetar todas las preguntas mal formuladas, sino tener la solvencia para discriminar y solo atacar las que verdaderamente dañan mi estrategia.

IV. CONCLUSIÓN

Podemos exponer como conclusiones relevantes de este ensayo, que está debidamente establecida la importancia que tienen en el litigio bien diseñado y estructurado, el interrogatorio y contrainterrogatorio, como generadores principales de información para la decisión del caso. En nuestro país, a pesar de que la legislación es escasa, podemos en un análisis hermenéutico de nuestra Carta Magna, de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial y de la legislación procesal penal, concluir su existencia y su naturaleza jurídica, así como su correcta aplicación. Se confirma nuestra hipótesis, no es necesaria una reforma legal para el reconocimiento de los institutos y el ejercicio por las partes de estos.

El interrogatorio resulta ser una herramienta básica para el o la litigante, pues con ella debe acreditar su teoría del caso, una entrevista previa, buenas líneas de examen darán como fruto un interrogatorio exitoso, obteniendo información de calidad para la decisión; dentro de esta destreza la conclusión más importante, es que la realización de la entrevista, resulta ser una necesidad, pues es la vía mediante la cual el o la litigante se da cuenta, conoce qué es lo que sabe ese testigo del caso y a partir de ahí, valorar poner en relación con la teoría del caso ese testimonio, lo que sí requiere sumo cuidado, es el absoluto rigor técnico que debe tener la entrevista, la cual debe limitarse éticamente a lo que la persona que nos interesa ofrecer como testigo conoce de los hechos, de igual forma resulta necesario, sancionar ética y penalmente al o a la litigante que, abusando de su condición, trate por cualquier medio de obtener del testigo, proposiciones fácticas diferentes de las que conoce, así como ocultar o distorsionarlas.

Hemos establecido además que el contrainterrogatorio, como destreza de litigación, se encuentra constitucional y legalmente respaldado, su naturaleza jurídica es diametralmente opuesta al examen, se persiguen objetivos muy concretos y modestos, que deben estar orientados, a verificar la probidad del testigo, a probar la información que el testigo brindó, así como corroborar si existe relación válida entre la información brindada y la prueba testimonial y material recibida.

Debemos constantemente evaluar el examen y contraexamen que efectuamos como litigantes, con el fin de mejorar el desempeño en esas destrezas, efectuar preguntas de examen en un contraexamen, lo cual ocurre regularmente es un trabajo que podemos calificar de errado, pero perfectamente corregible, si acogemos la naturaleza jurídica del instituto; efectuar preguntas sugestivas en el examen es igualmente un error que solventaríamos satisfactoriamente, si atendemos la naturaleza jurídica del interrogatorio en este caso y de cada uno de los institutos en general, con ello, como litigantes, nos será mucho más claro y ágil desempeñarnos en un sistema procesal penal por audiencias.

Como se aprecia, el rol que desempeñan las partes es ahora sumamente activo, son las dueñas de la prueba, son quienes la gestionan, presentan y dirigen su evacuación, los jueces y las juezas asumen en este sistema un papel también relevante, el dirigir adecuadamente el desarrollo del juicio, asumiendo una posición más de árbitros del litigio, para finalmente desembocar en la función más importante, decidir cuál es el resultado de ese caso sometido a su consideración, desde ese cargo decisor, germina la imparcialidad que les da nuestro sistema; por eso decimos que llegan "vírgenes" a la evacuación de la prueba. En el juicio, los jueces y las juezas no preguntan, porque preguntar implica necesariamente que tienen una teoría del caso, función que en la distribución de roles le está encomendada a las partes, preguntar por parte de los jueces y las juezas compromete su imparcialidad, desnaturalizan su función, porque asumen el rol que les corresponde a las partes. La imparcialidad implica que los jueces y las juezas lleguen sin ningún tipo de conocimiento del caso que van a resolver; la principal crítica que hubo en nuestro país se ha resuelto satisfactoriamente, era que los jueces o las juezas "leían" el expediente antes de entrar al juicio, se hacían una teoría del caso y llegaban al debate a corroborarla, muchas veces, por esa razón, no dejaban a los y a las litigantes hacer su trabajo; hoy en día eso no sucede, la imparcialidad es una realidad. Se ha generado conciencia intelectual y práctica de que leer con antelación el expediente contamina la reflexión del juez y de la jueza, pues genera una teoría del caso y afloran los prejuicios.

Hay que señalar, sin embargo, que la prohibición de no preguntar impuesta por la imparcialidad a los jueces y a las juezas no es absoluta, siguiendo la función de distribución de roles antes expuesta, a los jueces y a las juezas les está permitido, formular a los y las testigos preguntas aclaratorias, que es aquella elaborada sobre la base de la información ya extraída y discutida por las partes, tiene el interés específico de aclarar algún hecho o circunstancia de la manifesta-

ción del testigo; así con la pregunta que formula el juez o la jueza, no se debe obtener información nueva, sino solo información aclaratoria, si con la “pregunta aclaratoria” se arroja información “nueva”, la pregunta adquiere la condición de objetable, y la parte a quien la pregunta del tribunal pueda dañar, la puede objetar por ser una pregunta, que no tiene el carácter aclaratorio y en consecuencia, al obtener información nueva, invade el rol de uno de los litigantes o de las litigantes.

