

340

**R**

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA  
FACULTAD DE DERECHO

COLEGIO DE ABOGADOS

**REVISTA**  
**de**  
**CIENCIAS JURIDICAS**  
**87**



SAN JOSE, COSTA RICA  
MAYO - AGOSTO  
1998



**JUNTA DIRECTIVA  
COLEGIO DE ABOGADOS**

**1998**

**Presidente:**

**Lic. Juan José Delgado Zúñiga**

**Vicepresidente:**

**Lic. Marco Antonio Jiménez Carmiol**

**Secretario:**

**Lic. Luis Alberto Guillén Downing**

**Prosecretario:**

**Lic. Paulo André Alonso Soto**

**Tesorero:**

**Lic. Gastón Peralta Volio**

**Fiscal:**

**Lic. Giovanni Varela Dijeres**

**Vocal 1:**

**Licda. Luz María Bolaños Arias**

**Vocal 2:**

**Lic. Hubert May Cantillano**

**Vocal 3:**

**Lic. Joaquín Picado González**

**Vocal 4:**

**Licda. Eugenia Arias Solé**

**Vocal 5:**

**Julio César Mesén Montoya**

**AUTORIDADES  
UNIVERSITARIAS**

**Rector:**

**Dr. Gabriel Macaya Trejos**

**Director Consejo Universitario:**

**Ing. Roberto Trejos Dent**

**Vice-Rector de Docencia:**

**Dr. Luis Camacho Naranjo**

**Vice-Rectora de Investigación:**

**Dra. Yamileth González García**

**Vice-Rectora de Acción Social:**

**Dra. Leda Muñoz García**

**Vice-Rectora de Vida Estudiantil:**

**Dra. Ligia Bolaños Varela**

**Vice-Rector de Administración:**

**Dr. Ramiro Barrantes Mesén**

**Decana Facultad de Derecho:**

**Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo**

**Vice-Decano Facultad de Derecho:**

**Dr. Luis Baudrit Carrillo**

**Directora Instituto de Investigaciones Jurídicas:**

**Dra. Ligia Roxana Sánchez Boza**

**Decana Sistema de Estudios de Posgrado:**

**Dra. María Pérez Yglesias**

**Coordinador de la Comisión Editorial:**

**Ing. Mario Murillo Rodríguez**

## PRESENTACION

En este número de la revista se publican ensayos sobre las materias de Derecho Internacional, Ambiental, Económico Internacional, Administrativo, Penal e Institucional.

Asimismo, se publican reseñas bibliográficas acerca de valiosos libros jurídicos.

*El director y editor*

# LA VALORACION DE BIENES NACIONALIZADOS POR UNA JURISDICCION INTERNACIONAL

*Prof. Edgar Nassar Guier* (°)  
Abogado costarricense

---

Calle 21. De Matute Gómez 75 metros al Sur, casa # 1090.  
Tel. 257-6783 - Fax 257-6766.

## **SUMARIO:**

### Introducción

- I. EL ESTANDAR DE REPARACION ADOPTADO POR EL TRIBUNAL
  - A. La determinación del estándar y su fundamento legal
  - B. El efecto de la legalidad o ilegalidad de la expropiación en la determinación del estándar de reparación
  
- II. LA DETERMINACION DE LA INDEMNIZACION
  - A. El contexto económico de la expropiación
  - B. La naturaleza económica de los bienes expropiados
  - C. Los métodos de valoración de los bienes expropiados

### Conclusión

### Bibliografía

## INTRODUCCION

El Gobierno costarricense ha adoptado la política de someter a tribunales arbitrales internacionales los litigios que lo oponen a los ciudadanos y empresas estadounidenses expropiadas. Básicamente lo que está en disputa en estos casos no es la legalidad o ilegalidad de las expropiaciones, sino el monto de la indemnización que debe ser cancelada por el Estado costarricense. Si bien los criterios legales que se utilicen en la valoración de los bienes expropiados podrán variar según lo que disponga la cláusula de derecho aplicable que contenga el compromiso arbitral, los precedentes jurisprudenciales permiten suponer que los principios jurídicos internacionales en la materia serán aplicados de manera principal o accesoria.

