

- Sojo, Carlos *La sociedad después del ajuste*
(San José: FLACSO, 1995).
El arbitrio del mercado
(San José: FLACSO, 1995).
- Trejos, María Eugenia *Desde adentro y desde abajo: el desarrollo como alternativa a la globalización económica*
(San José: revista Aportes, No. 111, 1995).
- Valverde, José Manuel et al *Integración o desolación socio-cultural*
(San José: Ed. Porvenir, 1993).
- Vega Carballo, José Luis *Pobreza y coyuntura social en Costa Rica en la época de los PAES*
(San José: CEDAL, 1982).
El Estado en Costa Rica: orden y progreso
(San José: ICAP, 1986).
- Villasuso, Juan Manuel *La reforma del Estado: necesidad de un consenso*
(San José: periódico La República, 22 de mayo de 1994).
- Villarreal, René *Liberalismo social y reforma del Estado*
(México: FCE, 1993).

NEGOCIACIONES INTERNACIONALES: SU NUEVA TENDENCIA Y SU NUEVO ORDEN ECONOMICO

Dr. César A. Guzmán-Barrón
Abogado peruano
Profesor de Derecho

SUMARIO

- I. *INTRODUCCION*
- II. *ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL*
 - 2.1. *Nuevas tendencias del Derecho del Comercio Internacional*
 - 2.2. *Reformulación del principio de "igualdad soberana"*
 - 2.3. *Hacia un nuevo orden económico internacional*
 - 2.4. *Caracteres del Derecho del Comercio Internacional principios*
- III. *PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NOEI*
 - 3.1. *Principios básicos*
 - 3.2. *Países en desarrollo*
 - 3.3. *Dualidad de normas en el comercio internacional y en el GATT*
- IV. *EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NUEVO ORDEN TECNOLOGICO INTERNACIONAL*
 - 4.1. *Generalidades*
 - 4.2. *América Latina y el desafío de la tercera revolución tecnológica*
 - 4.3. *Principios del NOEI*
- V. *EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS CONTRATOS INTERNACIONALES*
 - 5.1. *Adecuación de los contratos al NOEI*
 - 5.2. *La privatización y sus aspectos jurídicos*
 - 5.3. *la transferencia electrónica de datos y el comercio sin papeles*
- VI. *CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES*

I. *INTRODUCCION*

A partir de la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional ha entrado en una etapa de mutación profunda. El concepto de Derecho del Comercio Internacional se ha ampliado a partir de la constatación de las graves diferencias de desarrollo entre los pueblos que ponen en peligro la paz mundial. A partir de entonces se viene entendiendo que la paz, ya no sólo proviene de la "seguridad", sino también de la promoción de unos niveles de vida que, el grado de avance científico y social de la humanidad, están hoy en condiciones de proporcionar a cada ciudadano de este planeta.

El desarrollo no es hoy sólo un área que el derecho deba reglamentar; el desarrollo económico de los pueblos es la forma contemporánea del principio de solidaridad, fundamento último del Derecho Internacional.

Impotentes para mantener el orden actual, las instituciones internacionales se esfuerzan hoy por definir un nuevo orden, uno más justo y equitativo, un orden promotor del desarrollo económico y social de los pueblos.

El Derecho del Comercio Internacional es el instrumento para materializar el Nuevo Orden Económico Internacional.

En este sentido abordaremos primero las características y principios del Derecho del Comercio Internacional, sus nuevas tendencias en el marco de las negociaciones internacionales multilaterales y en el campo de los contratos internacionales como son los contratos de privatización y la gran novedad de cara al siglo XXI: el comercio sin papeles y su regulación internacional.

II. *ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL*

A partir de la Segunda Guerra Mundial el Derecho Internacional ha entrado en un proceso de cambio sustancial en su posición frente al desarrollo. Es fundamental la posición del Derecho frente a la existencia de una desigualdad real en el desarrollo de los pueblos. El Derecho del Comercio Internacional en sus nuevas tendencias pretende con la aplicación de sus principios atenuar o corregir los efectos negativos de esa desigualdad.

2.1. *Nuevas tendencias del Derecho del Comercio Internacional*

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho Internacional entró en una fase de cambio profundo. Derecho Internacional contemporáneo concebido en sus inicios por dos o tres docenas de estados que se consideraban como soberanos entre sí, es en adelante cuestionado a raíz de la toma de conciencia de la noción económica de desarrollo. El análisis del nivel de desarrollo de los pueblos iba a revelar la desigualdad real de los estados, una situación que el jurista no podía en el futuro ignorar.

De la noción de Derecho del Comercio Internacional (en adelante DCI) ha surgido progresivamente un derecho al desarrollo. Se pueden reconocer varias etapas en esta evolución.

- (i) **Derecho de la Ayuda.**—Se denomina Derecho de la Ayuda a un conjunto de medidas dispersas destinadas a permitir a los países calificados como “subdesarrollados” acceder a las ventajas del desarrollo alcanzado por los países industrializados.
- (ii) **Derecho al servicio de un Nuevo Orden Económico Internacional.**—La década de los 70's marcó significativamente un gran cambio en el pensamiento jurídico internacional. Sin duda fue la crisis económica mundial la que aceleró el proceso.

La crisis monetaria comenzó en noviembre de 1967 con la devaluación de la Libra Esterlina y de 25 monedas ligadas a ella, y se agravó con la decisión de Nixon de devaluar el dólar (15-8-71), con lo cual se puso de cabeza el sistema construido en Bretton Woods, que se basaba justamente en la utilización de tasas de cambio fijas y el patrón dólar en paridad con el oro. Consecuencia de esta crisis, los países en desarrollo vieron caer cada vez más los términos de intercambio y asistieron a un endeudamiento cada vez más pesado. El Derecho del Comercio Internacional se planteó en este campo una reformulación general del sistema monetario internacional. Pero fue la crisis de la energía en 1973 la que más puso en evidencia, para los países en desarrollo (PD), la interdependencia de las economías y la necesidad de instaurar un NOEI.

