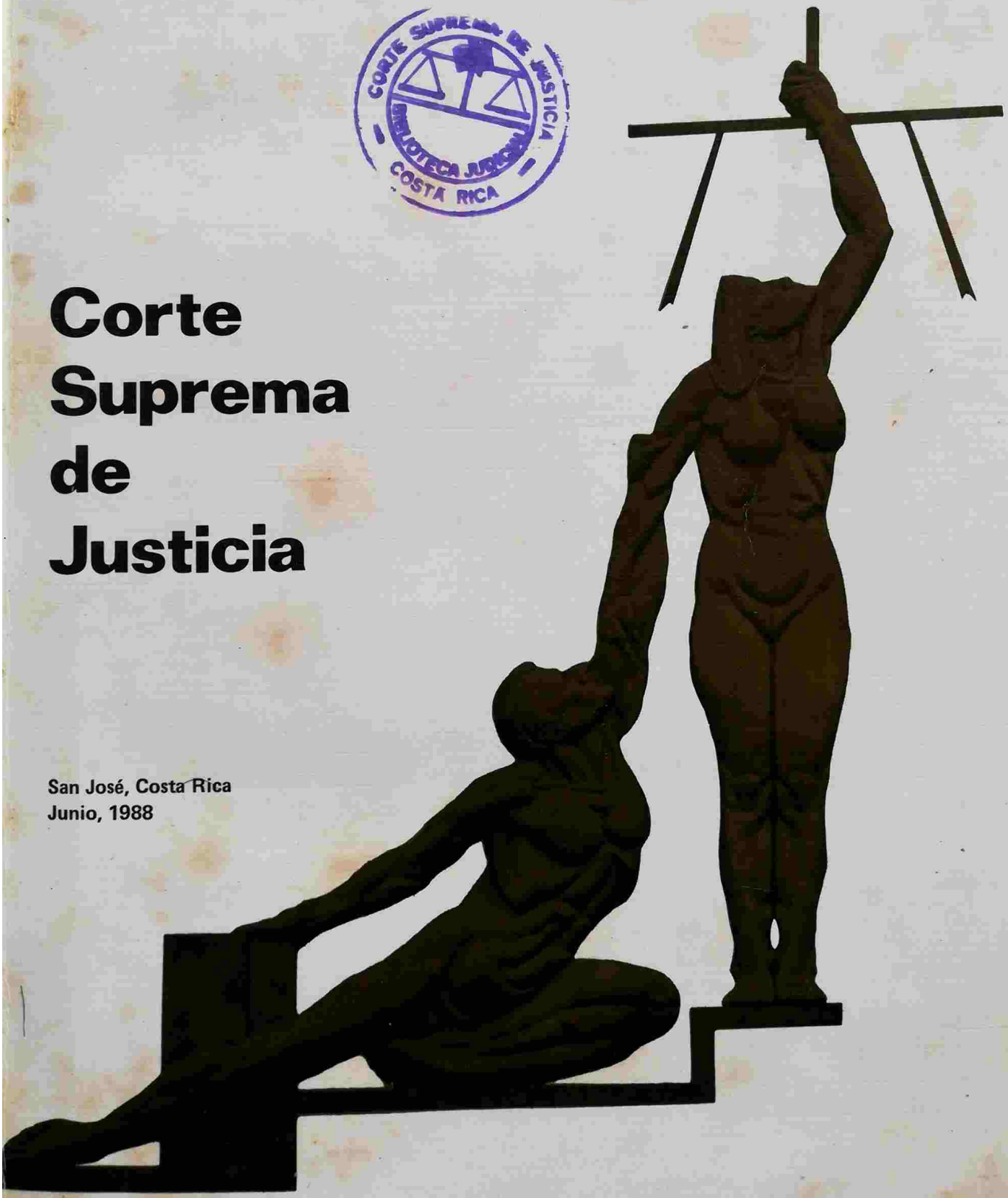
AÑO XII NÚM. 43

REVISTA JUDICIAL

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Corte Suprema de Justicia



San José, Costa Rica
Junio, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

REVISTA JUDICIAL

Año XII — Núm. 43 — Junio, 1988

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

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

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

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

SUMARIO

Pág.

Presentación 5

Sección I: Estudios

Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense III. El principio de transparencia o "disclosure" 13
Dr. Gastón Certad Maroto

La interrelación de los códigos Civil y Procesal Civil en el campo de las sucesiones y de los concursos. 17
Dr. Francisco Luis Vargas Soto

Costa Rica y la adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio GATT 29
Dr. Jorge Rhenán Segura

Ilicitud de la esterilización voluntaria 67
Lic. Luis Aguilar Herrera

La obligatoriedad de la enseñanza en Costa Rica 71
Lic. Celín Arce Gómez

Sección II: Reseña Legislativa Extranjera

La unidad del sistema jurídico latinoamericano expresada en los códigos Civiles de Argentina y Perú 81
Prof. Dr. Carlos Fernández Sessarego

Sección III: Reseñas Bibliográficas

Problemas de base de Filosofía del Derecho (BATTIFOL, Henri) 105
Dr. E.P. Haba

Filosofía y Filosofía del Derecho (RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino) 107
Dr. Víctor Pérez Vargas

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Sección IV: Información Normativa 109
Jimmy Vargas Durán

Sección V: Pronunciamientos Especialmente Relevantes
Jurisprudencia Internacional. Corte Interamericana de Derechos Humanos 117
Lic. Manuel Ventura Robles

Contenido de votos salvados en resoluciones de interés 133
Licda. Cecilia Sánchez Romero

Sección VI: Jurisprudencia 137
Digesto

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

PRESENTACIÓN

La Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia presenta, en esta ocasión, "Estudios" sobre Derecho de Bolsa, Derecho Procesal y Sustancial de Sucesiones y Concursos, Derecho Económico Internacional, Derecho Penal y Derecho de la Educación junto a sus demás secciones usuales: Reseña Legislativa Extranjera, Reseña Bibliográfica, Pronunciamientos Especialmente Relevantes, Información Normativa y Jurisprudencia.

La *Sección de Estudios* se abre con un nuevo aporte del **Dr. Gastón Certad Maroto,** Catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centroamérica, quien continúa así la serie de valiosos artículos sobre Derecho de Bolsa que nos ha venido brindando en los últimos números. En esta oportunidad nos ofrece **"Reflexiones sobre el mercado de valores costarricense. III. El principio de transparencia o 'disclosure'".** Después de haber afirmado la importancia para Costa Rica de un mercado de valores, el distinguido autor se refiere a algunas medidas, a su juicio necesarias, para su cabal desarrollo. Desarrolla entonces el principio de transparencia, entendido como la información veraz que obtengan los accionistas de la empresa en que han intervenido, elemento inseparable de la negociabilidad de los valores en el mercado. Revela el estado incipiente del derecho de información en el Código de Comercio, con relación al examen de libros (25, 265), a la disponibilidad de estos para los accionistas (164), al aplazamiento de decisiones (172) e informes (173). Muestra también las omisiones en nuestra ley en cuanto a la elaboración del balance y memorias anuales, lo mismo que en cuanto a mecanismos para la presentación de información financiera auditada y para la oferta pública. Comenta, finalmente, los beneficios de la transparencia para el inversionista y para la sociedad emisora. Concluye reafirmando la necesidad de un conjunto normativo que venga a establecer mecanismos de apertura del mercado de valores. Este estudio es de especial interés en momentos en que la inversión extranjera es importante para el país y, sin embargo, diariamente se producen actuaciones ilícitas de socios y administradores contra los inversionistas. Mientras no se dicte la ley a que se refiere el autor, convendrá tener en cuenta (jurisprudencial y didácticamente) la tutela especial que —a juicio del profesor Certad— debe merecer el inversionista, para evitar que por falta de información clara se produzcan indebidos perjuicios patrimoniales en su contra. Parece correcto generalizar el principio a todo titular de intereses jurídicamente relevantes, tanto el socio, como el propio ex director o ex administrador, cuyo mandato ha sido revocado o no ha sido reelecto, como lo ha venido a admitir una parte de la jurisprudencia norteamericana en algunos casos, bajo determinadas condiciones, y a quienes puedan resultar en alguna medida afectados o responsables por lo actuado por la sociedad. La transparencia es presupuesto también del equilibrio procesal en los casos de conflicto de intereses entre representante y representado, entre titulares de acciones y administradores, entre ente y órgano. Esto se apli-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ca especialmente a la exhibición de libros de sociedades, lo mismo que a la rendición de cuentas frente al inversionista.

El **Dr. Francisco Luis Vargas Soto,** distinguido miembro de la Comisión Revisora del Código Civil (en representación del Colegio de Abogados), dictó una brillante conferencia, que nos complace publicar, en el auditorio de la Corte Suprema de Justicia con ocasión de las actividades de celebración del Centenario del Código Civil: **"La interrelación de los Códigos Civil y Procesal Civil en el campo de las sucesiones y de los concursos".** El Dr. Vargas Soto afirma la necesidad de tomar en cuenta los mecanismos de realización de los valores de fondo, con conciencia de que el Derecho no es sólo "lo que dice el Juez", ya que en el proceso desembocan únicamente las realidades patológicas y no todas. Limita, sin embargo, el tema al proceso civil y, en particular, a las sucesiones y a los concursos. Afronta, en primer lugar, el problema de la determinación de la naturaleza jurídica de las normas y sostiene que existen normas procesales en el Código Civil y otras, en el Código de Procedimientos Civiles, que deberían ubicarse en el Código Civil; que hay gran cantidad de disposiciones procesales en los dos campos seleccionados, dentro del Código Civil, las que, a veces, son reiteraciones y contradicciones, por tratarse de normas poco técnicas y anticuadas. Posteriormente, nuestro colaborador identifica algunas normas procesales en la parte de Sucesiones en el Código Civil, en relación con la indignidad, a los plazos y forma para la aceptación de la herencia, a la competencia, en relación con el albacea (nombramiento, falta, provisional, remoción, autorizaciones, depósitos, estados de ingresos y egresos y fijación de sus honorarios), a las actuaciones del acreedor sin crédito exigible, a la declaración de derechos a favor de las juntas de educación y del Estado y a la designación del deudor de pensión. Pasa seguidamente el autor a la determinación de las normas del Código de Procedimientos Civiles sobre sucesiones que, por su naturaleza, deberían encontrarse en el Código Civil; cita las que se refieren a la responsabilidad patrimonial de la sucesión, a los derechos de habitación a favor del cónyuge supérstite y a la responsabilidad del albacea. En relación con el derecho concursal realiza también ambos tipos de distinciones. Concluye asegurando, con algunos ejemplos, la falta de tecnicismo de la ley vigente; muestra, para esto, algunas reiteraciones y contradicciones, resultado de reformas a los códigos, más que de ancianidad de estos. A partir de estas constataciones advierte sobre los cuidados que se deben tener, ahora que se intenta revisar el Código Civil, con motivo de su Centenario, en particular, el de armonizar los dos cuerpos legales mencionados. Elaboraciones como las del Dr. Vargas Soto contribuyen efectivamente a la constante reconstrucción del sistema de que hablaba Paresce.

En momentos en que Costa Rica se apresta para su ingreso al G.A.T.T. surge el concienzudo estudio del jurista como una luz para iluminar el sendero del político. El **Dr. Jorge Rhenán Segura** contribuye brillantemente, en este sentido, con su amplio trabajo **"Costa Rica y la adhesión al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio G.A.T.T.".** El autor nos informa sobre los antecedentes del Acuerdo, desde los orígenes de la idea de la creación de una organización internacional de comercio; sobre su creación (nacimiento del Acuerdo, en especial sobre la reunión de la Habana de 1948 y otras posteriores); sobre su estructura jurídica (reglas y excepciones, contenido del articulado del Acuerdo General y sus principios de no discriminación —cláusula de la nación más favorecida y tratamiento nacional de igualdad a las mercancías del exterior— y de eliminación general de restricciones cuantitativas (con sus excepciones en cuanto a derechos de aduana y a la reciprocidad). Se refiere luego a los métodos de modificación de la estructura jurídica y a las dificultades para ello por el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

procedimiento rígido, lo que ha producido que las enmiendas hayan sido raras; aclara que el G.A.T.T. conserva las reglas fundamentales que le dieron origen. Comenta seguidamente las negociaciones diversas, explicando, primero, en qué han consistido las llamadas "rondas" y su carácter de reuniones de negociaciones multilaterales cuyos objetivos han sido los de lograr la reducción de aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales. Nos da cuenta entonces de los logros de las diversas rondas: Ginebra y Annecy (redacción del Acuerdo General), Torquay, Ginebra, cuarta y quinta, que puso en marcha la revisión de la negociación producto por producto. Indica como otros logros algunos acuerdos en diversos campos (subvenciones, compras del sector público, materia aduanera, etc.). De la Nueva Ronda de Negociaciones destaca la especial atención a los productos agropecuarios (tropicales, en lo agrario, sobre carne de bovino). Toca los temas de interés, en especial la propuesta colombo-suiza que le sirvió de base; de la declaración ministerial analiza los puntos más sobresalientes, como la idea de la eliminación de las distorsiones del comercio, la consideración, en los objetivos, de los países en vías de desarrollo y otros. Explica, posteriormente, la participación de Costa Rica "por su intención de negociar las condiciones de su integración en calidad de parte contratante". Desarrolla, seguidamente, el funcionamiento del G.A.T.T. (las vías y medios conque cuentan los países para llevar a cabo los objetivos de la institución), señalando, además de los objetivos, el carácter evolutivo del funcionamiento. Sostiene que hoy el G.A.T.T. presenta los caracteres de organización internacional y comenta los mecanismos de toma de decisiones y el control del funcionamiento (al respecto se refiere a la ejecución y observancia del tratado, a los procedimientos de arreglo de diferencias y a los límites de aplicabilidad de los procedimientos de control de funcionamiento del acuerdo general). Finalmente trata la adhesión de Costa Rica; nos relata sus antecedentes regionales y el resultado de las negociaciones de comisiones multilaterales para los países centroamericanos; también nos informa sobre los antecedentes nacionales y el curso de los planes de adhesión. Condiciona, los resultados a los tipos de negociación que se logren, pero advierte sobre los riesgos de entrar al G.A.T.T., para una economía débil, como la nuestra.

"Ilicitud de la esterilización voluntaria" es el título del estimulante trabajo de contenido polémico que nos ha enviado el **Lic. Luis Aguilar Herrera** en el que hace referencia a un artículo del Dr. Francisco Castillo González. Explica que, aunque hay consenso en cuanto a la licitud de la esterilización voluntaria por necesidad médica, no puede negarse el carácter controversial de la esterilización sin aquella necesidad. Se opone a la idea del Dr. Castillo de que el consentimiento es suficiente para excluir la antijuridicidad. El autor hace notar que el texto que regula las lesiones consentidas limita las causas de justificación, mediante una norma permisiva excepcional; hace referencia también a otras normas, sistemáticamente conexas, tales como la Ley General de Salud. Afirma que la salud, además de un derecho, es un deber y sostiene el carácter de orden público de estas disposiciones. Debe recordarse además que el Código Civil en su capítulo de "derechos de la personalidad", posterior al Código Penal, establece la prohibición de los actos de disposición sobre el propio cuerpo y autoriza solamente determinadas excepciones, en las que no parece caber la esterilización. La facultad de disposición sobre actos no comprendida en las excepciones, lógicamente, cae dentro de la prohibición, por lo que no pareciera ese un caso de ejercicio de un derecho, capaz de excluir la antijuridicidad.

Del **licenciado Celín Arce Gómez** ofrecemos **"La obligatoriedad de la enseñanza en Costa Rica".** El licenciado Arce Gómez estudia aquí, con agudo sentido de análisis crítico,

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el precepto constitucional sobre la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza y su sostenimiento por el Estado. Acepta que en esto nuestro país se adelantó al mundo entero, con excepción de Suecia y Suiza. Analiza los alcances de la obligatoriedad de la enseñanza en la evolución de la educación costarricense, tratando de determinar si el principio ha constituido realmente una imposición, para esto confronta la regulación legal con la vigencia real. Relata que a partir de 1869 en la ley y en los reglamentos de instrucción pública se tiende a dar vigencia al precepto constitucional, pero sostiene que no se previeron mecanismos para asegurarla. Explica el surgimiento, como estructura bien delineada, del Ministerio de Educación y la emisión de la Ley de Educación Común la que, a juicio del autor, contiene algunas contradicciones, pues, aunque por un lado declara la gratuidad, por otro sanciona al padre o tutor que no provea los enseres reglamentarios. Da cuenta de los procedimientos y autoridades que se idearon y de las sanciones a que se exponían los padres renuentes en el cumplimiento del deber educativo. Se refiere entonces al Código de Educación de 1944, que recogió muchas disposiciones de la Ley General de Educación Común, a la Constitución Política de 1949, reformada en 1973 y a la Ley Fundamental de Educación de 1957. Sobre la vigencia real de la obligatoriedad de la enseñanza, afirma que no se ha hecho uso del "ius imperium" y que falta una legislación clara; recuerda que el Código de Educación es cuestionable en su vigencia. Sostiene que hay falta de voluntad política en cuanto al cumplimiento del precepto constitucional. En sus conclusiones reconoce que el incumplimiento del mandato obedece a una evolución ideológica; afirma, sin embargo que el problema sustancial es "de medios". "Una libertad y un derecho formal que no se garantizan materialmente devienen, sencillamente inexistentes" —sostiene—.

En la *Sección de Reseña Legislativa Extranjera,* gracias a la autorización del distinguido jurista peruano, de padre costarricense, maestro principal del Derecho de las Personas en América Latina, profesor **Dr. Carlos Fernández Sessarego,** publicamos la ponencia presentada por él al Congreso Internacional sobre Dalmacio Vélez Sarsfield y el Derecho Latinoamericano, en Roma, durante el mes de marzo de 1986, organizada con referencia al Programa para el Quinto Centenario del Descubrimiento de América del Consejo Nacional de Investigaciones de Italia (CNR) y de la investigación sobre "Codificaciones y Unificación del Derecho en América Latina", titulada **"La unidad del sistema jurídico Latinoamericano expresada en los Códigos Civiles de Argentina y Perú".** El autor afirma al concebido como sujeto de derecho actual; sostiene autorizadamente que él es actualmente titular de situaciones jurídicas, por lo que no hay ninguna necesidad de "reputarlo" o "presumirlo" sujeto —asevera—. Esta contribución es fruto de muchos años de reflexiones y es uno de los principales aportes de fondo de la nueva legislación civil peruana (introducido en ella por el propio Fernández Sessarego), empeñada en dignificar al ser humano en todos los momentos de su existencia.

En la *Sección de Reseña Bibliográfica* tenemos el comentario del **Dr. E.P. Haba,** sobre el libro **"Problemas de base de Filosofía del Derecho"** del **profesor Henri Batiffol,** junto al relativo a la obra **Filosofía y Filosofía del Derecho,** del profesor Dr. Lino Rodríguez-Arias Bustamante.

En la *Sección de Pronunciamientos Especialmente Relevantes* contamos con la valiosa y autorizada contribución del **Lic. Manuel Ventura Robles** con **"Jurisprudencia Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1983, 1984, 1985)",** donde analiza la opinión consultiva sobre la pena de muerte (artículo 4 del Pacto de San José), la opinión sobre el caso Viviana Gallardo, incluyendo el voto salvado del juez Rodolfo Piza Escalante, la opinión consultiva relativa a la propuesta de modificación a la Constitución

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

Política de Costa Rica, relacionada con la naturalización, incluyendo cuestiones relativas a la discriminación; la consulta dispuesta por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos sobre un anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para incluir los derechos económicos, sociales y culturales y, finalmente, la opinión sobre la colegiación obligatoria de los periodistas (una vez que el Gobierno de Costa Rica había ganado el caso ante la Comisión) que se refiere al problema de la compatibilidad entre la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas y la Convención Americana. Agradecemos al licenciado Ventura esta importante información sobre las consultas evacuadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esos tres años.

También dentro de la *Sección Pronunciamientos especialmente relevantes* publicamos **Contenido de votos salvados en resoluciones de interés,** de la **Licda. Cecilia Sánchez Romero.**

En la *Sección Información Normativa* continúa dándonos su valiosa ayuda el señor **Jimmy Vargas Durán.**

Finalmente, ofrecemos, como siempre, nuestra *Sección de Jurisprudencia,* a cargo del **Digesto.**

Víctor Pérez Vargas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
BIBLIOTECA JUDICIAL
COSTA RICA

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

REFLEXIONES SOBRE EL MERCADO DE VALORES COSTARRICENSE (III) EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA O "DISCLOSURE"

PROF. DR. GASTÓN CERTAD M.
Catedrático de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Autónoma de Centro América.

En nuestras anteriores incursiones sobre este tema en esta misma Revista esperamos haber dejado sentada, en forma muy clara, la importancia que reviste para nuestro país la existencia de un sólido Mercado de Valores y creemos haber indicado también algunas de las medidas que, en nuestra opinión, se hace necesario dictar para lograr su cabal desarrollo. Todo ello supone la existencia de un concepto de empresa no sólo entendida como una forma de llevar adelante una actividad económica, sino también como una alternativa de inversión accesible al público inversionista (de la cual, obviamente, también podrá valerse la propia empresa para lograr su autofinanciamiento). Así concebida la empresa, podríamos enunciar la premisa de que el principio de transparencia, entendido como la información veraz que obtengan los inversionistas sobre la situación y actuaciones de la empresa en que han invertido,[1] constituye un elemento indesligable de la negociabilidad de los valores en el mercado.

Desgraciadamente, en nuestro medio no se le ha prestado al principio de transparencia y sus efectos en el desarrollo del mercado de valores la debida atención, ni por parte del legislador, ni por parte de la doctrina. De ahí que afirmemos con insistencia que nuestro mercado de valores necesita imperiosamente un cuerpo normativo que venga a establecer un flujo de información fidedigna de las empresas cotizantes hacia la Bolsa, que le permita al inversionista contar permanentemente con una información fluida, ágil y veraz y poder tener así los elementos de juicio necesarios para la toma de decisiones en materia financiera.

Se hace necesario puntualizar que por transparencia no sólo debemos entender la información que la sociedad proporciona a sus socios en su condición de tales,[2] sino también y sobre todo aquella que ésta proporciona al mercado en general; de donde, en síntesis, por transparencia debe entenderse la información que reciben los inversionistas —socios y acreedores sociales— sobre la situación de la empresa.

El derecho de información del socio en las sociedades anónimas apenas se dibuja en nuestro Código de Comercio; veamos: a) pueden examinar los libros, la correspondencia y demás documentos que comprueban el estado de la administración de la sociedad, aun judicialmente si se estorbare injustificadamente el ejercicio de ese derecho (artícu-

1. La filosofía de la "disclosure" inglesa se desarrolla en torno al principio de que la mejor protección del público está en la publicidad; y corresponde al inversionista apreciar la conveniencia o inconveniencia del título ofrecido. Frente a los sistemas anglosajones tenemos el sistema franco-italiano de la "supervisión", que exige al órgano controlante una intervención burocrática dirigida a evitar que se coticen títulos de sociedades que, no obstante la veracidad de las completas y leales informaciones ofrecidas, por su no del todo tranquilizante solidez patrimonial y perspectiva crediticia, puedan inducir a engaño al inversionista. Sobre el particular véase BERSANO, Silvia, *"Filtro e trasparenza nell' ommissione alla quotazione in Borsa"*, en *Banca, Borsa e Titoli di credito*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, fascicolo IV, pág. 479.
2. Información que, como se verá, está más o menos "enunciada" en nuestro Código de Comercio.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los 25 y 265); b) desde la publicación de la convocatoria y hasta la celebración de la asamblea, los libros y documentos relacionados con los fines de la junta deberán estar en las oficinas de la sociedad, a disposición de los accionistas (artículo 164, párrafo 2); c) a petición de quienes acumulen el 25% del capital social representado en una asamblea, se aplazará la votación de cualquier asunto sobre el que no se consideren suficientemente informados los gestionantes, por un término no mayor de tres días y sin necesidad de nueva convocatoria (artículo 172); y ch) los asambleístas tienen derecho a solicitar informes relacionados con los puntos en discusión (artículo 173). Estos derechos apenas se mencionan, pues lo cierto es que no se le confieren al socio remedios rápidos y eficaces ante los obstáculos que la administración constantemente le pone a su libre ejercicio.

Nuestro Código no se preocupa —craso error— en establecer normas tendientes a regular la elaboración del balance anual que exijan, cuando menos, que el estado de situación sea un documento claro y continuado, muy explícito, tendiente a procurar una información que refleje la situación real del estado patrimonial de la compañía.

Tampoco se legisla sobre la memoria anual que los administradores deben presentar a los accionistas; informe que debe demostrar con exactitud la marcha de la empresa y que debería ponerse a disposición de los socios con suficiente antelación a la celebración de la junta para su examen detenido y concienzudo.

Todo esto nos hace pensar que lo que parece regir en nuestro país es el "principio de turbulencia y no el de transparencia".

En lo que respecta a la información empresa-Bolsa, nuestro Código de Comercio establece, aunque en forma bastante resumida, las noticias que aquella debe darle a ésta, en los incisos b) y c) del artículo 405.[3] El sustento de semejante norma lo encontramos en la permanencia en Bolsa de un valor, la que se logra al través del análisis de la información que a su vez se refleja profundamente en la cotización del mismo.

El mecanismo para la preparación de información financiera auditada también se encuentra encuadrado dentro del principio de transparencia: deben fijarse las normas en las que debe sustentarse el dictamen de la auditoría de la empresa con emisiones inscritas en Bolsa, a fin de que los estados financieros de las compañías emisoras se preparen de conformidad con reglas uniformes de contabilidad; se pretende con esto lograr una homogeneidad en las prácticas contables. Los estados financieros constituyen elementos básicos para el análisis de la situación financiera de la empresa y su leal divulgación algo definitivo para la decisión del inversionista, constituyéndose en una de las garantías fundamentales que la transparencia confiere al inversionista para que éste, en todo momento, conozca el estado y el rendimiento de su inversión.

Otro punto de suyo importante dentro de la transparencia es la regulación de la oferta pública: un ente público supremo debe conferir el permiso respectivo para que las sociedades puedan hacer oferta pública de sus valores y la solicitud debe ir acompañada de un prospecto que contenga información mínima de la emisión y de la emisora.

Nótese bien que la transparencia no sólo beneficia al inversionista sino también a la propia sociedad emisora, asegurándole a los títulos por ella emitidos un amplio mercado, merced a la confianza que genera en el inversionista una información suficiente, periódica y veraz sobre su situación financiera.

El reglamento general de la Bolsa Nacional de Valores, S.A. establece, en el párrafo segundo del parágrafo VIII del artículo 6 que: "La violación de cualquiera de los deberes que este artículo impone, autorizará al consejo de administración de la Bolsa, a cancelar automáticamente la inscripción de los títulos registrados por la emisora". Se trata ésta de la sanción a la violación de la transparencia, norma que, dicho sea de paso, es bastante generalizada en las leyes que regulan los mercados de valores en otros países. Ahora bien, una sanción que signifique la suspensión de la cotización o el retiro de la misma es un castigo que va dirigido no sólo a la empresa transgresora, sino sobre todo al inversionista, a quien se le priva del mercado; de donde es nuestro criterio que la suspensión o el retiro de la cotización no deben ser utilizados como sanciones a la empresa transgresora de la transparencia, porque se termina castigando al inversionista también.

De todo lo anterior se desprende conclusivamente la necesidad de que exista en nuestro país

---

3. Una sociedad anónima inscrita en Bolsa no sólo debe dar la lista de sus accionistas, sino también de sus directores, debiendo indicar además de qué otras sociedades son administradores; pues en nuestro medio, ante la estrechez del mercado, estos datos indican la vinculación económica de una sociedad con otra, lo que es determinante para efectuar la inversión.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

un mercado de valores operante y activo, un mercado de valores que contribuya al desarrollo empresarial, un mercado de valores que sirva de fuente de autofinanciamiento, un mercado de valores al que las empresas recurran para captar recursos y poder desarrollar programas de inversión y ampliación. Nuestro país carece de tradición bursátil y se ha caracterizado (y aún se caracteriza) por tener un mercado de valores estrecho; por eso lo que debe procurarse es un conjunto normativo que venga a establecer mecanismos de apertura del mercado de valores que le permitan aspirar una bocanada de aire puro a nuestra casi asfixiada economía.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

LA INTERRELACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y PROCESAL CIVIL EN EL CAMPO DE LAS SUCESIONES Y LOS CONCURSOS

DR. FRANCISCO L. VARGAS SOTO

ÍNDICE

Pág.

A. Introducción 18

B. Existencia de normas procesales en el Código Civil y de Normas que por su naturaleza deberían estar ubicadas en el Código de Procedimientos Civiles 20

1. En el Derecho Sucesorio 20
2. En el Derecho Concursal 21

C. Consecuencias de la falta de tecnicismo 25

D. Razón de ser de la falta de correcta ubicación y por consiguiente de las reiteraciones y contradicciones 26

E. Conclusiones 27

Bibliografía 27

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA INTERRELACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y PROCESAL CIVIL EN EL CAMPO DE LAS SUCESIONES Y LOS CONCURSOS*

DR. FRANCISCO L. VARGAS SOTO

A. Introducción.

Como hasta ahora ha quedado explicado en las disertaciones que a lo largo de este Congreso sobre el centenario del Código Civil han sido brillantemente desarrolladas por los relatores de las distintas comisiones, el Derecho Civil no se agota en dicho Código. Es necesario, cuando queremos saber hoy en día qué es lo que el Derecho Civil patrio dispone, recurrir a leyes especiales, visto que se ha operado el fenómeno de la desmembración de muy diversas materias, aparte de que otras han surgido a su lado no previstas en sus orígenes por nuestro centenario Código.

Por otro lado, resulta que es esencial al Derecho, a cualquier derecho, un conjunto de normas que vengan a garantizar la realización de sus fines, fundamentalmente aquellos de seguridad y justicia. Y uno de los instrumentos que el mismo ordenamiento ha concebido para garantía de esos fines lo encontramos en una de sus ramas conocidas como Derecho Procesal.

Ante la circunstancia de que los sujetos involucrados en una relación determinada no logren resolver los conflictos que puedan surgir de ella, el Estado ha debido crear ese conjunto de normas que van a permitir arribar a una solución que garantiza a las partes, así como a la colectividad, que lo que será resuelto no será el resultado de lo que obtenga el más fuerte, sino aquello que se estime lo más justo, y que asegure la paz social, conforme a criterios más o menos predeterminados.

Lograr ese valor justicia, fin último del Derecho, según lo estime no una de las partes —pues normalmente ambas pretenden conseguir lo que entienden justo— sino un tercero imparcial investido para ello de autoridad por la colectividad, el juez, es lo que en definitiva se persigue.

Esas normas predeterminadas que regulan la relación que surge en un momento dado a consecuencia de las divergencias que no con poca frecuencia se presentan entre los sujetos de Derecho, reglamentan lo que conocemos como proceso y la participación de los sujetos que en ella intervienen, las partes y el juez, con el fin de resolver aquella controversia.

Desde luego, no hay que pensar que el Derecho solo logra garantizar el cumplimiento de sus fines a través del proceso, sino que debe analizarse éste como la excepción: por muchos que sean los casos que se conozcan en los tribunales, éstos no resuelven sino aquellas relaciones que nosotros podemos llamar "patológicas".