Dichosamente, como ya lo señalamos, al día de hoy los jueces y las juezas de juicio son garantía de imparcialidad, conocen el caso, por lo que los y las litigantes exponen en el juicio, sin embargo se quejan de interrogatorios y contrainterrogatorios deficientes, incompletos, que no arrojan información suficiente; por ello podemos concluir que hemos consolidado la garantía de imparcialidad de los jueces y de las juezas, pero debemos ahora avanzar en fortalecer el examen y contraexamen, como herramienta de los y las litigantes, con el fin de que en el juicio se genere la información suficiente y necesaria, para la correcta resolución del caso.

Con la correcta utilización de estas herramientas explicadas brevemente en este ensayo esperamos haber contribuido en la tarea de ser y hacer mejores operadores y operadoras cada día.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- 1.- **BAYTELMAN A** (Andrés) y **DUCE J.** (Mauricio) Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Imprenta Salesianos S.A. Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago de Chile. 2004.
- 2.- **BERGMAN** (Paul) La Defensa en Juicio, La Defensa Penal y la Oralidad. Editorial Abeledo-Perrot. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina, 1989.
- 3.- Información obtenida en el sitio Web de la Real Academia de la lengua Española.
- 4.- **GIMENO SENDRA** (Vicente) Derecho Procesal Penal. 1º Edición, Editorial Colex 2004. Madrid. España.
- 5.- **GONZALEZ ALVAREZ** (Daniel). La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal. En Revista de Ciencias Penales Nº 11. Año 8, julio 1996. ABC Ediciones. San José, Costa Rica
- 6.- **MORA MORA** (Luis Paulino) La importancia del juicio oral en el proceso penal. En Revista de Ciencias Penales Nº 4, Año 3 Junio de 1991.
- 7.- **QUERALT** (Joan J.) La asistencia letrada al detenido. Tercera Edición, Editorial Atelier. Barcelona, España, 1999.
- 8.- **QUIROS CAMCHO** (Jenny) Manual del Proceso Penal. Editorial Investigaciones jurídicas S.A. San José, Costa Rica. 2008.
- 9.- **TRAVERSI** (Alessandro) La Defensa Penal. Editorial Aranzadi S.A. Tercera Edición. Navarra, España. Traducido por María de los Ángeles Gómez Campos. 2005.
- 10.- **VAZQUEZ ROSSI** (Jorge E.) La Defensa Penal. Rubinzal-Culzoni Editores. Cuarta edición actualizada. Buenos Aires, Argentina 2006.

LEYES.

- 1.- Código Procesal Penal, Ley Nº 7594 publicado en el Alcance Nº 31 a la gaceta Nº 106 de 4 de junio de 1996. Imprenta Nacional, San José Costa Rica.
- 2.- Código Procesal Contencioso Administrativo. Ley Nº 8508, de 28 de abril del 2006. Alcance Nº 38 al Diario Oficial La Gaceta del 22 de junio de 2006.
- 3.- Ley Orgánica del Poder Judicial. Nº 7333 de 5 de mayo de 1993. Publicada en el Alcance Nº 24 a la Gaceta Nº 124 del 1 de Julio de 1993.
- 4.- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

NUEVAS CAUSALES DE PRISIÓN PREVENTIVA CONTEMPLADAS EN EL ARTÍCULO 239 bis DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

M.Sc. Shirley Moraga Torres

Resumen

En materia de prisión preventiva, nuestro país incorporó a la legislación procesal penal nuevas causales a valorar para su procedencia, mismas que se introdujeron mediante la Ley 8720 del 22 de abril del 2009 y sus reformas al Código Procesal Penal adicionando las que ya existían y se encontraban vigentes desde 1998. Dichas causales son las contempladas en el artículo 239 bis.

Abstract

In matters of custody, our country joined the criminal procedural law to value new grounds for its origin, which are being introduced by the 8720 Act of April 22, 2009 and amendments to the Criminal Procedure Code by adding the already existing since 1998 were outstanding. These grounds are covered in Article 239 bis.

Palabras Clave

Prisión, preventiva, causales, cautelares.

Key Words

Prison, preventive, causals, precautionary.

1. Introducción

Estas nuevas reformas procesales en materia de prisión preventiva, tuvieron su origen en lo que en sus inicios fue, el Proyecto de Ley de Fortalecimiento Integral de la Seguridad Ciudadana, expediente legislativo número 16.973.