- (iii) **Derecho Positivo del Desarrollo.**—A partir de la década de los 80's se nota una dirección menos ideológica y más pragmática. Para Feuer nos hallamos ante el abandono relativo del discurso universalista, los esfuerzos parecen estar orientados cada vez más

hacia realizaciones puntuales, dando preferencia a la cooperación bilateral y a las operaciones transnacionales. Los acuerdos de cooperación son cada vez más técnicos y parecen estar más acordes a los objetivos del desarrollo. También ha aumentado la importancia de la cooperación sur-sur. Cada vez es más frecuente la inserción en contratos con las transnacionales de cláusulas se significan verdaderos “acuerdos de desarrollo”. De esta manera hay en el Derecho del Comercio Internacional una formación progresiva y segura de un verdadero derecho positivo del desarrollo.

2.2. *Reformulación del principio de “igualdad soberana”*

El Derecho del Comercio Internacional ha replanteado el viejo principio de igualdad soberana de las naciones el cual descansaba el Derecho Internacional, cuya consecuencia fue la igualdad y la no discriminación ante la Ley. El Derecho del Comercio Internacional propugna un reconocimiento formal de la desigualdad real de desarrollo entre las naciones, y ha provocado nuevos desarrollos mediante los principios de igualdad de desarrollo y soberanía económica de las naciones, inspirando al Derecho Internacional de un sentido de justicia distributiva, plasmada en un régimen de discriminación positiva.

Concepción clásica del principio.—La piedra angular del Derecho Internacional es sin duda el principio de igualdad soberana de los Estados. Así está consagrada contemporáneamente por la Carta de la ONU: “la Organización está fundada en el principio de igualdad soberana de todos sus miembros” (Art. 2 párr. 1). La concepción tradicional de este principio ha hecho derivar en materia de las relaciones económicas internacionales la generalidad de la ley, la uniformidad de tratamiento, la no discriminación la reciprocidad.

Con la postguerra y la presión de los países en desarrollo asistimos a una evolución de los principios, hoy se habla de igualdad de desarrollo y soberanía económica.

Impotentes para mantener el orden actual, las organizaciones internacionales se esfuerzan hoy por definir un nuevo derecho económico, fundado en principios muy diferentes a los del derecho tradicional. La Carta de la ONU contiene un esencial reconocimiento que las relaciones económicas internacionales, en especial en el comercio internacional, debería ser organizado para asegurar “más altos estándares de vida, pleno empleo, y condiciones de progreso social y económico y desarrollo”.

2.4. *Hacia un nuevo orden económico internacional*

Hoy se entiende que los intereses de los países desarrollados no pueden aislarse de los intereses de los países en desarrollo, máxime si vivimos una creciente tendencia hacia la globalización de la economía. Hoy se entiende que casi todos los problemas de la economía y el desarrollo tienen una dimensión planetaria, y que para enfrentarlos se requiere realizar una acción en conjunto. Hoy se entiende la estrecha vinculación de la suerte de cada país y de cada ser humano con el orden mundial.

Una visión optimista del NOEI reposa en la creencia en las posibilidades de adaptación de las sociedades ricas a las nuevas y crecientes necesidades de solidaridad. De hecho, hay muchos indicios de su comprensión, así lo testimonian las sucesivas conferencias de la UNCTAD, la evolución que han sufrido en el GATT el Tratamiento de la Nación más favorecida y el principio de reciprocidad, la Convención de Lomé, etc.

III. *PRINCIPIOS MODERNOS DEL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NOEI*

3.1. *Principios básicos*

(i) Un derecho al servicio del desarrollo.—El Derecho no surge como un derecho antagónico al Derecho del Comercio Internacional tradicional, es más bien la orientación de este último hacia un nuevo sector de las actividades en las relaciones internacionales: la organización de la solidaridad y cooperación para el desarrollo.

(ii) El Principio de la Dualidad de Normas.—En el Derecho Internacional clásico, un cuerpo único de reglas ha regido uniformemente todas las relaciones entre Estados. Frente a esto el DCI ha propugnado el establecimiento de una dualidad de normas. Feuer define la dualidad en los siguientes términos:

“El principio de dualidad de normas significa que a un cuerpo único de reglas normando las relaciones entre los Estados, se substituyan en adelante dos cuerpos, paralelos e iguales en dignidad: de una parte aquel que rige las relaciones entre países desarrollados, de otra parte aquel que rige las relaciones entre éstos y los países en desarrollo y las relaciones entre países en vías de desarrollo”.

(iii) El Principio de Solidaridad y la interdependencia.—Este es un principio que raramente aparece en los textos internacionales salvo el Acta Final de la UNCTAD: “la paz y la prosperidad universal están estrechamente ligadas”, “el crecimiento económico de los países en vías de desarrollo contribuirá igualmente al de los países desarrollados”. La solidaridad tal como la entiende la doctrina del DCI se fundamenta en exigencias morales y necesidades prácticas. Estas últimas ligadas a los conceptos de interdependencia, interés común y deber de cooperación.

(iv) Límites a la libertad de intercambio.—El concepto marco del Comercio Internacional contemporáneo es la Libertad de Intercambio que ha sentado los principios de no discriminación y reciprocidad, éstos se han encarnado esencialmente en el mecanismo unilateral de la cláusula de la nación más favorecida. El DCI ha denunciado el carácter formalista de aplicación de la Cláusula, propone una concepción funcional de la misma que la haga aceptar el trato diferenciado. A pesar de la cláusula, la discriminación y el proteccionismo parecen haber sido la práctica generalizada en el Comercio Internacional, casi siempre en perjuicio de los países en desarrollo.

El DCI ha sostenido que el libre cambio y la teoría de las ventajas comparativas sólo surten efectos positivos cuando las economías que participan del intercambio tienen un poder equivalente o similar.

(v) Límites a la Cláusula de la Nación más favorecida.—La cláusula conteniendo el Tratamiento de la Nación más Favorecida fue introducida al GATT en 1948. Por esta cláusula una Parte Contratante se obliga a extender a otros Estados las ventajas que otorga a un tercer Estado.