Si analizamos cuántos casos son los que los tribunales resuelven frente a los fines logrados por el Estado y las partes voluntariamente, nos daremos cuenta de que son una ínfima parte de la tota-

---

* Conferencia del Dr. Francisco Luis Vargas Soto dada en el Auditorio de la Corte Suprema de Justicia el 26 de mayo de 1986 con ocasión del centenario del Código Civil.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

lidad de situaciones que se presentan, al extremo de que si la situación se invirtiera, podríamos pensar en la desubicación del Derecho y no en la de los sujetos.

Pues bien, igual que sucede con el Derecho Civil, o con cualquier otra rama del Derecho el proceso no aparece regulado en forma total en un código aun cuando haya sido promulgado específicamente con ese fin.

Resulta interesante pues, constatar no solo el hecho de que, como consecuencia del fenómeno del desmembramiento que se produce de un código por la promulgación de leyes especiales, es necesario recurrir a estas leyes, sino también el que normas de naturaleza procesal aparecen ubicadas en un cuerpo legislativo que no es el procesal, verbigracia en el mismo Código Civil y viceversa.

Desde luego, el tema principal de esta comisión denominado "Derecho Civil y Proceso" desborda el campo del proceso judicial al cual haré referencia, dado que el "proceso", en su acepción amplia, abarca otros además del judicial, verbigracia el administrativo, legislativo y notarial. Este último toma una gran relevancia dentro del campo del Derecho Sucesorio en lo que se refiere a la forma de los testamentos, artículos 583 a 589 del Código Civil, tema que en alguna medida ha sido desarrollado en la disertación del Lic. Orlando Aguirre.

En todo caso, mis pretensiones por razones de tiempo y de espacio, las he reducido al campo del proceso civil, y aun dentro de éste me confino a los llamados "juicios universales" (sucesiones y concursos), y no a todos y cada uno de los distintos procesos que aparecen regulados en el Código de Procedimientos Civiles. Aparte de las razones de tiempo y espacio el deliberado propósito tiene como justificación el hecho de ser aquéllos el campo de mi especialidad.

Por otra parte no entro a analizar, por las mismas razones, otras disposiciones que las contenidas en el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles en este campo preciso, y no en leyes íntimamente ligadas a uno u otro, pues si se ha dicho con razón que el Derecho Civil no se agota en el primero de ellos, también habría que decir que el Derecho Procesal Civil no se agota en el segundo.

Ahora bien, la determinación de la naturaleza del contenido de una norma no siempre aparece en forma clara, y la frontera entre una y otra materia a veces es sutil, sobre todo por la forma en que aparece redactada la disposición, de donde, desde ahora, acepto cualquier crítica en la clasificación que he hecho de las distintas normas como procesales o no.

No voy a entrar a definir tampoco lo que el Derecho Civil es, pues cualquier cosa que dijera ahora sería reiterativa de lo ya dicho en las exposiciones hechas por quienes me han antecedido en el uso de la palabra, ni me detengo tampoco a examinar a fondo la naturaleza del Derecho Procesal, que también ha sido tratado desde diversos ángulos en este congreso, lo cual me coloca en una posición muy cómoda para entrar de lleno al análisis de las diversas normas que interesan.

A los propósitos de mi investigación, basta con que lleguemos al acuerdo de que existen normas que tienen una naturaleza procesal y otras, que por la suya deberían encontrarse ubicadas en el Código Civil.

Entonces, las hipótesis que trataremos de confirmar son las siguientes:

1) Existen normas procesales que aparecen en el Código Civil.

2) Existen disposiciones que aunque se encuentran en el Código de procedimientos Civiles, por su naturaleza deberían estar emplazadas en el Código Civil.

3) Que el cúmulo de normas cuya naturaleza podría decirse procesal contenidas en el Código Civil es mayor que la cantidad de disposiciones que se encuentran en el Código de Procedimientos Civiles y que por su contenido deberían aparecer en aquél, desde luego, dentro de los llamados juicios universales como ha quedado explicado.

4) La existencia de esas normas, llamémoslas "desubicadas", provoca no pocas veces el que se dé reiteración o repetición de aspectos normativos en ambos cuerpos legales, y peor aún, contradicciones importantes.

5) Que la falta de tecnicismo al incluir normas de un código en otro y viceversa, es consecuencia de la vetustez de los códigos Civil y de Procedimientos Civiles.

Veamos pues, cuáles son esas normas, dividiéndolas por su específica naturaleza en dos grupos: en el Derecho sucesorio y en el Derecho concursal, y dentro de cada una de ellas en sus dos aspectos: normas de Derecho Civil y normas de Derecho Procesal, o más concretamente, normas contenidas en el Código Civil y normas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, pues como dijimos no analizaremos todo el Derecho Civil ni todo el Derecho Procesal sino aquellas normas que por su naturaleza pueden clasificarse como

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

normas pertenecientes a los llamados "juicios universales".

B. Existencia de normas procesales en el Código Civil y de normas que por su naturaleza deberían estar ubicadas en el Código de Procedimientos Civiles.

1. En el Derecho Sucesorio.

1.1. Normas procesales contenidas en el Código Civil.

a) El numeral 525, párrafo final señala la inadmisibilidad de la acción de indignidad contra el heredero del indigno.

b) El artículo 528 dispone que "la aceptación de la herencia ha de ser expresa, pidiendo al juez del domicilio de la sucesión, la declaratoria de ser tal heredero".

c) A propósito de la competencia territorial, la Ley Orgánica del Poder Judicial, a numeral 176, inciso 3, dispone que serán competentes "...para iniciar los juicios de sucesión hasta su conclusión, el —juez— del domicilio de la sucesión", pero ni ella ni el Código de Procedimientos Civiles aclaran el punto, siendo necesario recurrir al Código Civil, —artículo 48—, el cual a la letra dice:
"El domicilio de la sucesión de una persona es el último que ésta tuvo; y en el caso de no poderse saber cuál era, el lugar donde esté la mayor parte de sus bienes".

Ahora bien, resulta que perdido entre las disposiciones de la sucesión legítima, encontramos el numeral 572 del Código Civil, el cual en su párrafo segundo del inciso 6 y sin que nada tenga que ver con los aspectos contenidos en dicha disposición —que se encarga de establecer los distintos órdenes o grados de herederos legítimos—, introduce un complemento de la regla de competencia territorial que hemos señalado, cuando dice:
"Si el causante nunca hubiere tenido su domicilio en el país, el juicio sucesorio se tramitará en el lugar donde estuviere la mayor parte de los bienes".

d) Es norma de carácter procesal la contenida en el numeral 529 del Código Civil, el cual dispone que el término para aceptar la herencia será de treinta días hábiles contados desde la primera publicación en el periódico oficial del edicto que se avise estar iniciado el sucesorio y se emplace a los interesados en él, pero que si consta en el expediente el nombre y la residencia del heredero, no correrá para él dicho término, el cual contará a partir de la fecha en que se le notifique personalmente, y finalmente, que si no es el caso de así proceder, y el heredero se encontrare fuera de la República, el término para aceptar la herencia se entenderá prorrogado por treinta días hábiles más.

e) Por su lado el artículo 532 dispone que vencido el término señalado, si se presentare algún heredero reclamando la herencia, se le declarará heredero sin perjuicio de tercero de mejor derecho.

f) Las consecuencias de la forma en que se acepte la herencia, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 535 del Código Civil, se traduce en una carga de la prueba: aceptada pura y simplemente toca al heredero probar que no existen bienes suficientes para pagar las deudas del difunto; acepta a beneficio de inventario, la carga de la prueba revierte sobre el acreedor: éste debe probar que sí existen otros bienes además de los inventariados con qué hacerse pago.

g) Es de corte netamente procesal el numeral 536 que dispone:

"No dándose principio al inventario o no concluyendo éste por culpa del beneficiario, dentro del término señalado por Ley, se tendrá la herencia como aceptada pura y simplemente".

h) En cuanto al albacea se refiere, los numerales 541 a 560 contienen una serie de aspectos que son de naturaleza procesal, y que para no hacer sumamente extensa mi intervención resumo en aquellos aspectos más relevantes:

h.1) 541: En ninguna mortuoria habrá más de un albacea. Para casos de impedimento temporal o en supuesto interés contrario al de la sucesión se deberá nombrar un albacea suplente.

h.2) 542: Cuando falte albacea testamentario, los herederos y el cónyuge en junta general nombrarán propietario y suplente, por mayoría de votos. En caso de empate decide el juez.

h.3) 543: Faculta al juez a elegir un albacea provisional mientras no se verifique el nombramiento de albacea definitivo o cuando no haya albacea testamentario o éste no quiera o no pueda aceptar. Se faculta asimismo al juez para que nombre un albacea específico en caso de que el albacea provisional tenga interés en algún asunto en contradicción con los demás interesados.

h.4) 544: La remoción del albacea provisional se prevé sea hecha por el juez a gestión de parte interesada.

h.5) 550: La autorización al albacea para que proceda a realizar determinados actos previstos en el numeral 549 debe resultar del convenio de los interesados, y cuando falte ese convenio o por el

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

estado del juicio no pueda conocerse la voluntad de los interesados, la autorización la concederá el juez.

h.6) 553: El albacea debe depositar a la orden del juez y en el establecimiento de depósitos judiciales, todas las cantidades de dinero que reciba por cuenta de la sucesión.

h.7) 554: Cada mes presentará el albacea al juzgado un estado administrativo de ingresos y egresos y al cesar en su cargo debe rendir una cuenta final comprobada de su administración.

h.8) 558: Los honorarios del albacea suplente y los del provisional serán fijados por las partes y en su defecto por el juez.

h.9) 558: Cuando hubiere varios albaceas, el juez designará la parte de honorarios que a cada uno corresponda.

i) Por otra parte, el Código establece que el acreedor cuyo crédito no fuere exigible en los seis primeros meses después de iniciado el juicio de sucesión, deberá presentarse al proceso pidiendo que se separen bienes suficientes para pagarle en su oportunidad, o que se garantice el pago del heredero. (Art. 567).

j) El numeral 572, párrafo 3, inciso 6, dispone que en el caso de que se llegue a declarar heredero al Estado en las Juntas de Educación, éstas no entrarán en posesión de la herencia sin que preceda resolución que declare sus derechos.

k) Dispone por otra parte el Código Civil, que si el causante legó una pensión vitalicia anual, sin dejar a cargo de ella algún heredero o legatario, y los herederos no se pusieren de acuerdo sobre cuál de ellos habrá de pagar la pensión, hará la designación el juez. (Art. 614).

1.2. Normas contenidas en el Código de Procedimientos Civiles, que por su naturaleza deberían encontrarse en el Código Civil.

— El numeral 510, penúltimo párrafo, dispone que los bienes de toda sucesión responderán aun con perjuicio de tercero hasta seis meses después de la publicación del primer edicto de emplazamiento.
— Respecto del cónyuge supérstite y de los hijos que con él vivan, el artículo 526, párrafo final establece que podrán continuar habitando la casa que ocupaban en el momento del fallecimiento del causante y mientras no resulte adjudicada a otra persona.
— Dispone el Código de Procedimientos Civiles, en su numeral 549, párrafo cuarto, que el albacea no está obligado a pagar los honorarios del abogado director de la sucesión, salvo que los autos revelen que la dirección del abogado no ha sido hecha en realidad en beneficio de la sucesión sino en defensa de los intereses personales del albacea.

2. En el Derecho concursal.

2.1. Normas procesales contenidas en el Código Civil.

El Código Civil desarrolla este instituto en dos títulos, VII y VIII, que denomina "De la insolvencia del deudor y el concurso de acreedores" y "De las diversas clases de créditos, sus preferencias y privilegios".

El capítulo primero del primero de los citados títulos, se denomina "Disposiciones Generales", cosa curiosa pues a su vez el último capítulo de este primero de los Títulos, es llamado también "Disposiciones Generales". Veamos las disposiciones que podemos considerar de naturaleza procesal:

— Se dispone que para que la insolvencia produzca efectos legales, debe estar declarada judicialmente. (Art. 884).
— Se excluye al Estado y los Municipios como sujetos pasivos del concurso. (Art. 885).
— Se determina que la declaratoria de concurso procede a petición de dos o más acreedores o bien a gestión del propio deudor. Se señala asimismo la forma en que debe probarse en juicio la insuficiencia patrimonial. (Art. 886).
— El numeral 888 señala el llamado periodo de retroacción conocido también como periodo de sospecha, señalando que en todo caso se presumirá su existencia treinta días antes de la fecha en que se pidió la declaratoria judicial del concurso.
— Uno de los efectos de la declaratoria de concurso, concretamente el arresto, está previsto por el numeral 895, el cual a su vez prevé la ocupación e inventario de sus bienes y papeles.

  En cuanto al arresto se establece que si el deudor rinde fianza equivalente al 25% del pasivo del concurso, no procederá el arresto. (Art. 896).
— Se autoriza al juez a conceder una pensión al concursado, tomando su importe de los bienes de la masa. (Art. 897).

El capítulo II del título que nos ocupa, esto es, artículos 899 a 920, aparece titulado "Efectos de la declaratoria de insolvencia y de la apertura del

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concurso". De seguido citaré algunas de las disposiciones nada más en aras de la brevedad que las circunstancias obligan:

— El 889 establece el conocido desapoderamiento. Señala que desde la declaratoria de concurso el deudor queda inhibido de la facultad de administrar y disponer de sus bienes, la cual pasa a sus acreedores, quienes deberán ejercerla por medio de un curador nombrado al efecto.
— El 890 señala la suerte de los actos realizados por el deudor después de publicada la declaratoria de concurso.
— El numeral 910 dispone que acordado en junta de acreedores no entablar acciones previstas en disposiciones anteriores, pues hacerlo cualquiera de los acreedores que no formen mayoría, pero en tal caso deberá citarse a los que no votaron contra la demanda por si quieren constituirse partes en el juicio. La sentencia que se llegare a pronunciar perjudicará a todos los acreedores del concurso, pero las ventajas solo les aprovechará en el sobrante que quedare después de cubrirse íntegramente los créditos de aquellos acreedores que se han apersonado en el juicio durante la primera instancia antes o al tiempo de abrirse a pruebas.
— Cuando la acción de nulidad o rescisión se entablare por el curador, cada uno de los acreedores, representando su propio derecho, con independencia del curador, puede apersonarse al juicio, coadyuvando a las gestiones de éste. (Art. 911).
— Desde la apertura del concurso y mientras éste no se termine, los acreedores del concurso no pueden iniciar ni continuar separadamente procedimientos judiciales para el pago de su crédito contra el insolvente ni los bienes concursados. (Art. 920).

Por su parte el capítulo III, titulado "De los curadores", se encarga de desarrollar en 20 artículos —del 921 al 940— todo lo relativo a este importante órgano del proceso. Así, se dispone entre otras cosas:

— Que los curadores propietario y suplente deben ser nombrados por el juez al dictar la resolución que declara el concurso. (Art. 921).
— Que el juez debe nombrar un curador específico para aquellos casos en que los anteriores estén inhabilitados. (Art. 922).
— Que puede ser curador todo el que pueda ser mandatario judicial, pero deberá tener su residencia en el lugar del juzgado donde se tramita el concurso, no pudiendo ausentarse por más de ocho días sin permiso del juez, quien no podrá concederlo por más de un mes. (Art. 923).
— El numeral 926 señala cuáles son los honorarios del curador y el artículo siguiente la forma en que dichos honorarios serán cubiertos.
— Las diversas obligaciones y facultades del curador, entre las que se cuentan las de velar por el inventario y avalúo de los bienes concursados o verificar las listas de activos y pasivos presentadas por el deudor; procurar que los bienes se conserven en buen estado, promover las juntas de acreedores; el continuar el negocio del quebrado previa autorización judicial; el realizar los bienes del concurso; calificar las legalizaciones hechas, presentar los informes requeridos por Ley a las juntas de acreedores indicándose en forma detallada por el Código la forma en que tales informes deben confeccionarse; el presentar informes mensuales de administración, etc., aparecen reguladas por el Código Civil en sus numerales 932 a 939.

Se ocupa también el Código Civil de regular la situación de los acreedores y de sus juntas en su capítulo IV, arts. 941 a 957.

— El numeral 941 constituye a los acreedores en una masa por efecto de la declaratoria de concurso, y dispone a los efectos de representación dentro del concurso que no se podrá aumentar su número por división de los distintos créditos.
— Se establece en el artículo 943 que los acreedores reales podrán cobrar fuera del concurso, no siendo admitidos dentro del proceso sino por un saldo en descubierto o en la medida en que renuncien a las ventajas que tengan.
— Se autoriza a los fiadores del concursado a legalizar las sumas que hubieren pagado por éste. (Art. 944).
— Se dispone que convocadas legalmente las juntas de acreedores, podrán verificarse si concurren dos o más acreedores, y las resoluciones que por mayoría se tomen, serán obligatorias tanto para las minorías como para los ausentes. (Art. 945).
— El numeral siguiente —946— dispone que para que haya acuerdo la resolución debe ser adoptada por la mayoría de presentes, y que los votos se computan por persona y por capi-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

tal, disponiéndose la forma en que cuentan unos y otros.

— En cuanto al convenio entre el deudor y sus acreedores, se establece una mayoría calificada de votos, indicándose qué votos se computan y cuáles no. (Art. 948).
— Se ocupan los numerales 949 y siguiente, de determinar cuáles acreedores tienen derecho a voto.
— Se señalan las consecuencias de la falta de legalización oportuna por parte de los acreedores. (Art. 951).
— El numeral 954 regula el llamado voto por representación.
— Se determina que las juntas serán convocadas y presididas por el juez. (Art. 957).

En el capítulo V, el Código Civil —Arts. 958 a 961— se ocupa de regular las reparticiones y pago de acreedores:

— El artículo 958 regula el plazo dentro del cual deberá procederse a la repartición de las existencias metálicas.
— Se prevé cuáles acreedores deben figurar en el plan de distribución. (Art. 959).
— Se indica qué debe hacerse con los dividendos de los acreedores de créditos rechazados pero que hubieren iniciado demanda para su reconocimiento. (Art. 960).
— Se señala asimismo qué debe hacerse con los dividendos de los acreedores cuyo crédito se encuentre sujeto a una condición suspensiva o a una resolutoria. (Art. 961).

En el capítulo VI, el Código Civil se encarga de regular lo concerniente a la terminación del concurso. Arts. 962 a 977.

Este conjunto de normas es también de corte netamente procesal:

— El numeral 962 dispone que los acreedores pueden acordar prescindir del concurso, una vez que se haya producido la calificación de créditos.
— Se prevé en el numeral siguiente —art. 963— que el insolvente pueda hacer a los acreedores las propuestas concordatarias que a bien tuviere hacer, pero a partir de la junta de calificación de créditos.

  Esa misma disposición estipula que aceptadas las propuestas termina el concurso y se rehabilita al deudor.
— Por medio del artículo 964 se establece que el convenio aprobado afecte a los acreedores de minoría y a los ausentes, siempre que las proposiciones dichas hubieren sido deliberadas y aprobadas en junta de acreedores debidamente convocadas por el juez y que hubieren sido aprobadas por una mayoría calificada de acreedores con voto personal y voto de capital, así como que los términos del convenio garanticen la igualdad entre acreedores, y que, finalmente el convenio sea homologado por el juez en sentencia ejecutoriada.
— El numeral 965 por su parte dispone:

  "La sentencia que apruebe o impruebe el convenio, no podrá dictarse antes de quince días contados desde la fecha en que, por el periódico oficial, se haga saber a los interesados estar admitidos por la junta de acreedores los arreglos propuestos por el deudor".

  Esa misma norma señala quiénes y en qué casos pueden oponerse al convenio aprobado: los acreedores de minoría o los ausentes que demostraren que los acuerdos tomados lo hayan sido gracias a una colusión entre el deudor y algún acreedor; o que existieren defectos en la convocatoria, o finalmente, que demostraren que no se dio la doble mayoría exigida para tener por aprobado el convenio.
— El artículo 966 admite también la posibilidad de que los acreedores con crédito litigioso se puedan oponer al convenio cuando su crédito no se hubiere computado para determinar la mayoría calificada a que hemos hecho referencia.
— El numeral 967 señala los alcances del convenio aprobado por sentencia ejecutoriada, así como las consecuencias de su improbación judicial.
— El artículo siguiente también se ocupa de indicar los efectos del convenio aprobado respecto de fiadores del insolvente, así como declara extinguidas las acciones de los acreedores respecto de aquél.
— Por su parte, el numeral 969 autoriza a los acreedores que no hubieren figurado en el concurso a ejercitar las acciones que tuvieren contra el deudor una vez concluido el proceso por la vía del convenio, pero únicamente hasta por el monto que les hubiere correspondido dentro del concurso.
— Se prevén asimismo las consecuencias de que la junta de acreedores no hubiere autorizado al curador para representarlos en forma conjunta en lo referente a la ejecución del concordato.
— El artículo 972, por su lado, autoriza a los acreedores para intentar la acción necesaria y

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

el plazo correspondiente de prescripción de dicha acción, tendiente a hacer declarar el fraude cometido en su perjuicio por el deudor para lograr el convenio. En este supuesto, si la acción fuere intentada por un solo acreedor, se establece el que deba citarse a los demás acreedores para que se apersonen al juicio.

— Los juicios pendientes con el concurso, pasan al deudor una vez aprobado el convenio. Asimismo, concluido el concurso por esta vía el curador deberá rendir cuentas de su administración al deudor. (Art. 974).
— El numeral 975 prevé la conclusión ordinaria del proceso por liquidación de los activos y por pago del dividendo a los acreedores. En este supuesto la rendición de cuentas del curador será examinada por una junta de acreedores.
— Se regula por el artículo 976 la recuperación del derecho de acción individual por parte de los acreedores, una vez concluido el proceso.
— Por último, en cuanto a este capítulo se refiere, se prevé que si el deudor hubiere otorgado garantías reales para asegurar el cumplimiento de un convenio, una vez cumplido éste, tales garantías serán canceladas por la persona a quien la junta de acreedores hubiere facultado para ello, y en su defecto, por el juez.

El Código Civil, continúa su desarrollo de este instituto, con un capítulo —el VII— que denomina "Disposiciones generales" al igual que lo hace con el capítulo primero de este título que analizamos.

Originalmente este capítulo VII contenía tres disposiciones pero a partir de 1969 en que fue derogado el numeral 979, quedó reducido a dos.

— El primero de dichos artículos, el 978, contiene una norma también de naturaleza procesal, al establecer que en los juicios sobre nulidad y rescisión de los actos y contratos del deudor y en los que versen sobre fraudes para obtener el arreglo con los acreedores, es admisible toda clase de pruebas. Asimismo se dice que la convicción legal del juez para decidir dichos juicios no está sujeta a las reglas positivas de la prueba común. La calificación de dicha prueba, y el completarla en caso de insuficiencia, con el juramento necesario, queda al prudente arbitrio del juez, quien así para ello como para dictar el fallo debe atender a la totalidad de las circunstancias y probanzas que los autos suministren.
— El segundo y último artículo en vigor de este capítulo otorga competencia a los tribunales nacionales para proceder a la liquidación y distribución en favor de acreedores residentes en Costa Rica, de bienes existentes en la República, de un deudor que hubiere sido declarado en quiebra o concurso en el extranjero.

El Código concluye esta materia con otro título —el VIII— denominado "De las diversas clases de créditos, sus preferencias y privilegios", título que divide en cinco capítulos muy cortos, agrupando en ellos veinte artículos —981 a 1000—:

a) En el capítulo I de este título VIII que comprende cuatro artículos y que se denomina "Disposiciones generales" no encontramos ningún aspecto de orden procesal que señalar.

b) En cambio, en el capítulo II, que también contiene cuatro artículos, y que se denomina "Reclamos por reivindicación" encontramos una norma que obliga al tercero reivindicante a cubrir al concurso los gastos de conservación de la cosa reivindicada en que hubiere aquél incurrido. (Art. 987).

c) El capítulo III, que se llama "De los créditos contra la masa de bienes", contiene a su vez cuatro artículos —989 a 992—. De ellos tres tienen connotaciones de orden procesal:

— El numeral 989 establece el derecho de acción de los acreedores de la masa, por la vía común, para exigir el pago de sus respectivos créditos.
— El artículo 990 se encarga de señalar cuáles se consideran créditos de la masa, verbigracia los provenientes de gastos judiciales o extrajudiciales para la comprobación y liquidación de los activos del concurso, así como para su conservación y administración; los que procedan de actos o contratos celebrados por el curador; los de actos celebrados por el deudor, que no hubieren sido ejecutados por éste y que la junta de acreedores decidiere llevar adelante, etc.
— Finalmente el numeral 992 en su párrafo 2 señala que los acreedores privilegiados deben soportar en la medida que ahí se determina los costos del proceso.

d) El capítulo IV, denominado "De los créditos con privilegio sobre determinados bienes", se desarrolla en cuatro artículos también: los numerales 993 a 996.

— El primero de dichos artículos señala cuáles acreedores tienen acción para cobrar fuera del concurso, estableciendo al efecto la prelación de los acreedores con privilegio especial, en ese artículo y en el siguiente.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

— El numeral siguiente —Art. 995— dispone que cualquier remanente que quedare de las ejecuciones de acreedores con privilegio especial pasará a formar parte de la masa del concurso.
— La situación inversa se regula en el numeral 996, al disponerse que cualquier saldo en descubierto que quedare podrá ser reclamado por el acreedor ya en su calidad de acreedor común.

e) El último capítulo —el V—, que se denomina "De los créditos pertenecientes a los acreedores del concurso", contiene también cuatro artículos, pero de ellos solo uno tiene relevancia para este estudio: el 997 se ocupa de señalar ventajas en favor del o de los acreedores que contra lo acordado en junta, decidieren por su parte entablar acciones para "anular o rescindir" los actos del deudor.

2.2. Normas contenidas en el Código Procesal que por su naturaleza deberían estar ubicadas en el Código Civil.

Entre las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que a nuestro juicio deberían, por su contenido encontrarse en el Código Civil encontramos las siguientes:

— El artículo 563, que establece el derecho de los deudores que se encontraren en estado de insolvencia, a proponer un convenio a sus acreedores, y se señalan a la vez las condiciones que deben darse para que el deudor goce de tal facultad.
— El numeral 573, que señala los efectos del convenio frente a los acreedores, socios ilimitadamente responsables, fiadores y coobligados solidarios del concursado.
— Parcialmente el numeral 595 encaja dentro de los supuestos que estamos analizando, pues prohíbe a terceros hacer pagos al deudor y hacerle entrega de efectos, así como les previene a aquellos que tuvieren en su poder bienes del deudor, hacer manifestación de los mismos bajo pena de tenerlos como ocultadores de bienes y responsables de daños y perjuicios.

Así pues, hecho un recuento, tenemos:

- En el campo del Derecho Sucesorio, encontramos al menos 19 disposiciones que por su contenido deberían estar ubicadas en el Código de Procedimientos Civiles. (Recuérdese eso sí que deliberadamente excluimos aquellos numerales que, contenidos en el Código Civil eran de naturaleza procesal, pero procesal notarial).

Significa lo anterior que casi un 18% de las normas contenidas en el título de las sucesiones del Código Civil son normas de carácter procesal, en tanto que en el Código de Procedimientos Civiles, encontramos apenas tres normas que deberían aparecer en el Código Civil, las cuales representan un poco más del cinco por ciento del cúmulo de disposiciones emplazadas en ese cuerpo legal en la materia que nos ocupa.

- En materia de concursos, la situación es la siguiente:

  El Código Civil contiene al menos sesenta disposiciones que tienen un carácter procesal, de un total de 106, lo que representa casi un 57% del articulado, mientras que por su parte el Código de Procedimientos Civiles llega a contener, como acabamos de ver, tres disposiciones, de un total de setenta y siete artículos, lo cual representa un poco menos del 0,4%.

Podemos pues, tener por demostradas las dos primeras hipótesis, a saber: que existen normas que son de naturaleza procesal contenidas en el Código Civil y viceversa, primero, y que, segundo, el mayor número de casos está presente en el Código Civil, esto es, que existen más normas que siendo procesales se encuentran en el Código Civil, que no siéndolo se encuentren en el Código Procesal.

C. Consecuencias de la falta de tecnicismo.

La hipótesis que habíamos planteado en este particular, era la de que la falta de tecnicismo provoca la reiteración o repetición de normas en ambos códigos y, eventualmente, contradicciones.

Sin pretender agotar todos los casos que puedan darse, creemos que es posible admitir la demostración de esta hipótesis con algunos ejemplos que pudiéramos encontrar. Veamos pues.

Para empezar, en materia de sucesiones, haciendo una rápida revisión —pues no es el objeto de nuestro trabajo el profundizar este aspecto, el cual simplemente señalamos como inquietud para que sea analizado en su oportunidad—, encontramos que existe reiteración en lo dispuesto por los numerales 529 del Código Civil y 527 y 528 del Código de Procedimientos Civiles que establecen treinta días para que los interesados se apersonen, y hacen correr ese plazo a partir de la publicación del edicto correspondiente.

Existe repetición también entre el numeral 529 párrafo 2 del Código Civil y 529 del último de los

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

códigos citados ya que establecen ambos que si consta el domicilio del heredero en el expediente no le correrá el plazo señalado sino desde que se le notifique personalmente.

En cambio existe contradicción entre los artículos 531 del Código Civil y 530 del Código de Procedimientos Civiles ya que en el caso de herencia vacante el primero llama a recibir la herencia al Municipio, mientras que el segundo a las Juntas de Educación; entre el 544 del primero —que prevé que la remoción del albacea solo pueda provenir de petición de parte interesada— y el 550 del Código de Procedimientos Civiles que permite la remoción de oficio; entre esta última norma y el 543 del Código Civil que establecen, el primero de ellos, que removido el albacea los interesados puedan, en cualquier caso, nombrar otro, mientras que el segundo que si se trata del albacea provisional, corresponde hacer siempre su nombramiento al juez; entre el 550 del Código de Procedimientos Civiles que prevé que la remoción del albacea solo puede producirse cuando éste incumpla sus obligaciones o cuando se dé alguna de las otras causas por él previstas, entre las que no encontramos la revocación "ad nutum", y el 556 del Código Civil que sí la prevé para el albacea testamentario.

Y en lo que toca al campo de los concursos, para citar tan solo algunos ejemplos de contradicciones, encontramos los numerales 895 y siguiente del Código Civil que prevén la fianza de parte del deudor para evitar el arresto, y el 578 inciso ch) del Código de rito que aunque prevé la fianza, lo hace concibiéndola solo en algunos casos.

También existe contradicción entre el artículo 886 del Código Civil y 575, párrafo 1 del Código de Procedimientos Civiles, pues mientras el último exige que para que proceda la declaratoria de concurso es necesaria la existencia de dos o más ejecuciones, el primero prevé que el acreedor demuestre la insuficiencia patrimonial, que son dos supuestos totalmente diversos, y lo que es peor, el 886 sí admite la necesidad de la existencia de dos o más acreedores pero si la petición de concurso proviene del deudor.

Existe evidente contradicción entre el numeral 963 del Código Civil que permite que el deudor haga las propuestas concordatarias desde la primera junta de calificación de créditos, mientras que el 626 del Código de Procedimientos admite incluso que el convenio se celebre una vez que hubiere transcurrido el término para legalizar aun cuando la junta de calificación no se hubiere celebrado.