Como punto de partida de este proyecto, se encuentra según la exposición de motivos que se hiciera en el mismo y que fundamentaba la necesidad de la creación de dicha ley, las siguientes consideraciones:

a. El aumento de la criminalidad y la violencia que en los últimos años han afectado derechos esenciales de los ciudadanos, como el derecho a la vida, la integridad física y la propiedad, lo cual de acuerdo a lo expuesto, incidía de manera negativa en el desarrollo del país.

De conformidad con lo anterior, este proyecto de ley establecía como justificante para la creación de la ley, las tasas que reflejaban el sistema de Indicadores (Sisvi del Ministerio de Justicia, que es un Sistema de

Información sobre la Violencia y el Delito) según la cual, la tasa del robo en el país para ese momento, indicaba que era de 93 por diez mil habitantes en el 2006, considerada relativamente alta para los estándares internacionales y reflejaba un aumento especial y alarmante que tenían las tasas de algunos delitos contra la propiedad en el país, así, entre 1990 y el año 2006 el robo creció en un 748%, el hurto en un 54%, el robo a vehículos un 37% y el robo a casas en un 20%.

Se consideró que otro aspecto medular que fundamentaba la creación de la ley, lo establecido en el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, en adelante PNUD, del año 2005, y el programa Estado de la Nación, 2007, según los cuales, los delitos contra la vida se habían disparado, y que en las dos últimas décadas las tasas de homicidios y de asaltos con violencia se habían duplicado.

Asimismo, dicho proyecto indicaba que según cifras del PNUD para el 2005, analizando los datos de victimización, se observaba que el porcentaje de hogares donde algún miembro había sido víctima de un delito, paso de un 20% en 1986 a un 38.7% en el 2004.

Por último, se consideró la alarma social que existía sobre la criminalidad y por tanto, que hizo crecer la alarma social, así se cita la Encuesta Nacional de Seguridad Ciudadana realizada por el PNUD en el 2006, que concluía, como para la población costarricense, la inseguridad y las drogas son el principal problema del país, y la encuesta realizada por CID-Gallup 2008 (Empresa que hace estudios de opinión pública), en cuanto a que estableció que el 65% de los costarricenses afirmaron que Costa Rica es un país nada o poco seguro.

b. Consecuencias de la Inseguridad Ciudadana.

La inseguridad ciudadana se vio como otro factor que tiene graves consecuencias para el desarrollo del país, ya que no sólo genera elevados costos a los ciudadanos y el erario público, sino que afecta actividades propias del país como lo son el turismo y el comercio, así como la producción de un deterioro en la calidad de vida de la población y una pérdida de capital social.

c. Los factores asociados a la Violencia y a la Criminalidad.

Según el proyecto de Ley en análisis, en el Caso de Costa Rica y sin citarse fuentes y sólo indicando que de acuerdo a una muestra tomada en personas alcohólicas y fármaco dependientes, se determinó que para ese momento, más del 50% de los entrevistados, admitió haber delinquido bajo los efectos del alcohol, así como que varias muertes violentas se produjeron bajo los efectos del alcohol.

El comercio y la distribución de drogas, tomando en consideración, pero sin revelar fuentes, se indicó que existía una relación altamente significativa entre las regiones del país con mayores tasas de homicidios, de robo y de hurto y el número de detenciones que se producían por tenencia de drogas.

Las armas de fuego, estableciendo que durante el período 2001-2003, el 52% de los homicidios fueron ejecutados con este tipo de armamento, siendo que en el año 2006, este porcentaje alcanzó el 61%. Igualmente, se argumentó como en el país se incrementó el número de agresiones con armas de fuego y, en consecuencia, aumentó la permanencia de este tipo de heridos en los hospitales nacionales, lo que también incide en los costos de su atención.

De conformidad con los puntos expuestos, se propuso la modernización del marco legal existente y tendiente al fortalecimiento integral de la seguridad ciudadana, antecedente de la ley 8720 y las reformas que se introdujeron propiamente en lo que interesa a las implementaciones de nuevos presupuestos procesales para la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva, e incluso de las reformas introducidas con el tiempo, a las medidas cautelares sustitutas a la prisión preventiva.

2. Nuevas Causales que contempla el Artículo 239 Bis del Código Procesal Penal para la aplicación de la Prisión preventiva.

Con la entrada en vigencia de la ley 8720 el 22 de abril del 2009, se introdujo como parte de la normativa Procesal Penal Vigente, el artículo 239 bis, que establece cuatro causales más además de las ya existentes, que deben ser tomadas en cuenta y analizadas por la autoridad competente, a la hora de imponer esta medida cautelar, ellas son:

A. Flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad en los que medie violencia sobre las personas o fuerza en las cosas y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias

psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Debe entenderse por flagrancia, la detención en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir.

1. Concepto de Flagrancia.

Nuestro Código Procesal Penal, en su artículo 236, nos da una definición de flagrancia, que creemos contempla todos los requisitos analizados anteriormente y que se considera deberán ser valorados de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto.