Teniendo en cuenta la observación anterior, las decisiones en materia de expropiaciones rendidas por el Tribunal de Reclamaciones Iraní-estadounidense, resultan particularmente ilustrativas de aplicación por parte de una jurisdicción internacional de los principios aplicables a la determinación de la indemnización.

El Tribunal de Reclamaciones Iraní-americanas fue instaurado por los "Acuerdos de Argel" del 19 de enero de 1981, suscritos entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América para poner fin a la crisis de los rehenes de la embajada norteamericana en Teherán. A este Tribunal se le ha encargado el conocimiento de los numerosos diferendos jurídicos entre ambos países surgidos como consecuencia de la Revolución Islámica. Su sede fue ubicada en La Haya, Holanda, y consta de tres cámaras integradas cada una por tres árbitros. En virtud de los lazos estrechos que existieron entre los dos países en el período anterior a la Revolución Islámica, las reclamaciones presentadas ante el Tribunal han sido muy diversas, generándose una vasta jurisprudencia en los más variados dominios jurídicos internacionales. Con ocasión de los litigios ligados a las expropiaciones realizadas por el gobierno iraní sobre bienes propiedad de ciudadanos estadounidenses, el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre una serie de aspectos controversiales del derecho internacional de las expropiaciones.

En este sentido, el Tribunal estimó que si bien el derecho internacional tiene por lícita una expropiación realizada por razones de interés público sobre bienes pertenecientes a un extranjero, también reconoció a este último su derecho a recibir una indemnización por la propiedad expropiada.

El problema específico que abordaremos en el presente estudio es, precisamente, la manera como las diferentes Cámaras que conforman el Tribunal han abordado el problema de la determinación del *quatum* de

la indemnización que debe pagarse por los daños sufridos por las personas físicas o jurídicas norteamericanas afectadas por las medidas de expropiación tomadas por el gobierno de la República Islámica. Lo anterior implica el examen de una serie de problemas específicos: en una primera parte, analizaremos el criterio o estándar de la indemnización que ha sido adoptado por el Tribunal (I), lo que a su vez nos conduce a examinar, por un lado, el problema de su escogencia y de su fundamento legal (A), y por otro lado, el de los efectos que la calificación de la expropiación como legal o ilegal tienen sobre el estándar aplicable a la indemnización (B). Posteriormente, en una segunda parte, abordaremos la valoración de los datos (II), operación que implica la toma en consideración del contexto económico general en el cual la expropiación tuvo lugar (A), la naturaleza económica de los bienes expropiados (B) y los métodos de valoración de los cuales se vale el Tribunal para fijar el monto de la reparación (C).

Para el examen de cada uno de estos aspectos, se hará uso de las decisiones que han sido adoptadas por el Tribunal en los diferentes casos de expropiaciones, y en particular, las operadas sobre sociedades mercantiles. Intentaremos establecer la existencia o no de lineamientos generales en las soluciones, que nos ayuden, a su vez, a determinar nuevas orientaciones en el derecho internacional de las expropiaciones.

Podemos deplorar la insuficiencia de consideraciones jurídicas en la mayor parte de las decisiones examinadas, los cuales se fundan frecuentemente sobre la consideración de los aspectos puramente fácticos del caso examinado, sin entrar a examinar los principios jurídicos en que se apoyan. Esta circunstancia nos ha obligado a recurrir a las opiniones individuales de los integrantes del Tribunal, en la medida que nos aclaran el contenido de las decisiones.

## **I. EL ESTANDAR DE REPARACION ADOPTADO POR EL TRIBUNAL**

Desde un punto de vista teórico, pueden señalarse dos clases de reparaciones en derecho internacional público: la *restitutio in integrum* y la indemnización. A pesar de que la primera es la modalidad de principio,<sup>(1)</sup> las decisiones del Tribunal se han limitado a otorgar una

---

(1) En el caso de la "Fábrica de Chorzow" la Corte Permanente de Justicia Internacional declaró: "El principio esencial es que la reparación debe en lo posible borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado que habría existido según todas las apariencias si el dicho acto no

indemnización equivalente al valor de los bienes expropiados. La *restitutio in integrum* no ha sido discutida por la sencilla razón de que el Tribunal no cuenta con los mecanismos para ordenar reparaciones de esta naturaleza, sino que tiene a su disposición una cuenta de seguridad, según lo dispuesto en los Acuerdos de Argel, que es alimentada por ambos estados, y cuyos fondos sirven para satisfacer las indemnizaciones otorgadas.