El “funcionalismo” conceptúa a la Cláusula como un instrumento que debe servir a la “realidad subyacente que justifica su aplicación”. ¿Y cuál es esa realidad subyacente?... no es otra que la tendencia a la multilateralización y la interdependencia económica, y la necesidad de lograr una igualdad real en cuanto a posibilidades de participar en el comercio internacional y el desarrollo.

Para el DCI, la Cláusula debe ser interpretada como la expresión legal de una exigencia de la economía internacional. Esa exigencia supone liberar el principio de igualdad soberana de sus límites actuales, aceptando que se pueda dar elementos de desigualdad actuales, aceptando que se pueda dar elementos de desigualdad jurídica que el

Tratamiento de la Nación más Favorecida no sea vista como un valor jurídico per se, sino como un instrumento jurídico dúctil a la evolución del Derecho Internacional; incorporando el concepto de "reciprocidad material", que introduce una idea de equilibrio material que hace la Cláusula compatible con los sistemas preferenciales y el trato discriminatorio en favor de los países en desarrollo, llamada también "discriminación positiva". En este caso se trata entonces de introducir una discriminación real que perpetúa la desigualdad económica en un marco de igualdad jurídica.

3.2. Países en desarrollo

Hoy en día no se puede concebir el desarrollo económico de un país en una situación de aislamiento internacional. Con la caída del bloque oriental, la interdependencia de las naciones se viene manifestando en una estructura multipolar donde las relaciones económicas se intensifican y se vuelven más complejas. Grandes transformaciones suceden a una velocidad antes insospechada, se forman nuevos centros financieros, los cambios tecnológicos modifican los modelos de producción y consumo, la revolución de las telecomunicaciones acerca a los mercados y promueve nuevas formas de competencia internacional, se generan nuevos espacios de integración y se plantean nuevos retos a la producción y el comercio.

Situación latinoamericana.—América Latina tiene problemas que son comunes a todos los países en desarrollo.

Nuestros países son en su mayoría principalmente exportadores de productos básicos. A pesar del fallido intento de industrialización por sustitución de exportaciones, sólo el 20% de sus exportaciones están constituidas por manufacturas, y la mitad de éstas se dan a escala inter-regional. El comercio exterior está caracterizado por la baja elasticidad-ingreso de la demanda de estos productos básicos y las mutaciones en las preferencias de los consumidores en los países desarrollados; por ejemplo, se ha experimentado la reducción de la demanda de alimentos y bebidas con elevado contenido de calorías y carbohidratos (cacao, plátano, azúcar, etc.). Y lo que es muy importante para los países mineros, los nuevos materiales producto de la "tercera revolución tecnológica" han reducido considerablemente la demanda de minerales como hierro, estaño, cobre y bauxita.

La "tercera revolución tecnológica" además ha traído a América Latina dos consecuencias importantes:

- 1) Las nuevas formas de automatización han facilitado una especie de reconversión industrial. Los países desarrollados hoy producen en actividades donde antes predominaban las ventajas comparativas basadas en dotación de recursos en los Países en Desarrollo.
- 2) Ha provocado una intensa competencia entre países desarrollados, lo que a su vez ha acarreado un creciente proteccionismo y prácticas perjudiciales a las exportaciones latinoamericanas. Además, las exportaciones de productos básicos se encuentran constantemente sometidas a las fluctuaciones erráticas de las cotizaciones y la degradación de los términos de intercambio, con sus consecuencias de pérdida de poder adquisitivo para los países de América Latina, en un mercado dominado por los países desarrollados. La casi totalidad de sus importaciones de manufacturas provienen de los países desarrollados. Por cierto, en un intercambio cada más desigual, que trae consecuencias adversas en la balanza de pagos.

Su comercio es en gran medida tributario del transporte, del marítimo en especial, cuya regulación es asegurada por los países desarrollados en su provecho.

Las llamadas "transacciones invisibles" como el turismo, los seguros y otros servicios también están signados por la dependencia y el proteccionismo.

3.3. Dualidad de normas en el Comercio Internacional y en el GATT

Ante la constatación que el trato igualitario a países de desigual desarrollo es fuente de injusticia, y en que ni siquiera se cumple con el libre cambio, pues el proteccionismo y el trato discriminatorio sigue perjudicando con mayor énfasis a los países en desarrollo, el DCI ha propuesto un régimen particular, el llamado "sistema de dualidad de normas", cuyos principios son la no reciprocidad y el trato preferencial.

La No-Reciprocidad.—El otorgar a los países en desarrollo un sistema de ventajas sin contrapartida para los países en desarrollo que las otorgan, implica evidentemente una negación de la regla DO UT DES, y por lo tanto, de la reciprocidad que ha fundamentado las relaciones económicas internacionales. La reciprocidad se basa en la presunción de que el mundo es esencialmente homogéneo, compuesto por países con

igualdad y niveles de desarrollo económico comparables. Por lo tanto, la regla de la igualdad soberana debía producir todos sus efectos y conducir a un equilibrio entre las obligaciones de las partes.

Sin embargo, ya hemos visto como la "desigualdad de desarrollo" ha cuestionado y replanteado la igualdad formal del Derecho Internacional clásico. Para el DCI, un régimen de derecho para el comercio internacional, debía reconocer la diversidad de niveles de desarrollo y las diferencias existentes entre los sistemas económicos y sociales. La desigualdad económica debía ser combatida mediante una desigualdad jurídica.

El trato preferencial.—Aunque no es exclusivo del comercio internacional, es en esta área donde el trato preferencial ha ganado el mayor reconocimiento de los países desarrollados, aún cuando en un primer momento el Ar. 1 del GATT pretendía abolirlo (con la excepción de las preferencias ya existentes).

Para García-Amador, sin embargo, la presencia del Art. 1 del GATT no implicaba un conflicto entre el sistema de preferencias y cláusula de la nación más favorecida; el conflicto provenía de una forma pasada de moda y legalista de ver las cosas. Una concepción moderna y progresista de la Cláusula debía admitir la complementación por un trato arancelario diferente.

Introducción de la Parte IV del GATT.—El 26 de noviembre de 1964, las Partes Contratantes adoptan la IV del Acuerdo General. Este texto da la base legal y contractual a la acción de las partes contratantes en materia de desarrollo e instituye la dualidad de normas.