Dicho numeral establece:

Habrán Flagrancia cuando el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.

Entre los requisitos que condicionan el delito flagrante, tenemos:

- La inmediatez Temporal, es decir, que el delito se este cometiendo o que se haya cometido instantes antes.
- La inmediatez personal, sea que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación.
- Relación del sujeto con el objeto o los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.

No obstante, la Autoridad Jurisdiccional deberá de valorar cada uno de estos requisitos y los presupuestos de la norma mencionada, de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso concreto.

2. Delitos Cometidos en Flagrancia que contemplaría esta causal.

a. Delitos contra la vida, sea que afectan la integridad física de la víctima, entre los cuales están todos los contemplados en los artículos 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 122, 123, 123 bis, 124, 125, 128, 130 bis, 139, 140, 141, 142, 143 y 144 del Código Penal.

b. Delitos sexuales contemplados en los artículos 156, 157, 159, 160, 161, 162, 173, 173 bis, 174 del Código Penal, no así aquellos que por su propia naturaleza para llevar a cabo su comisión por parte del sujeto activo, no admiten la flagrancia por ejemplo la corrupción, así como que debemos tomar en cuenta que resultan excepcionales los casos en los que imputado de un delito sexual sean descubiertos en flagrancia ya que normalmente los autores el hecho ilícito, aprovechan para cometerlos en lugares donde normalmente con anterioridad se aseguren no van a estar posibles testigos de los hechos que los descubran en el acto, por ejemplo, habitaciones de una casa, lugares solitarios, etc.

c. Delitos contra la propiedad, que sean cometidos con fuerza en las cosas o violencia sobre las personas, presupuestos en los que únicamente entrarían los tipos de Robo Simple y Robo Agravado, artículos 212 y 213 del Código Penal. No se incluyen los delitos de hurto por cuanto no requiere para su consumación ni fuerza, ni violencia sobre las personas, violencia que no está demás indicar, puede ser física o emocional.

d. Delitos de narcotráfico y legitimación de capitales, siendo que la autoridad competente deberá de entrar a valorar el delito cometido por el imputado en flagrancia y que deberá contemplarlo la ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Legitimación de Capitales y Actividades conexas y su reglamento.

En cuanto a la legitimación de Capitales, brevemente la podemos definir tal y como lo hace el artículo 69 de dicha ley cuando dice que comete este delito:

a) Quien adquiera, convierta o transmita bienes de interés económico, sabiendo que estos se originan en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir el origen ilícito o para ayudar, a la persona que haya participado en las infracciones, a eludir las consecuencias legales de sus actos.

b) Quien oculte o encubra la verdadera naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o los derechos sobre los bienes o la propiedad de estos, a sabiendas de que proceden, directa o indirectamente, de un delito grave.

En nuestra legislación se da un trato diferente (más grave) en cuanto a la pena a imponer, cuando el dinero o bienes de interés económico que se procuran "lavar" provengan de fondos originados en delitos

graves, como los provenientes de acciones de tráfico de drogas, tráfico ilegal de precursores y delitos conexos.

Precisamente el interés plasmado por el legislador en el proyecto de ley de fortalecimiento integral de la seguridad ciudadana en este punto, está fundado en el interés de reprimir severamente el tráfico ilícito de drogas y la legitimación de capitales como medio de legalizar un capital proveniente de actividades ilícitas, principalmente también proveniente del tráfico internacional de drogas.

B. El hecho punible sea realizado por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se haya formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos.

Esta causal establece como presupuesto para decretar la prisión preventiva, que el imputado haya enfrentado dos procesos penales en cuyo caso, la etapa de investigación haya culminado con la formulación de una acusación y solicitud de apertura a juicio en su contra, causas que al momento de conocerse la solicitud de prisión, no necesariamente deben encontrarse concluidas.

Este inciso plantea una serie de interrogantes. En primer lugar: ¿Qué debe entenderse cuando la norma prescribe que el imputado haya enfrentado dos procesos penales en los que medie fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas? Lo anterior, por cuanto la norma no establece al igual que el inciso anterior, que se trate de delitos contra la propiedad.

De conformidad con lo anterior, cabría interpretar, que esos dos procesos penales que haya enfrentado el imputado, podrían ser por cualquier tipo de delito en donde medie para su comisión fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas, por ejemplo un delito de lesiones, y otro de naturaleza sexual, etc.

Igualmente, se hace alusión en la norma de análisis, a que los dos procesos que haya enfrentado el imputado no deben estar concluidos, entonces, ¿Qué pasaría si esos procesos al momento de conocerse la solicitud de prisión preventiva, concluyeron, sea porque en la etapa intermedia se aplicó alguna medida alternativa como la conciliación, sea porque el imputado se acogió a un proceso abreviado o bien porque la causa

llegó hasta juicio y se absolvió al imputado, sería acorde con el principio constitucional de inocencia?.