Como paso previo a la fijación de los montos de la indemnización, el Tribunal se ha pronunciado sobre si ésta debería ser parcial o total, es decir, sobre el criterio o estándar que requería aplicarse para su determinación. A continuación analizaremos el estándar adoptado por el Tribunal, su fundamento legal, y los efectos que la calificación sobre la legalidad internacional de la expropiación puede tener sobre éste.

## A. LA ADOPCION DE UN ESTANDAR DE REPARACION Y SU FUNDAMENTO LEGAL

La adopción en las decisiones de un estándar de indemnización único, a saber, el de la "indemnización integral, pronta y efectiva"<sup>(2)</sup> o, mejor conocido por su denominación en inglés como "*full compensation*" no se tradujo en un acuerdo sobre su fundamento legal ni sobre su implementación. Tal como veremos a continuación, el Tribunal fundamentó esta selección en fuentes convencionales o en fuentes consuetudinarias, identificando en la mayoría de la decisiones el estándar previsto convencionalmente con la regla de derecho internacional general.

---

hubiera sido cometido" (Decisión No. 13, 13 septiembre 1928, Serie A, No. 17, p. 47). Los tribunales arbitrales *ad hoc* han estado divididos en cuanto a las soluciones sobre el particular. Basta analizar las conclusiones divergentes a las que llegaron los diferentes árbitros que conocieron las expropiaciones libias, para constatar que no hay una regla definitiva al respecto. Mientras que en el caso "*B.P. Exploration Co, v/ Libia*", el árbitro Largengren desechó la *restitutio in integrum* por considerarla, impracticable, en el caso "*Texaco-Calasiatic v/ Libya*" el árbitro Dupuy la acogió fundándose en numerosos precedentes jurisprudenciales.

(2) Fórmula empleada por Cordell Hull, Secretario de Estado norteamericano en su nota del 3 de abril de 1940 al embajador mexicano en Washington, donde expresa la posición del gobierno norteamericano respecto a las expropiaciones (*doctrina Hull*).

## 1. El estándar previsto en el Tratado de Amistad

Las partes iraníes alegaron ante el Tribunal en múltiples ocasiones que el Tratado de Amistad con los Estados Unidos estaba caduco, y que por lo tanto carecía de efectos respecto a los hechos ocurridos entre 1978 y 1980. Sin embargo, el Tribunal adoptara el criterio sostenido por la Corte Internacional de Justicia (C.I.J.) en el caso del “Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos en Teherán” de 1980, en el cual estimó que dicho convenio internacional se encontraba en vigor en el mes de noviembre de 1979, es decir en el momento de producirse la Revolución Islámica.

El párrafo 3 del artículo 4 del Tratado de Amistad Iraní-estadounidense del 15 de agosto de 1955 disponía:

“Property of national and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than required by International Law. Such property shall not be taken without the prompt payment of the just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the *full equivalent* of the property taken, and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and payment thereof”.<sup>(3)</sup>

Las decisiones del Tribunal que tratan sobre expropiaciones manifestarán una evolución en la interpretación dada a esta cláusula de protección de inversiones, tal como veremos a continuación.

## 2. El recurso al derecho internacional consuetudinario para la determinación del estándar de la reparación

En los tres primeros casos sobre expropiaciones conocidos,<sup>(4)</sup> el Tribunal no tomó posición alguna respecto del Tratado de Amistad,

---

(3) Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 284, p. 115.

(4) Esos casos son: “*Tippets Abbet, Mc Carthy, Tratten c/ Tams and AFFA*”, Iran-U.S. Claims Tribunal Report, 1984/II, vol. 6, p. 219 ss; “*American International Group c/ Iran*”, 1984/I., col. 23, p. 1ss; “*Starret Housing Corp. c/ Iran*”. Iran-US C.T.R., 1983/III, vol. 4, p. 122 ss.

recurriendo al derecho internacional consuetudinario para determinar el estándar de indemnización que se aplicaría:

"El requiriente es titular en virtud del derecho internacional y de los principios generales de derecho a una indemnización por el valor integral (*full value*) de la propiedad de la cual fue despojado".<sup>(5)</sup>