En cambio, encontramos reiteraciones en los siguientes casos:

Los artículos 575 del Código de Procedimientos Civiles y 887 del Código Civil hablan de que es requisito para pedir la declaratoria de concurso, la exigibilidad de la obligación; el 886 párrafo final del Código Civil y el 575 párrafo 2 del Código de Procedimientos Civiles, que prevén que el concurso pueda ser solicitado por el deudor; la insuficiencia de bienes, como supuesto del concurso son previstos por el 886, párrafo 2 del Código Civil y 575 párrafo 1 del Código de Procedimientos Civiles; y tal vez el ejemplo más claro de reiteración, que cito textualmente es el caso de los numerales 921 del Código Civil y 578 del Código de Procedimientos Civiles que dicen respectivamente:

> "Los curadores propietarios y suplentes deben ser nombrados por el juez al dictar la resolución que declara el concurso"; y,

> "La declaratoria deberá expresar todos sus fundamentos y dispondrá: a... b... c) el nombramiento de un curador propietario y suplente".

Es pues evidente que la tercera hipótesis formulada al principio de este estudio debe tenerse por confirmada, esto es, existe reiteración y contradicción entre las normas que debiendo estar en un Código, figuran en otro y viceversa.

D. Razón de ser de la falta de correcta ubicación y por consiguiente de las reiteraciones y contradicciones.

Lanzamos una cuarta y última hipótesis en la introducción de este trabajo, según la cual la falta de tecnicismo al incluir en un Código normas que por su contenido deberían estar en otro, y que provoca la reiteración y choque de unas y otras es consecuencia de la "ancianidad" de nuestro Código Civil y en parte por la antigüedad del Código de Procedimientos Civiles.

Para poder aceptar la demostración de esta hipótesis tendrían que haberse mantenido intactas las disposiciones de ambos códigos desde sus orígenes. Pero ello no es así.

Los números que hemos hecho y que arrojan un porcentaje mayor de normas procesales contenidas en el Código Civil, y que a su vez, tal vez como consecuencia de ello mismo, presenta mayores contradicciones y reiteraciones, es producto de una falta de tecnicismo que debemos atribuir no a

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

los redactores de ambos códigos, sino a los autores de reformas posteriores.

Justamente dichos códigos fueron objeto de una reforma conjunta por medio de la Ley número 4327 de 17 de febrero de 1969, que modificó 16 artículos y derogó 10, esto es, en total 26 artículos de los 106 del Código Civil que se ocupan de la insolvencia del deudor y del concurso de acreedores, y que a su vez modificó 85 de las 89 normas y derogó las 4 restantes del Código de Procedimientos Civiles.

En cambio, en el campo de las sucesiones, ambos códigos han sido menos atacados por las reformas y sin embargo encontramos mucho menos problemas de reiteración y contradicciones.

Entonces, forzosamente debemos desechar la hipótesis en cuestión, dentro del campo de los juicios universales, claro está, pues no podemos asegurar, por ahora, lo mismo en los demás campos. Así pues, la falta de tecnicismo no es achacable a nuestros antepasados del siglo XIX, sino a nuestros contemporáneos de este último tercio del siglo XX.

E. Conclusiones.

Hemos podido demostrar todas las hipótesis que lanzamos, con excepción de la última.

Creemos que la falta de correcta ubicación de las normas no es problema que deba inquietar siempre que ello no cause reiteraciones o contradicciones. Desde luego que el ideal es que cada cuerpo orgánico contenga sólo las normas que por su propia naturaleza le competen, pero ahora que estamos celebrando el centenario de nuestro Código Civil, y que hablamos de reformas, tengamos cuidado de hacerlo de forma que no incurramos en los problemas que hemos apuntado y demostrado son producto de reformas introducidas no hace mucho tiempo. Sabemos que hay un proyecto de Código Procesal Civil en manos de la Asamblea Legislativa. Entonces si queremos abocarnos a la tarea de mejorar nuestro sistema, de perfeccionar el Código Civil, debemos tratar de armonizar ambos cuerpos legales, y de escindir hasta donde sea posible, las diversas normas en función de su naturaleza, evitando reiteraciones y contradicciones, a fin de lograr un todo coherente que facilite el cumplimiento de los fines que ambos deben buscar. El reto es grande ¡Aceptémoslo!

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil.
Código de Procedimientos Civiles.
Proyecto Código Procesal Civil 1983.
Proyecto Código Procesal Civil 1985.
Actas Congreso Jurídico Nacional 1983.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

COSTA RICA Y LA ADHESIÓN AL ACUERDO GENERAL SOBRE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO (GATT)

DR. JORGE RHENAN SEGURA(*)

ÍNDICE

Pág.

I. Visión general del GATT 31
A. Antecedentes 31
B. Hacia la creación definitiva 32
C. Estructura jurídica del GATT 33
1. Las reglas fundamentales 35
1.1. El principio de no discriminación 35
a) La cláusula de la nación más favorecida 35
b) El tratamiento nacional 36
1.2. La eliminación general de las restricciones cuantitativas 37
1.3. Los derechos de aduana como medio de protección 37
1.4. La reciprocidad 37
D. La evolución de las reglas fundamentales 39
1. Límites a la aplicación del tratamiento de la "Nación más favorecida" 39
E. La no reciprocidad de parte de los países en vías de desarrollo 39
F. Los métodos de modificación de la estructura jurídica 40

II. Negociaciones comerciales multilaterales 41
A. Introducción 41
B. Principales logros de las diferentes rondas ministeriales 41
C. Otros logros importantes 43
1. Productos tropicales. 44
2. Agricultura 44
3. Acuerdo de la carne de bovino 44

III. Nueva ronda de negociaciones 44
A. Consideraciones generales 44
B. Temas y propuestas en la nueva ronda 45
C. La declaración ministerial 45
D. Participación de Costa Rica en la NRN 47

(*) El tema que nos ocupa en este trabajo es muy complicado por presentar muchas dificultades de tipo jurídico, económico y político, el autor quisiera dejar constancia de agradecimiento al Dr. Natan Elkin por sus valiosos comentarios, críticas y aportes bibliográficos. Debo añadir, naturalmente —según fórmula muy manida pero bien necesaria— que soy el único responsable de los puntos de vista expresados en este ensayo, puntos de vista que no tienen nada que ver con la institución para la cual trabajo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

IV. Funcionamiento del GATT 47
A. La organización internacional 47
1. Las partes contratantes 48
2. El Consejo de representantes 48
a) El Estatuto y las competencias del Consejo 48
b) El funcionamiento del Consejo 48
3. Los comités, grupos de trabajo y los grupos especiales de expertos 49
3.1. Los comites 49
3.2. Los grupos de trabajo 49
3.3. Grupos especiales de expertos 49
3.4. El grupo consultativo de los 18 49
3.5. Director general 49
B. Los mecanismos de toma de decisiones 50
1. Las reglas 50
2. La práctica 50
C. La cláusula de salvaguardia 50

V. El control del funcionamiento 51
A. La ejecución y la observación del tratado 51
1. El comercio de los productos agrícolas 51
2. El control de las uniones aduaneras y las zonas de libre cambio 52
B. Los procedimientos de arreglo de diferencias 52
1. Las notificaciones 53
2. Las consultas 53
3. El arreglo de diferencias 53
4. La vigilancia 54
C. Los diversos procesos de arreglo de diferencias en los acuerdos no tarifarios de la Ronda de Tokio 54
D. Los límites de aplicabilidad de los procedimientos de diferencias 55
1. Los diferendos de naturaleza política 55
2. Las medidas comerciales de las llamadas "Zonas grises" 55
E. El derecho y sus límites dentro del control de funcionamiento del Acuerdo General 56

VI. Costa Rica y el GATT 56
A. Antecedentes regionales 56
1. Resultado final de las negociaciones comerciales multilaterales para los países centroamericanos 58
B. Antecedentes nacionales 58
C. Hacia la adhesión 60
D. La opinión pública y el GATT 62
E. Las expectativas con el ingreso al GATT 63

VII. Conclusiones 64

SIGLAS MÁS USADAS EN ESTE TRABAJO

CEE	Comunidad Económica Europea
GATT	(General Agreement on Tariffs and Trade) Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.
MCC	Mercado Común Centroamericano.
MCECR	Memorándum Comercio Exterior de Costa Rica.
NRN	Nueva Ronda de Negociaciones.
OIC	Organización Internacional de Comercio.
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

I. VISIÓN GENERAL DEL GATT

A. Antecedentes.

Antes de analizar los antecedentes históricos del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, conocido con el acrónomo GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) es importante recordar algunos aspectos sobre el comercio internacional.

El siglo XIX es el periodo de las grandes expansiones políticas y económicas de los imperios europeos. Es la época dorada del libre cambio. Al amparo de los postulados de la Escuela Clásica se pusieron en práctica acuerdos comerciales cuyo objetivo era eliminar y reducir cualquier barrera que entorpeciera el comercio internacional.

En 1860, a raíz de una serie de intentos proteccionistas por parte de Francia, se firmó entre este país e Inglaterra el Tratado Cobden-Chevalier, que fue el más importante tratado de la época sobre la reducción mutua de los aranceles de aduana en el comercio bilateral. En dicho tratado se incluyó la "cláusula de la nación más favorecida", que a partir de este momento sería uno de los principales instrumentos de la política comercial. Poco antes de la primera guerra mundial, los principales actores económicos del momento: Reino Unido, Francia y Alemania adoptan medidas proteccionistas. Los Estados Unidos que también formaban parte del mismo club, se apartaron de las medidas proteccionistas, a pesar que durante todo el siglo XIX había sido uno de los países más proteccionistas; a partir de este momento abogan por un comercio sin restricciones.

Durante los años de la guerra del 14, los Estados europeos para evitar importaciones indirectas del enemigo o exportaciones a él, regulan con una serie de medidas proteccionistas el comercio. En 1917, se dio un paso hacia un control supranacional del comercio, cuando los Aliados decidieron, en conferencia, unir sus importaciones, sus medios de transporte y de pago, formar comités comunes para comprar material bélico y alimentario.[1] Al final de la guerra el panorama había cambiado completamente. El proteccionismo se impuso como norma, debido especialmente a que la división de los imperios en Europa, dio lugar a una serie de pequeños países muy débiles que necesitaban proteger sus economías; y por otro lado muchos países comenzaron a proteger todas aquellas industrias que durante el periodo bélico habían sido esenciales para sobrevivir. La Ley Británica de Salvaguardia de la Industria de 1921, es un buen ejemplo de este tipo de legislación.[2]

En 1925, la Liga de las Naciones lleva a cabo la Conferencia de Prohibiciones, de donde salió la Convención Internacional sobre Comercio, que no entró en vigor, pero fue un antecedente importante para eliminar barreras arancelarias. Con la crisis de 1929 vino la inestabilidad económica, que obstaculiza la abolición de las barreras no arancelarias puestas al comercio que conduce a grandes alzas en las tarifas. Gran Bretaña y Francia adoptaban medidas proteccionistas. Los Estados Unidos siguieron el mismo camino. La llamada Ley Fordney-Mc-Umba de 1922 fue aplicada con gran rigor, lo que daba una protección tan extrema que frustró las esperanzas de todos aquellos países que querían pagar sus deudas mediante exportaciones. En plena crisis económica, en 1930 se dictó la Ley Hawley-Smoot, para proteger las industrias domésticas y la balanza de pagos en cuenta corriente que estaban amenazadas por las importaciones de productos a precios reducidos que venían del extranjero. La medida tomada por los Estados Unidos la siguieron todos los países con un volumen de comercio considerable, especialmente Gran Bretaña que a fines de 1931 pone en marcha una serie de drásticas medidas, y un año después dio la Ley de Derechos de Importación.

Los años que van de 1930 a 1939 permitieron una cierta liberalización en el comercio internacional. Los Estados Unidos firmaron a partir de 1934 una serie de acuerdos con países para liberalizar el comercio. La mayor parte de dichos acuerdos se llevaron a cabo con países latinoamericanos, cuyos productos no representaban una competencia para ellos. También firmaron acuerdos con Canadá e Inglaterra, a pesar de la fuerte competencia de los productos europeos. Ya para 1938, el poderoso país americano había negociado y logrado concesiones para más de la mitad de sus exportaciones a los países con los que había firmado convenios, lo que representaba cerca del 30% del total de ex-

---

1. Haight, A.F. *A History of French Comercial Politicies.* New York 1941, p. 86.
2. Briggs, Assa. *The era of Violence 1898-1945.* New Cambridge Modern History, vol. XII. 1950 p. 513.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

portaciones sobre la base de 1937. En reciprocidad habían reducido los Estados Unidos los derechos cerca del 45% de las importaciones gravables y garantizaban una continua entrada libre al 65% de las importaciones que previamente se encontraban en la lista de artículos no gravados.[3]

A pesar de los buenos intentos el comercio mundial no se reactivó; la situación económica y política y el clima bélico que se respiraba, llevaba a los países a poner barreras monetarias al comercio por doquier. Antes de terminar el conflicto europeo de 1939-1945 los ideólogos y políticos comenzaron a notar que sólo se podía ir a un comercio más libre si los Estados Unidos estaban interesados en ello. Consideraban este país como la mayor potencia económica mundial, que debía asumir la responsabilidad de reconstruir un sistema de comercio internacional de libre flujo.[4] Poco después de la Conferencia de San Francisco, en febrero de 1946, la recién creada Organización de Naciones Unidas, a través de su Consejo Económico y Social designa un Comité Preparatorio de 19 países para planear una convención sobre una Conferencia Internacional de Comercio y Empleo. Las discusiones efectuadas en octubre de 1946 a agosto de 1947 en Londres y Ginebra prepararon el material para el Acta de una Organización del Comercio Internacional.

Dicha Acta para la Organización del Comercio Internacional fue un anteproyecto de los Estados Unidos, presentado en siete capítulos, cuya idea principal era llevar a la práctica la creación de una organización internacional de comercio, tratando de llevar a la realidad la fórmula genérica contenida en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas.[5] Los principales puntos del proyecto norteamericano eran realizar un:

a) "Un acuerdo internacional encaminado a lograr y mantener un nivel alto y estable del empleo y de la actividad económica";
b) "Un acuerdo internacional relativo a las regulaciones, restricciones y discriminaciones que afectan al comercio internacional";
c) "Un acuerdo internacional relativo a las prácticas comerciales restrictivas";
d) "Un acuerdo internacional relativo a los convenios intergubernamentales sobre productos de consumo";
e) "la creación, como organismo especializado de las Naciones Unidas, de una Organización Internacional de Comercio investida de atribuciones en las materias indicadas en los incisos b), c) y d) precedentes".

Además, el anteproyecto pedía que se tuvieran en cuenta "las condiciones especiales de los países cuya industria manufacturera está aún en los comienzos de su desarrollo".

El Comité Ad Hoc realizó su primer periodo de Sesiones en Church House, Londres, del 15 de octubre al 26 de noviembre de 1946. En dicha reunión se acordó, entre otras cosas:

a) "Encomendar a un Comité de Redacción la preparación de un proyecto de carta o estatuto sobre la base de los puntos estudiados en Londres".
b) "Recomendar a los gobiernos integrantes del Comité Preparatorio que, en la segunda reunión del mismo, entablaran negociaciones recíprocas y mutuamente ventajosas tendientes a una reducción sustancial de tarifas y a la eliminación de preferencias".

Los acuerdos de la reunión de Londres fueron muy importantes porque en ellos se concretaron en líneas generales los propósitos que se deseaban alcanzar para el mejoramiento de las relaciones comerciales, en especial la idea de "lograr una reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las barreras comerciales y la eliminación del trato discriminatorio en materia del comercio internacional.

Los trabajos preparatorios continuaron. La próxima reunión se llevó a cabo entre el 20 de enero y el 25 de febrero de 1947 en Lake Success Nueva York. En este último encuentro se mejoró el anteproyecto que habían hecho los Estados Unidos y se elaboró también un conjunto de normas para un Acuerdo General de Aranceles y Comercio.

B. Hacia la creación definitiva.

En el segundo periodo de sesiones del Comité Preparatorio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo, 23 países sus-

3. Curzon, Geraid. *La diplomacia del comercio multilateral*. Fondo de Cultura Económica. México 1965, p. 35.
4. Gardner N, Ridhard. *Sterlin-Dollar Diplomacy*. Oxford 1956, pp. 12-13.
5. El artículo 55 de la "Carta de las Naciones Unidas" dice: "Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: a) niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y de desarrollo económico y social; b) la solución de problemas internacionales de carácter económico. . .".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cribieron el Acta Final que incluía los textos del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, que habían sido recomendados en la reunión de Nueva York. A pesar de que estipulaba que dicha suscripción era provisional, los países signatarios comenzaron a aplicar y a regirse por el Protocolo mencionado a partir de enero de 1948; de esta forma nació el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Poco después, las Naciones Unidas convocaron a la Conferencia sobre Comercio y Empleo, que celebró sus sesiones en La Habana, del 1 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. A este evento concurrieron 56 países que, incluyendo sus colonias y provincias de ultramar, representaban el 90% del comercio mundial.

La Conferencia expidió la llamada "Carta de la Habana", que recogió y heredó los criterios y tendencias contradictorias que se habían expresado en las reuniones anteriores. Entre las diferentes disposiciones que salieron de la reunión de La Habana estuvo la referente a la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC) que nunca dio a luz. La llamada "Carta de La Habana" ha sido muy importante debido a que muchas de las decisiones que se tomaron en ese entonces, todavía rigen en el GATT.

A la reunión en cuba recurrieron 18 países latinoamericanos, a saber: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Uruguay y Venezuela. Según el estudio del Dr. Natan Elkin las propuestas de los países latinoamericanos durante la conferencia respondieron a intereses regionales, y en general agrega "tenían poco interés en mostrarse poco conciliatorios en el marco internacional para, eventualmente, obtener mayores ventajas de parte de Estados Unidos en el ámbito continental".[6]

La Carta de La Habana estipuló la creación de un Comité Interino, a cargo de un Secretario Ejecutivo, el cual tomaba a su cargo también los asuntos del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio.

Cuando se expidió la llamada "Carta de La Habana" las reglas del juego del comercio internacional ya estaban prácticamente dadas, principalmente por parte de los países industrializados. Los países en desarrollo intentaron vanamente adoptar medidas a su favor chocando con los intereses del otro grupo; así tenemos que la propuesta de la creación de una "Organización Internacional de Comercio" contenida en el documento no fue implementada. Todo lo anterior llevó a que los principales países se reunieran en Annecy, Francia, para darle un carácter estable al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Se resolvió de esta manera que las partes contratantes se obligaban a aplicar provisionalmente las partes I y III del mismo, y en cuanto a la Parte II convinieron en que su aplicación se haría en todo aquello que no fuera incompatible con la legislación existente a la fecha de este protocolo en los países suscriptores.[7]

A la reunión de Annecy siguió la de Torquay, Inglaterra en donde las partes contratantes introdujeron nuevas normas para complementar las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, y en el Texto del Protocolo suscrito se enumeraron los instrumentos que quedaban incorporados al Acuerdo General, cuyas disposiciones debían ser aplicadas por los gobiernos adherentes a dicho instrumento. A la reunión de Torquay en abril de 1951, siguieron otras celebradas periódicamente o con carácter especial para tomar resoluciones interpretativas o aprobar nuevas enmiendas al Acuerdo General lo cual nos da actualmente una gran pluralidad de instrumentos jurídicos que conforman el sistema.

Analizamos a continuación la evolución y situación actual del texto del Acuerdo General.

C. Estructura jurídica del GATT.

La estructura jurídica del GATT se compone de una serie de reglas y de una cantidad enorme de excepciones, lo cual no es de extrañar, debido a que un acuerdo internacional como el de GATT, no podría sobrevivir largo tiempo si no tuviera la flexibilidad suficiente para hacerle frente a una ma-

---

6. Elkin, Natan. *Los países latinoamericanos frente al GATT*. Publicaciones del Banco Interamericano de Desarrollo. BID-INTAL. Buenos Aires 1984, p. 5, el autor nos dice que "pese a la ausencia de índices analíticos sobre la documentación distribuida durante la Conferencia de La Habana, se puede establecer la labor de las delegaciones latinoamericanas en las 6 Comisiones de la Conferencia 'y' en ocasiones, parecía haber una especie de 'obstruccionismo no organizado pero eficaz de parte de los países latinoamericanos como grupo'".
7. Sobre la génesis y los primeros años del GATT, recomendamos la obra de Coppola D'Anna F. *L'Accordo Generale sulle Tariffe doganali e sul comercio (GATT)*. Roma 1951.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

teria tan compleja y tan políticamente sensible como es el comercio internacional.

La naturaleza jurídica del GATT se complica todavía más debido a que "desde su aplicación, el 1 de enero de 1948, las partes contratantes elaboraron un gran número de instrumentos internacionales multilaterales titulados: Protocolo, Acuerdo, Declaración, Acta ("proces-verbal"), Memorándum, Certificación, Arreglo;[8] que son instrumentos que se rigen por el Derecho Internacional, es decir, que establecen derechos y obligaciones entre los Estados que los suscribieron. Todo lo anterior ha dado pie a una serie de incertidumbres y dificultades. Son muchos los autores que se han metido a fondo para dilucidar los problemas. Entre ellos tenemos a J.H. Jackson quien ha estudiado en detalle cada uno de los artículos del Acuerdo General. En su obra: World trade and the Law of GATT,[9] Jackson por ejemplo opone las técnicas diplomáticas "power oriented" (orientadas hacia la solución de controversias conforme el poderío relativo de cada una de las partes) y "rule oriented" en la solución de una controversia de las partes que se refieren a una regla previamente aceptada por ambas). Otro autor, Vidam en su tratado sobre el tema[10] habla más que todo a la oposición entre "legalismo" y "pragmatismo", por un lado y entre "reglas sustantivas" y "procedimientos" por otros. R.E. Hudec evalúa la enorme importancia de un "código legal" en la materia y nos dice que la experiencia del GATT no es concluyente debido según él a que los gobiernos podrían mantener un mínimo nivel de orden, aun sin que exista un código legal.[11] Otros autores más pragmáticos como Flory[12] y Long[13] analizan el GATT sucesivamente como un marco de negociación y una reglamentación. Nosotros a continuación más que entrar en detalle sobre las diferentes interpretaciones y las diferentes excepciones, nos proponemos, seguir a los dos últimos autores mencionados, y desarrollar las grandes líneas del Acuerdo General, es decir: 1) Las reglas fundamentales. 2) La evolución de las reglas fundamentales y 3) los métodos de modificación del cuadro jurídico.

El articulado del Acuerdo General comprende las siguientes materias:

1) Objetivos.
2) Tratamiento general de la Nación más favorecida.
3) Lista de concesiones.
4) Tratamiento nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores.
5) Libertad de tránsito.
6) derechos *antidumping* y derechos compensatorios.
7) Aforo aduanero.
8) Derechos y formalidades referentes a la importación y a la exportación.
9) Marcas de origen.
10) Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales.
11) Eliminación general de las restricciones cuantitativas.
12) Restricciones para proteger el equilibrio de la balanza de pagos.
13) Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas.
14) Excepciones a la regla de no discriminación.
15) Disposiciones en materia de cambio.
16) Subvenciones.
17) Empresas comerciales del Estado.
18) Ayuda del Estado para favorecer el desarrollo económico.
19) Medidas de urgencia sobre la importación de productos en casos particulares.
20) Excepciones generales.
21) Excepciones relativas a la seguridad.
22) Consultas.
23) Protección de las concesiones y de las ventajas.
24) Aplicación territorial. (Tráfico fronterizo y uniones aduaneras y zonas de libre comercio).
25) La Organización de Cooperación Comercial.
26) Aceptación, entrada en vigor y registro.
27) Suspensión o retiro de las concesiones.
28) Modificación de las listas.
29) Negociaciones arancelarias.
30) Enmiendas.
31) Retiro.

---

8. GATT/Leg/1: *Situation des instruments juridiques.* Sep. 1971.
9. Jackson, J.H.: *World trade and the law of GATT.* Indianapolis. 13 obbs-meril, 1969 (véase último capítulo).
10. Vidam. K.M. The GATT: *Law and International Economic Organization.* Chicago, 1970, ps. 5 y 7
11. Hudee, R.E. The GATT. *Legal System and word trade diplomacy.* New York 1975, ps. 264 y sigs.
12. Flory, Th.: Le GATT: *Droit international et commerce mondial.* Paris, 1968. ps. 207 a 221.
13. Long O. *La Place du droit et ses limites dans le systeme commercial multilateral du GATT.* The Hague. Academie de Droit International. 1984, ps. 34 y sigs.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

32) Partes contratantes.
33) Adhesión.
34) Anexos.
35) No aplicación del Acuerdo entre partes contratantes.

1. Las reglas fundamentales.

El Acuerdo General en sus 35 puntos mencionados, dividido en tres partes, no corresponden a lo que tradicionalmente se denomina artículo en la técnica jurídica. Son más que todo enunciados encabezados por un epígrafe que consigna un contenido. Su contenido debe verse más que todo como un Código de Conducta que utiliza un lenguaje entre legal y diplomático, cuyo principal objetivo es la búsqueda de una liberalización económica. Por la anterior razón, es que consideramos mejor analizar a continuación las reglas fundamentales del Acuerdo, que entrar a detallar el contenido de artículo por artículo.

1.1. El principio de no discriminación.

El principio de no discriminación encuentra su aplicación en el Acuerdo General en dos principios: Primero en la cláusula de la nación más favorecida, aplicada multilateralmente entre todos los países miembros; segundo lugar en la concesión del tratamiento nacional, en materia de tarifas aduaneras y de reglamentos interiores a los productos importados de los otros países miembros.

El principio de la no discriminación lo que busca es establecer la igualdad de trato para las importaciones originarias de cualquier parte contratante. La aplicación práctica de este principio está en la "cláusula de la nación más favorecida" y en el "Trato Nacional", como veremos a continuación.

a) Cláusula de la nación más favorecida.

Esta cláusula constituye la piedra angular del Acuerdo General. El artículo 1 prescribe el tratamiento general de "la nación más favorecida" en las relaciones comerciales entre los países miembros:

> ". . .cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concebido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado".[14]

La cláusula de la nación más favorecida abarca los siguientes campos:

1) Derechos de aduanas y cargas de cualquier clase, impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o con relación a ellas;
2) O que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones;
3) Métodos de exacción de tales derechos y cargas;
4) Reglamentos y formalidades relativas a las importaciones y exportaciones;
5) Aplicación de impuestos internos a los productos exportados; y
6) Igual tratamiento en materia de impuestos u otras cargas interiores; de cualquier clase que sean, para los productos importados en el territorio de cualquier otra parte contratante y para los productos similares (art. 4 p. 2). Igualdad de tratamiento para los productos importados en el territorio de cualquier parte contratante y a los similares de origen nacional, en lo concerniente a leyes, reglamentos o prescripciones que afecten la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de esos productos en el mercado interior. Sólo se admite la aplicación de tarifas diferentes en los transportes interiores, basadas exclusivamente en la utilización económica de los medios de transporte y no en el origen del producto (art. 4 p. 4).

La cláusula de la nación más favorecida es de aplicación automática para las partes contratantes, que, en tal virtud, gozan inmediata e incondicionalmente del mismo tratamiento otorgado a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellas destinadas. La cláusula en mención convierte las disposiciones del Acuerdo General en un instrumento multilateral por su aplicación y resultados, no obstante que dentro de su estructura, se mantienen los conve-

14. Creemos importante hacer la aclaración de que en el texto del GATT versión francesa, el artículo 1 empieza con la definición de lo que se entiende por "cláusula de la nación más favorecida", mientras que la versión en español, la pone al final del artículo, después de las explicaciones del caso. Nosotros hemos utilizado la versión española del texto: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Núm. de venta GATT/1986-4. Suiza.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nios bilaterales, especialmente en cuanto a concesiones tarifarias, y de la conexión de tales convenios bilaterales, en virtud del alcance y aplicación automática de "la cláusula del tratamiento de la nación más favorecida", nace el carácter multilateral que tiene el Acuerdo General, que es en esta materia el único instrumento de amplia aplicación internacional sobre relaciones comerciales suscrito por cerca de 100 países.[15]

A pesar del carácter amplio de la aplicación de "la cláusula del tratamiento de la nación más favorecida", el Acuerdo General prevé excepciones. La excepción de orden general a favor de la creación de uniones aduaneras y de zonas de libre comercio (art. XXIV) que ha tenido una larga aplicación. Está también, la acción colectiva de las partes contratantes que se menciona en el artículo XXV, párrafo 5. "En circunstancias excepcionales distintas a las previstas en otros artículos del presente Acuerdo, las partes contratantes, podrán eximir a una parte contratante de alguna de las obligaciones impuestas por el presente Acuerdo. . .". Tenemos todavía dos excepciones más, las mencionadas en los artículos XX (Excepciones generales) y XXI (Excepciones relativas a la seguridad) esta última, por ejemplo, fue invocada en 1982 por las partes contratantes que impusieron un embargo a las importaciones provenientes de la Argentina, durante el conflicto de Malvinas.[16]

Para terminar con las excepciones, mencionamos que el artículo 1 párrafo 2 habla de mantener las preferencias existentes a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo General. Se refiere a regiones preferenciales que existían a principio de siglo, por ejemplo antiguas colonias británicas,[17] la llamada Unión Francesa, los países que formaban parte del Imperio Otomano, a los territorios de la Unión Aduanera de Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos, Estados Unidos y Filipinas y algunas preferencias existentes en algunos países limítrofes de América Latina, por ejemplo Argentina y Bolivia, entre otros.[18] Estas preferencias mencionadas no tienen un carácter ilimitado pues llevan implícita la condición de que, al aceptar el Acuerdo General, se estipule el margen máximo de ellas; no se ha fijado la tarifa preferencial en relación con el tratamiento de la nación más favorecida concedido a las partes contratantes, se considerará como tarifa preferencial para los efectos de la aplicación del Acuerdo General, la vigencia al 10 de abril de 1947, en tal caso, el margen de preferencia no excederá de la diferencia existente a dicha fecha entre la tarifa aplicable a la nación más favorecida y a la tarifa preferencial.

La cláusula de "la nación más favorecida" nos conduce a un concepto clave hoy día en el comercio internacional y en el derecho económico internacional, a la noción de "preferencia", que a grosso modo es todo trato aduanero singularizado que confiere una nación a otra, y que se entiende dado u otorgado individualmente a un país. Si la preferencia consiste en una rebaja o una exención tarifaria, tenemos lo que se conoce como un "margen de preferencia" que es la cuantificación de esta preferencia, determinada simplemente por la diferencia existente entre la tarifa común y la tarifa preferencial.[19]

b) El tratamiento nacional.

Este principio está contenido en el artículo III del Acuerdo General. Dicho artículo nos señala la necesaria igualación de mercancías nacionales y extranjeras en materia de tratamiento y regulación jurídica interna, en otras palabras se debe dar un

---

15. Véase: Sauvignon, E. *La clause de la nation la plus favorisée.* Presses universitaires de Grenoble. 1972. (En la introducción de este libro encontramos un excelente resumen sobre la evolución de esta cláusula.