Se considera que diferente sería el presupuesto si se hubiese dictado en su contra una sentencia condenatoria, ya que ello implicará su inscripción en el Registro Judicial de Delincuencia y se tomaría como un antecedente penal.

Si el legislador, cuando se creó esta causal específica para aplicar la medida coercitiva que nos ocupa, pretendía que existiera una posición bastante confiable de que el imputado tiene una evidente tendencia a delinquir, se puede considerar que hay una semejanza entre este inciso y el establecido en el artículo 239 del mismo cuerpo legal que refiere la reiteración delictiva, constituyéndose más que un fin procesal de la medida cautelar de prisión, en una forma de protección social que no cumpliría con la naturaleza jurídica de ésta medida cautelar y conllevaría a plantearse si en efecto se esta ante una prevención especial negativa.

Será entonces el fiscal, quien tendrá la carga de la prueba y al solicitar la imposición de la prisión preventiva, deberá demostrarle a la autoridad competente, que en efecto el imputado enfrentó estos dos procesos que se requieren y que los mismos fueron acusados por el Ministerio Público.

C. Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas.

Es importante partir de lo que debe entenderse por personas reincidentes.

Reincidencia es la realización de un nuevo delito, por el mismo agente después de haber sido condenado por otro anterior, cuya pena se haya sufrido en todo o en parte y antes de haber transcurrido un determinado tiempo fijado por la ley.

Según nuestro Código Penal, artículo 39 reincidente es:

“...quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un Tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados, o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta, el delito cometido en el extranjero, si por su naturaleza no procediera la extradición.”

En este sentido, deberá la autoridad que conozca de esta causal invocada para la aplicación de la prisión preventiva, constatar mediante la debida certificación de juzgamientos del imputado, y que deberá hacerse llegar a los autos, para determinar si efectivamente, el Registro Judicial informa que en efecto el imputado ha sido condenado por un Tribunal de la República por haber cometido un delito en que haya mediado fuerza sobre las cosas y violencia sobre las personas, independientemente del delito que se trate.

En concordancia con lo anterior, la autoridad judicial que conoce de la medida cautelar, deberá de aplicar el artículo 39 indicado ya que por ley se le está indicando que debe entender por reincidente. Asimismo, se interpreta que el delito por el que se está conociendo la solicitud de prisión igualmente debe tener la característica de que al momento de su ejecución por parte del agente, haya mediado fuerza sobre las cosas y o violencia sobre las personas.

Por otra parte, si el registro judicial reporta que el sujeto por el que se invoca esta causal de prisión preventiva cuenta con antecedentes penales, pero verificados estos ya han transcurrido diez años de su cumplimiento, no es posible tomarlos en consideración como tales, ya que para los efectos legales correspondientes por encontrarse prescritos no cuentan en su contra.

D. Se trate de delincuencia organizada.

Según el artículo primero de la Ley contra la Delincuencia Organizada, número 8754 publicada en el diario oficial la Gaceta el 24 de julio del 2009, nos define que es delincuencia organizada cuando establece:

“Delincuencia organizada es toda asociación estructurada de de tres o más personas, de carácter permanente o no, con la finalidad de cometer concertadamente uno o varios delitos graves, contemplados en el artículo siguiente, con miras, a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico o de orden material”.

Y en su artículo 2, define el delito grave de la siguiente forma:

Para todo el sistema penal, delito grave es el que dentro de su rango de penas, pueda ser sancionado con prisión de cuatro años o más.

De conformidad con lo anterior, la Autoridad Jurisdiccional que conozca de solicitud de imposición de la

prisión preventiva, en estricto apego a la ley vigente en nuestro país, al invocarse la causal de delincuencia organizada para la imposición de esta medida tan gravosa, deberá atender a lo indicado por los artículos 1 y 2 de la ley contra la delincuencia organizada.

Se equiparan a delito grave, con independencia de la cantidad de personas vinculadas al delito o a los delitos y de las penas con que se castiguen:

a) El homicidio, lesiones dolosas o amenazas cometidas contra uno de los miembros de los Supremos Poderes costarricenses o de otro país, de diplomáticos acreditados en Costa Rica, o la oferta a ellos de beneficios indebidos.

b) El homicidio, lesiones dolosas, amenazas u oferta de beneficios indebidos a víctimas, testigos, peritos, jueces, fiscales, policías.

c) El homicidio, lesiones dolosas o amenazas cometidas contra funcionarios de la Contraloría, Procuraduría General de la República, del Instituto Costarricense sobre Drogas que realicen funciones de investigación relacionados con los delitos que se establecen en los incisos a) y b) de este artículo, así como de aquellos delitos que la ley les asigna competencia.

d) El homicidio, lesiones o amenazas cometidas contra los comunicadores que por la índole de sus funciones realicen investigaciones periodísticas relacionadas con delitos de crimen organizado, o bien contra autoridades religiosas o comunales que hayan denunciado delitos de crimen organizado.

e) El tráfico ilícito internacional de armas, de estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, precursores químicos y delitos conexos. El tráfico ilícito de personas, trata de personas, tráfico de personas menores de edad y tráfico de personas menores de edad para adopción.

f) El tráfico, introducción, exportación, comercialización o extracción ilícita de sangre, fluidos, glándulas, órganos o tejidos humanos o de sus componentes derivados.

h) Los delitos de carácter internacional.

i) La explotación sexual en todas sus manifestaciones.

j) La legitimación de capitales.

k) El secuestro.

l) La Tortura.

m) Los actos de terrorismo o su financiamiento.