Se señalan tres aportes de gran importancia para el DCI:

- 1) El Art. XXXVI, párr. 8 da el reconocimiento jurídico en el GATT al principio de no-reciprocidad en las relaciones entre países en desarrollo y países subdesarrollados:

"Las partes contratantes desarrolladas no esperan reciprocidad para las disposiciones tomadas por ellas en las negociaciones comerciales para reducir o eliminar los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de las partes contratantes poco desarrolladas".

- 2) Sienta el principio de acción concertada en favor del comercio de los países en desarrollo, se da en dos formas:

- a. Acción Individual (Art. XXXVII) de los países en desarrollo para eliminar obstáculos a la importación de productos provenientes de los países en desarrollo.
- b. Acción Colectiva (Art. XXXVIII) de todas las partes contratantes para:
 - Concluir acuerdos para establecer mercados productos primarios interesantes para los países en desarrollo y facilitar acceso a mercados mundiales;
 - Examinar planes de desarrollo de países en desarrollo y otorgarles cooperación técnica;
 - Establecer la colaboración entre el GATT y las organizaciones internacionales, especialmente con la UNCTAD.

La Cláusula de Habilitación.—Como sabemos, el Tratamiento Preferencial y No Reciprocidad que fue introducido legalmente al sistema del GATT por medio de la Parte IV en 1964, no gozaba de un carácter permanente sino temporal. Y en la práctica, el tratamiento preferencial sólo fue admitido luego de la instauración del SGP y aplicado a países en desarrollo desde el Protocolo de 1971. Este tratamiento preferencial, siendo contrario a los principios fundamentalmente del Acuerdo General, sólo podía ser otorgado por medio de la derogación especial del Art. 1º, acordada por el GATT.

En la ronda de Tokio se produjeron importantes avances. A partir del 28-11-79, la Cláusula de Habilitación legaliza de pleno derecho este tratamiento:

"Sin perjuicio de las disposiciones del Art. 1º del GATT, las Partes Contratantes pueden conceder un trato diferente y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las demás Partes Contratantes".

Las preferencias así legalizadas se aplicaron a partir de entonces a los siguientes dominios:

- Las preferencias arancelarias otorgadas a los países en desarrollo en el marco del SGP;

- Las medidas no arancelarias regidas por los Códigos negociados bajo los auspicios del GATT;
- El tratamiento especial acordado a los países menos avanzados.

Finalmente, la base jurídica y el primer texto de la Ronda de Uruguay es la Declaración de Punta del Este del 20 de setiembre de 1986.

La declaración contiene diversas disposiciones que conciernen a los intereses de los países en desarrollo y a la Dualidad de Normas:

- a) En los principios generales de las negociaciones se confirma el de tratamiento diferenciado y más favorable y el de No Reciprocidad.
- b) Recuerda los alcances de la Cláusula Evolutiva, las partes menos desarrolladas tomarán "más plenamente su parte en el conjunto de derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General" a medida de su desarrollo progresivo de sus economías y de la mejora de su situación comercial.

Como veremos en este evento, tanto en la carta constitutiva de la OMC y en los Acuerdos que los conforman habrá una parte destinada a incorporar un trato preferencial y diferenciado a los países en desarrollo, materialización de la dualidad de normas.

IV. EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y EL NUEVO ORDEN TECNOLÓGICO INTERNACIONAL

4.1. Generalidades

La tecnología es otro de los ámbitos a los que el DCI dedica mayor atención. Es, sin duda, el comercio internacional el área en que el DCI ha logrado sus avances más notables, sin embargo, a raíz de la "Tercera Revolución Tecnológica", el tema del acceso a la tecnología se ha convertido en vital para el comercio internacional y, en general, un asunto cuyo tratamiento político y jurídico reviste el carácter de estratégico para la economía internacional de las próximas décadas.

En un sentido amplio se entiende como tecnología el conjunto ordenado de todos los conocimientos empleados en la producción, distribución, comercio y utilización de bienes y servicios. Por lo tanto, no sólo abarca los conocimientos científicos y técnicos fruto de la investi-

gación y desarrollo, sino también el producto de las actividades empíricas, tradicionales, de las habilidades manuales, de la intuición, etc.

4.2. América Latina y el desafío de la tercera revolución tecnológica

A partir de los años cincuenta, América Latina comenzó a desarrollar y madurar la idea de un desarrollo científico y tecnológico. El modelo económico se había sustentado hasta entonces en el crecimiento hacia afuera, impulsado por el auge de precios de productos primarios que acarreó la reconstrucción europea y la guerra de Corea. Luego, en los sesenta, se comienza a pensar en la industrialización como camino forzoso del desarrollo económico. Se estimaba que a partir de cierto grado, la industrialización se convertiría en una fuerza retroalimentaria, capaz de dinamizar al conjunto de la economía en un sentido de crecimiento y modernización. Esta industrialización sería también capaz de solucionar viejos problemas estructurales como el desempleo, el rezago tecnológico y el deterioro de los términos de intercambio.

El modelo de industrialización adoptado en muchos países del continente, incluido el Perú, se fundamentó en la sustitución de importaciones y la protección al mercado interno, es decir, un modelo de crecimiento "hacia adentro", en el que se privilegiaba la inversión industrial, aún en desmedro de las actividades primarias y el sector exportador.

El déficit tecnológico en América Latina.—Luego de tres decenios de crecimiento acelerado (entre 1960-1980 el PBI aumentó en promedio de 5.8% al año), la capacidad científica y tecnológica de América Latina ha sufrido un retroceso y en el mejor de los casos un estancamiento en los años ochenta. Esto resulta preocupante en un contexto en que el desarrollo científico y la innovación tecnológica se han convertido en factores determinantes de la competitividad internacional y el desarrollo social

La necesidad de promover un NOEI.—No hay indicios aparentes que las tendencias del desarrollo de la tecnología y la economía mundial vayan a reducir por sí solas la brecha entre el norte y el sur, todo parece indicar lo contrario. En este sentido, hacía falta promover un NOEI basado en la solidaridad internacional, que en el ámbito tecnológico asegure la difusión de las innovaciones científicas y técnicas para provecho común de la humanidad.