16. GATT: *Rapport du Conseil des représentants sur les travaux effectués de puis la trente-septième sesion des Partes Contractantes,* doc. L 5414, 12 de noviembre 1982, pp. 13-27. Otro ejemplo de invocación de esta cláusula fue la suspensión que de la misma hicieron los Estados Unidos a Polonia como medio de presión política; las partes contratantes reunidas decidieron recomendar a los Estados Unidos restablecer inmediatamente la cláusula a favor de Polonia. Lo mismo sucedió, con las medidas comerciales que Estados Unidos tomó contra Nicaragua, país que invocó la violación del artículo XXI. "El GATT —según el representante de Nicaragua— no ha examinado nunca un caso que entraña un abuso tan claro del art. XXI. La posición de los EE.UU. amenaza colocar al GATT al margen de la esfera del derecho internacional, cuando se ha iniciado, bajo sus auspicios una nueva ronda de negociaciones". Véase Doc. Grupo Especial (L/6053) y el Doc. C.W./506, de 19 de noviembre de 1986.

17. Sobre las preferencias comerciales de las antiguas colonias inglesas, véase: Schmitoff, C.M. *The Commonwealth System of Preferences.* British Institute of International and comparative Law. Special publication núm. 7. 1965.

18. Para los países vecinos, que se adhieran al Acuerdo General después de 1947 y que quieran seguir manteniendo sus regímenes de preferencias, se ha acordado que en el protocolo de adhesión se haga declaración expresa de dicha situación.

19. Aimone Gibson, Enrique. *Derecho Económico Internacional.* Chile. Ed. Universitarias de Valparaíso. 1980 p. 101. Para un mayor desarrollo del tema, véase Elkin Natan: *Droit et practique des preferences generalisees.* Belgique. Ciaco editeur. 1985.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

trato de igualdad de tratamiento a las mercancías del exterior para cualquiera de los efectos legales.

El citado artículo III en sus diez incisos da una serie de concesiones en materia de tarifas aduaneras, que cada parte contratante otorga a otra dentro de las negociaciones bilaterales entre pares de países. En otras palabras, también, viene a ser la aplicación práctica del tratamiento general de la nación más favorecida.

El principio básico de las negociaciones y concesiones de tarifas aduaneras en el Acuerdo General está asentado y tiene por finalidad que los países contratantes consoliden en la tarifa aduanera todas las cargas e imposiciones que graven a la importación de mercancías. No obstante, puede darse el caso, y de hecho se da que un país que solicita la adhesión al Acuerdo siga manteniendo gravámenes o recargo a la importación, adicionales a las tarifas arancelarias propiamente dichas.[20] En los últimos años ha habido una tendencia entre las partes contratantes, para que los gobiernos incorporen a la tarifa aduanera todos los gravámenes a la importación, con el objeto de facilitar las operaciones de comercio.

El artículo III también dispone, para el caso de los derechos consolidados (esto es de los derechos negociados en la Lista de Concesiones) que se congelen al nivel existente en el momento de la solicitud de adhesión al Acuerdo, inclusive los que, como consecuencia directa u obligatoria de la legislación vigente en el país importador, hayan de ser aplicables ulteriormente.

En el caso del aumento de las cargas adicionales a la importación, así como la elevación de los derechos de aduana relativos a partidas que han sido contratadas dentro de la lista respectiva a un nivel fijo de derechos, el procedimiento a seguir debe ser el mismo que se usa para la modificación de tales concesiones, dado que las cargas adicionales están consideradas como parte integrante de las concesiones tarifarias en los derechos de importación. Para otras partidas arancelarias, esto es para las que no se ha contratado un nivel de derechos, el incremento o elevación de las cargas adicionales puede representar el mismo efecto económico que la modificación de los derechos arancelarios no contratados, y puede no requerir de una autorización especial.

Ha habido casos en los cuales el gobierno de una de las partes contratantes ha introducido un recargo o tasa adicional a la importación, pero en tal caso todas las partidas para las que se ha contratado un nivel de derechos bajo las condiciones del Acuerdo, han sido específicamente exceptuadas de la aplicación de tales tasas o recargos, conforme al espíritu de ese instrumento.

En definitiva, es cierto que la introducción de una nueva tasa o recargo de esta clase, puede ser conciliable con las disposiciones del artículo III, que recomienda reducir las cargas adicionales al equivalente del costo de los servicios por los cuales se paga esa carga, pero debe ser ciertamente preferible, de acuerdo con la estructura del Acuerdo General. El nuevo recargo o incremento de uno ya existente debe ser incorporado en la tarifa aduanera.[21]

1.2. La eliminación general de las restricciones cuantitativas.

El Acuerdo General prohíbe y no acepta las restricciones cuantitativas a la importación o a la exportación. Sin embargo es un problema que hoy persiste, constituyendo una fuerte traba al comercio internacional. El artículo XI del Acuerdo dispone que ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá —aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas— prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto destinado del territorio de otra parte contratante, o a la exportación o la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o cualesquiera otras medidas. Sin embargo, a pesar de la dureza de la disposición, encontramos una serie de excepciones, siendo la más importante de ellas, el caso de las restricciones para proteger el equilibrio de la balanza de pagos[22] conforme al artículo XII (restricciones para proteger el equilibrio de la balanza de pagos). Además tenemos las siguientes dos excepciones:

---

20. Esta ha sido por ejemplo la política seguida por los países de la Comunidad Económica Europea. Véase: F. Ch.: *"L'utopie du libreechange"*. "Le Monde" 5-2-87, pág. 28
21. En esta parte de nuestro trabajo hemos utilizado el material de las charlas que el Dr. Franz A. Blankart ha impartido en su seminario: *L'Europe face a l'Uruguay-Round*. Semestre d'hiver 1986-87. Ins. d'Etudes Europeennes. Universidad de Ginebra. Suiza.
22. Este tipo de medidas son admisibles bajo ciertas condiciones y bajo la reserva de un examen y de un procedimiento de consulta periódica en el cual el FMI tiene un papel importante que jugar.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) A los productos agrícolas o pesqueros, cualquiera sea la forma en que se exporten, cuando sean necesarias para la ejecución de medidas gubernamentales destinadas a estabilizar los mercados agrícolas nacionales (art. XI, párrafo 2. C) como el restringir la cantidad del producto nacional; "o eliminar un sobrante temporal del producto nacional o restringir la cantidad que pueda ser producida de cualquier producto de origen animal cuya producción dependa directamente, en su totalidad o en su mayor parte, del producto importado, cuando la producción animal de este último sea relativamente desdenable" (art. XI párrafo 3. C). Nótese en estas disposiciones un germen del proteccionismo agrícola que en los últimos años ha tomado gran fuerza.[23]
b) Las restricciones cuantitativas impuestas por los países en vías de desarrollo a título de ayuda del Estado en favor del desarrollo económico, con el fin de proteger el mercado nacional en la creación de una determinada rama de la producción (art. XIII, sección C, párr. 13).

En lo que se refiere a las restricciones a la importación, toda parte contratante que las imponga, publicará el total del volumen o el valor del producto cuya importación autorice durante un periodo ulterior especificado, así como todo cambio que se produzca de ese volumen o valor.

Todas las restricciones a las que hemos hecho referencia se tratan para verdaderos casos de emergencia, es decir, a prohibiciones o restricciones que, por la naturaleza de los problemas a cuya situación se aplicarían, tienen un carácter exclusivamente circunstancial, y no se refieren a normales condiciones.

Las excepciones de índole general, en cuanto a prohibiciones o restricciones que no tienen carácter de emergencia, están contempladas en el artículo XX: "Excepciones generales".

1.3. Los derechos de aduana como medio de protección.

Los derechos de aduana son el único medio de proteccionismo admitido por el Acuerdo General. El objetivo de la reducción substancial de las tarifas aduaneras figura en el preámbulo del Acuerdo:

> "Deseosos de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros. . ."

La reducción progresiva de los derechos de aduana se lleva a cabo por las negociaciones tarifarias según las disposiciones del artículo XXVIII bis que favorecen el intercambio de concesiones sobre una base de reciprocidad y de ventajas mutuas. Las diferentes disposiciones del artículo XXVIII bis han sido perfeccionadas por la práctica. Generalmente al inicio de cada serie de negociaciones multilaterales se revisan y se precisan. Dicha práctica constituye uno de los dominios más transparentes y los mejores fundados jurídicamente hablando.[24]

Todas las concesiones de libre cambio logradas son multilateralizadas en beneficio de todas las partes contratantes por la aplicación de la "cláusula de la nación más favorecida".

1.4. La reciprocidad.

La reciprocidad es un principio fundamental del Acuerdo General, en el preámbulo encontramos su mención ". . .a base de reciprocidad. . ." y se retoma en el artículo XXVIII bis ". . .Las negociaciones tendientes, a base de reciprocidad y de ventajas mutuas. . .". También está mencionado en el artículo XXVIII que hace referencia a la "Modificación de listas". En el curso de las negociaciones y en el acuerdo, que podría comprender compensaciones sobre otros productos, las partes contratantes interesadas —a la luz de este principio— tratarán de mantener las concesiones, otorgadas sobre una base de reciprocidad y de ventajas mutuas.

Dicho principio está implícito en las disposiciones concernientes a la accesión de un nuevo miembro (art. XXXIII) ". . .en las condiciones que fije dicho gobierno y las partes contratantes". Estas condiciones tienen por objeto lograr asegurar una cierta reciprocidad de parte del candidato a la accesión a los derechos de aduana y sobre las otras disposiciones del Acuerdo General, con lo cual se garantiza el principio de liberalizar el comercio internacional.

Por último, como lo veremos más adelante, el principio de reciprocidad se exceptúa para los países en vías de desarrollo (art. XXXVI, párr. 8).

---

23. Por ejemplo las políticas proteccionistas en el campo agrícola por parte de los EE.UU. y de Francia, para mencionar dos casos.
24. Véase: Jackson op. cit., pp. 201 a 248.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

D. Evolución de las reglas fundamentales.

Hoy día el cuadro jurídico del GATT refleja una fuerte erosión. Los principios liberales o neoliberales en los cuales se inspiró la institución han cambiado. Después del gran *boon* económico de los inicios de los años setenta, asistimos en la actualidad a graves problemas de desempleo, a dificultades de movilidad de la mano de obra, la inadecuación de los tipos de cambio, las consideraciones de seguridad y la necesidad de los países en desarrollo de poner en marcha nuevas industrias, son entre otras, las razones que han llevado a los gobiernos a imponer restricciones proteccionistas.[25] Debido a una serie de presiones económicas y políticas, el Acuerdo General ha sufrido adaptaciones para ponerlo a tono con las circunstancias. Las transformaciones más notorias de los últimos años se han debido a los movimientos de integración regional, que se manifiesta por medio de la creación de uniones aduaneras y de zonas de libre cambio. También tenemos los tratamientos preferenciales que se han tenido que acordar para los países en vías de desarrollo, así como la accesión al Acuerdo General de países con economía planificada, del este de Europa, que entienden por liberalizar el comercio, dentro de un contexto multilateral, llevar a cabo solamente una parte de sus intercambios, con los países miembros del GATT.[26]

Las principales repercusiones que ha tenido el Acuerdo General, como lo veremos a continuación, han incidido en las reglas de "reciprocidad" y de la "no discriminación".

E. La no reciprocidad de parte de los países en vías de desarrollo.

Las partes contratantes en 1964, adoptaron la IV Parte del Acuerdo General, bajo el título "Comercio y Desarrollo", en dicha sección se favoreció a los países en vías de desarrollo, al disponer en el artículo XXXVI:

> "párrafo 8: 'Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad por los compromisos contraídos por ellas en negociaciones comerciales de reducir o suprimir los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las Partes contratantes poco desarrolladas'".[27]

La anterior disposición entró oficialmente en vigor el 21 de junio de 1966 aunque se venía aplicando desde principios de 1960. El gran vacío que aún existe, es que en ningún momento el Acuerdo define qué es un país en vías de desarrollo.

El GATT definió posteriormente en una nota explicativa qué debía entenderse como no reciprocidad:

> "Una parte contratante poco desarrollada, en el transcurso de las negociaciones comerciales está exceptuada de dar una contribución incompatible con los deseos de su desarrollo, de sus finanzas y de su comercio" (traducción libre).

En la práctica, la citada excepción, permite a los países en vías de desarrollo no hacer concesiones en las diferentes negociaciones comerciales y durante el curso de "Tokyo Round" una veintena de estos países juzgó útil llevar a cabo aceleradamente una serie de concesiones tarifarias, a las listas anexas al Acuerdo General.[28] En estos momentos que se realiza la "Punta del Este Round", se espera un incremento por parte de los países en vías de desarrollo de dicha excepción.

1. Limitaciones a la aplicación del tratamiento de "la nación más favorecida".

Como ya lo dijimos la cláusula de "la nación más favorecida" es la base sobre la que se desarrolla la mayor parte de los intercambios comerciales en la actualidad. Además de las excepciones ya mencionadas, dicha regla en el campo práctico tiene una serie de limitaciones, veamos:

a) La introducción de la cláusula de habilitación, adoptada en la Rueda de Tokyo, y que permite concesiones a favor de los países en vías de desarrollo, o entre ellos, de preferencia que no obtengan beneficios de los países industrializados.

La cláusula de habilitación se dio por primera vez en la historia de las relaciones comerciales y del derecho internacional económico en 1979. La misma es una base jurídica permanente a las pre-

---

25. Véase: GATT: *Políticas comerciales para un futuro mejor: propuestas de acción.* Ginebra, 1985.
26. Los países de Europa del Este, miembros del GATT son los siguientes por orden de la fecha de adhesión: Checoslovaquia (1948), Yugoslavia (1966), Polonia (1967), Rumania (1971) y Hungría (1973).
27. El Acuerdo General en su parte IV usa la expresión: Parte Contratante poco desarrollada que hoy día ha sido sustituida por "país en vías de desarrollo".
28. Durante las negociaciones de la Ronda de Tokyo se aprobó también la decisión de 28 de noviembre de 1979 (L/4903) "trato diferenciado y más favorable reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo", que nos habla: "No obstante las disposiciones del artículo 1 del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las demás partes contratantes", esta es la base de la "Cláusula de habilitación". Véase: GATT: ***Textos de los Acuerdos de la Ronda de Tokyo.*** Ginebra, 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ferencias comerciales en favor de los países en vías de desarrollo o entre ellos. Se le llamó "cláusula de habilitación" porque sus disposiciones no imponen una obligación de acordar un tratamiento diferenciado y más favorable, pero permite a las partes contratantes de tomar las medidas del caso. Dicho tratamiento diferenciado y más favorable se aplica a los dominios siguientes: a) trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo, conforme con el Sistema Generalizado de Preferencias; b) trato diferenciado y más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias que se rijan por las disposiciones de instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT; c) acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las partes contratantes, las medidas no arancelarias aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo; d) trato especial de los países en desarrollo menos adelantados en el contexto de toda medida general o específica en favor de los países en desarrollo.[29]

b) El recurso previsto en el artículo XXIV del Acuerdo General que permite las uniones aduaneras y las zonas de libre cambio.

c) Las disposiciones que permiten a los países de economía planificada su acceso al GATT.

En 1978, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas previó un mayor desarrollo a la aplicación de la cláusula de la "Nación más favorecida" para los países en vías de desarrollo, para el tráfico fronterizo y para los Estados sin salida al mar,[30] disposiciones que se han tomado en cuenta en el GATT.

F. Los métodos de modificación de la estructura jurídica.

El cuadro constitucional del GATT en tanto institución internacional posee una estructura difícil de modificar. Aparte que es una institución sui géneris que nació con un carácter provisorio y que ha visto su existencia prolongada en virtud del Protocolo de Aplicación del 20 de octubre de 1947, a la ratificación de la llamada Carta de La Habana y de la misma creación de la Organización Internacional de Comercio, que el Acuerdo General previó.[31] Todo lo anterior ha dado origen a un procedimiento muy rígido para cualquier cambio que se piense plantear. Las enmiendas a las disposiciones del Acuerdo General requieren una mayoría de dos terceras partes de las partes contratantes,[32] y debido a las características mismas de la institución es muy difícil reunir la unanimidad de "los socios".

El artículo XXX consigna las normas de procedimiento que debe seguirse para las enmiendas del Acuerdo General, comprendidas en él las listas anexas que impliquen rectificaciones de pura forma o modificaciones resultantes de medidas adoptadas en virtud del párrafo 6 del artículo III de los artículos: XVIII, XXIV, XXVII, o XXVIII.

En general podemos decir que las enmiendas al Acuerdo son muy raras y las mismas se han dado preferentemente durante las negociaciones multilaterales. Por ejemplo durante el suceso de la "Ronda de Tokyo" se aprobó y se adoptó, como lo mencionamos anteriormente, la cláusula de habilitación (Parte IV, art. XXXVI párrafo 8). Durante la Ronda Kennedy (1964-1967) se negoció un Código "Antidumping" (1 de julio de 1968).[33] También en la misma Rueda de Tokyo se adoptaron nueve acuerdos concernientes principalmente a derechos de aduana. En la misma reunión las partes contratantes tomaron la decisión del 28 de noviembre de 1979 donde reafirmaron los principios fundamentales del GATT y se dispuso que las partes contratantes que no han firmado los acuerdos nuevos no están obligadas a seguir las disposiciones del caso, pero que conservan todos los derechos de las disposiciones del Acuerdo General. Lógicamente los acuerdos firmados gobiernan las relaciones de los Estados firmantes. Y algo muy importante, toda parte contratante no firmante de esos "nuevos

---

29. La lista mencionada no es exhaustiva. Una nota agregada al parágrafo 2 estipula que es posible que las partes contratantes examinen todas las proposiciones de tratamiento diferenciado y más favorable en favor de los países en vías de desarrollo.
30. *Report of the International Law Commission on the Work of its 30 Session* (U.N. doc A/33/10).
31. Jackson, J.H.: *The Birth of the GATT-MTN System: A Constitucional Appraisal the International Law* Journal of Georgetown University Law Center, 1980. Vol. 12, núm L, pp. 32 a 37.
32. La regla de la unanimidad está igualmente prevista para enmendar el artículo XXIX: "Relación del presente Acuerdo con la Carta de La Habana", que ha llegado a ser letra muerta.
33. Esta es otra manera de realizar enmiendas formales.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

acuerdos tiene la posibilidad de hacer valer sus derechos a título del Acuerdo General cuando considere que sus intereses han sido lesionados".

El Acuerdo General ofrece otra posibilidad de enmienda de facto, el artículo XXV, párrafo 5 que nos dice "las partes contratantes podrán eximir a una parte contratante de alguna de las obligaciones impuestas por el presente Acuerdo, pero a condición de que sancione esta decisión una mayoría compuesta de los dos tercios de los votos emitidos y de que esta mayoría represente más de la mitad de las partes contratantes. En la práctica este procedimiento de derogaciones ha tenido el mismo valor de las enmiendas.

Por último, otra manera de enmendar las normas del Acuerdo General ha sido una cierta tolerancia en las disposiciones del Acuerdo, que ha llevado a crear, guardar y recurrir a métodos especiales.

En síntesis podemos decir que la estructura jurídica del GATT conserva las reglas fundamentales que le dieron origen; sin embargo ha sufrido un gran proceso de evolución, se ha venido adaptando a las prioridades y necesidades económicas de los países participantes. El comercio internacional es algo muy vivo que requiere las condiciones prácticas para su regulación, y en esto último ha estado la sabiduría del GATT.

II. NEGOCIACIONES COMERCIALES MULTILATERALES

A. Introducción

El preámbulo del Acuerdo General menciona que las partes contratantes contribuyen a la realización de sus objetivos:

> "mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales".

El GATT desde su creación ha venido celebrando una serie de reuniones, mejor conocidas con el nombre de "Rondas" (rounds) que son reuniones de negociaciones multilaterales, cuyo objetivo principal hasta el presente ha sido "lograr la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales".

Los principios fundamentales para la realización de dichas negociaciones son:

a) De la concesión arancelaria, mediante el cual los países se comprometen a reducir los aranceles aduaneros, o a mantenerlos a nivel vigente en el momento de la negoción, para no elevarlos por encima de niveles determinados.
b) De la consolidación, el cual obliga a los países a no modificar sus aranceles de los niveles negociados.
c) Del principal abastecedor importante, el cual otorga a estos países el derecho a solicitar la apertura de negociaciones sobre determinado producto, y
d) De la reciprocidad, el cual establece que todo país tiene derecho a exigir de otro concesiones sustancialmente equivalentes a las otorgadas.

Hasta el presente el GATT ha llevado a cabo siete rondas comerciales, ocho con la que se lleva a cabo actualmente. Veamos a continuación los principales logros de cada una de estas negociaciones multilaterales.

B. Principales logros de las "diferentes ruedas ministeriales".

La primera rueda se llevó a cabo en Ginebra en 1947, la segunda en Annecy, Francia. Las dos como indicamos en el esbozo histórico, tuvieron como objetivo principal la redacción del Acuerdo General y su puesta en marcha, con las reducciones arancelarias acordadas por los países participantes.

La tercera rueda se llevó a cabo en Torquay, al sur de Inglaterra en 1951, y en ella se consideraron temas como el compromiso de los países miembros de mantener en vigor las concesiones negociadas y la adhesión de nuevos miembros.

La cuarta y quinta se llevaron a cabo en Ginebra.[34] En ambas se puso en marcha la revisión de la negociación tradicional producto por producto

34. La 5ta. rueda se le conoció bajo el nombre de Rueda Dillon, nombre de un estadista norteamericano Douglas Dillon, que tuvo un destacadísimo papel en la proposición y aprobación de importantes iniciativas.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

para el proceso de desgravación entre las partes contratantes del GATT. La última de éstas puso más énfasis en el estudio de las modificaciones arancelarias que venían de realizar los seis países de la recién creada Comunidad Económica Europea (1962). Los resultados de estas dos rondas fueron muy reducidos.

La sexta rueda se llevó de nuevo a cabo en la ciudad de Ginebra, y se le llamó "Kennedy" a iniciativa de los Estados Unidos, país que deseaba incrementar sus exportaciones a la CEE. En esta reunión se abrió una nueva posibilidad comercial, al haberse expedido la Ley de Expansión Comercial de Estados Unidos (Trade Expansion Act) que permitía al presidente de ese país, hasta el 30 de junio de 1967 rebajar los gravámenes arancelarios hasta en un 50% a lo largo de cinco años, a suprimir totalmente los derechos para los productos que la CEE y los EE.UU. controlaban, lo mismo negociar mediante categorías externas de productos (reducción lineal en vez de producto por producto).

Las anteriores bases condicionaron y definieron la Ronda Kennedy en la cual se logró una reducción de los aranceles en alrededor del 36% para los 37 países que se hicieron representar. Las reducciones arancelarias afectaron cerca de 6.000 productos, especialmente los manufacturados. Los países en vías de desarrollo consideraron poco efectivo los logros ya que las reducciones arancelarias no eran suficientes para establecer un flujo de comercio más libre, y que prácticamente los aranceles habían sido sustituidos por restricciones no arancelarias, no negociadas en esa oportunidad y que en general obstaculizaban el comercio.

La Rueda Kennedy es muy importante, porque no es hasta ese momento que las partes contratantes se dieron cuenta de la creciente importancia que habían adquirido las medidas no arancelarias como obstáculos para una rápida expansión del comercio internacional. Este fenómeno se debió básicamente a que los aranceles habían alcanzado niveles relativamente bajos como resultado de las negociaciones comerciales celebradas, y que los países comenzaron a recurrir con mayor frecuencia a medidas proteccionistas no arancelarias, campo en donde no existía una disciplina internacional por el carácter jurídico especial de la Parte II del Acuerdo General.[35]

La séptima rueda de negociaciones multilaterales se llevó a cabo en Ginebra entre 1973 y 1979, y se le conoce bajo el nombre de Rueda Tokyo. La misma fue convocada para resolver principalmente los problemas emanados de la crisis comercial monetaria en Estados Unidos en 1971; la creciente importancia que había adquirido Japón, y la nueva dimensión de la CEE, a raíz de su proyectada ampliación, y la forma de convenios comerciales y acuerdos de asociación con la AELC (Asociación Europea de Libre Comercio) y los países del Mediterráneo, respectivamente. Estos últimos hechos habían ocasionado que una parte, cada vez mayor del comercio mundial, ya no se realizara según "el principio de la nación más favorecida", incrementando así la discriminación contra terceros países.

Las negociaciones abarcaron la reducción o eliminación de las medidas arancelarias, las no arancelarias y otras que afectaban el comercio mundial de los productos industriales y los agropecuarios. Los países en desarrollo, mediante el establecimiento de disposiciones concretas sobre el trato especial y más favorable, se aseguraron beneficios adicionales a sus intereses comerciales. El logro más importante para los países en vías de desarrollo durante la Ronda Tokyo fue la creación de "la cláusula de habilitación", a la cual hicimos referencia páginas atrás.[36]

En general la Ronda de Tokyo llevó a cabo importantes negociaciones en las siguientes áreas: reducciones arancelarias; reducción o eliminación de obstáculos no arancelarios; reducción coordinada de todos los obstáculos al comercio en sectores escogidos; estudio del Sistema de Salvaguardia multilateral;[37] la liberalización del comercio en el

---

35. En la Parte II del Acuerdo General se encuentran las pautas de conducta referentes a medidas no arancelarias tales como los derechos compensatorios y los derechos "antidumping", las subvenciones, el aforo aduanero, las marcas de origen, las restricciones cuantitativas, las empresas comerciales del Estado, etc. La Rueda Kennedy es muy importante, como mencionamos páginas atrás, porque en ella se complementó la Parte IV del Acuerdo General. Dicha parte venía a recoger los principios aprobados en la 1a.Unctad (Ginebra, resolución 1995 (XIX) de 1964).
36. Supra p.
37. El objetivo perseguido por los trabajos en este tema era el de mejorar a través de la elaboración de un Código de Conducta, las disposiciones del artículo XIX del GATT, sobre las "Medidas de urgencia sobre la importación de productos en casos particulares", conocido como la "Cláusula de Salvaguardia". Mediante la aplicación de dicha disposición las partes contratantes, bajo determinados procedimientos y requisitos, pueden suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a un producto en cuestión, o retirar, o modificar la concesión.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sector agrícola, y tratamiento especial de los productos tropicales. En el campo arancelario se efectuaron centenares de negociaciones bilaterales y plurilaterales que abarcaron más de 27 mil posiciones arancelarias. La mayoría de estas concesiones se escalonaron durante un periodo de ocho años, a partir del 1 de enero de 1980, hasta el 1 de enero de 1987.

Por último la necesidad de superar el recrudecimiento del proteccionismo motivó a las partes contratantes a negociar dentro de la Rueda Tokyo, acuerdos multilaterales sobre las subvenciones y las medidas compensatorias, los obstáculos técnicos al comercio, las compras del sector público, la valorización en aduana y el trámite de las licencias de importación. También, se renegoció el Acuerdo *Antidumping,* que se venía revisando desde la ronda anterior. El texto se modificó, con el fin de armonizar sus disposiciones con las del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias y facilitar la participación de los países en desarrollo.

C. Otros logros importantes.[38]

Además de los logros alcanzados en cada una de las diferentes ruedas de negociaciones, el GATT ha logrado importantes acuerdos; entre otros, por ejemplo, en subvenciones y medidas compensatorias con el propósito de establecer que éstas no afecten los intereses de ningún signatario y que las medidas no entorpezcan el comercio internacional. Se estableció una diferencia entre las subvenciones internas a la producción y las subvenciones a la exportación. No se prohibió las subvenciones internas siempre que no causen perjuicio, de lo contrario el país que las aplica debe consultar con los posibles afectados. Respecto a las subvenciones a la exportación, no pueden aplicarse a los productos básicos, de tal modo que el país obtenga una parte del comercio de exportación mundial del producto superior a aquella que sea equitativa.

En el campo de compras del sector público, se han logrado acuerdos para lograr una mayor competencia internacional en el mercado del sector público. Se establece el principio de no discriminación entre los productores y los proveedores nacionales y los de otros países participantes, en lo que se refiere a las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativas a las compras del sector público. Contempla reglas detalladas relativas al procedimiento de las licitaciones, a fin de garantizar su transferencia y por último prevé el establecimiento de un Comité de Compras del Sector Público que examinará anualmente su aplicación y funcionamiento y estipula reglas detalladas con respecto a la información, las consultas y la solución de diferencias.

En materia aduanera se legisló un Código de Valoración en Aduana cuyo objetivo es establecer normas de valorización que garanticen mayor uniformidad y certeza en lo relativo a su aplicación, así como definir un sistema justo, uniforme y neutral, conforme a las realidades comerciales, que impida la utilización de valores aduaneros arbitrarios o ficticios. Dicho Código establece cinco métodos de valorización, clasificados jerárquicamente en forma tal que cuando el primer método no permita una evaluación, podrá utilizarse el segundo método y así sucesivamente. En el Código también encontramos disposiciones sobre cuestiones de conversión de divisas, el derecho a recurrir ante la autoridad judicial, la evaluación y el rápido despacho de las mercancías.

Se han concretado acuerdos sobre procedimientos para el trámite de licencias de importación con el objeto de simplificar los procedimientos y prácticas en la expedición de licencias de importación, darles transferencia y garantizar su aplicación justa y equitativa.

En el sector agropecuario los resultados han sido muy pobres, es un sector excluido de la gran corriente de liberación del comercio impulsado por el Acuerdo General. Es más, el Acuerdo no hace ninguna distinción entre el comercio de los productos agrícolas y el de los industriales.[39] Este sector es estratégico debido a su influencia en los índices de costo de vida y en la disponibilidad de bienes de consumo de uso inmediato, y además, por la firme oposición de los países desarrollados, especialmente de las Comunidades Europeas, que han establecido una gran protección para este sector a través de su "Política Agraria Común".

A partir de la "Rueda Kennedy" se trata de dedicar especial atención a los problemas agropecuarios, sin embargo durante estas negociaciones multilaterales, los resultados logrados en dicho

---

38. Hacemos la aclaración que pasamos revista sólo a los logros que a nuestro juicio merecen destacarse, de todas maneras es una síntesis de un proceso muy largo y complejo.
39. Excepción hecha de las limitadas disposiciones del artículo XVI, que tratan de regular la concesión de subsidios a las exportaciones cuando tienen efectos perniciosos para otras partes contratantes.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

campo fueron muy mediocres. Se acordaron rebajas arancelarias para la carne y los lácteos, pero sin llegar a una liberalización general del comercio mundial de éstos. Varios países desarrollados ofrecieron rebajas arancelarias para productos tropicales, algunas de ellas puestas en práctica inmediatamente. Durante la Rueda Tokyo se crearon dos grupos para tratar este tema: Agricultura y Productos tropicales, que a su vez se dividió en cereales, carne de bovino y lácteos.

Por la importancia de los productos señalados, veamos por separado cada uno de ellos.

1. Productos tropicales.

Las partes contratantes en la Ronda Tokyo expresaron que los productos tropicales fueran tratados como un sector especial y prioritario de las negociaciones comerciales multilaterales. De acuerdo a los procedimientos estipulados 46 países en desarrollo presentaron a 11 países desarrollados peticiones de concesiones arancelarias y no arancelarias respecto de las exportaciones de productos tropicales. Dichas peticiones abarcaron además de cubrir los productos típicos, atendió las materias primas y manufacturadas producidas por los países en desarrollo y que exportaban o podían exportar en el futuro.