Nuevas Causales de prisión Preventiva y repercusiones en la Sociedad Costarricense.

A. Paliativo o no al aumento de la Criminalidad-

El fundamento de la reforma en materia de medidas cautelares, propiamente de prisión preventiva que introduce la Ley 8720 que entró a regir en abril del 2009, tal y como se desarrolló en el apartado, tiene su sustento los índices de violencia y criminalidad que se daban en el país para el año 2006, donde existieron varios delitos que se consideraron debían reforzarse, entre ellos los delitos contra la propiedad, contra la vida, de drogas, sexuales, legitimación de capitales y otros.

Ello originó que se introdujeran las nuevas causales que nos puntualiza el artículo 239 bis del Código Procesal Penal.

Es importante determinar si esta medida cautelar, constituye una herramienta que sirva de paliativo para la criminalidad y qué repercusiones genera para la sociedad costarricense.

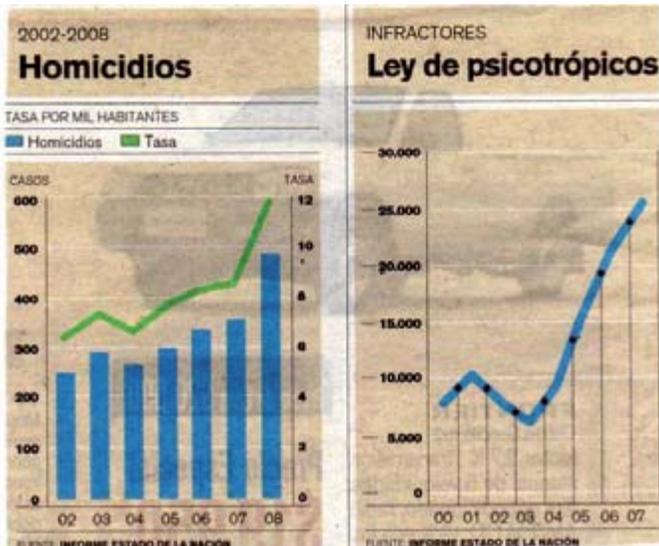
Hoy en día encontramos que el informe del Estado de la Nación del 2009, en sus estadísticas revela, que campea la delincuencia, así por ejemplo, dicho informe indica: “Inseguridad “La aspiración de contar con un entorno de seguridad humana propicio para el aprovechamiento de las oportunidades tuvo desmejora notables en el 2008”. Dos de los indicadores más reveladores de este fenómeno es la tasa de homicidios por 100.000 habitantes, que pasó de 8 en 2007 a 11,1 en 2008, y el incremento del número de mujeres asesinadas “por razones de género” que fue de 32 en este último año, la cifra más alta jamás registrada. Para efectos comparativos, el informe recuerda que en 1997 el 15% de los hogares reportó tener al menos una víctima de la delincuencia, mientras que en 2008 esa cifra es del 28%. Un detalle llamativo es que sólo el 23% de los casos de robo, asalto y agresión son reportados a las autoridades, lo que demuestra que las cifras oficiales de estos delitos están francamente subestimadas. A diferencia de la desigualdad social o el desempleo, la inseguridad no discrimina a sus víctimas por clases, pues todos los sectores la padecen, y en este caso el mayor porcentaje de víctimas se halla entre la clase alta (47,5%).” <http://www.informa-tico.com/?scc=articulo&edicion=20091107&ref=06-11-090009>.

Podemos obtener una reseña gráfica de lo anterior mediante las siguientes proyecciones, publicadas en la sección de economía del periódico La Nación, de fecha 4 de noviembre del 2009:



(Periódico La Nación, 4 de noviembre del 2.009, Informe Estado de la Nación)

Asimismo el Informe del Estado de la Nación nos indica que la Organización Panamericana de la Salud, que cuando una tasa de homicidios se sitúa entre 5 y 8 por cada 100.000 habitantes, la situación es delicada y epidémica, no obstante se apunta que el país esta lejos de la tasa promedio de homicidios de Centro América, que es el 29,3 asesinatos por cada 100.000 habitantes. Siendo los países que lideran a nivel centroamericano son Honduras, El Salvador, Belice, Panamá y Nicaragua. La expresión gráfica de lo anterior la podemos observar de seguido.