Por otro lado, hace falta avanzar con cautela en los procesos de apertura económica emprendidos recientemente por nuestros países. Es un hecho conocido que los procesos de apertura en forma precipitada y sin control tienden a favorecer el consumo en desmedro de la inversión, el predominio de las empresas transnacionales, el debilitamiento de la industria nacional y la inversión en áreas de alta rentabilidad, en detrimento de los proyectos a largo plazo. También puede favorecer la competencia desleal con prácticas de dumping.

Una reconversión industrial.—América Latina ha recibido el reto de generar empleo masivo, tarea que no resulta posible con la sola expansión de actividades industriales tradicionales, que son precisamente ahorrativas en mano de obra y altas en inversión por puesto de trabajo. Además, hemos visto como los costos de producción tiende cada vez más a depender de la información que de elementos energéticos y materiales. La informática es fundamental en la industria moderna; debido a ésta la producción en masa está siendo sustituida por la producción en bloques y el tema de la escala productiva vuelve a ser redefinida. La flexibilidad de los procesos productivos ha hecho propicia la hora para el auge de las pequeñas y medianas empresas con alta capacidad competitiva.

4.3. Principios del NOEI

El llamado Nuevo Orden Económico Internacional propugna ante todo el derecho de todo Estado a aprovechar los beneficios de la ciencia y la tecnología en sus legítimas aspiraciones de desarrollo. El DCI, instrumento jurídico para la construcción de este nuevo orden, ha sentado las bases del Nuevo Orden Tecnológico en tres resoluciones de la ONU:

- La Declaración sobre el Establecimiento de un NOEI ha sentado el siguiente principio:

“La facilitación a los países en desarrollo del acceso a los adelantos de la ciencia y la tecnología modernas, la promoción de la transmisión de la tecnología y la creación de una tecnología autóctona en beneficio de los países en desarrollo, en la forma y las modalidades que convenga a su economía.” Res. 3201 (s-vi, 1974, pár. 4p).

- El Programa de Acción sobre el establecimiento de un NOEI amplía algunos de los aspectos del principio anterior como la

necesidad de ajustar las prácticas sometidas que rigen las transmisiones de tecnología a las necesidades de dichos países y de evitar que se abuse de los derechos de los vendedores, también la necesidad de asistencia técnica a los países en desarrollo. Res. 3202 (s-vi, 1974, sección iv).

- La carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados donde el principio toma forma más concreta:

“Todo Estado tiene el derecho de aprovechar los avances y el desarrollo de la ciencia y la tecnología para acelerar su desarrollo económico y social.” Res. 3281 (XXXIX), 1974.

Se pueden agrupar en dos grandes formas de acción internacional en materia de transferencia de tecnología: la reformulación del derechos existente y la elaboración de nueva normatividad.

En materia de reformulación del derecho existente, el NOEI ha planteado la revisión del derecho internacional relativo a la propiedad industrial y el afinamiento de los contratos de transferencia. Se parte de la premisa que en el actual derecho positivo, el comercio de tecnología está sometido a un régimen jurídico que es objetivamente favorable a los países desarrollados.

En la formulación de nueva normatividad se trata de promover, a dos niveles, un nuevo derecho de la transferencia tecnológica. En el plano regional y nacional, donde las normas sobre transferencia tecnológica se articulan con las reglamentaciones sobre inversiones privadas y sociedades transnacionales; y en el plano mundial, se pretende instaurar una reglamentación universal mediante la fórmula del Código de Conducta, tema que será desarrollado en este Congreso.

V. EL DERECHO DEL COMERCIO INTERNACIONAL Y LOS CONTRATOS INTERNACIONAL

5.1. Adecuación de los contratos al NOEI

En el campo de los contratos internacionales vinculados al comercio, es difícil pretender aplicar la dualidad en el trato, sin embargo, sí es importante desarrollar un trato igual y justo, producto de un Derecho uniforme que garantice evitar contratos perjudiciales o leoninos para los exportadores de los países en desarrollo.

BIBLIOTECA
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

La aspiración máxima a un Derecho uniforme (en el plano normativo) del comercio internacional (en el plano de la materia regulada) tiende a superar la diversidad de los derechos nacionales (y el conflicto de ella derivado) en la regulación de relaciones jurídicas internacionales y la implantación de la ley del más fuerte en la negociación.

Pudiera decirse que surge así, paradójicamente, en el proceso "unificador", una creciente "diversidad" normativa, proyectada en el doble plano de la regulación de las relaciones internas, de una parte, y de las internacionales, de otra.

La especialidad de una relación jurídico-mercantil internacional no debe consistir en la exigencia de la determinación un Derecho nacional concreto, reclamado por las normas de conflicto, sino en su sumisión a un Derecho uniforme. De ahí que la nota de internacionalidad que califica a la relación jurídica sea la que determine su entrada en el ámbito de la regulación uniforme, más justa y equilibrada.

Tomemos el ejemplo clásico del contrato de compraventa. A la doble regulación -civil y mercantil- de este contrato, que se corresponde con el dualismo del Derecho nacional y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Viena, 1980). De esta manera, en el Derecho de la compraventa hay que distinguir ahora entre el aplicable a las compraventas internacionales y el aplicable a las internas y, dentro de éstas, entre las civiles y las mercantiles.

El ejemplo puede extenderse a la materia de letras de cambio y pagarés. La Convención de las Naciones Unidas de Nueva York, 1988, se aplica a las letras de cambio internacionales y los pagarés internacionales (art. 1), y establece los criterios para calificar así a estos títulos (situación en Estados diferentes de dos de los lugares indicados en la letra, que el artículo 2 de la Convención enumera). Quiere ello decir que, de entrar en vigor esta Convención, en los Estados partes existirá una regulación para las letras y los pagarés internacionales y otra para los no internacionales.

En materia de transporte marítimo de mercancías, el Convenio de las Naciones Unidas (Reglas de Hamburgo, 1978) se aplica a los contratos de transporte marítimo entre dos Estados diferentes y cuando concurra alguno de los requisitos enunciados en el artículo 2, cualquiera sea la nacionalidad del buque o las partes. Así, "las Reglas de Hamburgo sólo se aplicarán al transporte internacional de mercancías", sin perjuicio de que un Estado contratante pueda decidir que se apliquen también al nacional.