2. Agricultura.

En el sector agrario las negociaciones se encaminaron básicamente a la búsqueda de soluciones multilaterales para los lácteos, los cereales y la carne, y en menor medida a la reducción de derechos arancelarios y eliminación de las barreras no arancelarias para los demás productos agrícolas. Se negociaron acuerdos internacionales para la carne de bovino y para los lácteos. Para el resto de los demás productos agrícolas las negociaciones se llevaron a cabo mediante el intercambio de listas de solicitud y de ofertas de rebajas arancelarias y eliminación de barreras no arancelarias.

3. Acuerdo de la carne de bovino.

Los principales objetivos del acuerdo de carne de bovino son fomentar la expansión, la liberalización y la estabilidad del comercio internacional de la carne y de los animales vivos de la especie bovina, así como incrementar la cooperación en dicho sector. Se estableció, según el Acuerdo, un Consejo Internacional de la Carne, integrado por los países miembros que entró en vigencia el 1 de enero de 1980.

Por último tenemos una serie de resultados positivos en el sector industrial. En general las reducciones arancelarias de las cinco primeras ruedas de negociaciones comerciales se hicieron principalmente para los productos industriales y en menor medida para los agropecuarios, como ya lo hemos dicho. Se legisló sobre industrias de carácter estratégico (nuclear, electrónica, espacial e informática; industria pesada civil y la industria de papel).

En general, el sistema GATT ha llegado a buenos resultados, ha logrado la transición de una diplomacia del comercio bilateral a una diplomacia del comercio multilateral que ha permitido a los países pequeños y medianos estar presentes y participar en todos aquellos ámbitos donde se preparan las discusiones que afectan las políticas económicas. Por último es importante mencionar la decisión que tomaron las partes contratantes de abrir un centro de servicios de información comercial y servicios consultores de promoción del comercio para beneficio de los países menos desarrollados, el Centro de Comercio Internacional, que es hoy día la más importante organización intergubernamental a escala mundial que presta dicho servicio.

III. NUEVA RONDA DE NEGOCIACIONES

A. Consideraciones generales

La actual nueva ronda de negociaciones multilaterales conocida bajo el nombre de Rueda de Punta del Este, por haber sido en esa ciudad uruguaya la reunión ministerial (setiembre de 1986) marca el inicio de nuevos y trascendentales cambios en diversos aspectos del comercio internacional.

Los antecedentes de la presente negociación comercial se encuentran en una iniciativa japonesa-norteamericana, a la cual se sumaron las Comunidades Europeas: entre los "tres grandes" los conflictos comerciales son de tal magnitud que muchas veces dificultan los acuerdos políticos.[40] Desde 1981, debido a la apreciación del dólar los Estados Unidos absorbieron buena parte de la

40. Ejemplo de lo que decimos, ha sido el Acuerdo que EE.UU. impuso al Japón y Alemania Federal en el mes de diciembre de 1986 para reducir su gran déficit fiscal, véase: Rhenán-Segura J. *Relevo Económico Mundial.* En La Nación p. 15 A. 9-12-86.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

producción manufacturera de las Comunidades Económicas y de Japón. Al mismo tiempo, la CEE y los EE.UU. se libraron a políticas agrícolas voluntarias que deterioraron los precios en los mercados internacionales y dejaron disminuidos sus presupuestos nacionales. La economía japonesa mantiene la tradición de aprovisionarse en el mercado internacional únicamente de manera selectiva. EE.UU. desea que los "nuevos sectores" del comercio internacional reciban una regulación adecuada y así preservar las ventajas adquiridas en materia de servicios debido a que ese país es gran exportador de servicios financieros, bancarios, turísticos, de comunicaciones, etc.; todos sectores que evitan los puestos de aduana tradicionales pero celosamente resguardados por la legislación nacional. Los "tres grandes" del comercio internacional optaron por convocar una rueda de negociaciones en el ámbito del GATT para preservar el carácter multilateral de ellos. Ante semejante panorama, los países en vías de desarrollo como era de prever acogieron la invitación con grandes reservas.[41]

En 1982, una reunión ministerial había establecido un "Programa de trabajo" bastante concreto, por el cual los países desarrollados debían comprometerse a desmantelar sus políticas comerciales contrarias al GATT y a no introducir nuevos métodos que contraviniesen las reglas existentes. Lejos de lograrse tales compromisos los países en desarrollo ante la nueva rueda, consideran que la misma retardará el compromiso y desviará la atención de los gobiernos de las necesidades inmediatas de las economías en desarrollo. La relación entre crisis financiera y necesidades comerciales no encuentra un eco concreto de parte de los países industrializados.

B. Temas y propuestas en la nueva ronda.

Los temas en la Conferencia de Punta del Este se dividieron en temas de interés, a saber: participación, modalidades y disposiciones, statu quo y desmantelamiento, y trato reservado; y los temas prioritarios: el comercio agropecuario, productos tropicales, recursos naturales, aranceles, el artículo XXVIII (modificación de las listas, restricciones cuantitativas, acuerdos de las nuevas conversaciones multilaterales (Códigos de la Rueda de Tokyo), subvenciones y procedimientos de solución de diferencias). En agenda también se conocerán otros asuntos tales como servicios, inversiones, mercancías falsificadas, tecnología de punta, así como relación comercio-finanzas.

La Conferencia de Punta del Este trabajó sobre la llamada "propuesta Colombo-Suiza" que en su forma original tenía la forma de una declaración ministerial dividida en siete partes. En el breve preámbulo de cinco considerandos se habla de "entablar negociaciones comerciales multilaterales en el marco y bajo los auspicios del GATT y concluir dichas negociaciones en un plazo de cuatro años". Al decir "en el marco", se refiere a los temas propios del GATT; "bajo los auspicios" incluye nuevos temas. Los objetivos (parte I de la propuesta en estudio) fueron tres: mayor liberalización y expansión del comercio mundial, reforzar el papel del GATT e incrementar la capacidad de respuesta del sistema del GATT. La parte II hablaba de "principios generales por los que se regirán las negociaciones incluyendo los principios de trato diferenciado, no reciprocidad, reconocimiento de la situación de los países menos adelantados y por último, la parte III de la propuesta hablaba de los compromisos de statu quo y desmantelamiento.

En síntesis, la propuesta Colombo-Suiza sirvió de base a la reunión Ministerial de Punta del Este y los temas en ella tratados fueron: Aranceles, medidas no arancelarias, productos tropicales, recursos naturales, productos de tecnología de punta, textiles y vestido, agricultura, salvaguardias, acuerdos de las negociaciones comerciales multilaterales, subsidios y medidas compensatorias, solución de controversias, servicios, comercio de mercancías falsificadas e inversiones.

C. Declaración ministerial

A continuación analizaremos los puntos más sobresalientes de la Declaración Ministerial sobre la Ronda Uruguay. Según se desprende de las actas de la reunión, los países que tuvieron la mayor responsabilidad en la misma fueron los siguientes CEE, Japón, EE.UU., Australia, Nueva Zelandia, Suiza, Brasil, Perú, Uruguay, Jamaica y en menor importancia algunos países africanos y asiáticos.[42]

---

41. Ejemplo de esto fue las diferentes propuestas que se barajaron en Punta del Este, siendo las más importantes la brasileña (Prep. Com. (86)41 (23-6-86) Rev I. que junto con 10 países más no admitía la inclusión del comercio de servicios en el GATT, la otra propuesta importante y que fue la que prevaleció en la Conferencia fue la Colombo-Suiza (Prep.Com./W/47(18,7,86) Rev 1, a la cual haremos referencia posteriormente.
42. Obsérvese la predominancia de los países más industrializados, que por lo general asisten a este tipo de conferencias con un brillante equipo de negociadores.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

De la primera parte de la Declaración merece destacarse la segunda frase "contener y hacer retroceder el proteccionismo y a eliminar las distorsiones del comercio" muy importante para los países en vías de desarrollo. En esta primera parte, el llamado "Grupo de los 10" (países en vías de desarrollo) logró introducir una referencia al "endeudamiento de gran número de partes contratantes" (Perú) y la delegación de Jamaica que en el último párrafo de esta primera parte las palabras "en el marco y bajo los auspicios del GATT" con lo cual se venía a legitimar la acción de la Institución.[43]

En los objetivos del documento, en su primer párrafo, a iniciativa de Jamaica y después de muchas conversaciones se incluyó "especialmente de las partes contratantes en desarrollo", el resto del párrafo fue redactado por la delegación suiza.

El párrafo segundo debe su progenitura a los países en vías de desarrollo, especialmente los africanos que hablaron de "potenciar la función del GATT, mejorar el sistema multilateral de comercio basado en los principios y normas del GATT y someter una proporción más grande del comercio mundial a disciplinas multilaterales, convenidas, eficaces y exigibles". El párrafo siguiente (III) fue a completa iniciativa de los países industrializados, más Suiza, y en cierta forma se puede decir que fue la respuesta al segundo, en él se habla de "incrementar la capacidad de respuesta del sistema GATT . . .potenciar la relación del GATT con los organismos internacionales". Al final de este párrafo, la delegación del Uruguay logró pasar la frase "la capacidad de los países endeudados para hacer frente a sus obligaciones financieras".

El párrafo IV fue a total iniciativa de la Junta de Comercio-Unctad y en ella se pide un mayor acceso a los mercados. Cuando hablamos de la Unctad, debemos pensar en el Grupo de los 77.

La segunda parte de la Declaración se refiere a "Principios generales por los que se regirán las Negociaciones". El primer párrafo fue redactado a iniciativa de Jamaica y nos llamó la atención las palabras "de manera transparente", el trasfondo del mismo, es que son muchas las veces que Jamaica ha acusado a algunas de las partes contratantes de no "jugar limpio". El segundo párrafo fue redactado por los 7 grandes países industrializados del mundo, en él se habla de "No obstante, los acuerdos a que se llegue en las fases iniciales, especialmente los relativos a cuestiones de carácter institucional, podrán aplicarse a título provisional o definitivo, si así se conviene. . ." esta redacción disgustó a los países en vías de desarrollo que dijeron ser la "solución aspirina", ya que no viene a solucionar nada. El párrafo V es muy importante ya que en él se reafirma la cláusula de habilitación "ni las partes contratantes desarrolladas tratarán de obtener concesiones que sean incompatibles con las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de las partes contratantes en desarrollo ni estas últimas tendrían que hacer tales concesiones". Por último el párrafo 7 de este apartado B, Bangladesh tomó la iniciativa, que ya venía de la Rueda Tokyo de "se prestará especial atención a la situación y los problemas particulares de los países menos adelantados".

La parte C de la Declaración habla de las consecuencias jurídicas que se han tomado mientras duren las conversaciones, especialmente en el campo de statu quo y desmantelamiento: "todo participante podrá señalar a la atención del mecanismo de vigilancia apropiado cualesquiera acciones u omisiones que considere pertinentes para el cumplimiento de estos compromisos" (se refiere a los de la Declaración Ministerial).

En la sección D, encontramos los temas de las negociaciones: aranceles, medidas no arancelarias, productos tropicales, productos obtenidos de la explotación de recursos naturales, textiles y vestido, agricultura, salvaguardias, subvenciones y medidas compensatorias, solución de diferencias, aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, incluido el comercio de mercancías falsificadas y medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio. La sección E habla de diferentes aspectos del funcionamiento del sistema GATT y la sección F se refiere a la calidad de las participaciones en la nueva ronda de negociaciones, así tenemos que podían participar a) todas las partes contratantes b) los países que se hayan adherido provisionalmente al Acuerdo General, c) los países que apliquen de facto el Acuerdo General y hayan manifestado, a más tardar el 30 de abril de 1987, su intención de adherirse a él y de participar en las negociaciones d) los países que hayan comunicado a las partes contratantes, en una reunión ordinaria del Consejo de Representantes, su intención de negociar las condiciones de su integración en calidad de partes contratantes y e) los países en desarrollo que para el 30 de abril de 1987 hayan iniciado el procedi-

43. Hemos utilizado el texto de la Declaración Ministerial en español núm. de referencia GATT/1396. 25 de setiembre de 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

miento de adhesión al Acuerdo, con la intención de negociar las condiciones de su adhesión durante el curso de las negociaciones.

D. Participación de Costa Rica en la nueva ronda.

Según el apartado F de la Declaración Ministerial, sección 4, d): Costa Rica participa en la nueva ronda por "su intención de negociar las condiciones de su integración en calidad de parte contratante".

Costa Rica participó activamente por intermedio del embajador Soley Soler, y quien escribe, en todas las reuniones del Comité preparatorio de la reunión ministerial del 15 de agosto de 1986. A Punta del Este el país envió una delegación encabezada por la Sra. Ministra de Comercio Exterior, Licda. Muni Figueres de Jiménez quien el 18 de setiembre pronunció un discurso que nos interesa destacar dos aspectos. Primero, en la intervención, la Sra. Ministra reafirma su participación en el GATT y su consiguiente fe en el sistema multilateral:

> "Nos encontramos, ( ) ante la feliz coincidencia de realizar las gestiones de adhesión, en el marco de esta sesión ministerial que inicia una nueva Ronda de Negociaciones del GATT.
>
> Los costarricenses queremos participar en la medida de lo posible, en ella. Si bien no puede afirmarse que el GATT haya recogido en su totalidad las aspiraciones de los países en desarrollo, consideramos que los problemas comerciales de nuestro país, tienen más posibilidades de solución a través de él, que tratando de manejarlos bilateralmente".[44]

Y en segundo lugar se señala la participación de Costa Rica, activamente en la Ronda "En suma, buscamos participar, oportunamente, en todos los comités que se establezcan en la nueva Ronda".[45] En el último capítulo de nuestro trabajo, nos extenderemos en las ventajas y posibilidades que tiene el país en la participación de la nueva ronda.

IV. FUNCIONAMIENTO DEL GATT

Por funcionamiento del GATT, nosotros, entendemos las vías y los medios con que cuentan los países miembros para llevar a cabo los objetivos de la Institución, en otras palabras las reglas jurídicas y los procesos de negociación. Creemos importante señalar brevemente los objetivos a perseguir.

a) Liberalización progresiva de los intercambios por la reducción sustancial de tarifas aduaneras y la eliminación general de restricciones cuantitativas,
b) Comercio sin discriminación por la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida y un tratamiento especial para los países en vías de desarrollo.
c) Establecimiento y mantenimiento de una base estable para el desarrollo del comercio internacional a fin de asegurar el máximo posible de seguridad y transparencia en los intercambios.
d) Consultas y reglamentación de los diferendos para evitar lesionar los intereses comerciales de los países miembros.[46]

El funcionamiento del GATT, como ya lo hemos dicho, ha sido evolutivo, lo cual es natural, debido a las características del comercio internacional y a la misma situación especial en que nació el Acuerdo General; también debido al aumento de países miembros con diferentes niveles de desarrollo y heterogeneidad de sistemas que se han adherido al sistema.

A continuación examinamos la propia organización internacional, el mecanismo de la toma de decisiones, y la cláusula de salvaguardia, así como el control mismo de funcionamiento.

A. La organización internacional.

Como ya lo vimos en el primer capítulo de este trabajo, el GATT tuvo un origen muy especial. No se concibió como una institución en el sentido

---

44. Costa Rica. *Declaración hecha por la Sra. Muni Figueres de Jiménez, Ministra de Comercio Exterior, en la reunión ministerial de las partes contratantes.* Punta del Este. (Uruguay) 15-19 set. 1986 GATT. Doc. Min. (86) ST/49.
45. Ibídem.
46. Supra Cap. 1. Apartado C.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

orgánico, sino como un organismo provisional, de anticipación a la Carta de La Habana. Todo ello nos lleva a preguntar lo siguiente. Entonces: ¿Cuál es la estructura jurídica del Acuerdo? El GATT no es una institución en el sentido común de la expresión, desprovisto de todo objetivo organizacional. Es sólo un Código de Conducta en el marco del comercio internacional de mercancías, estructurado en torno a los principios de liberalización económica que afloran en los años de guerra y postguerra.[47] En el artículo XXV del Acuerdo encontramos un germen institucional al disponer que "los representantes de las partes contratantes se reunirán periódicamente para asegurar la puesta en práctica de aquellas disposiciones de este Acuerdo que exijan proceder en conjunto, como asimismo para facilitar el cumplimiento de los objetivos y el logro de los fines de este Acuerdo.[48]

Hoy día la situación ha variado mucho, a pesar de la ambigüedad jurídica, el GATT se presenta con todos los atributos de una organización internacional. Y en el cuadro de la vida de los organismos internacionales el GATT es tratado de "facto" como una institución especializada.

Veamos a continuación los mecanismos con que cuenta la organización internacional.

1. Las Partes Contratantes.

Las Partes Contratantes, (escrito todo en letras mayúsculas) constituye el sólo órgano institucional previsto al origen del Acuerdo General. Las mayúsculas significan que se trata de un organismo colectivo encargado de poner en práctica los objetivos del Acuerdo.

Las partes contratantes tienen el poder legislativo, como se mostró por ejemplo cuando se adoptó la parte IV y la modificación de ciertos artículos (art. XVIII, etc.). Las partes contratantes son las encargadas de interpretar las diferentes disposiciones del Acuerdo dando la interpretación del caso sin instancias superiores. También acuerdan las derogaciones a los países miembros según lo establecido en el artículo XXV, párrafo 5. Las partes contratantes tienen funciones jurisdiccionales, ya que ellas son llamadas a pronunciarse cuando hay dificultades entre los diferentes países miembros sobre la compatibilidad de sus políticas comerciales.

2. El consejo de representantes.

a) El estatuto y las competencias del consejo.

Creado por decisión de las partes contratantes, el 4 de junio de 1960. El consejo de representantes es jurídicamente el órgano de intersección. Dicho consejo sustituyó el Comité de intersección que se reunía a deseo de las partes contratantes. El consejo es competente para conocer todas las cuestiones que tratan las partes contratantes, así como asuntos urgentes. También prepara las sesiones de las partes contratantes, supervisa los trabajos de los diferentes comités, los grupos de trabajo y todos los otros órganos subsidiarios del GATT. Examina sus reportes y hace las recomendaciones del caso a las partes contratantes. El consejo puede crear los órganos subsidiarios que estime necesarios y decide a su vez sus atribuciones.

El consejo está compuesto de representantes de todas las partes contratantes que solicitan formar parte de él. El consejo tiene un presidente y dos vicepresidentes elegidos por año, entre los miembros de las partes contratantes. Si una parte contratante estima que una decisión tomada por el consejo le es perjudicial, la puede suspender y avisar inmediatamente a las partes contratantes, dicho procedimiento nunca se ha llegado a utilizar.

b) El funcionamiento del consejo.

El consejo en los últimos años se ha convertido en un órgano muy importante de las actividades del GATT, especialmente a partir del 25 de noviembre de 1968, fecha en que las partes contratantes decidieron que el consejo se ocupara de los grandes problemas comerciales internacionales.[49] Hoy día es el órgano central del GATT, debido principalmente a razones de orden práctico. Se reúne en promedio nueve veces por año y es atendido generalmen-

---

47. Aimone Gibson, op. cit. p. 98.

48. Es importante mencionar por ej., que debido a la misma ambigüedad jurídica del GATT, la contribución de los EE.UU. a la Institución provino hasta 1974 del Departamento de Estado "Conferences and Contingency Fund", que designó un porcentaje al GATT, como una organización provisional. A partir de 1974 con el "Trade Act" y con la participación de ese país en la Ronda Tokyo la situación cambia, y hoy día la contribución al igual que otras contribuciones a otros organismos internacionales está sujeta al Congreso. Public Law 93-618. 93 rd. Congress H.R. 10710, January 3, 1975. Sec. 121 d.

49. XXV sesión de las partes contratantes, 25 de nov. de 1968. SR.25/9, 13 po 176-177. Dic. 1968.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

te por los representantes diplomáticos de las partes contratantes que tienen su oficina respectiva en Ginebra, sede del GATT. Por lo general sus decisiones son tomadas por consenso; nunca desde su creación se ha llegado a votar.

3. Los comités, grupos de trabajo y los grupos especiales de expertos.

Los comités, los grupos de trabajo y los grupos especiales de expertos son los instrumentos de trabajo de las partes contratantes y del consejo.

3.1. Los comités

Son generalmente establecidos para proceder al estudio de cuestiones importantes. El o los comités están abiertos a las partes contratantes y algunos de ellos son permanentes como el comité de la balanza de pagos, el de concesiones tarifarias, el comité de presupuesto, el comité de comercio y de desarrollo (creado en virtud de las disposiciones de la Parte IV (art. XXXVIII). Este último comité ha llegado a adquirir una gran importancia en los últimos años, para mostrar su peso, su presidente es elegido por las partes contratantes entre los representantes de algún país en vías de desarrollo. Los presidentes de los otros comités son elegidos o designados por el consejo.

No permanentes son los comités de negociaciones comerciales que tienen como mandato llevar a cabo las negociaciones para la adhesión de una parte contratante.

3.2. Los grupos de trabajo.

Los grupos de trabajo son creados temporalmente para resolver asuntos inmediatos importantes. Son de creación del consejo y son abiertos a todos los países interesados. Sus conclusiones son el resultado de un cierto consenso lo que facilita su adopción por el consejo.

3.3. Grupos especiales de expertos.

Los grupos de expertos tienen como función los procesos de reglamentación y solución de diferendos. A diferencia de los dos anteriores, este grupo está formado por especialistas que dejan a un lado su nacionalidad, para dar respuestas más generales a los problemas de la institución.

Los comités, y los grupos de trabajo constituyen las células en donde se elaboran las actividades y acción del GATT. Los mismos ayudan a facilitar las decisiones de los órganos directores: las partes contratantes y el consejo. La secretaría del GATT aporta, a su vez su apoyo técnico y jurídico a todos los órganos.[50]

3.4. Grupo consultativo de los 18.

Dicho grupo fue creado temporalmente en 1975 y en 1979 se convirtió en permanente.[51] El grupo como lo indica su nombre lo forman 18 países miembros que son escogidos en forma representativa, en él están presentes los países industriales, los países de economía planificada y los países en vías de desarrollo.

Es un grupo de alto nivel, los países miembros son representados en sus reuniones generalmente por personalidades de la política comercial de esos países. Es un grupo de carácter consultivo que se reúne tres o cuatro veces por año para examinar los grandes problemas de la política comercial. Su presidente presenta a final de año una memoria que se integra a la del consejo y a la de las partes contratantes. El grupo tiene por misión las siguientes responsabilidades: seguir la evolución del comercio internacional, prever hasta donde sea posible las diferentes perturbaciones que se producen en el sistema de comercio multilateral, y seguir los consiguientes procesos de ajuste con otros organismos especializados, por ejemplo el FMI

3.5. El director general.

La Carta de La Habana, que como hemos dicho varias veces ya, nunca entró en vigor, hablaba de un director general para la O.I.C. Las partes contratantes decidieron el 23 de marzo de 1965 crear un director general a la cabeza de la institución. El director general es el guardián del Acuerdo General y por medio de la persuasión debe lograr el respeto de sus diferentes reglas. El director general es la persona que dirige los trabajos del secretariado, el presupuesto y en general todos los aspectos administrativos concernientes a las partes contratantes.

Tradicionalmente el director general es el encargado de presidir los comités de negociación, lo mismo las rondas de negociación multilaterales, o los acuerdos particulares de un sector determinado. El hecho de que el director general dirija las negociaciones y los diferentes comités le permite a

50. GATT. *Declaración ministerial del 29 de noviembre de 1982.* IBDD. Núm. 29. p. 15.
51. GATT IBDD. Núm. 26. p. 316.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

éstos llegar a una cierta imparcialidad. En sí el director general no tiene ningún poder ni derecho.

B. Los mecanismos de toma de decisiones.

Los procesos de decisión en el GATT han seguido las transformaciones en función de su evolución institucional y de las nuevas diferentes funciones que ha adquirido la institución.

1. Las reglas.

Según las disposiciones del Acuerdo General, la competencia de decisión la tienen las partes contratantes, cada una de ellas tiene una voz y un voto. Salvo disposiciones contrarias del Acuerdo General, las decisiones de las partes contratantes son tomadas por la mayoría de los votos emitidos (art. XXV, párrs. 3 y 4). Según las reglas de procedimiento de sesiones de las partes, la mayoría simple de las partes contratantes constituye el quórum.

2. La práctica.

Las partes contratantes raramente votan. Generalmente las decisiones se dan por consenso, los únicos casos en que se dan votaciones formales son cuando accede un nuevo miembro y con las derogaciones. En el primer caso mencionado, la práctica ha sido votar solamente por formalidad, ya que en la realidad, cuando se llega a esa etapa, ya las negociaciones están lo suficientemente avanzadas como para que se dé la posibilidad de un rechazo por parte de una parte contratante.

El GATT tiene como procedimiento usual evitar recurrir a voto en los casos difíciles, ello significa que ninguna decisión o recomendación es adoptada hasta tanto no se hayan realizado las negociaciones que permitan llegar a un consenso. Dicho sistema tiene un punto débil, por ejemplo, es difícil pensar que una decisión tomada por consenso pueda dar de hecho un veto posteriormente, de todas formas si una parte contratante siente que sus intereses han sido lesionados puede recurrir al voto.[52]

Las decisiones de las partes contratantes y del consejo son preparadas por los trabajos previos de los comités y los grupos de trabajo. Los resultados son prenegociados de manera informal en la oficina del director general o en grupos especiales creados para tal efecto.

C. La cláusula de salvaguardia.

En el Acuerdo General tenemos varias cláusulas de salvaguardia. Por ejemplo la cláusula de salvaguardia del artículo XIX: "Medidas de urgencia sobre la importación de productos en casos particulares", el cual es un elemento esencial en el sistema GATT. Dicha cláusula es un buen ejemplo de las dificultades encontradas en el funcionamiento del Acuerdo.

Las cláusulas de salvaguardia son los elementos claves de los acuerdos de liberalización, su aplicación se traduce en la práctica por medidas de restricción —al menos temporales— a la importación.[53]

El Acuerdo General prevé la posibilidad que, por circunstancias imprevistas, y por efectos de las obligaciones que el instrumento comporta para las partes contratantes, se presenten situaciones anormales que requieren la adopción de medidas de urgencia para solucionar el problema.

Con tal propósito, se estipula que si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones contraídas por una parte contratante en virtud del Acuerdo General, incluidas en tales obligaciones las concesiones arancelarias, se llegare a importar un producto en el territorio de esa parte contratante, en cantidades tan importantes y en condiciones tales que cause o amenace causar un perjuicio grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese perjuicio, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto, o retirar o modificar la concesión.

La cláusula de salvaguardia del artículo XIX está inspirada en el sistema del GATT que reposa sobre el equilibrio de derechos y obligaciones, así como en el intercambio de concesiones entre los países miembros. La cláusula permite a los países miembros tomar las medidas de protección (normalmente el retiro de concesiones tarifarias como

---

52. Sobre el consenso en los organismos internacionales véase: Reuter P. y Combacan J. *Institutions et relations Internationales.* Paris. PUF. 1980 ps. 189-199.

53. Watterville, J. *"La clause de sauvegarde de l'article XIX du GATT.* Cahiers d'histoire et de politique Internationale, núm. 2. ps. 62-93. Institute Universitaire de hautes études internationales. Geneve Automne, 1983.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

la imposición de restricciones cuantitativas), cuando las importaciones conllevan un perjuicio grave a los productores nacionales, aunque siempre bajo la reserva de las partes contratantes. Las medidas de protección están bajo el principio y la obligación de la no discriminación (arts. I, II, et XIII), es decir que son aplicadas igualmente a los productos importados provenientes de todas las otras partes contratantes, en otras palabras no son selectivas.

En general, las disposiciones del artículo XIX ofrecen la posibilidad de una gran flexibilidad y el procedimiento para lograr corregir, con la celeridad que los casos puedan requerir los problemas y dificultades que eventualmente se deriven de la aplicación de concesiones; inclusive las de orden arancelario pactadas dentro del Acuerdo General, y, de esta manera, de presentarse el caso, el país miembro que necesite recurrir a medidas de urgencia sobre los casos particulares, previstos en el artículo XIX no podrá encontrarse en situación de conflicto entre la realidad y las obligaciones que le impone las disposiciones del Acuerdo General, porque este mismo presenta el medio de lograr la solución necesaria.

V. EL CONTROL DE FUNCIONAMIENTO

La Carta de La Habana previó recurrir a la Corte Internacional de Justicia para consultar los asuntos jurídicos de la Organización Internacional de Comercio. En el Acuerdo General no encontramos nada por el estilo, posiblemente dada la naturaleza temporal y el origen del mismo. En todo caso, como ya lo hemos dicho, el objetivo del Acuerdo General es lograr preservar el equilibrio de las concesiones entre los países miembros, el equilibrio de sus ventajas y de sus obligaciones. A continuación examinaremos cómo se da la ejecución y la observación del tratado, así como los procedimientos existentes en materia de diferencias.

A. La ejecución y la observación del tratado.

El Acuerdo General no previó ninguna punición ni coerción; las partes contratantes no disponen de medios legales para obligar a un país miembro a ejecutar sus decisiones.

En caso de perjuicio de un país miembro a las demás partes contratantes, el Acuerdo General prevé el retiro o la suspensión de las diferentes ventajas que en ese momento está obteniendo ese país.

La palabra "retorsión"[54] es muy frecuente encontrarla en los documentos del GATT, en la práctica no significa otra cosa que el equilibrio de concesiones y de las ventajas entre las partes contratantes. El hecho de que las partes contratantes recurran a medidas de "retorsión" no hay que verlo como una sanción jurídica, sino solamente como el retorno del equilibrio roto por una de las partes contratantes.

En lo que se refiere a la ejecución del tratado vamos a ilustrarlo por medio de dos ejemplos: el tratamiento dado a la agricultura y el control de las uniones aduaneras y zonas de libre cambio.

1. El comercio de productos agrícolas.

El Acuerdo General no hace distinción entre el comercio de productos industriales y los agrícolas. Sólo algunas disposiciones del Acuerdo hacen referencia a los productos de base o específicamente a los productos agrícolas (art. VI: derecho *antidumping* y derechos compensatorios; art. XVI; subvenciones; art. XX: excepciones generales).

En general las medidas llevadas a cabo para liberalizar el comercio de productos agrícolas han quedado sin efecto debido a las políticas proteccionistas de una gran cantidad de países que se protegen de la concurrencia exterior.

Las diferencias de tratamiento de "facto" a la agricultura toman las siguientes formas:

a) Disposiciones especiales a los productos de base, es decir subvenciones a la exportación (art. XVI) y existe un "Código sobre subvenciones y derechos compensatorios", que señala también excepciones relativas a la agricultura.

54. En realidad son medidas de represalia, sólo que el modo "retorsión" no existe en la lengua española, aunque es el usado, en los documentos del GATT en esa lengua.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

b) La existencia de regímenes privilegiados de duración ilimitada obtenidos por ejemplo por los Estados Unidos y por el protocolo de accesión de Suiza.[55]
c) Inobservancia de las reglas del Acuerdo General, por ejemplo el mantenimiento de numerosas restricciones cuantitativas.
d) Interpretaciones divergentes a las disposiciones del Acuerdo General, especialmente en el campo de las subvenciones a la exportación, la definición de productos primarios, etc.
e) Medidas cuyo estatuto no está expresamente definido en el Acuerdo General.

Las razones de tratamiento especial a la agricultura no tienen nada que ver con el derecho, ellas son dictadas por los comités de política interna de los países fuertes como los EE.UU. y la CEE imponen sus puntos de vista, llegando muchas veces a paralizar las disposiciones del Acuerdo.