(Periódico La Nación, 10 de noviembre del 2.009, Informe Estado de la Nación)

Igualmente los expertos del Informe del Estado de la Nación, sobre el aumento de la criminalidad asociada al narcotráfico, donde en el 2008, mas de 20.000 personas tuvieron problemas por infringir la Ley de Psicotrópicos. En cuanto a los delitos de robos el estudio reveló que el hampa golpeó con mas fuerza a las clases adineradas, y lo delitos de mayor incidencia fueron los robos dentro y fuera de viviendas.



(Periódico La Nación, 4 de noviembre del 2.009, Informe Estado de la Nación)

Por otra parte, hay que agregar, que las primeras estadísticas que se han revelado por parte del Tribunal de Flagrancias del Segundo Circuito Judicial de San José y teniendo como punto de partida el mes de octubre del 2008 a setiembre del 2009, de un cien por ciento de los casos ingresados a dicho Tribunal, de los asunto en que se dicto sentencia condenatoria porque se realizó Juicio oral y Público, el 54,1 % que constituyen 191 casos, son por el delito de Robo Agravado, el 38,2% que son 135 casos, lo son por el delito de Robo Simple, el 7,4% que son 26 casos con por el delito de Hurtos y el 0,3 %, que es un caso, por el delito de daños.



(Periódico La Nación, 1 de noviembre del 2.009, Informe Estado de la Nación)

Según estos resultados, en efecto se puede confirmar una alta incidencia en la comisión de delitos contra la propiedad como robos y hurtos, así como delitos contra la vida, y delitos sancionados por la Ley de Psicotrópicos, que fueron precisamente los delitos que consideró el legislador en el momento en que se discutió el proyecto de ley de Seguridad Ciudadana y que debían atenderse.

Esta situación que reflejan las estadísticas actualmente y que existían desde mucho antes, hace indiscutible, que el instituto procesal de la prisión preventiva, es una de las herramientas que se utiliza para procurar mayor severidad contra aquellas personas que cometen este tipo de delitos, por lo que este instituto lo tomó el legislador para procurar una reforma más con fines de prevención especial negativa que con fines procesales como debe ser.

La prevención especial negativa, no es otra cosa más que la neutralización del delincuente. La pena debe ser un medio para “sacar de circulación” al delincuente y según lo desarrollado, podría considerarse entonces, que la prisión preventiva en este caso no es más que eso, prevención especial negativa encaminada a eliminar o neutralizar al reo.

Winfried Hassemer, en su libro *Crítica al Derecho Penal de Hoy*, nos señala que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material ya que la persecución de fines de prevención general o especial presupone que se encuentra firme el presupuesto de ese derecho penal material y que es la culpabilidad del afectado.

De conformidad con lo anterior, vemos que independientemente del fin que se le quiso dar a la reforma introducida en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal, ese instituto no ha significado un paliativo de la criminalidad que sufre la sociedad costarricense y prueba más fehaciente de ello lo constituyen las cifras que el mismo Tribunal que conoce de delitos de flagrancia revela a la sociedad costarricense, donde se releja por ejemplo en el alto grado de incidencia en la comisión de delitos contra la propiedad como son los robos y sobre todo los agravados.

B. A nivel del Sistema penitenciario.

Dentro de las repercusiones que el alto grado de aplicación de la prisión preventiva podría generar a nivel del sistema penitenciario, uno de ellos, es el mayor incremento de presos en calidad de indiciados, que ingresan a los centros penitenciarios.

No es un secreto, que los centros penales del país no dan abasto con la cantidad de presos que les son remitidos de los diferentes Juzgados y Tribunales Penales del país, sea por concepto de descontar prisión preventiva o bien para descontar una pena.

En el cuadro que a continuación se detalla, se señala claramente el incremento en el número de población penal del mes de enero de 2009 al 15 de setiembre de 2009, asimismo se indica la capacidad real instalada del Programa Institucional para privados de libertad en condición de indiciados y sentenciados .

**Programa Institucional. Poblaciones y Capacidades. Año 2009
(No Incluye Pensiones Alimenticias).**

Mes	Capacidad	Indiciados		Sentenciados		Total		Diferencias	
		Población	Capacidad	Población	Capacidad	Población	Capacidad	Población	Capacidad
Enero	1985	2065	6076	6047	8061	8112	80	-29	51
Febrero	2271	2057	6168	6133	8439	8190	-214	-35	-249
Marzo	2271	2073	6168	6324	8439	8397	-198	156	-42
Abril	2363	2158	6175	6264	8538	8422	-205	89	-116
Mayo	2363	2270	6175	6346	8538	8616	-93	171	78
Junio	2363	2423	6170	6459	8533	8882	60	289	349
Julio	2363	2456	6170	6466	8533	8922	93	296	389
Agosto	2363	2556	6132	6474	8495	9030	193	342	535
Setiembre 16/	2363	2568	6132	6473	8495	9041	205	341	546

Fuente: Reportes del Programa Institucional
Nota: No Incluye Pensiones Alimenticias

Del anterior gráfico podemos observar como mes a mes se dio un aumento en la cantidad de ingresos, siendo que en enero del 2009 de una población de 8112 individuos se incrementó a 9041, al 15 de setiembre; y a 9125, al 28 de setiembre del mismo año, es decir el número de privados de libertad, aumentó en 1013, para un total de 24,36% en lo que a indiciados se refiere, y un 7,04%, en lo que respecta a pobla-

ción sentenciada, para un total global de crecimiento del 11,45%, durante los primeros 8 meses y medio de ese mismo año.