El dato de la internacionalidad del transporte es relevante, asimismo, para la aplicación del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el comercio internacional (Viena, 1991). Su artículo 1, c), define el "transporte internacional": "todo transporte respecto del cual consta, cuando el empresario se hace cargo de las mercaderías, que el lugar de partida y el lugar de destino se encuentran en dos Estados diferentes" y, sobre esta base, el artículo 2 traza el ámbito de aplicación del Convenio (cuando los servicios del empresario se presten respecto de mercaderías objeto de transporte internacional).

Bastan estos datos, tomados de Convenciones surgidas de los trabajos de UNCITRAL, para demostrar la prioritaria orientación de ésta a la creación de un Derecho (uniforme) del comercio internacional, distinto del aplicable a las relaciones, que, aún de la misma naturaleza jurídica (compraventa, letras, pagarés, transporte...) carezcan de la calificación de "internacionales". Al menos, esa es la conclusión que se deriva de la política de convenios mantenida por UNCITRAL, aunque, tras esta prioridad, existan otros instrumentos, más modestos, tendentes a la armonización o unificación de los Derechos internos (leyes modelo, por ej.). Se fomenta así un Derecho del Comercio Internacional, distinto de los Derechos Mercantiles nacionales, más que la armonización o unificación de estos.

Por otro lado, en los contratos de transferencia tecnológica se presentan como convenios de cooperación compleja, flexible y evolutiva, y se dan mecanismos de negociación donde los derechos y obligaciones de las partes son precisadas durante la ejecución. Además, muchos contratos llevan la etiqueta "para el desarrollo" e incluyen declaraciones de intención y de voluntarismo político de las partes.

Los nuevos contratos de transferencia tecnológica tienen cada vez más preámbulos señalando el espíritu de cooperación entre las partes. Generalmente en estos contratos, la empresa extranjera aparece como correspondiendo a la voluntad de desarrollo de los países en desarrollo, mediante la utilización de sus servicios en condiciones mutuamente ventajosas. Esto marca una diferencia con el pasado ya que los contratos clásicos no hacía referencia a alguna estrategia de desarrollo del país anfitrión, y al contrario organizaban una casi extraterritorialidad de la inversión extranjera.

5.2. *La privatización y sus aspectos jurídicos*

Dentro del proceso de apertura de nuestras economías en el NOEI se está dando la figura de la privatización, por lo que el DCI debería abordar su tratamiento jurídico a fin de que se inspire en la "dualidad de normas", teniendo en cuenta las condiciones especiales que ello implica para nuestras economías, o en todo caso, en un trato uniforme y justo.

Sin agotar el tema es importante señalar algunas características comunes en los aspectos jurídicos de la privatización.

a) *Consideraciones generales*

"Privatización" es un término muy extendido por el que se entiende el proceso por el cual se traspasan empresas estatales a particulares mediante contratos de distintos tipos. "Contratos de privatización" se entiende el contrato mediante el cual se traspasa la propiedad de una empresa estatal a un particular.

Los objetivos de la privatización son, por ejemplo, orientar la economía nacional en mayor medida hacia el mercado, reducir la influencia del Estado en las empresas, fomentar la creación de una clase empresarial que administren sus empresas como negocios comerciales, introducir o ampliar entre la población la propiedad privada de acciones de empresas, incrementar la eficiencia en la utilización de los recursos de las empresas, obtener réditos para el gobierno y reducir la deuda política.

El proceso de privatización se ha iniciado en muchos Estados de distintas regiones geográficas y con diferentes niveles de desarrollo industrial.

b) *Necesidad de una legislación armonizada*

Para que un programa de privatización sea fructífero, es preciso que el Estado disponga de leyes e instituciones adecuadas que permitan y protejan la propiedad individual y colectiva de bienes comerciales, que inspiren confianza a los posibles inversionistas nacionales y extranjeros y que constituyan un régimen jurídico armonizado para la realización de actividades comerciales de empresas privadas.

Las leyes e instituciones necesarias suelen referirse a diversas cuestiones como: propiedad y transferencia de bienes comerciales inmuebles;

prerrogativas del Estado para determinar la utilización del suelo; protección del medio ambiente; tipos sociedad y su formación, organización y responsabilidad limitada; restitución de los bienes nacionalizados a sus antiguos propietarios.

En algunas esferas jurídicas recién mencionadas existen ya textos jurídicos internacionales armonizados. En otras esferas, se utilizan leyes nacionales como modelos.

c) *Cláusulas modelo en los contratos de privatización*

Un factor que caracteriza a menudo las negociaciones para la celebración de un contrato de privatización es que el Estado debe guiarse no sólo por criterios comerciales sino también por objetivos del gobierno en materia social, industrial o de empleo. A causa de estos objetivos puede optarse por transferir una empresa a una parte que no ofrezca las mejores condiciones financieras, pero que, por ejemplo, se comprometa a mantener el nivel de empleo existente. De allí las cláusulas que se recomiendan:

Cláusula de empleo

Los contratos de privatización deben estipular el número y la estructura de los empleos a plena jornada que el adquirente acuerda mantener durante un determinado período. Esta cláusula puede incluirse en el contrato a cambio de un precio inferior al inicial, basado en el valor estimado de la empresa.

Cláusula de inversión

El adquirente debiera comprometerse a invertir en la empresa. Estos compromisos suelen referirse a inversiones monetarias y especifican la cuantía de la inversión y el período durante el cual esta cantidad debe permanecer invertida.

Cláusula de revaloración de bienes inmuebles

En algunos casos, en particular cuando resulta difícil estimar el valor de los inmuebles o cuando se prevé una fase de extraordinaria inestabilidad en el mercado inmobiliario, el contrato puede contener una cláusula en virtud de la cual el Estado debe beneficiarse de un incremento del valor de los bienes inmuebles si este incremento se produce

durante el período convenido. Este tipo de cláusula puede aplicarse sólo al terreno o también a algunos de los edificios.