2. El control de las uniones aduaneras y las zonas de libre cambio.

Las uniones aduaneras y las zonas de libre cambio son previstas en el Acuerdo General por una excepción de orden general al tratamiento de la "nación más favorecida", bajo criterios y reservas enumeradas en el artículo XXIV. Los gestores del Acuerdo General no pudieron prever en los años cincuenta la gran proliferación de uniones aduaneras y zonas de libre cambio, precisamente el primer problema de este tipo fue cuando se estaba examinando el Tratado de Roma (1957) que instituyó la CEE. Sucedió un debate muy largo para lograr compatibilizar el tratado con las disposiciones mismas del artículo XXIV del Acuerdo General. Las partes contratantes en esa época no tuvieron otra posibilidad que aceptar el Tratado de Roma, los intereses eran muy fuertes, aparte que los mismos EE.UU. estaban muy interesados en dicha integración. Posteriormente, se han venido sucediendo una serie de acuerdos preferenciales de asociación como el de Grecia (1961) hoy día miembro de la CEE; el de Turquía (1963) y más recientemente la incorporación de España y Portugal[56] en junio de 1985. Lo mismo, podemos decir, con la asociación preferencial de la CEE con 18 Estados africanos, que fue examinada por las partes contratantes en 1966, la llamada Convención de Yaundé, que se llevó a cabo por razones históricas y económicas.

En general cuando se dan integraciones regionales, en países en vías de desarrollo, ellas son examinadas bajo un espíritu de tolerancia ya que se ve en la integración un instrumento de promoción al desarrollo. El control de la ejecución jurídica del artículo XXIV ha llevado en la práctica sólo a una cierta aplicación, sobre la base de informes periódicos al Consejo; se da un gran laxismo jurídico para llevar a favorecer las políticas comerciales.

B. Los procedimientos de arreglo de diferencias.

El profesor Malinverni a propósito de los procedimientos en los diferendos de las organizaciones económicas internacionales escribe:

> "El primer objetivo de los procesos de reglamentación de diferendos no es decidir quien ha cometido el error, o quien tiene la razón o establecer la responsabilidad de un Estado; sino buscar una solución que haga cesar la situación lo más rápidamente posible".[57]

Y para el GATT, las palabras del citado autor no son una excepción, en los procesos de aplicación del artículo XXIII, las partes contratantes precisan de una reglamentación rápida que no afecte el funcionamiento del Acuerdo General. En caso de litigio, las partes contratantes, más que pronunciarse en sanciones propiamente dichas, recomiendan medidas destinadas a proteger las concesiones y las ventajas del Acuerdo General. El procedimiento de arreglo de diferencias está totalmente inspirado en dicha concepción. Para una mayor exactitud, el Acuerdo debería decir los procedimientos de arreglo de diferencias, pero el problema es que encontramos los medios en diversos artículos, y todos los procedimientos vienen a ser diferentes, por ejemplo el de las cláusulas de salvaguardia, (art. XIX) el de modificación de listas de

---

55. Véase: Kohlhase, Norbet; Schwamm, Henry: *La negociation CEE-Suisse dans le Kennedy Round.* Lausanne 1963.

56. Véase: ElKim, Natan. *La adhesión de España y Portugal a la CEE y el GATT: antecedentes y cuestiones para América Latina.* En Revista SELA. Julio-setiembre de 1986.

57. Malinverni, G. *Le reglement des differends dans les organisations internationales economiques,* Sijthoff, Leyde, y IUHEI, Geneve, 1974 p. 106 (traducción libre).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

concesiones (art. XXVIII) sobre las derogaciones (art. XXV, párrafo 5) y otros. En otras palabras no hay un procedimiento general y en el Acuerdo no encontramos un procedimiento de arreglo de diferendos propiamente dicho.

En 1966 las partes contratantes adoptaron una serie de procedimientos para solucionar los diferendos entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo que hoy día lo tenemos vigente. En la Rueda de Tokyo se negoció un texto por el grupo de reformas jurídicas, titulado "Memorándum de acuerdo concerniente a las notificaciones, las consultaciones, el reglamento de diferencias y la vigilancia" con un anexo titulado "Descripción convenida de la práctica habitual del GATT en materia de reglamentación de diferencias". (Art. XXIII párrafo 2) incorporados a las reglas de procedimiento del GATT.[58]

En 1982 se le hicieron a los documentos mencionados una serie de reformas con tal de mejorar su contenido.[59] En general el procedimiento de arreglo de diferencias fue elaborado por la práctica de la costumbre que siempre busca la conciliación y la negociación. Tanto la conciliación como la negociación juegan un importante *rol* en el arreglo de diferencias y de alguna manera constituyen un valioso instrumento para entender el mecanismo del GATT.

1. Las notificaciones.

En el "Memorándum" citado en el punto anterior se hace referencia a que "las partes contratantes respetarán las obligaciones del Acuerdo General en materia de publicación y de notificación" (párrafo 2) y más adelante en el párrafo 3 leemos "las partes contratantes se comprometen en toda la medida de lo posible a notificar a las partes contratantes la adopción de medidas comerciales que afecten la aplicación del Acuerdo General. El deseo de reforzar la disciplina de los países miembros en cuanto a sus obligaciones de notificar nació de la degradación de las relaciones económicas y comerciales que llevó a medios de protección no previstos específicamente en el Acuerdo General y por consecuencia no reguladas por él. Después de la reunión ministerial de noviembre de 1982 el consejo decidió que el secretariado del GATT puede tomar medidas de disciplina vía notificaciones cuando haya razones de llamar la atención a un país miembro.

2. Las consultas.

Las consultas juegan un papel importante en el procedimiento de arreglo de diferencias.

El artículo XXII, párrafo I, prevé un primer paso en este sentido al disponer: "Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formular cualquier otra parte contratante, y deberá prestarse a la celebración de consultas sobre dichas representaciones".

Al no obtener un resultado satisfactorio, las partes contratantes entran en consulta con las partes interesadas hasta llegar a buscar una solución. Dicha práctica de consultas bilaterales es muy importante para no aplicar las disposiciones del artículo XXIII.[60] Si no se llega a un resultado, entonces comenzará el procedimiento de arreglo de diferencias, propiamente dicho. En general este último paso es muy difícil que se llegue a dar ya que en el GATT las consultas bilaterales permiten arreglar la mayor parte de las diferencias.

3. El arreglo de diferencias.

a) El origen de las diferencias

En los diferendos económicos internacionales se debe tener presente dos factores "acto ilícito" y el "factor daño", así por ejemplo, el ya citado autor Malinverni nos dice que "en los contenciosos económicos internacionales, el diferendo no puede estar siempre ligado a una respuesta fundada en el derecho.[61] Situación que el GATT ha previsto en el "Memorándum" citado y el artículo XXIII es claro al decir que una infracción a las reglas no es una causa suficiente para entablar un diferendo, siempre y cuando la ventaja resultante no venga a anular un resultado del mismo Acuerdo.

El objetivo del procedimiento es permitir a las partes buscar un entendimiento, de llegar a una solución positiva del diferendo que sea aceptable para las partes en conflicto. En ausencia de una solución convenida entre las partes, el objetivo primero de las partes contratantes es "obtener el levantamiento de las medidas en cuestión". Si el le-

58. Sobre el arreglo de diferencias véase: Flory, Th: *Les accords du Tokyo Round du GATT et la reforme des procedures de reglement des differents dans le systeme commercial interetatique.* Paris. RGDIP abril-juin, 1982, No. 2 pp. 235-253; y Hudec, R.E.: *GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: an unfinished Bussiness.* Cornell International Law Journal, verano 1980, vol. 13,. No. 2, pp. 146-303.

59. IBDD, supplément, No. 29, pp. 14-16.

60. El mismo artículo XIII dispone que antes de emprender una acción se entre en una fase de consulta.

61. Malinverni op. cit. p. 34.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vantamiento inmediato de la medida es materialmente imposible, se debe recurrir a una concesión de comprensión a título temporal.

El último recurso abierto por el artículo XXIII, párrafo 2, es cuando las circunstancias son suficientemente graves entonces una o varias partes contratantes piden la suspensión de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General, habida cuenta de las circunstancias. Este es el recurso de las medidas de "retorsión". El objetivo del procedimiento no es tanto sancionar la infracción a las reglas, sino más que todo establecer el equilibrio de las concesiones y las ventajas entre las partes en litigio con un mínimum de interferencia en sus intercambios comerciales. Como se puede apreciar es un procedimiento inspirado en el espíritu de conciliación. En la Declaración Ministerial de noviembre de 1982, toda parte puede, con el acuerdo de la otra parte en conflicto hacer un llamado a los buenos oficios del director general.[62]

Generalmente cuando hay problemas, la práctica es que las partes contratantes encargan a grupos especiales de expertos o grupos de trabajo examinar dichos asuntos. Dichos sistemas no son mencionados en el Acuerdo General, funcionan por la costumbre y constituyen un elemento original del procedimiento de arreglo de diferencias del GATT. La ventaja de los grupos de trabajo es que están formados por pocas personas, escogidas por las partes en litigio y generalmente formados por expertos independientes que llevan a cabo una evaluación objetiva de los diferentes hechos y causas para dar su punto de vista. El grupo especial de expertos cumple así un *rol* cuasi-jurisdiccional. Lo importante de todo esto, es que hasta el momento no ha habido un caso de sanción, es decir la aplicación de los términos del artículo XXIII, párrafo 2, que signifique el retiro de una parte contratante.

4. La vigilancia

El "Memorándum" en estudio más que comprometerse con acciones de sanción tiende a llevar a cabo una labor de vigilancia sobre las recomendaciones hechas generalmente por los grupos de expertos. Si las recomendaciones de las partes contratantes no son tomadas en cuenta, la parte contratante que se siente afectada puede pedir a las demás partes contratantes hacer los esfuerzos que convengan para llegar a una solución adecuada.

La vigilancia para las partes contratantes consiste en ejercer una presión moral y también política para "obligar" al país concernido a restablecer el equilibrio al menor tiempo posible. La práctica diaria permite comprender que aun a los países más poderosos no les gusta y también no es conveniente que sean condenados en un foro internacional.

C. Los diversos procesos de arreglo de diferencias en los acuerdos no tarifarios de la Ronda de Tokyo.

Los acuerdos no tarifarios que tuvieron su génesis en la Ronda de Tokyo fueron negociados separadamente de los otros acuerdos. Hubo en la negociación una total ausencia de uniformidad, traducida en una serie de resultados como los siguientes:

1.—Cuatro acuerdos que contienen el procedimiento de arreglo de diferencias más o menos detallado, que siguen en general el modelo del "Memorándum" sin referirse paradójicamente a él. Estos acuerdos son:

a) El acuerdo relativo a los obstáculos técnicos al comercio igualmente denominado: "Código de la Normalización" (art. 14, párrafos 1-26, con un anexo);
b) El Código sobre las subvenciones y los derechos compensatorios (arts. 12, 13, 17 y 18) oficialmente denominado: Acuerdo relativo a la interpretación de los artículos VI, XVI, y XXIII del Acuerdo General sobre las tarifas aduaneras y el comercio;
c) El acuerdo relativo a los mercados públicos (art. VII, párrafos 3-14; y
d) El Código del valor en aduana (arts. 19-20) oficialmente denominado "Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre las tarifas aduaneras y de comercio".

2.—El acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo, es denominado igualmente "Código *Antidumping* del GATT" que contiene disposiciones muy detalladas sobre el reglamento de diferencias (artículo 15, párrafo 1, 6). En otra parte, en el párrafo 7, el artículo 15 estipula que el "reglamento de diferencias, regirá, mutatis mutandis por las disposiciones del Memorándum".

---

62. IBDD Suplemento núm. 29, pág. 14.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

3.—El acuerdo relativo al comercio de aeronaves civiles, que contiene procedimientos específicos de arreglo de diferencias (art. 8) pero al igual que el punto anterior, estipula el principio de aplicación mutatis mutandis, de las disposiciones de los artículos XII y XXIII del Acuerdo General y del "Memorándum" del acuerdo.

4.—El acuerdo relativo a los procedimientos en materia de licencias de importación que estipula en el artículo 4, párrafo 2 lo siguiente: "las consultas y el arreglo de diferencias serán llevados a cabo de acuerdo a los procedimientos de los artículos XXIII y XXIII del Acuerdo General".

5.—El "Arreglo relativo a la carne de bovinos" y el "arreglo internacional relativo al sector lechero", que no contiene ninguna disposición concerniente al arreglo de diferencias, por lo que se presume en la práctica que se aplican las reglas del Acuerdo General.

En consecuencia, el Memorándum del Acuerdo es explícitamente aplicable al Código *antidumping* y al Código sobre aeronaves civiles; en principio debería ser aplicable al Acuerdo relativo a las licencias de importación y a los dos arreglos agrícolas que implícitamente o explícitamete remiten a las reglas del Acuerdo General.

Para finalizar, es importante decir que el secretariado del GATT para evitar problemas en cuanto a las disposiciones al arreglo de diferencias, a las disposiciones específicas y a la aplicación e interpretación de nuevos acuerdos y disposiciones del Acuerdo General, creó un servicio jurídico altamente especializado encargado de vigilar la coordinación de la aplicación de las reglas del caso.

D. Los límites a la aplicabilidad de los procedimientos de arreglo de diferencias.

De acuerdo con el artículo XXIII, párrafo 2, el Consejo debe darle trámite a cualquier demanda presentada por una parte contratante, así como establecer un grupo especial y comenzar el procedimiento del caso. Muchas veces sucede que el Consejo no puede poner en marcha el procedimiento inmediatamente, es por ejemplo los casos de naturaleza política o en aquellos en que el *status* jurídico no está claro, son las llamadas "zonas grises" que muchas veces son de difícil solución.

1. Los diferendos de naturaleza política.

En estos asuntos se trata de aspectos donde lo comercial es un elemento accesorio ya que priva una motivación política, con fuertes consecuencias materiales. La práctica ha sido por parte de las partes contratantes no entrar en cuestiones de naturaleza política, sin embargo a veces la realidad es otra. Otras veces es muy difícil poder separar lo político de lo económico. Ejemplo de un caso político fue las restricciones comerciales que tocaron a la Argentina en 1982 a raíz de la guerra de las Malvinas.[63] Los países de la CEE, Australia y Canadá aplicaron restricciones a las importaciones argentinas, justificadas en el artículo XXI (Excepciones concernientes a la seguridad).[64] Argentina se reservó todos los derechos del Acuerdo General e invocó las disposiciones del artículo XXIII. Argentina pidió al Consejo una nota interpretativa del artículo XXI así como un documento para tal efecto. Los representantes de la CEE y los EE.UU. reservaron su posición, quedando todo el problema en un mero envío de notas.

2. Las medidas comerciales de las llamadas "zonas grises".

Por medidas comerciales de las llamadas "zonas grises" se entiende las situaciones no previstas por el Acuerdo General y que las partes contratantes no tienen un estatuto jurídico claro. En otras palabras son ciertas disposiciones no interpretadas sobre las cuales no hay una "jurisprudencia que ayude a clarificar el asunto".

Por ejemplo en los años setenta surgieron una serie de restricciones cuantitativas para restablecer el equilibrio de la balanza de pagos y aparecieron las sobretasas a la importación, el derecho del timbre y el régimen de depósito a la importación o la llamada protección sensible de ciertos sectores (acero, automóviles, productos electrónicos, etc.) cuya regulación no estaba prevista por el Acuerdo General. Las partes contratantes se han abstenido de precisar las reglas que podrían ser aplicables a dichas prácticas, debido principalmente a una maniobra de protección de mercados. Precisamente en la reunión de las partes contratantes en 1982, las mismas pidieron al consejo que no se metiera a regular estas llamadas "zonas grises".

---

63. Rapport du Conseil des Representants sur les travaux effectués depuis la trente-septième sesion des Parties Contractantes. DocL. 5414, 12 nov. 1982, pp. 13-27.
64. Supra p.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

E. El Derecho y sus límites dentro del control del funcionamiento del Acuerdo General.

El procedimiento de arreglo de diferencias del GATT está a cargo de las partes contratantes. Ellas están dotadas de competencia cuasi-judicial ya que ellas son las que dan las recomendaciones a las partes contratantes en litigio, regulan los problemas y en última etapa autorizan las medidas de "retorsión", en otras palabras las disposiciones. Aunque como ya lo hemos dicho, este último paso no se ha llegado a dar debido a que el sistema mismo fue pensado para promover la reconciliación. El funcionamiento del GATT y su control son caracterizados por una constante ósmosis entre el pragmatismo y el legalismo. En efecto, la práctica del GATT consiste en:

a) utilizar las reglas y los procedimientos a fin de determinar el interés común;
b) buscar la conciliación entre las partes en litigio, más que recurrir a las sanciones;
c) establecer grupos de expertos neutros e imparciales para establecer los hechos de origen de la causa y poder evaluar de conformidad con las disposiciones del Acuerdo General.
d) Contar con un sistema de vigilancia de las mismas partes contratantes para supervisar la ejecución de las recomendaciones que los grupos de expertos dan al Consejo.

En los últimos años se ha notado, posiblemente debido a la pluralidad de intereses en juego, a los mismos sistemas de comercio tan diferentes que ese sistema que hemos descrito, y que tiene su base en el consenso ha comenzado a tener sus pequeñas fisuras, asunto que quedó demostrado por ejemplo en las reuniones preparatorias a la reunión ministerial de Punta del Este en setiembre de 1986.

VI. COSTA RICA Y EL GATT

A. Antecedentes regionales.

El antecedente más lejano sobre el interés de participar en el Acuerdo General data de 1972, fecha en que se llevó a cabo la VI Reunión de ministros de economía de centroamérica, momento en que los países centroamericanos creyeron conveniente participar unitariamente[65] en las negociaciones comerciales[66] tomando en cuenta los beneficios que posiblemente se derivarían en favor del sector externo de sus economías.

En noviembre de 1977 se aprobó la Resolución núm. 17 en la Segunda Reunión Conjunta de Ministros de Economía y de Agricultura, la cual en la parte resolutiva señalaba que "a la luz de los resultados globales que se obtengan en los diversos sectores abiertos a la negociación, los países miembros del MCCA examinarán la posible contribución que en forma unitaria haría el MCCA en las negociaciones, así como la conveniencia de suscribir los instrumentos jurídicos que resulten de las mismas".

Posteriormente, en la Reunión Extraordinaria de Viceministros de Centroamérica celebrada en junio de 1978 se aprobaron las directivas a seguir por el MCCA en la última fase de las N.C.M. Las directrices aprobadas por los viceministros contenían resoluciones como las siguientes:

a) insistir en el mejoramiento de las ofertas, tomando en cuenta los intereses expresados en las solicitudes;
b) insistir en la inclusión de productos no considerados en la oferta y en otros procurando obtener reducciones arancelarias;
c) reiterar solicitudes cuando éstas no han sido correctamente concedidas;
d) elaborar listas de productos para que sean excluidos de la aplicación de la fórmula general de reducción arancelaria a fin de conservar el margen

---

65. La participación unitaria de los países del MCCA en las N.C.M. se convino que era en el sentido de que son los Estados mismos quienes conducen las negociaciones de esa manera. Recuérdese también que Costa Rica había participado en la Reunión de La Habana.

66. En el mes de setiembre de 1973 se había iniciado una nueva ronda de negociaciones, "Tokyo Round", en la cual participaron tanto países desarrollados como países en desarrollo que manifestaron interés en hacerlo. Por primera vez se le permitió la participación a los países en desarrollo.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

preferencial del sistema generalizado de preferencias.

Además de los enunciados anteriores, los países del MCCA insistieron en la necesidad de precisar el criterio que los países desarrollados no soliciten reciprocidad por las concesiones que otorguen a los países en desarrollo.[67] En la misma reunión citada, el MCCA señaló que estaría dispuesto a considerar una eventual adhesión al GATT, de parte de los cuatro países que no eran miembros del mismo dependiendo de:

a) los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales,
b) las modificaciones que se introduzcan al Acuerdo General tendientes a favorecer a los países en desarrollo, y
c) la posibilidad de que se reconozca al MCCA como una entidad económica de dimensión regional para efectos de las negociaciones en el GATT.[68]

Es importante detenernos en cada uno de los anteriores puntos. Los países miembros del MCCA condicionaron su adhesión al GATT a los resultados globales que se obtuvieran en las negociaciones, aunque nunca se especificó; quedaba claro que se referían a los resultados comerciales del área, es decir, los beneficios que en conjunto podría percibir el MCCA de las N.C.M. La Rueda Tokyo como dijimos páginas atrás[69] llevó a cabo importantes negociaciones en diversos campos, aparte que en ella se adoptó la cláusula de habilitación,[70] medidas que como hemos señalado eran de grandes beneficios para países como los centroamericanos. Por último para el MCCA hubiera sido muy fácil el lograr que se reconociera al mismo como una "entidad económica de dimensión regional debido a los antecedentes de la CEE y del Acuerdo de Lomé;[71] sin embargo como veremos posteriormente, los países centroamericanos van a desdeñar los resultados de esas negociaciones comerciales. Antes de explicar el por qué debemos analizar la contribución del MCCA en la reunión.

Las representaciones centroamericanas en Ginebra tuvieron a su cargo el anuncio de la naturaleza y el contenido de la contribución[72] que haría el MCCA a las N.C.M., dependiendo de los resultados finales del proceso de negociación. La contribución del MCCA debería reconocerse como un aporte general y global a la expansión del comercio mundial, por lo que no debería considerarse como una respuesta a demandas específicas de los países. El contenido de la contribución sería el siguiente:

a) el nuevo Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano;
b) la disposición inicial de suscribir los códigos de conducta que se estaban negociando en el GATT en la medida en que éstos satisfagan los requerimientos señalados en las directivas aprobadas por los países centroamericanos;
c) la consideración de la eventual adhesión al GATT de los cuatro países no miembros del mismo, siempre y cuando como resultado de las negociaciones, este organismo sea objeto de los ajustes que se hagan cargo de manera precisa de los intereses de los países en desarrollo, y que se reconozca la participación del MCCA como entidad económica de dimensión regional.[73]

---

67. La famosa cláusula de habilitación. Este punto no era necesario pedirlo ya que así se había dispuesto, con lo cual se deja ver el desconocimiento que sobre la materia GATT ha habido en la región.
68. A la fecha de la Rueda de Tokyo, el único país del área que se había adherido al GATT era Nicaragua. Las razones de la adhesión fueron sus mismas relaciones comerciales con los EE.UU. Previa a las negociaciones de la Ronda Tokyo no tuvo ninguna participación activa en el Acuerdo General, dicho país se comenzó a interesar a partir de 1982, y en palabras del representante de ese país en el GATT "Es un foro más donde exponemos nuestros puntos de vista, aunque no creamos en él (GATT)".
69. Supra pág. 27.
70. Supra pág. 22: 1.a-).
71. Demás está decir que el artículo XXIV del Acuerdo General contiene disposiciones relativas a las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio. Dicho artículo dispone que "el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos sin obstaculizar el de otras partes contratantes con estos territorios". Aparte que el mismo GATT a raíz del tratado bilateral del 9 de marzo de 1951 entre Nicaragua y El Salvador, ya había conocido una "zona de esta naturaleza" que de acuerdo con el Prof. Curzon, constituía la primera zona de libre comercio que era examinada por el GATT. Las partes contratantes aprobaron por medio de la decisión del 25 de octubre de 1951, el proyecto de la zona de libre comercio con reservas, en el sentido de que debería llevarse a cabo un control de la política comercial de Nicaragua: Véase: G. Curzon: *"An examination of the impact of the General Agreement on tariffs and Trade on national commercial policies and techniques"*. Universite de Geneve. IUHDI. ps. 264-265.
72. Costa Rica por esa época no contaba con una representación permanente en Ginebra.
73. Estos puntos son un extracto del trabajo elaborado por la Secretaría de Integración Centroamericana —SIECA—, elaborado con tal fin, véase: Sieca: *Consideraciones de la Sieca acerca de las negociaciones comerciales multilaterales*. Julio de 1982 (3 vol.).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

1. Resultado final de las negociaciones comerciales multilaterales para los países centroamericanos.

Tal como anotamos anteriormente, la intención de los países miembros del MCCA desde un comienzo fue esperar la conclusión de las N.C.M. para decidir sobre la suscripción de los acuerdos negociados y la eventual adhesión al GATT de aquellos países que no son miembros de este organismo, pero debe quedar claro, que en esa ocasión en ningún momento los países del MCCA pensaron aprovechar las N.C.M. con miras a su adhesión, tal y como lo hicieron Argentina y Colombia por ejemplo.

Los países centroamericanos concluyeron que los resultados de las negociaciones no inducían a recomendar la suscripción de los acuerdos, ni tampoco la adhesión al GATT de los países que no son miembros de esa organización. Esta conclusión fue adoptada tomando en cuenta las siguientes razones:

a) la exigua respuesta a las peticiones de derechos arancelarios y no arancelarios presentadas por el MCCA, particularmente por parte de los tres principales mercados a los que Centroamérica destina sus productos, aunque se reconoce que otros productos no solicitados por el MCCA fueron objeto de reducciones arancelarias y en ese sentido, indirectamente se vio beneficiada la exportación de los países del MCCA,

b) la solicitud hecha por Estados Unidos de reciprocidad en el Grupo de Productos Tropicales, sin reconocer la contribución ofrecida por el MCCA a la liberalización del comercio,

c) el comercio con algunos de los países desarrollados que participaron en las negociaciones, ha sido bastante reducido, de ahí que el número de peticiones que se les hiciera fue mínimo, lo que, en definitiva, le resta importancia a las negociaciones con esos países,

d) en algunos casos se obtuvo respuesta positiva, para productos de mucho interés para el MCCA, tal es el caso del banano a la CEE;

e) países como Estados Unidos hicieron caso omiso de las peticiones hechas conforme al sistema generalizado de preferencias, y otros países las consideraron pero no siempre coincidieron con la petición efectuada;

f) además, algunas de las reducciones arancelarias bajo la cláusula de la nación más favorecida erosionaron los márgenes preferenciales del sistema general de preferencias;

g) varios de los acuerdos resultantes de las N.C.M. contienen disposiciones ambiguas lo que a juicio de los países del MCCA podría afectar la aplicación de los mismos; además hay acuerdos que no ameritan su suscripción como por ejemplo el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles; sin embargo, hay otros en los que se consideró la posibilidad de suscribirlos, tal es el caso del Acuerdo de las Carnes de Bovino y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio;

h) las decisiones, la declaración y el entendimiento surgidos en el Grupo Marco Jurídico de las N.C.M. constituyen por su naturaleza, enmiendas y esclarecimientos a determinados procedimientos del Acuerdo General, las que serían de observancia obligatoria, únicamente para las partes contratantes.

Al finalizar las negociaciones, el día 12 de abril de 1979 los países miembros del MCCA estaban convencidos de que el balance de las N.C.M. era insatisfactorio para los países en desarrollo. Creemos que los países centroamericanos llegaron a tener un nivel de expectativa más alto de lo normal, que se vieron a la postre disminuidas, por cuanto no guardaron correspondencia con aquellas.

Por último, se sugirió que, la adhesión al GATT de los países centroamericanos no miembros, debería postergarse en tanto se compruebe la eficacia de la nueva dimensión del GATT adquirida después de las N.C.M. para atender y resolver los problemas del comercio de los países en desarrollo, por una parte, y por la otra, que el MCCA, está en condiciones de decidir, comunitariamente, su participación en esa organización internacional.

B. Antecedentes nacionales.

Por lo expuesto en el punto anterior, el primer contacto importante que el país tuvo con el Acuerdo General fue en las reuniones de los países centroamericanos convocadas para el estudio de la nueva ronda de negociaciones.

En mayo de 1982 hubo cambio de gobierno en el país, el Partido Liberación Nacional llega al poder en medio de una fuerte crisis económica. Algunos ideólogos del Partido, con poco conocimiento de la situación sugirieron que era conveniente la adhesión de Costa Rica al Acuerdo General, de esta forma ya para finales de 1982, el Gobierno empezó a considerar la necesidad de suscribir al

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

GATT y se encomendó al Lic. Elías Soley Soler, recién nombrado embajador en la Oficina Europea de Naciones Unidas y demás organismos especializados, con sede en Ginebra, recoger y estudiar toda la información que sirviera de sustento a la decisión final.

Cronológicamente hablando, el 5 de agosto de 1983 se aprobó por el Congreso norteamericano, la llamada "Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe" (Ley Pública núm. 98-67, título II). El aspecto central de la citada ley consistía en el tratamiento libre de todo arancel *(duty-free treatment),* que puede acordar el presidente a las exportaciones de cualquier país beneficiario.[74] La ley indicaba que el presidente está obligado a tomar en cuenta varios elementos para decidir la designación de un país como beneficiario del Sistema de la Cuenca del Caribe. Dentro de esa serie de criterios se indica lo siguiente: "el grado en que dicho país (el solicitante) observa las reglas aceptadas sobre comercio internacional establecidas por el Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT), lo mismo que los convenios comerciales aplicables, aprobados de acuerdo con la Sección 2(a) de la Ley de Convenios Comerciales de 1979".[75]

Como se desprende, la disposición no indica explícitamente que el país solicitante deba ser parte contratante del GATT y de los acuerdos complementarios a que se refiere la Ley de Comercio Exterior de 1979 de los Estados Unidos. La ley utiliza la palabra "observar", es decir el país que "guarde y cumpla" determinados requisitos, ello no implica que se debe ser parte de dicho "instrumento" ya que de hecho se puede "observar" una conducta sin ser parte del mandato. A pesar de lo anterior, posiblemente por falta de una buena información y conocimientos mínimos en la materia, una serie de personas, especialmente empresarios y alguno que otro político vendieron la idea de que era requisito sine qua non para obtener los beneficios de la Cuenca del Caribe, adherir al sistema GATT. Por ejemplo el empresario Richard Beck a raíz de un problema suscitado con la exportación de cemento a Puerto Rico, dio declaraciones a la prensa nacional[76] manifestando que los problemas comerciales se solucionarían si el "país se incorpora al GATT porque ese tratado[77] provee las medidas para solucionar cuestiones como la que ocurrió con el cemento nacional". La misma embajada de los EE.UU. en San José refutó las declaraciones del Sr. Beck. Peter Alois agregado comercial de la Embajada de EE.UU. dijo que "la ley que prohíbe la entrada sin aranceles de productos a los Estados Unidos es de 1930 y mientras que la de la Cuenca del Caribe es de 1983 y ambas se refieren a cosas diferentes y no tienen que ver con el sistema GATT".[78] Posteriormente ejemplos como el citado siguieron dándose a menudo en el país. A finales de 1986, a raíz de un problema con exportación de flores, también a los EE.UU., se alegó de nuevo que tenía derecho a la llamada "prueba del daño" *(injury test)* debido a no formar parte del Acuerdo General, problemas que como se verá más adelante son de solución bilateral bis a bis Costa Rica-EE.UU.

En el mismo año 1983, debido al interés del país por formar parte del Acuerdo General, el Sector Económico del Consejo de Gobierno solicita a la Sieca y a un consultor de Cepal (Comisión Económica para América Latina) y a otros de la OEA un estudio sobre la eventual incorporación de Costa Rica al Acuerdo General. En el citado informe participaron Rodolfo Trejos, del Sieca; Álvaro de la Ossa, de Cepal; y Haroldo Rojas Melgar, por la OEA. El grupo rindió un informe para los ministros de la Presidencia, Exportaciones y el Presidente del Banco Central, respectivamente, el 14 de noviembre de 1983.