De conformidad con lo anterior, sin duda podría pronosticarse, que la utilización de la prisión preventiva no como excepción sino como regla, podría originar que se incremente el problema de la sobre población de los centros carcelarios, ya que estos ingresos masivos y la permanencia de numerosos sujetos en prisión, por periodos extensos, genera como consecuencia que los centros del Sistema Penitenciario, se vean saturados, lo que irremediablemente genera como resultado conflictos a nivel convivencial y limitación de los servicios de primera necesidad que requiere todo recluso. Lo anterior, pese a que no debe ser óbice para la aplicación de las nuevas causales de prisión preventiva, si constituye una importante variable que debería ser tomada en cuenta por la autoridad judicial, al momento de valorar la necesidad y razonabilidad de su procedencia.

CONCLUSIONES

La prisión preventiva, es unos de los institutos a nivel procesal penal, que ha generado mayor atención entre las reformas introducidas por la Ley 8720 que entro a regir el 22 de abril del 2009.

Sin duda alguna, la prisión preventiva como medida cautelar que tiende asegurar los fines del proceso, debe tener carácter excepcional, ya que valorado el caso concreto, y mientras no se justifique la aplicación de medidas cautelares sustitutivas, la prisión preventiva debe constituir la "ultima ratio".

Según los datos estadísticos analizados en la presente investigación, no podemos negar que en nuestro país tenemos problemas con la delincuencia, problemas que afrontan todas las sociedades en el mundo en mayor o menor grado y en donde las naciones procuran una lucha adoptando diferentes soluciones que pretender dar respuesta a sus problemas de criminalidad. En el caso de Costa Rica, se ha procurado responder al aumento de la delincuencia de una manera represiva, en donde como paliativo, se adoptan reformas procesales que implican mayor severidad, como lo es la aplicación de la prisión preventiva de una forma mas generalizada, y en donde se restringen las posibilidades de la aplicación de medidas alternas al proceso, optándose también por la imposición de penas más severas, lo cual no constituye una crítica de la autora, por cuanto representa una de las herramientas para combatir la delincuencia.

La implementación, y por ende la aplicación de estas nuevas causales para la imposición de la prisión preventiva desde el inicio del proceso, resulta ser un fenómeno que no es ajeno al sentir generalizado del pueblo costarricense, de que en nuestro país, se percibe un alto grado de inseguridad ciudadana y que el gobierno no resulta ser efectivo ante el problema de la delincuencia, siendo innegable, que ese sentir del costarricense es en una gran parte inyectado por la alarma que generan los medios de comunicación.

Es así, como tanto fiscales, defensores, y sobre todo la autoridad jurisdiccional, deben fundamentar debidamente la necesidad de imposición de una medida cautelar tan gravosa, en el entendido que cuando se encuentren bajo examen, las causales que contempla el artículo 239 bis del Código Procesal Penal, además de aplicar los postulados que emanan de los principios de proporcionalidad, razonabilidad e idoneidad de la medida a imponer, también se debe fundamentar como lo exige la ley, los motivos de su imposición, lo que debe descartar una aplicación automática de las mismas, debiéndose en primer termino partir de la existencia de un indicio comprobado de participación del imputado en los hechos, que el delito contemple penas privativas de libertad y que además de la causal que se invoca, existan peligros procesales que hay que evitar para lograr la efectiva prosecución del proceso.

BIBLIOGRAFIA

Internet.

- Acceso.** Medidas Cautelares en el Proceso Penal. En línea. Disponible en www.enj.org. Fecha de consulta: 5 de setiembre del 2009 a las 5 y 30 de la tarde. Tomado de www.acceso.uct.cl/
<http://buscon.rae.es/draeI/> (Diccionario de la Real Academia Española) capturado el 12 de setiembre a las 8:45 de la noche.
http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20081006_04-pdf. capturado el 12 de setiembre del 2009 a las 9:40 de la noche.
http://www.wikilearning.com/apuntes/los_derechos_fundamentales-principio_de_igualdad/11318-6 capturado el 4 de noviembre del 2009 a las 5:46 de la tarde.
<http://www.informa-tico.com/?scc=articulo&edicion=20091107&ref=06-11-090009>.