La formulación de estas Cláusulas tipo sin duda coadyuvarán a llevar a la práctica los principios del Derecho del Comercio Internacional.

5.3. *La transferencia electrónica de datos y el comercio sin papeles*

Como consecuencia del uso del EDI (Intercambio Electrónico de Datos) la profesora Amelia Boss señala dos efectos en las relaciones comerciales y retos en el Derecho del Comercio Internacional para facilitar el comercio y sustentarlos en los principios enunciados.

1. El uso del EDI está cambiando la forma de negociar y cerrar contratos. Se debe reorganizar la empresa y la relación entre los socios. La computadora vigila las necesidades de inventario y dar orden electrónica de compra. Pueden, pues, celebrarse contratos por sí misma. De hecho las fronteras entre las computadoras del suministrador y el cliente se han vencido, y allí se realizan las transacciones.

¿Cuál es la naturaleza de estas transacciones? ¿Son válidas?

2. Antes el teléfono y télex se limitaban a desplazar el mensaje. Hoy se da un nuevo tipo de servicios: traducción de formatos, notificaciones, desarrollo de bases de datos y formación de contratos con una infraestructura a nivel internacional.

¿Cuál es la naturaleza del derecho de propiedad de estos servicios y cómo protegerlos?

El tema está en ver cómo integrar el comercio electrónico en el marco jurídico internacional. Reto distinto al de la venta, transporte y financiamiento de bienes, donde las normas jurídicas de cada país venían según sean sistemas romanos o del common law. Este es un reto para armonizar. En este caso, el elemento común es distinto, pues ni un solo país ha regulado el comercio electrónico: será un enfoque común, para establecer un entendimiento y regulación comunes, luego es una excelente oportunidad de crear un marco jurídico internacional nuevo.

De allí que es importante comentar el esfuerzo de UNCITRAL que viene elaborando reglas jurídicas uniformes sobre la utilización del EDI en el comercio internacional, cuyos alcances básicos son los siguientes:

Ambito de aplicación.—La definición del EDI puede ser estricta, que comprenda sólo la comunicación a través de redes cerradas; u otra cuya amplitud puede comprender la totalidad de los que se conoce como comercio internacional electrónico. En el artículo 1 de las Reglas se establece que “serán aplicables a la información comercial y administrativa en forma de grabación y mensaje de datos”.

Exigencia obligatoria de un escrito sobre un papel.—Es una traba al desarrollo del comercio electrónico. En la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se sigue exigiendo un escrito para determinados actos jurídicos. En el ámbito internacional, por ejemplo, en las convenciones de transporte y en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros.

Conviene, pero no es posible en nuestros días, eliminar la exigencia obligatoria del escrito. Lo anterior debido a la cultura del documento escrito y a la circunstancia de que en algunos países en desarrollo aún no se puede aprovechar las ventajas de los adelantos tecnológicos correspondientes. Por lo que se piensa ampliar la noción de “escrito” a fin de abarcar las técnicas de EDI.

Es recomendable declarar la validez de la definición contractual del escrito; sin olvidar que tal definición no puede servir para determinar los derechos y obligaciones de terceros.

Así se establece en el Art. 6 de las Reglas:

“Artículo 6. *Equivalente funcional de “escrito”.* Para los efectos de cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas que, expresa o implícitamente, requiera que ciertas informaciones se hagan constar o sean presentadas por escrito, o dependan de la existencia de un escrito, las informaciones en forma de grabación mensaje de datos cumplirán ese requisito cuando:

- a) se puedan reproducir en alguna forma visible e inteligible, legible o interpretable; y
- b) se puedan conservar en forma de grabación.”

Los problemas relativos a la prueba.—Son de varias clases: (i) admisibilidad y presentación, (ii) valor probatorio, y (iii) carga de la prueba.

En general será bastante difícil establecer un régimen legal uniforme y detallado del valor probatorio de los registros que emanen de

mensajes EDI. Sin embargo, en las Reglas ya se abordó en el Art. 9 al señalarse que "en todo proceso judicial, no se dará aplicación alguna a las reglas de la prueba que sean óbice para la admisión como prueba de grabaciones o mensajes de datos:

- a) por la sola razón de que se trata de grabaciones o mensajes de datos; o
- b) si es la mejor prueba que cabría esperar razonablemente que obtuviera la persona que la aporta, por la sola razón de que no se trata de un documento original."

Exigencia de un original.—Son variadas las instancias en las que se exige la presentación de un original. La práctica de la desmaterialización en el comercio electrónico, consiste en destruir el mensaje original cifrado. El original no es absolutamente necesario; por ejemplo, en los mercados de valores bursátiles ya se prescinde del original.

La finalidad del original es: (i) acreditar la titularidad de un derecho, (ii) la obtención de una garantía prendaria mediante el depósito de un título-valor, (iii) la transferencia de títulos-valores, y (iv) cumplir con determinados requisitos legales y administrativos.

Cualquier solución que se adopte, debe exigir la conservación de los datos de manera análoga a como lo sugiere el artículo 8 de las Reglas que establecen: "Debe ser requerido por cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, que ciertas informaciones se presenten en su forma original, se dará por cumplido ese requisito con la presentación de la grabación o el mensaje de datos o en forma de una impresión de esa grabación o ese mensaje de datos.

Firma y autenticación.—Las funciones de la firma, tradicionalmente, han sido indicar cuál es la fuente del documento y que la parte autenticadora aprueba su contenido. En el contexto electrónico esto se puede lograr mediante la autenticación y la firma digital. Estas soluciones ya se conocen a nivel de las Reglas que en su Art. 7 señalan:

"De ser requerido por cualquier norma, costumbre o práctica jurídicas, expresa o implícitamente, que una información esté firmada, se dará por cumplido ese requisito cuando: se haya convenido entre el expedidor y el destinatario de la grabación o el mensaje de datos, un método de autenticación que indique quién ha creado la grabación o el mensaje de datos y que esa persona ha aprobado la información que contienen, y se haya utilizado ese método."