Los expertos elaboraron un amplio estudio que para nuestros efectos metodológicos dividimos en dos partes. Una primera parte hace referencia a los antecedentes del GATT, su evolución y sus respectivos logros; y una segunda parte intitulada: 10) "Algunas consideraciones para decidir una eventual adhesión al GATT por parte de Costa Rica"; en dicho punto los expertos llegan a una serie de conclusiones e implicaciones que resumidas a grosso modo serían las siguientes:

a) El GATT —escriben los expertos— "comprobadamente no ha sido el mecanismo multilateral más adecuado para lograr una mayor

---

74. Véase: Elkin, Natan: *La presentación de la iniciativa de la Cuenca del Caribe al GATT,* en Revista *Integración latinoamericana,* Argentina, julio 1985 p. 49 además: Rhenán Segura, Jorge: *Caribbean Basin Iniciative,* en *Encyclopedia of Peace,* Institute of Peace Studies, Kyung Hee University, Seoul 1987.
75. Sección 212, C 4 Public Law 98-67 title II. C.B.I.
76. Beck, Richard: *Empresario sugiere solución a problema de plan del Caribe.* En La Nación 18-9-84.
77. Nótese la imprecisión del lenguaje utilizado.
78. La Nación op. cit.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

participación de los países en desarrollo en los mercados internacionales, ya que no existen formas específicas para regular los mercados mundiales de productos básicos. Por el contrario las negociaciones han cubierto a la mayoría de los productos industriales a través de arreglos comerciales bilaterales en un contexto multilateral de tipo formal. Por otra parte, las principales decisiones comerciales están concentradas en pocos países desarrollados, dejando la participación de algunos países en desarrollo en un plano secundario";

b) "Las negociaciones comerciales multilaterales no han sido satisfactorias para los países en desarrollo. Por una parte, porque las reducciones arancelarias de productos de especial interés por parte de los países centroamericanos fueron insuficientes. Por otra, algunos países desarrollados —y citan a los EE.UU.— exigieron reciprocidad absoluta por las concesiones arancelarias propuestas, que no guardaban ninguna relación con las demandas de los países centroamericanos. En el caso de Tokyo no fue puesto en vigencia en los acuerdos sobre las medidas no arancelarias";

c) "Que por el momento no se vislumbra ningún cambio jurídico del GATT; inclusive la Parte IV no ha sido puesta en vigencia por todas las partes contratantes ni ha tenido los efectos esperados para los países en desarrollo".

d) "En relación a los recursos naturales el Acuerdo General contiene disposiciones sobre las restricciones a la exportación lo cual podría reducir el grado de soberanía que se ejercería sobre los propios recursos naturales, a pesar de que existen diversas excepciones que se dan a los países exportadores una cierta libertad".

Todos los puntos anteriores para terminar el informe con el siguiente párrafo: "Aún no se han dado para el MCCA las condiciones económicas y políticas que podrían respaldar una recomendación para aquellos países centroamericanos no miembros del GATT realicen gestiones para su adhesión".[79] Los expertos a pesar de sus consejos recomiendan no estar alejado del Acuerdo General, buscar fórmulas alternativas de adhesión o vinculación que tome en cuenta la legislación nacional y los compromisos internacionales. Además recomiendan formar parte de algunos acuerdos especiales.

En general las observaciones de los expertos no difirieron mucho de las sostenidas por la Secretaría de Integración al finalizar las negociaciones comerciales de la Ronda Tokyo y aunque en el "Memorándum" hecho a petición del Gobierno de Costa Rica, participaron funcionarios de la Cepal y la OEA es bien claro que privaba el criterio de la Sieca, como principal organismo interesado en los problemas regionales de la integración. Los argumentos de los expertos no dejan de tener una dosis de verdad, el GATT ha servido más a los intereses de los "grandes" que a los países en vías de desarrollo, sin embargo se olvida que muchas veces la negociación multilateral es un buen instrumento para los Estados con poco poder de negociación y el GATT hoy reúne más de 90 países que hace que sea el foro más importante y especializado del comercio internacional.[80]

A pesar del informe negativo elaborado por Sieca, el gobierno siguió adelante en su propósito. En diciembre de 1983 el embajador Soley Soler fue llamado a San José a consulta para discutir junto con el Ministro de Relaciones Exteriores de entonces Lic. Fernando Volio; el Ministro de Hacienda, el Presidente Ejecutivo del Banco Central y con personeros de la Sieca las ventajas (léase también desventajas) que derivaría nuestro país de obtener la condición de miembro del GATT. La renuncia que a su cargo de Ministro de Relaciones Exteriores presentó en esos días el Lic. Volio, evitó que, en ese momento, se definiera una política clara que diera contenido a la gestión de acceder al GATT.

C. Hacia la adhesión.

Los planes de adhesión al Acuerdo General siguieron su curso, el Ministro de Exportaciones de ese entonces, Ing. Jorge Manuel Dengo prosiguió con los trámites del caso a pesar del informe negativo del Sieca y de que no se tenían muy claras las ventajas que derivaría el país con la entrada al GATT, como también la poca información sobre los instrumentos jurídicos del Acuerdo y la consiguiente necesidad que tenía el país de preparar gente y precisar con claridad las repercusiones positivas y negativas para el país.

---

79. Todos estos puntos han sido tomados de: Sieca: *Memorándum sobre la eventual incorporación de Costa Rica al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): Ventajas y desventajas.* 14 de nov. 1983.
80. Rhenán Segura, J.: *Ronda de Negociaciones*, en *La Nación* p. 15 A. 4 nov. 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

El Consejo del GATT en su sesión del 15 de mayo de 1984 aprobó a solicitud del Gobierno de Costa Rica el *status* de observador. A partir de ese momento, la oficina permanente de Costa Rica ante los organismos europeos de Naciones Unidas y demás organismos especializados tomó la responsabilidad de las diferentes acciones derivadas de la calidad de observador y de la futura adhesión del país al sistema GATT. Entre esas actividades estaban las tareas relativas a la misma accesión, el seguimiento de las actividades regulares de la institución, atención a las reuniones preparatorias de la nueva ronda de negociaciones y el análisis de la documentación del GATT.

Aproximadamente un año después de haber demandado el *status* como observador, el 17 de julio de 1985, se aprobaba la solicitud de miembro provisional, en esa ocasión el embajador Soley Soler pronunció un discurso en donde reiteró la fe del país en el sistema de Naciones Unidas y en "todos aquellos foros internacionales que promuevan una mayor interdependencia entre las naciones".[81] Inmediatamente a la solicitud de Costa Rica, el Consejo de representantes del GATT constituyó un "Grupo de trabajo para la adhesión provisional de Costa Rica" presidido por el embajador Lacleta del Uruguay como presidente. Posteriormente a finales del mes de octubre de 1986 el gobierno presentó su "Memorándum sobre el Comercio Exterior",[82] y el Presidente del Grupo de Trabajo invitó "a las partes contratantes de someter preguntas por escrito a Costa Rica a las que hagan llegar a la secretaría cuanto antes y en todo caso no más tarde del 15 de diciembre de 1986".

El llamado "Memorándum sobre el régimen de Comercio Exterior" es un documento dividido en siete partes: I. Evolución del comercio exterior de Costa Rica; II. Objetivos de la política económica y la política comercial; III. Instrumentos de la política comercial; IV. Incentivos a las exportaciones; V. Regulaciones monetarias, cambiarias y de balanza de pagos; VI. Relaciones económicas y comerciales con terceros países y VII. Organización institucional del comercio exterior de Costa Rica. No es nuestro objetivo entrar a detallar o analizar cada uno de los apartados señalados, fueron enumerados solamente a manera de ilustración.

Dicho "Memorándum" fue sometido a estudio de las partes contratantes quienes remitieron el 22 de enero de 1987 una serie de interrogantes sobre el mismo.

Los países más interesados en hacer preguntas sobre el comercio exterior del país fueron: Estados Unidos, los países de la CEE, los Países Nórdicos, Japón y Canadá, que son los que tienen los mayores intereses comerciales con Costa Rica.[83]

En total se realizaron 112 preguntas de los más diferentes tópicos del comercio exterior. A esas preguntas se les responde por escrito, luego el Grupo de Trabajo se reúne posteriormente para conocer las respuestas, se aclaran aspectos que todavía no han quedado claros, para empezar inmediatamente la negociación y redacción de los instrumentos jurídicos que permitirán, efectivamente, adherirse provisoriamente al GATT.

Al igual que con los puntos del "Memorándum" que no entramos en detalle, tampoco lo haremos con las diferentes preguntas de las partes contratantes, sin embargo nos interesa detenernos en una pregunta que formularon varias partes contratantes simultáneamente y que es muy importante para el futuro de Costa Rica en la institución. Esta es (son):

a) Costa Rica ha solicitado la adhesión provisional al GATT. ¿Cuáles son los planes de Costa Rica con respecto a la adhesión plena, según la práctica establecida?
b) ¿Qué entiende Costa Rica por "Adhesión provisional"? ¿Se ha previsto la fecha en que la adhesión provisional se transformará en adhesión definitiva?
c) ¿Cuándo se propone el Gobierno de Costa Rica adherirse formalmente al GATT?

Antes de comentar dichas preguntas es necesario aclarar qué se entiende por "adhesión provisional". En general, este tipo de adhesión se da cuando un país no se encuentra en situación de entablar negociaciones arancelarias con las partes contratantes. La diferencia más importante entre la

---

81. GATT: *Acta de la reunión de los días 5 y 6 de noviembre de 1986*. Documento C/M/204. En dicho documento quedó en acta que el "representante de Nicaragua apoyaba totalmente la participación de Costa Rica en el GATT".
82. Como lo indicamos páginas atrás, en el mes de setiembre de 1986, el país participó en la reunión inaugural de la nueva ronda de negociaciones en Punta del Este, Uruguay.
83. Según el Doc. "Memorándum" L/6050. Los Estados Unidos, Alemania Federal, Países Bajos y Japón absorben el 60% de las exportaciones y el MCCA el 20% (p. 8). Y para las importaciones los porcentajes son los siguientes: Estados unidos el 28%; México 18%; Venezuela 7%; Japón 6% y Alemania Federal el 5%. La participación de los anteriores países, más el MCCA representaron (1984) el 74% del total importado.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

adhesión plena y la provisional, en lo que al procedimiento se refiere, es que en el caso de esta última no se precisan negociaciones arancelarias, pero en cambio tienen que cumplirse los demás trámites de procedimiento que se exigen para la adhesión a base de negociaciones. La adhesión provisional tiene carácter temporal y no otorga al miembro que recurre a ella ni derecho de voto ni ningún otro derecho en lo referente a las modificaciones que las partes contratantes puedan introducir en cualquier concesión que se haya consolidado de conformidad con el Acuerdo General. Después de transcurrido el período fijado el miembro provisional deberá entablar negociaciones arancelarias para formalizar su adhesión plena.

El hecho que el gobierno de Costa Rica haya optado por la adhesión provisional nos parece acertado ya que esta situación le permite conocer en forma más precisa las reglas, modalidades y procedimientos de trabajo de la referida organización; tener un conocimiento más cabal del ambiente que prevalece en la institución, enterarse de la actitud de las partes contratantes hacia Costa Rica, y probablemente del tratamiento que en definitiva habrán de concederle incluyendo las peticiones que habrán de formularle para que modifique algunos aspectos de su legislación interna a fin de hacerla compatible con el Acuerdo General o sobre los cambios que probablemente le soliciten en lo que concierne a la orientación de ciertos aspectos de su política comercial, asuntos que surgirán como resultado de las deliberaciones que se desarrollen entre las partes contratantes y el país candidato, una vez que éste haya presentado un memorándum sobre su política comercial, y que se agote el procedimiento establecido en materia de preguntas y respuestas entre el país candidato y las partes contratantes, como paso previo a la elaboración del informe del grupo de trabajo y del protocolo de adhesión. De otra parte, las deliberaciones con las partes contratantes, podrían permitirle al Estado interesado —en este caso Costa Rica— ir afirmando su adhesión con mayor conocimiento de todas aquellas disposiciones del Acuerdo General que le resulten de beneficio, y excluyendo o formulando reservas sobre todas aquellas disposiciones que juzgue como no relevantes, no aplicables o no deseables para sí. La desventaja que tiene el procedimiento de adhesión provisional con respecto al *status* de observador es que mientras el país interesado mantenga dicho *status* no adquiere compromiso alguno de adhesión al Acuerdo General siguiendo el procedimiento de negociaciones mientras que en el segundo caso existe en principio un "compromiso" de que después de transcurrido el período que se le conceda para la adhesión provisional habrá de formular solicitud formal de adhesión al Acuerdo General mediante el procedimiento de negociaciones.[84]

En resumen, el hecho que las partes contratantes le hayan pedido al país su definición sobre lo que se entiende por adhesión provisional es muy importante porque obligará a definir posiciones y tener más claro la posible fecha de adhesión definitiva y lo más importante a nuestro juicio, prepararse en la materia, debido a la poca experiencia que hay en el país sobre este tipo de negociaciones.[85]

D. La opinión pública y el GATT.

Cuando el gobierno tomó la decisión política de formar parte como miembro observador y posteriormente de acceder provisionalmente al Acuerdo General comenzaron a notarse en el país los grandes problemas de falta de información sobre la materia, dando pie muchas veces a una serie de malentendidos, siendo el más importante de ellos la idea de que la adhesión al GATT permitiría a los exportadores del país tener derecho a la llamada prueba del daño *injury test*, asunto al cual nos referiremos en extenso en el próximo apartado de este trabajo.

En Costa Rica, posiblemente al igual que en la mayor parte de los países latinoamericanos la política exterior económica nunca se somete a un debate amplio de consulta pública, lo cual cuando se toma una decisión importante como consideramos es la adhesión de Costa Rica al GATT, puede ser muy aconsejable, y aunque puede ser un arma de dos filos, puede servir para legitimar un proceso, un resultado.

El CINDE (Coalición Costarricense de Iniciati-

---

84. En la práctica puede darse la situación sin embargo que el país candidato se abstenga de formalizar su solicitud de adhesión en la fecha estipulada como lo ha hecho Túnez, para el caso, que ha optado por continuar manteniendo su solicitud de adhesión provisional después de 10 años de haberla presentado.

85. A pesar de lo apuntado, el señor Clayton Yeutler, representante de Comercio de los Estados Unidos afirmó en el diario La Nación, pág. 4A, 15 de enero de 1987 que Wáshington condiciona el ingreso de Costa Rica al GATT a que sea permanente y no como miembro provisional. Véase: *"Asegura funcionario de EE.UU. que Wáshington condiciona ingreso tico al GATT."*. En La Nación pág. 4A enero 15, 1987.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

vas de Desarrollo) fue una de las pioneras instituciones que se plantearon la necesidad de informar al país sobre el GATT. Ellos organizaron una mesa redonda sobre el GATT y la conveniencia o no de adherirse a ese instrumento. El evento se organizó a finales de 1984 bajo los siguientes criterios de base: Conviene ser miembro; en qué se han beneficiado países de América Latina como Nicaragua y Colombia al acogerse al GATT; la relación entre la Cuenca del Caribe y el GATT y qué efectos tendría para la Cuenca del Caribe que Costa Rica se incorpore al GATT. Los resultados de esta mesa redonda fueron muy pobres y no tuvieron ninguna repercusión.

En abril de 1985 el GATT y el Ministerio de Exportaciones organizaron un seminario en Costa Rica para funcionarios encargados de comercio exterior a nivel centroamericano. Revisando los contenidos del curso-seminario, el mismo fue muy elemental y en nuestra opinión no llenaba las expectativas del caso.

Cuando el Gobierno de Costa Rica anunció la adhesión futura del país al sistema GATT, la empresa privada fue la más temerosa del paso que se estaba por emprender, debido a dos factores: la falta de información por un lado y por otro, miedo a que el GATT exigiera desmantelar las medidas proteccionistas que ha gozado por mucho tiempo la industria costarricense.[86]

Durante 1986, a raíz de la visita de la Ministra de Comercio Exterior Licda. Muni Figueres a la sede del GATT, la prensa nacional escuetamente hizo mención al tema. A raíz de la ronda de negociaciones de Punta del Este en setiembre de 1986, los señores Jorge Woobrigde y Jorge Rhenán Segura publicaron una serie de artículos sobre el tema en la página 15A del diario "La Nación", esa información, más una entrevista al Director de Comercio Exterior Sr. Álvaro López publicada en el Semanario "Rumbo" del mes de octubre fue toda la información que el país conoció sobre tan importante materia.[87] Por último a finales del año 1986, los señores López Mora y Aguilar Mata[88] ambos funcionarios del Ministerio de Exportaciones publicaron un pequeño folleto de información general sobre el GATT, que recoge la información de una publicación similar que el GATT distribuye también a manera de información. El objetivo de dicho folleto fue acercarse a la empresa privada, sin embargo su información es tan general y escueta que no cumple su función y es más, cae en errores al afirmar que entre los beneficios que obtendría el país con el ingreso al GATT, está obtener la "prueba de daño".[89]

E. Las expectativas con el ingreso al GATT.

En Costa Rica se ha rehuido el debate sobre el sistema GATT. Ante el temor que siente la empresa privada de que se le quiten las medidas proteccionistas, se ha respondido que se le abrirán nuevos mercados y se le ha dado la expectativa que la adhesión traerá consigo la "prueba del daño" que evitará a la administración de los Estados Unidos aplicar automáticamente derechos compensatorios a los productos importados desde nuestro país que se consideren subsidiados. Es una expectativa falsa, ya que la administración estadounidense concede la "prueba del daño" únicamente a los países que se encuentran en los siguientes casos:[90]

---

86. Sobre el tema véase: Esquivel, F.: *El desarrollo del capital en la industria de Costa Rica 1950-1970.* Ed. Euna. Costa Rica, 1984 y Garnier L. y Herrero, F.: *El desarrollo de la industria en Costa Rica.* Tesis de grado U. de C.R. 1977.
87. En México por ejemplo, en 1979, el presidente José López Portillo sometió la idea de ingresar al GATT a un amplio debate en el que participaron directamente los hombres de negocios de las clases media y superior, así como las elites de gobierno y las academias, de esta manera la CANACINTRA (Cámara Nacional de la Industria de Transformación) y varios intelectuales independientes se opusieron rotundamente al ingreso al GATT. Entre las razones que daban estuvieron: 1. La posible quiebra de las pequeñas y medianas empresas, debido a un incremento en la competencia extranjera, 2. La pérdida de la soberanía mejicana para escoger las estrategias del desarrollo más apropiadas, incluyendo el uso del petróleo; 3. La posibilidad de sucumbir a las presiones del gobierno de Estados Unidos y 4. La disponibilidad de otros foros multilaterales más relevantes, como la UNCTAD, dentro de los cuales podría perseguir sus objetivos de comercio más efectivamente. Véase: Márquez Ayala, D.: *"Un no razonado al GATT Comercio y Desarrollo"* (13) 1980 págs. 36-37, y Helmes Brigit, S.: *Pluralismo limitado en México. Estudio de un caso de consulta pública sobre la membrecía del GATT Comercio Exterior.* 1986. Sep. págs. 173 a 189. En Costa Rica es interesante anotar que varias veces Woobrigde y Rhenán Segura hablaron de la necesidad de llevar a cabo un gran debate nacional sobre el tema, asunto que no encontró eco en la opinión pública. Véase Jorge Woodbrigde: *GATT y empresa privada.* En *La Nación* pág. 15.A noviembre 1, 1986 y Jorge Rhenán Segura: *El GATT y el Comercio Mundial,* en *La Nación* pág. 15A, octubre 8, 1986.
88. López Mora y Aguilar Mata: *¿Qué es el GATT?* Ed. Ministerio de Exportaciones.
89. Ibídem, pág. 17.
90. Véase: Rhenán Segura, J.: *La prueba del daño y el GATT.* En La Nación, 25 de diciembre de 1986.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

a) Que hayan firmado el Código de Subvenciones.

Solamente veinticuatro partes contratantes se han adherido al Código de Subvenciones. Los principales adherentes han sido países desarrollados. Todos ellos, al amparo del artículo 19.9 del Código han tenido que celebrar, previamente, un entendimiento bilateral con los Estados Unidos.[91] Sin un entendimiento bilateral con los Estados Unidos en virtud del cual la administración estadounidense obtenga el desmantelamiento de aquellas prácticas gubernamentales que consideren subsidios que favorecen indebidamente las exportaciones hacia los Estados Unidos, se hace muy difícil solicitar la adhesión al Código de Subsidios.

b) Que hayan establecido un entendimiento bilateral con los Estados Unidos sobre subvenciones.

La legislación de los EE.UU. obliga a que todo signatario del Código de Subvenciones o cualquier país que desee beneficiarse de "la prueba de daño", ha de asumir un compromiso bilateral cuyo contenido sea "obligaciones esencialmente equivalentes" a las impuestas al Código de Subvenciones.

c) Que antes del 19 de julio de 1979 hubiesen celebrado acuerdos bilaterales que contengan disposiciones aplicables a la materia.

En esta hipótesis debe tenerse presente que el Congreso norteamericano consideró que el convenio bilateral entre Costa Rica y los Estados Unidos de 1851 contenía cláusulas de "tratamiento de nación más favorecida" expresamente condicionales.[92] En consecuencia, de conformidad con ese punto de vista, Costa Rica, debería asumir "obligaciones esencialmente equivalentes" a las impuestas por el Código de Subvenciones si desea beneficiarse de la "prueba de daño" independientemente del hecho de que se sea o no parte contratante del Acuerdo General. Por ejemplo El Salvador, Honduras, Guatemala, Liberia, Nepal, Paraguay y Venezuela que no son partes contratantes gozan del beneficio de la prueba de daño por aplicación de tratados bilaterales de reciprocidad en vigor al 19 de julio de 1979.

Durante la Ronda de Tokyo las partes contratantes tomaron medidas para lograr que los Estados Unidos no aplicaran derechos compensatorios y que aceptaron la "prueba del daño". Se negociaron dos instrumentos jurídicos independientes al Acuerdo General. El primero de ellos fue el "Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los arts. VI, XVI y XXIII del Acuerdo General" (denominado "Código de Subvenciones" o "Código de Subsidios") El segundo, es el "Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General" (denominado "Código *Antidumping*"). Estos dos instrumentos jurídicos se aplican exclusivamente entre los gobiernos signatarios de los mismos y no entre las partes contratantes del GATT.

Todo lo expuesto para demostrar que con la adhesión de Costa Rica al Acuerdo General no se obtiene la "prueba del daño" toda vez que Estados Unidos continuará aplicando la ley de 1930 sin la modificación introducida en 1979 en favor, exclusivamente, de los signatarios del Código de Subvenciones.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos expuesto el mecanismo y la manera de funcionamiento del GATT con el fin de que se tenga una visión global de la institución, con sus ventajas y desventajas. Las ventajas son muy importantes, siendo las principales que el país obtiene el trato de nación más favorecida de parte de países que en su conjunto representan más de tres cuartas partes del comercio mundial; el país en desarrollo que entra a formar parte del GATT adquiere el derecho a que en los mercados de todas las partes contratantes se apliquen a sus productos de exportación los tipos de derechos consolidados, con lo que queda a cubierto de eventuales aumentos de esos derechos, otra ventaja es el sistema de solución de diferendos surgidos en el comercio entre los miembros

91. Artículo 19.9 del Código: "no se aplicará entre dos signatarios cualesquiera si, en el momento en que uno de ellos lo acepta o se adhiere a él, uno de esos signatarios no consiente en dicha aplicación".

92. Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Costa Rica y los Estados Unidos, en: *Tratados y otras Actas Internacionales de los Estados Unidos*. Vol. V., págs. 985 y sgtes. (H.R. Rep. núm. 317, 1979).

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

del GATT, y finalmente la asistencia técnica que presta el GATT es y puede ser muy apreciada. A todo esto también encontramos desventajas. Por ejemplo la estrategia de desarrollo del país en las últimas dos décadas ha descansado fundamentalmente en el concepto de sustitución de exportaciones y en el uso de medidas proteccionistas. El proteccionismo debido a la dimensión de nuestro mercado y a otros factores hoy día y en el futuro es y será necesario a Costa Rica, lógicamente hablamos de un proteccionismo selectivo a las industrias efectivamente nacionales y de interés social; una protección que a la vez sea condicionada al logro de ciertos objetivos de productividad, de eficacia social, de precios y de normas de calidad. Se debe proteger a la industria de menor tamaño de los monopolios y precisamente el GATT está en contra de este proteccionismo que hemos mencionado y contra cualquier otro tipo. En Costa Rica una política de liberalismo total a la larga podría llevar a extranjerizar totalmente la economía del país. En su marco más amplio el GATT responde a la necesidad expansiva y estandarizadora del capital monopólico transnacional. El Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio no es en forma alguna un organismo neutral dentro del esquema de dominación capitalista mundial[93] y responde, como en el caso de todos los organismos internacionales de su tipo, a los intereses y al control de los países económicamente más poderosos, máxime con las ventajas que les representa dentro del GATT la fórmula de negociación bilateral y de acuerdos de consenso.[94]

Por otra parte, y para finalizar en Costa Rica se tiene la expectativa que con el ingreso al Acuerdo General se solucionarán prácticamente todos sus problemas de exportación y de acceso a los mercados en general; son las mismas ilusiones que tuvieron buena parte de los países latinoamericanos cuando al constituirse el GATT se incorporaron a él, llevados de la ilusión teórica sustentada sobre todo por los economistas anglosajones de la escuela neoclásica, en el sentido de que, en la medida en que hubiera mayor libre juego de las fuerzas del mercado en el interior de los países subdesarrollados como en las relaciones comerciales externas de los mismos, muy pronto se alcanzarían niveles de desarrollo.

A lo largo de más de 30 años que tiene ya la institución, no podemos decir que el GATT haya provocado algún cambio en la estructura económica-social de los países latinoamericanos y a pesar de las "buenas intenciones" que hoy muestran algunos países en el contexto internacional, el problema tiende a agravarse debido a la presente recesión económica, al gran déficit en la balanza de pagos de los Estados Unidos y a la misma guerra comercial que sostienen los Estados Unidos con el Japón[95] y con la misma Comunidad Económica Europea. La inscripción al GATT significa en términos sencillos abrir las fronteras para facilitar la penetración de mercaderías de los países miembros y una economía tan débil como la costarricense podría provocar más problemas que soluciones.

Para finalizar todo dependerá del tipo de negociaciones y de concesiones que Costa Rica logre concretar a la hora de negociar su acceso provisional y definitivo al Acuerdo General. Los negociadores deberán sobrepesar muy bien todas las posibles ventajas y desventajas que le dé a Costa Rica el derecho de ser parte contratante.[96]

***

93. Se nos prodría replicar que en el GATT hay países socialistas, y que incluso hoy día (1987) la Unión Soviética tiene interés de pertenecer a la institución. La respuesta adelantada a dicho argumento, es que estos países, por sus características particulares, obtienen ventajas con pertenecer al Acuerdo General. Se trata de países con economías planificadas en los cuales todas sus transacciones con el exterior se encuentran controladas por el Estado; su comercio exterior está nacionalizado y obedece a reglas diferentes al libre intercambio. Aparte que tienen control de cambios para sus monedas que les permite el control de sus divisas, entre otros factores.
94. Márquez Ayala op. cit. pág. 40.
95. Por ejemplo la última semana de marzo de 1987, la administración Reagan, al no aceptar Japón, el acuerdo para abrir sus mercados a los productos norteamericanos, el mantener una política de *dumping* que provoca la invasión de productos japoneses en EE.UU., este último impone una tasa arancelaria del 100% lo cual va contra las mismas políticas del GATT: véase Financial Times, 30 marzo, 1987, pág. 1.
96. "Este trabajo se terminó de redactar a finales del mes de mayo de 1987, pocos días después, el 17 de junio Costa Rica manifestó en el Consejo del GATT que se iba por la Adhesión definitiva al Acuerdo General".