En cuanto a perfeccionamiento del contrato, las Reglas en su Art. 12 disponen que "salvo acuerdo en contrario de las partes, la oferta y la aceptación de la oferta podrán expresarse por medio de grabaciones o mensajes de datos. Cuando un contrato se perfeccione por medio de grabaciones o mensajes de datos, no se le denegará validez o exigibilidad por la sola razón de que se haya celebrado por esos medios.

El contrato celebrado mediante grabaciones o mensajes de datos se perfeccionará en el momento y en el lugar en que el destinatario reciba o se entienda que ha recibido la grabación o el mensaje de datos que entrañe la aceptación de una oferta.

Responsabilidad.—Las cuestiones relativas a la responsabilidad, del expedidor, del receptor y de la red transmisora de los mensajes, se contemplan como otro campo de estudio en la elaboración de las normas jurídicas proyectadas, que se encuentran en preparación de las Reglas.

Negociabilidad.—La elaboración de un régimen que permita el ejercicio y la negociabilidad de derechos, cuya función ha cumplido hasta ahora los títulos negociables, puede consistir un proyecto independiente. En esta materia son de tomarse en cuenta, de modo principal, los proyectos que se han elaborado en materia de transporte de mercancías y lo contenido en las Reglas CCI sobre INCOTERMS y crédito documentario.

Sin duda, el DCI amplía sus bases y en este caso, no es necesario señalar "dualidad de normas" toda vez que estamos ante un campo nuevo, donde las reglas deberán ser uniformes, pero obligatorias en función del nivel de desarrollo electrónico de cada país, por ello las normas deben ser facultativas, dependiendo de la voluntad de las partes.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- 1) La noción clásica de la "igualdad soberana" implicaba una vieja tendencia hacia la personalización de los Estados y una constatación pasiva o neutra de la desigualdad entre las naciones. El DCI aporta un nuevo desarrollo al principio y acuña las nociones de "igualdad de desarrollo" y "soberanía económica".
- 2) El DCI impregna sus postulados jurídicos de una justicia distributiva basada en el principio de solidaridad, la que se manifiesta en el trato diferenciado según los grados de desarrollo. La justicia con-

mutativa de equivalencia de prestaciones (Do ut Des) no era suficiente para generar un orden más justo, la justicia del DCI exige necesariamente un trato desigual para los desiguales.

- 3) La teoría de las ventajas comparativas y el libre cambio tienen efectividad positiva en el desarrollo sólo cuando los participantes tienen un poder equivalente, un poder similar o cuando las relaciones de dominación están reducidas al máximo.
- 4) El formalismo la Cláusula de la Nación más Favorecida ha evolucionado hasta el punto que hoy, la "no reciprocidad" y el "trato preferencial" en favor de los PED, son parte del sistema legal del GATT.
- 5) La dualidad de normas se ha incorporado en los nuevos textos, producto de la Ronda de Uruguay.
- 6) El NOEI defiende el derecho de todo Estado a aprovechar los beneficios de la ciencia y la tecnología. El DCI se preocupa, no sólo del reconocimiento de este derecho, sino también, de los medios que permiten ejercerlo.
- 7) La construcción de un nuevo orden también exige una renovación de fórmulas contractuales. El DCI ha notado una clara tendencia en muchos contratos internacionales y de transfieren tecnología a prescindir del Do ut Des, a impregnarlos de un sistema uniforme, justo y equitativo.
- 8) En cuanto a la privatización lo más conveniente es que el Estado interesado adopte textos de leyes y cláusulas armonizados internacionalmente. Los textos internacionales tienden a ser más modernos y a estar mejor adaptados a las necesidades del comercio internacional; además, las leyes y cláusulas armonizadas facilitan el comercio con un mayor número de países. En este sentido debemos instar a las organizaciones internacionales que prestan asistencia técnica a los funcionarios legislativos competentes a adoptar con conocimiento de causa de decisiones sobre la aplicación de textos jurídicos y cláusulas armonizadas en sus contratos de privatización.
- 9) La validez jurídica de la transferencia electrónica constituye una realidad, que el DCI debe enfrentar y que nos conducirá sin duda a una perspectiva donde los sistemas electrónicos recogidos en convenciones internacionales regularán el comercio en el siglo XXI, que será el siglo del comercio sin papeles, pero que sobre la base de los principios del DCI aquí enunciados debe también ser el siglo del comercio justo y equitativo.

DOCUMENTO-HOMENAJE (*)

DON EDUARDO ORTIZ ORTIZ: FACETAS (Homenaje a su memoria)

Dr. Víctor Pérez Vargas

Queridos colegas:

Aceptar hacer una semblanza de don Eduardo Ortiz, como la que me ha pedido mi amigo el Dr. Francisco Morera, ardua tarea para un privatista; más cuando el reto es frente a los grandes publicistas del país aquí presentes. Hacer un bosquejo biográfico apropiado de don Eduardo está fuera de mis alcances. Muchos de ustedes podrían dar mejor testimonio que yo del valor excepcional de su personalidad, especialmente los que fueron sus pupilos en el Derecho Público y los que, como don Rodolfo Piza, don Guido Loría y otros presentes, compartieron sus días de estudiante.

Sin embargo, con gusto he aceptado la invitación porque conservo siempre un grato recuerdo de su persona y siento un permanente agradecimiento hacia el maestro de Derecho costarricense de nuestros tiempos, a quien los aquí presentes tuvimos la dicha de conocer.

Exponer una alocución como ésta, quién era don Eduardo, es sencillamente imposible. La suya no era una personalidad simple, sino compuesta de innumerables **facetas**.

Del diamante no vemos el carbón sublimado de su interior, sino los destellos y reflejos de sus **facetas**.

Don Eduardo tuvo muchos de los rasgos del poliedro cristalizado en su humanidad **polifacética**: nada corriente, maduración constante, firmeza y fortaleza.

Del diamante don Eduardo tuvo la transparencia y translucidez para permitirnos ver, a través de su pensamiento, por vez primera su for-

(*) Homenaje del *Colegio de Abogados* a don Eduardo Ortiz Ortiz el 27 de noviembre de 1995, cuando se bautizó la Dirección Académica del *Colegio* con el nombre de este destacado jurista costarricense.