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL "FERNANDO COTO ALBÁN"

ILICITUD DE LA ESTERILIZACIÓN VOLUNTARIA

LIC. LUIS AGUILAR HERRERA.

Ojeando páginas, se hizo presente una por allí relativa a un artículo del Dr. Francisco Castillo González titulado "Licitud de la esterilización voluntaria" (Diario La República, 13 de marzo de 1983). Hasta donde tengo nota, dicho artículo recibió respuesta de un galeno (Dr. Esteban López Varela, mismo diario, 16 de diciembre de 1983), mas no ya desde el ámbito estrictamente jurídico cual me propongo, considerando para esto que el tema conserva una actualidad manifiesta. Uno y otro articulistas coincidieron en la licitud de la esterilización voluntaria por necesidad médica, tesis que también patrocino. La controversia se suscita pues en torno a la esterilización voluntaria sin aquella necesidad, cuya licitud es afirmada por el Dr. Castillo sobre la base de un consentimiento válidamente dado, arguyendo que si bien esa esterilización es típica, resulta impune por estar amparada por una causa de justificación, sea la establecida por el artículo 26 del Código Penal en el sentido de que "no delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo". Adujo también que esta disposición se aplica a todo tipo penal que, protegiendo un derecho del particular, no establezca expresa o implícitamente lo contrario, siempre que el consentimiento prestado no perjudique a tercero o no choque con la moral o costumbres sociales, límites naturales del consentimiento del derechohabiente. Asimismo, argumentó que expresamente no establece el legislador que el consentimiento del derechohabiente no justifique las lesiones causadas, pues el artículo 129 del Código Penal establece precisamente lo contrario, sin que se olvide que las lesiones son delitos contra particulares y no contra el Estado o contra la salud pública. Agregó que nada impide al particular disponer de su capacidad de mantenerse apto para la procreación y de la tutela penal que sobre este aspecto le brinda el ordenamiento, en el que no existe una obligación jurídica de mantener aquella aptitud, no perjudicando así la esterilización voluntaria a terceros. Sobre los otros dos límites del derechohabiente, expresó el Dr. Castillo que moral, social y buenas costumbres conforman el orden moral de carácter objetivo y social y, en tanto creación humana, no son pues metafísicos, ni pueden basarse sobre un código moral de determinada creencia religiosa, porque interpretar la realidad social conforme a la visión del mundo de determinada religión, viola el principio de igualdad, el de libertad religiosa y el de libertad de conciencia. Añadió que ni la esterilización implica un desvalor social ni el ser esterilizado conlleva un desvalor individual, concluyendo en lo nuclear, que siendo la esencia de un delito el daño social de una conducta, éste no se da en la esterilización. Es de percibir que el argumento capital de la tesis del Dr. Castillo resulta la causa de justificación del consentimiento del derechohabiente prevista por el citado artículo 26 del Código Penal. Y en principio, es cierta su afirmación en cuanto a que como causa genérica resulta aplicable a todo tipo penal; pero la afirmación concreta resulta a posteriori. La invocación de una justificante conlleva en sí precisamente, alguna conducta susceptible de justificación. Y ésta lo es en la especie la de que, conforme con el artículo 123 del Código Penal, será sancionado con prisión de tres a diez años, el que lesionare a otro causándole entre otros resultados, la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir. Es pues tocante a este tipo penal en concreto que procede examinar si aquella causa genérica de justificación es o no aplicable. Es notorio que por razones de técnica legislativa en la formulación de un código, ante una regulación genérica de causas de justificación, según sucede en el de la materia, los tipos penales concretos se acuñan por lo general, omitiendo la autorización de la conducta que describen, en el supuesto de la concurrencia de alguna causa de aquéllas, para darle sentido así a la razón de ser de su regulación genérica, logrando de paso eco-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

nomía legislativa, sucintez y precisión y eludiendo reiteraciones viciosas. De acuerdo con este trasfondo, sería afirmable en principio que el consentimiento del derechohabiente podría operar respecto del mencionado tipo de las lesiones gravísimas traducidas en la causación a otro de la pérdida de la capacidad de engendrar o concebir, en tanto susceptible a la aplicación de aquellas causales genéricas. Pero en definitiva no resulta así. En efecto, el mismo Código Penal en su artículo 129 titulado "lesiones consentidas", al disponer que "no son punibles las lesiones que se produzcan al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros", no otra cosa hace que regular en específico la causal de justificación del consentimiento del derechohabiente en materia de lesiones, limitándola al mencionado supuesto. Una vez más un principio general es derogado por una norma específica, lo cual no es de extrañar en atención a la importancia de la materia que se regula. Si la razón legal fuere la irrestricta aplicación de la causal de marras en cuestión de lesiones, no se vería entonces el motivo de una regulación específica de esa causal y respecto de tal materia, a no ser precisamente con fines limitantes. Obsérvese que el artículo 129 del Código Penal opera como norma de permisión y, respecto a esta clase de normas, por su naturaleza, no es dable el argumento del Dr. Castillo en cuanto a que en forma expresa no establece el legislador que el consentimiento del derechohabiente no justifique las lesiones causadas, pues la norma permisiva, en tanto ella misma excepción, no autoriza más de lo concreto que exprese, pues en ello reside su excepcionalidad, su razón de ser. Por lo demás, lo único que tácitamente es deducible de una norma tal y por contrariedad, lo es en preciso las normas rectoras de las que resulta excepción. Y estas normas, que por cierto se omiten en el artículo del Dr. Castillo, lo son el artículo 27 del Código Civil y el 1, 3, 9 y 20 de la Ley General de Salud. Aquel artículo 27 dispone que "los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por ley". Por su ámbito, en relación con los citados artículos de aquella Ley General resulta que por el 1, la salud es un bien de interés público tutelado por el Estado; por el 3, 9 y 20 se establece en esencia el deber de toda persona de velar por el mejoramiento, conservación y recuperación de su salud. Es pues con respecto a estas normas rectoras que logra plenitud de sentido el artículo 129 del Código Penal, autorizante de disponer del propio cuerpo únicamente cuando la acción tiende a beneficiar la salud de otros, pues de una parte (artículo 27 del Código Civil) resulta prohibido en forma genérica disponer del propio cuerpo cuando ello ocasione una disminución permanente de la integridad física y, de otra (artículos 3, 9 y 20 de la indicada Ley General), la conservación de la salud es un deber. Precisamente por esto último, a contrario de lo afirmado por el Dr. Castillo, si existe una obligación jurídica de mantenerse apto para la procreación, pues si conservar la salud es un deber para cada cual y si por ella es entendible aquel estado del organismo cuando funciona normalmente y sin daño inmediato que lo amenace, esto es, con pleno despliegue de sus múltiples potencialidades, entre ellas las de engendrar o concebir, el daño que se pretenda de éstas va en detrimento precisamente de esa salud. Por igual, si de acuerdo con la mencionada Ley General de Salud ésta es un deber para cada quien, siendo por lo demás esa legislación de orden público según su artículo 7, no es de recibo la afirmación del Dr. Castillo en cuanto a que en forma expresa no establece el legislador que el consentimiento del derechohabiente no justifique las lesiones causadas, pues si existe un deber, cual ocurre en la especie según lo dicho, es sobreentendido que el mismo no es renunciable por el solo consentimiento propio, pues hace a la esencia del deber no estar sujeto a la voluntad del destinatario, porque en caso opuesto ya no lo sería tal. En otra visión, es dable en gracia discursiva afirmar que precisamente el artículo 26 del Código Penal, resulta uno de los casos autorizados por ley de que habla el propio 27 del Código Civil. En ultimidad, ese argumento es de orillar, pues la remisión autorizante que hace esta última norma no es subsumida de lleno por aquélla en tanto que ésta, a su vez, contiene una remisión valorativa para la determinación de su contenido, consistente en la condición de que el consentimiento provenga de quien válidamente pueda darlo, validez que hace no sólo a cuestiones de carácter subjetivo, sino también objetivo, verbigracia, a la prohibición de disponer del propio cuerpo. O sea, que el artículo 26 del Código penal no tiene autonomía valorativa plena en tanto que subordina el consentimiento respecto de quien válidamente pueda darlo y, esta validez, refluye entonces para su fijación, hacia las normas rectoras antedichas, sean el artículo 27 del Código Civil y los propios 1, 3, 9 y 20 de la Ley General de Salud. De este modo, la prohibición de disponer del propio cuerpo cuando ello ocasione una disminución permanente de la integridad física, según acontece con la esterilización, no halla más salvedad que la prevista por el mencionado artículo 129 del Código Penal. Por último, el deber de conser-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

var la salud que establecen los artículos citados de la Ley General de la materia, privaría en todo caso sobre el artículo 26 del Código Penal en tanto que de una parte, según ya se afirmó, los deberes no son renunciables y, de otra, emanando ese deber de una ley especial, ésta prevalece sobre la general cual resulta aquel código y, aun en la hipótesis de que ambos ordenamientos tuvieren igual validez formal, resulta que siempre predominaría aquella ley al disponer expresamente en su artículo 7, que ella y demás leyes, reglamentos y disposiciones relativas a la salud, son de orden público y en caso de conflicto prevalecen sobre cualesquiera otras disposiciones de igual validez formal.

***

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

BIBLIOTECA JUDICIAL
"FERNANDO COTO ALBÁN"

LA OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA EN COSTA RICA

LIC. CELÍN ARCE GÓMEZ

SUMARIO

Pág.

I. Introducción 72

II. Antecedentes históricos 73

III. Vigencia real de la obligatoriedad de la enseñanza 76

IV. Conclusiones 77

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA EN COSTA RICA

"La educación pública es objeto de veneración supersticiosa entre nosotros".

Roberto Brenes Mesén

I. INTRODUCCIÓN

Durante la segunda administración del señor don Jesús Jiménez, en el año 1869, se dio un paso de verdadera trascendencia para la educación costarricense. Siendo Ministro de Instrucción Pública, el Lic. don Julián Volio, se consignó en el artículo 6 de la Constitución Política de esa época (la de 1869), que: "La enseñanza primaria de ambos sexos es obligatoria, gratuita y costeada por la Nación. La dirección inmediata de ella corresponde a las Municipalidades, y al Gobierno la suprema inspección". De esta disposición constitucional derivan los principios educacionales que guiaron al Estado costarricense de esa época, a saber: la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza, el sostenimiento económico del Estado, igualdad de derechos de la mujer, a los bienes de la educación, y el principio de que la educación constituye una función social, sea, que el Estado asume el cometido de formar al hombre costarricense.

No significa lo anterior, de manera alguna, que antes de esa fecha la sociedad costarricense no se hubiese interesado en el fenómeno educativo. Simplemente en el año 1869 se eleva a rango constitucional un mandato de suyo importante y que desde esa época ha permeado la institucionalidad patria.

Antes de ese histórico momento, salvo la reforma llevada a cabo en 1849, la enseñanza primaria se desarrolló en forma desarticulada, dependiente de las municipalidades y obedecía a patrones coloniales. La reforma de dicho año mejoró las estructuras administrativas, base para ulteriores y profundas reformas educativas.

Nuestro país al elevar dicha disposición al nivel constitucional, se adelantó a muchas naciones que en ciertos casos tardaron muchos años para dar tan relevante paso. Así la URSS lo hizo en 1930, Uruguay en 1934, Francia en 1881-1882, Japón en 1872, México en 1917, India en 1961, etc. Únicamente Suecia y Suiza se adelantaron, al lograrlo en 1842 y 1848, respectivamente.[1]

Hoy día en cualquier sociedad moderna la educación primaria ha asumido una extensión y un desenvolvimiento extraordinario a tal extremo que sus características principales son su universalización y democratización. Ello queda reflejado, además, en el hecho de que las declaraciones universales de derechos humanos más relevantes así lo contemplan.

Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 diciembre 1948), indica en su artículo 26.1. que: "Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria".

Por su cuenta la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948) indica en su artículo 12 que toda persona tie-

1. Malavassi Vargas, Guillermo. En torno del centenario de la educación primaria gratuita y obligatoria. En *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, San José. En.- Dic. 1972, págs. 105 a 117.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

ne derecho a la educación y que "Toda persona tiene derecho a recibir gratuitamente la educación primaria por lo menos". Agrega su artículo 31 que "Toda persona tiene el deber de adquirir a lo menos la instrucción primaria". En el protocolo adicional a la convención europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, artículo 2, se dice que a ninguna persona se le negará el derecho a la educación. Finalmente, en el proyecto de convención sobre derechos humanos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos a la luz de lo dispuesto en los artículos 27 y 28, se reconoce el derecho de toda persona a recibir educación y "La educación primaria será obligatoria y gratuita la que imparte el Estado".[2] Con estas disposiciones quedan en evidencia las obligaciones de la sociedad para con el individuo a educarse y conlleva a que se le considere como un derecho humano más, por el que la sociedad debe velar.

En esta oportunidad nos interesa analizar, los alcances de la obligatoriedad de tal enseñanza en la evolución educativa de Costa Rica.

Concretamente trataremos de determinar si tal obligación escolar ha constituido ciertamente una imposición o "ius imperium" y, en caso positivo cual ha sido su regulación legal y cual es la vigencia real de tal exigencia.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Mediante ley del 29 de setiembre de 1869 el Congreso emite una ley tendiente a dar fiel cumplimiento del proyecto constitucional mencionado ut supra. En la misma se indica que: "Los Padres de familia y los tutores, en su caso, tienen la obligación de hacer asistir a la escuela pública a sus hijos y pupilos desde la edad de siete hasta la de catorce años, siempre que sus habitaciones no disten de ella de media legua, o que no justifiquen que les dan educación privada".

Sin embargo, en esta ley como en el Reglamento de Instrucción Pública (decreto núm. 69 del 22 de octubre de 1869) no se establecieron mecanismos o procedimientos tendientes a hacer cumplir el mandato constitucional. Únicamente en el reglamento para la instrucción pública del 10 de noviembre de 1869 se contemplaron ciertas disposiciones que imperfectamente tendían a ese fin. Así, en su artículo primero se consigna como deber de las autoridades provinciales y municipales "Promover la concurrencia de alumnos a las escuelas por los medios que determina la Ley". En fin, a pesar de la trascendencia que la disposición en comentario ha tenido en el desarrollo educacional del país, resultó, al menos en sus primeros inicios, en una medida imperfecta por cuanto no se previeron las medidas necesarias llamadas a garantizar su eficacia y vigencia.

La siguiente gran reforma educativa se sucede en el año 1886 siendo Ministro de Educación, el Lic. don Mauro Fernández. La primera innovación que introdujo fue hacer del Estado el garante del funcionamiento del sistema educativo, de suerte tal que ya no más estaría a cargo de las municipalidades la instrucción primaria en los alcances de la reforma de don Jesús Jiménez. Por primera vez aparece una estructura precisa y bien delineada del Ministerio de Instrucción Pública.[3]

Tal reforma educativa se plasmó fundamentalmente en la emisión de la Ley de Educación Común (decreto núm. VI de 26 de febrero de 1886 y en el Reglamento de Educación Común 12 de marzo de 1886).

En la memoria de instrucción pública del año 1886, el Lic. Mauro Fernández aduce precisamente que la reforma integral que ha acometido el Gobierno, persigue entre otros aspectos, lograr la "compulsión" para la enseñanza primaria. La reforma educativa, la justifica en tal mensaje aduciendo que la mejora y el ensanche de la educación no se asegura con meras asignaciones en el presupuesto general, se requería de un plan y métodos ade-

2. Véase: *Derechos Humanos*. Textos Fundamentales, recopilación de Ricardo Galindo, Guatemala, INCEP, 1979.
3. Monge Alfaro Carlos y Rivas Ríos Francisco. *La Educación: Fragua de una Democracia*, San José, Editorial Universidad de Costa Rica, 1era. reimpresión, 1980, págs. 36 y 55.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuados.[4] Debemos indicar, así, que fue en estos dos cuerpos normativos que se establecieron las primeras medidas concretas tendientes a darle vigencia y contenido real a la compulsión de la enseñanza primaria en nuestro país.

Indica, en efecto, la Ley General de Educación Común en su artículo 2 que: "la enseñanza primaria es gratuita y obligatoria para todo niño de 7 a 14 años de edad residente en la República". "La obligación escolar —dice el artículo 3— se llena ya sea frecuentando la escuela pública, ya concurriendo a alguna escuela privada, o bien mediante la enseñanza en el hogar de los niños".

A su vez el artículo 4 indica: "La obligación escolar no se exigirá sino cuando en el radio de dos kilómetros del hogar del niño hubiese una escuela pública establecida". El artículo 5 expresa que "El niño de 7 a 14 años de edad ha de frecuentar la escuela primaria pública o privada, o recibir en el hogar la instrucción elemental obligatoria, hasta el momento en que la Junta Local de Educación conceda la licencia de retiro, previo examen en que se compruebe que el alumno ha alcanzado el mínimo de los conocimientos prescritos". Finalmente el artículo 6 que manda "Cesa la obligación de asistir a la escuela cuando el alumno cumpla la edad de 14 años aunque no haya alcanzado la instrucción elemental".

No cabe duda, entonces, que a partir de esta fecha la obligación a la educación primaria sí se concibió como un mandato que los alumnos en edad escolar debían cumplir, incluso compulsivamente, o sea, imponiéndolo el Estado en ejercicio de su "ius imperium", si fuese necesario.

Como mandato que es tendiente a que la persona reciba un mínimo de instrucción, el propósito del legislador fue aparentemente, luchar contra el analfabetismo. Sin embargo, contradictoriamente dispuso que alcanzada la edad de 14 años cesa esa obligación, independientemente de si se alcanzó el grado mínimo obligatorio de instrucción por lo que pareciera, también, que su propósito fue tomar el niño a la edad de 7 hasta los 14 años de edad y darle la formación propia de ese nivel psicofisiológico. El mandato constitucional de rito, como se ve desde sus inicios no ha sido absoluto, por lo dicho anteriormente, además de que estaban exentos de la asistencia a la escuela los niños cuya extrema pobreza no les permita presentarse vestidos con aseo, mientras que por la autoridad o por las sociedades de beneficencia no se remedie la necesidad; y los niños que por enfermedad física o mental no sean aptos para recibir la instrucción (artículo 13 Ley de Educación Común).

Por otra parte dicha ley expresamente indica que los padres, tutores o encargados de los niños de uno u otro sexo, de la edad expresada, están obligados a cumplir con que reciban la instrucción dicha en cualquiera de las formas indicadas, so pena de las sanciones que la Ley contempla. También se entiende que no cumple con la obligación escolar, quedando sujeto a las penas consiguientes, el padre, tutor o guardador que no proveyere al alumno de los enseres prescritos por los reglamentos, salvo el caso de suma pobreza (artículos 12 y 16 ibídem). Esta última disposición también resulta contradictoria, por cuanto por un lado se declara "gratuita" la enseñanza primaria y por el otro se declara que el padre o tutor que no provea los enseres reglamentarios se expone a ser sancionado por incumplimiento del deber educativo dicho a pesar de que vele y cumpla con iniciar al niño en la escuela.

Ahora bien, ¿qué procedimientos y autoridades se idearon para lograr la compulsión escolar?

La Ley General de Educación Común dispuso que en todo distrito habría un juez y comisarios escolares para el cumplimiento de las disposiciones que dicten las autoridades superiores (artículos 21, 40, 41 y 42).

No obstante, no es sino hasta 1915, que mediante decreto núm. 133 del 13 de febrero se emite el Reglamento de Comisarios Escolares de la República. Este cuerpo normativo expresa de una manera positiva que el cuerpo de estos comisarios tiene por fin principal coadyuvar eficazmente con las autoridades de enseñanza primaria en la "compulsión escolar". Se nombrarían uno por cada cuatro escuelas a cargo del Gobernador de la Provincia y eran dependientes inmediatos del juzgado escolar. Dentro de sus funciones principales figuran: Cuidar de que durante las horas lectivas los escolares no vaguen ni permanezcan en los lugares públicos sin justa causa; exigir la tarjeta de matrícula a todo niño que encontrare fuera de la escuela en horas lectivas, conocer la residencia de

4. Fernández, Mauro. *De la Memoria de Instrucción Pública (1886)*. En el Pensamiento Liberal, Antología, Biblioteca Patria, Editorial Costa Rica, San José, 1979. Págs. 164 y ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

todos los escolares que habiten en su distrito, investigar las causas de las frecuentes inasistencias de los niños a la escuela, cuando así lo soliciten los directores de las mismas, al Juzgado Escolar; fiscalizar la conducta de los escolares en los lugares públicos, para lo cual tienen libre acceso a todo espectáculo público y de las faltas graves que cometan darán aviso al Juez Escolar; cobrar las multas por inasistencia, etc.

¿A qué sanciones se exponían los padres de familia renuentes en el cumplimiento del deber educativo de sus hijos?

De conformidad con el artículo 120 y siguientes de la Ley de Educación Común, el padre, tutor o encargado era primeramente amonestado, luego obligado a pagar una multa por cada una de las faltas de asistencia hasta el límite máximo de veinticinco pesos y si estas penas fueren ineficaces para obligar al padre a cumplir la obligación escolar, "perderá la potestad que ejerce sobre el niño", y se confiará a otra persona la guarda de éste, declaratoria que solo puede hacerla el Gobernador previo expediente y audiencia, cuya resolución se podrá recurrir ante la secretaría de instrucción pública. El producto de las multas por delitos y faltas cometidas en el distrito que no tuviere un destino especial, pasaba a engrosar el fondo escolar del distrito.

Mediante circulares de 31 de marzo de 1887 y de 10 de febrero de 1893 enviadas de la secretaría de instrucción pública, se declaró que el apremio corporal procedía también para hacer efectivas las multas en que incurrían los padres de familia por ausencias inmotivadas de sus hijos a la escuela.

Ello provocó a la postre que mediante acuerdo núm. 225 del 18 de diciembre de 1905 los jueces escolares fueron investidos para el ejercicio de sus funciones, con el carácter de agentes principales de policía. Tal medida fue justificada también aduciendo que los encargados de aplicar las leyes educativas debían estar revestidos de la autoridad necesaria.

A los jueces escolares les fue asignada una remuneración por su trabajo de un 5% de las contribuciones forzosas y de un 20% de las multas por faltas de asistencia.

La compulsión escolar fue igualmente contemplada en la legislación penal de principio de siglo. Así, en el Código Penal de 1924 (Código Astúa Aguilar) se indica en el artículo 554 que "Incurrirían en la pena de multa menor en su grado primero aplicado en el mínimum, los padres, tutores o encargados de un niño de edad escolar, que desobedezcan las obligaciones que les impone la Ley General de Educación Común acerca de la instrucción primaria de sus hijos o pupilos". La anterior norma forma parte del libro tercero, título segundo, capítulo segundo: "Faltas contra la seguridad o intereses públicos". Toda la legislación a que hemos hecho referencia hasta ahora permanece prácticamente vigente en su totalidad, salvo pequeñas variantes, hasta inicios de la década de 1940 y subsiguiente, en que se introducen cambios sustanciales a la legislación educativa.

Mediante decreto ejecutivo núm. 7 del 26 de febrero de 1944, (luego aprobado por la Asamblea Legislativa mediante ley núm. 181 del 18 de agosto de 1944), se emitió el Código de Educación, el primero en su naturaleza. Este código lo que hizo fue recoger toda la legislación vigente y de interés que se encontraba dispersa y en cierta forma desconocida e inaplicable y la sistematizó en una forma lógica y armónica. O sea, que todo el derecho positivo relevante para el sistema educativo fue plenariamente refundido en dicho código y especialmente la Ley de Educación Común en su totalidad.

Lo que motivó su promulgación fue entonces poner en orden la legislación educativa por razones administrativas y no crear un nuevo ordenamiento jurídico educacional o introducir una reforma educativa de fondo. Ello condicionó la suerte de dicho código por cuanto las ideas educativas evolucionaban, el país cambiaba vertiginosamente en todos los planos, y las necesidades educativas reales trascendían la labor administrativa.

El código recogió literalmente muchas disposiciones de la Ley General de Educación Común y en otras lo hizo con ligeras variantes. Su artículo 15 dice: "La enseñanza primaria es gratuita y obligatoria para todo niño de siete a catorce años residente en la República. Esta obligación se llena ya sea frecuentando la escuela pública, ya concurriendo a alguna escuela privada, o bien mediante la enseñanza en el hogar". Esta norma fue luego derogada por la Ley Fundamental de Educación de 1957, vigente.

De las disposiciones de interés "subsistentes" que contiene el Código de Educación transcribimos las siguientes: El Padre, Tutor o guardador está obligado, sin expresos requerimientos a presentar en la escuela pública para la matrícula a sus hijos o pupilos dentro de los quince primeros días de cada curso. Los días de retardo se reportarán por faltas de asistencia para los efectos penales (artículo 216). Las juntas y demás autoridades escolares deberán llamar la atención de los padres de familia

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

sobre la época de la apertura del curso, y la matrícula escolar, y también sobre las penas en que incurren (artículo 217). El padre, tutor o encargado que, después de amonestado no cumpla con la obligación de la enseñanza primaria puede ser multado por un monto de ¢0,20 por cada ausencia hasta un límite máximo de ¢25 (artículo 221).

La admonición, apercibimiento y citación corresponde al juez o comisario escolar para lo cual no hay día ni hora inhábiles para tales deligencias (artículo 223).

Si todas estas penas fueron ineficaces para obligar al padre, tutor o encargado a cumplir con la obligación escolar, perdería la potestad que ejerciere sobre el niño y se confiará a otra persona la guarda de éste. La declaración de pérdida de la potestad sólo puede hacerla el Gobernador de la provincia previo expediente y audiencia, contra cuya sentencia cabe apelación o en su defecto consulta ante la secretaría de educación pública (artículo 224). En términos generales el título V aparte a) del Código de Educación, artículos 208 al 228 son transcripción literal de sus homólogos de la Ley General de Educación Común.

En el Código Penal y de Policía de 1941 que derogó el de 1924 no se contempla falta alguna respecto al deber educacional.

Luego fue emitida la Constitución Política del 7 de noviembre de 1949 la cual en su artículo 78 en su versión original indicaba que "La enseñanza primaria es obligatoria, ésta, la preescolar y la secundaria son gratuitas y costeadas por la Nación". Dicho artículo fue reformado mediante ley núm. 5202 del 30 de mayo de 1973, mediante la cual la obligatoriedad se hizo extensiva a la educación general básica, o sea, toda la educación primaria más el primer ciclo de la educación media o secundaria de la anterior estructura.

Finalmente la Ley Fundamental de Educación (ley núm. 2160 del 25 de setiembre de 1957), en su artículo 8 consigna que "la enseñanza primaria es obligatoria".

Recapitulando todo lo anteriormente dicho, tenemos que al presente sigue siendo obligatoria la enseñanza aunque ahora lo es toda la educación general básica. Que el Código de Educación recogió en su totalidad las disposiciones de la ley general de educación común en lo referente a la compulsión escolar que se encuentran vigentes por cuanto no han sido derogadas expresamente ni existen leyes posteriores que se le opongan como para que pueda derivarse una derogatoria tácita.

III. VIGENCIA REAL DE LA OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA

Dicho lo anterior cabe analizar cuales son los alcances y qué vigencia real tiene la compulsión escolar en la Costa Rica contemporánea.

En general, podemos afirmar que la compulsión escolar no se practica en nuestro país desde hace tiempo. No es ni ha sido objetivo de nuestros gobernantes desde hace varias décadas hacer uso del "ius imperium", ni elaborar una política ministerial tendiente a imponer la educación general como lo manda el artículo 78 constitucional.

Se carece de una legislación clara y ordenada que tienda a dicha imposición estatal. Las únicas normas que existen son las ya indicadas del código de educación cuya vigencia es, parcialmente cuestionable.

Ya indicamos que el Código de Educación sanciona con multa al padre de familia renuente, exigible con apremio y también con la pérdida de la patria potestad. Sin embargo al entrar en vigencia el Código Penal y el de Procedimientos Penales vigentes surgen otros problemas. En primer lugar el Código Penal vigente no contempla falta o contravención alguna por incumplimiento del deber educativo dicho. A su vez, la ley núm. 5711 del 26 de junio de 1975 (Ley Especial sobre Jurisdicción de los Tribunales) indica en su artículo 5 inciso b) que corresponde a los alcaldes conocer "De las faltas de policías y de toda clase de faltas, contravenciones y simples infracciones previstas en leyes especiales, salvo que el conocimiento de algunas de ellas se atribuya a alcaldías de determinada materia o a otros tribunales específicos".

Si adoptamos el criterio de que el Código de Educación creó las faltas dichas, las que solo pueden ser sancionadas con multas que son por el alcalde respectivo; los jueces y comisarios escolares desaparecieron jurídicamente al no constituir "tribunales específicos", sea, jurisdiccionales. Las multas por otro lado son tan pírricas que si se ejecutaran nunca coadyuvarían eficazmente a cumplir con el mandato educacional.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

En lo que a la patria potestad se refiere opinamos que el Código de Familia derogó tácitamente el artículo 224 del Código de Educación, de tal suerte que la pérdida de la patria potestad solo procede por el matrimonio o mayoría de edad del hijo, y por la muerte de quienes la ejerzan (artículo 145).

Sin embargo, es posible concluir que constituye causal para suspender o modificar la patria potestad, el no cumplir con la obligación de educar el hijo, con fundamento en la causal que contempla el inciso 6 del artículo 146 del Código de Familia, sea, por incumplimiento de los "deberes familiares". El artículo 34, ibídem, contempla como deberes de los esposos "proveer a la educación de sus hijos y preparar su porvenir".

Siendo la educación general básica el mínimum legal obligatorio que a todo niño con edad escolar le asiste, resulta obvio que los padres de familia están en la obligación de velar por él, es decir, que ese es el nivel mínimo de educación que deben proveer a sus hijos en el ejercicio de sus deberes para con los mismos.

Obsérvese, en efecto, que, como es lógico la obligatoriedad de la enseñanza, no se impone tanto al propio alumno, sino a aquellas personas a cuyo cargo se encuentran (padres o tutores). Es, en fin, un deber que recae sobre estos y que en caso de incumplimiento deben asumir la responsabilidad correspondiente, que no es otra que la derivada del no cumplimiento de los deberes que les corresponden como tales.

Sin embargo, debe advertirse que tal posibilidad no ha sido discutida judicialmente, por lo que se carece de jurisprudencia al respecto. Además como ya lo dijimos, ut supra, no existe la voluntad política de cumplir con la imposición constitucional a pesar de que el artículo primero de la Ley Orgánica del Ministerio de Educación (ley núm. 3481 del 13 de enero de 1965) parcialmente vigente, le asigna a dicho Ministerio la función de ejecutar las disposiciones del título sétimo de la Constitución Política y demás leyes y reglamentos.

IV. CONCLUSIONES

a) Como conclusión se debe indicar que desde los inicios de la declaratoria de la obligatoriedad de la enseñanza en Costa Rica fue voluntad de nuestros gobernantes que la misma se impusiera coactivamente a todos los habitantes de la República con edad escolar, salvo los casos de excepción contemplados por el propio ordenamiento jurídico.

b) Desde la fecha de su declaratoria tal mandato se ha mantenido prácticamente en forma invariable en nuestra legislación educativa hasta nuestros días, donde inclusive se amplió a un ciclo más. Históricamente queda demostrado que la voluntad del legislador ha sido actuar compulsivamente en esta materia. No existe base alguna para concluir que inclusive, al menos a partir de 1949 ese sentido se modificó.

Ello queda corroborado por el hecho de que las disposiciones del Código de Educación que tienden a esa ejecutividad no han sido derogados, aunque han entrado en un desuso total.

De ahí, que consideremos falsa la afirmación que se hace del Proyecto de Ley General de Educación del año 1973 cuando se dice que la obligatoriedad de la educación general básica "No tiene exactamente el carácter de una medida compulsiva para los jóvenes, sino la obligación ineludible del Estado de proporcionar servicios educativos a sétimo, octavo y noveno años".

c) Debe reconocerse que el incumplimiento del mandato constitucional obedece, parcialmente, al hecho de la evolución ideológica que ha sufrido el país y de las ideas educativas en general, en el sentido de que la función educativa del Estado no puede constituir ya más una imposición coactiva, sino en garantizar el derecho a la educación a todo habitante de la República y la obligación de ofrecerla en la forma más amplia, adecuada, eficiente y de calidad. Lo que en el pasado era una obligación del ciudadano se ha convertido, por evolución ideológica, en un derecho subjetivo cuya obligación corre a cargo del Estado. O sea, que el sentido inicial de la obligatoriedad era muy distinto al actual por cuanto se dirigía a la erradicación del analfabetismo.

Esta contradicción ideológica-constitucional fue puesta de relieve por don Ricardo Jiménez O., cuando dijo en el año 1924: "Nosotros cumplimos a medias el precepto constitucional. Damos la es-

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

cuela, pagamos al maestro, pero obligamos al padre de familia a costear los libros, el papel y demás menesteres escolares de uso de cada niño. Si por la fuerza lo llevamos a la escuela, para que aprenda, por fuerza le debemos proporcionar los medios materiales adecuados a ese fin".[5]

La llamada de atención del distinguido presidente liberal tiene su justificación ya que "En la actualidad resulta desde todo punto indiscutible que no puede desvincularse la obligatoriedad de la enseñanza de su gratuidad, ni viceversa. Se trata de un binomio indisoluble, aunque el aspecto de la gratuidad ofrezca otras connotaciones a las que ya hemos hecho alusión".[6] Quiere ello decir que toda educación que pretenda ser obligatoria debe ser gratuita, por definición, porque de lo contrario se constituiría en una simple expectativa sin contenido real.

El problema sustancial de la obligatoriedad de la enseñanza reside no tanto en el puro reconocimiento formal del derecho-deber; sino en establecer los medios adecuados para ello. Se requiere de una financiación efectiva desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo para ser posible el ejercicio de este deber.

Una libertad y un derecho formal que no se garantizan materialmente, devienen sencillamente, en inexistentes.

d) Si preceptuamos el derecho a la educación como servicio público —que es la forma correcta de hacerlo— sus usuarios (cuyo estudio ha venido siendo relegado a un segundo plano), que son los alumnos, tienen como principal y específico deber: la obligatoriedad de la enseñanza, enfoque que ratifica el criterio exteriorizado respecto a los alcances de este deber.

***

5. Jiménez Oreamuno Ricardo. Mensaje al Congreso Constitucional 8 de mayo de 1924. En "Su pensamiento". Antología, Biblioteca Patria, San José, Editorial Costa Rica, 1980. Pág. 295.
6. Villar Ezcurra, José Luis. *El derecho a la educación como servicio público.* En Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 88, enero-abril, 1979, pág. 203.