Habrá que esperar el laudo rendido en el caso "Sea Land Service Inc. v./ Iran" para que el Tribunal mencione el Tratado de Amistad, asimilando el contenido de la cláusula en materia de tratamiento de inversiones extranjeras con la regla de derecho internacional consuetudinario:

"No hay nada en el artículo II o en el artículo IV del Tratado que extienda la responsabilidad internacional del Estado más allá de la categoría de actos reconocidos por el derecho internacional como al origen de la responsabilidad por una expropiación; el concepto de expropiación es el mismo en el Tratado que en el derecho internacional...".<sup>(6)</sup>

En la decisión rendida en el caso "I.N.A. v/ Irán", *unobiter dictum* afirma que el derecho internacional consuetudinario era diferente al derecho convencional aplicable en el caso en examen:

"En el evento de una nacionalización a gran escala de carácter lícita el derecho internacional ha sufrido una gradual revaluación, que ha tenido como consecuencia la disminución del valor doctrinal de cualquier estándar de indemnización integral como se ha pretendido en este caso".<sup>(7)</sup>

(5) "Tippets...", op. cit., p. 225.

(6) "Sea Land Service Inc. v/ Iran", Iran-US CTR, 1984/II, p. 168.

(7) "INA Corp. v/ Iran", Iran-US CTR, 1985/I, p. 380.

Este *dictum* va a provocar que los integrantes de la Cámara se pronuncien con respecto del estándar de la indemnización en derecho internacional consuetudinario en sus "opiniones individuales". Así, por un lado, el árbitro Lagergren, Presidente de la Cámara I, considera la doctrina Hull como superada, estimando que la regla de derecho internacional general establece un estándar de indemnización parcial, que él denomina "indemnización apropiada" (*appropriate compensation*):

"El principio de "*indemnización apropiada*", que toma en consideración todas las circunstancias relevantes, ha ciertamente encontrado considerable apoyo en comentarios recientes y pareciera ser actualmente considerado como el estándar legal correcto, al menos en los casos surgidos de nacionalizaciones a larga escala de empresas comerciales de importancia fundamental para la economía de la nación, materia en la cual el *estándar Hull* parece inadecuado".<sup>(8)</sup>

Por otro lado, el árbitro norteamericano Holtzman se pronunciará de una manera diferente, estimando que el estándar de indemnización integral refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario. Agrega que, en un mundo económicamente interdependiente, el derecho internacional debe estar dirigido a promover la inversión disminuyendo los riesgos a los cuales está expuesta.<sup>(9)</sup>

En el caso "SEDCO Inc. v/ N.I.O.C. and Iran", la National Iranian Oil Co., alegó que la aplicación del Tratado de Amistad a la expropiación que se examinaba era improcedente, y que en caso de que el Tribunal tuviere un criterio contrario, debería interpretar el artículo 4 par. 2 como operando un renvío al derecho internacional consuetudinario contemporáneo, el cual, según la compañía demandada, no exigía más que el pago de una indemnización parcial que debía:

---

(8) Ibid., p. 388. De manera similar las "Guidelines on the treatment of foreign direct investment" adoptadas por el Comité de Desarrollo del Banco Mundial en 1992 (ILM (1982), vol. 31, p. 1363-1384) optan por proponer que la indemnización debe ser "apropiada", lo que conlleva que la misma sea "adecuada, efectiva y pronta".

(9) Ibid., p. 401.

“...ser calculada a la luz de todas las circunstancias del caso, y estimado su monto de conformidad con el principio de enriquecimiento sin causa (*unjust enrichment*).<sup>(10)</sup>”

En la decisión rendida en este caso,<sup>(11)</sup> el Tribunal reconoce, por una parte, que las afirmaciones sobre el estado actual del derecho consuetudinario sobre este particular son difíciles de sustentar en virtud del cuestionable valor probatorio de la mayor parte de la práctica interestatal disponible, en particular de los “acuerdos uniformes de indemnización” (*lump sum agreements*), y de los tratados bilaterales de protección de las inversiones.<sup>(12)</sup> Por otra parte, apoyándose en la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la jurisprudencia internacional y la doctrina moderna, el Tribunal considerará que ante un caso como el que se examinaba debía otorgarse una indemnización integral por la propiedad expropiada. El Tribunal no se pronunció sobre el estándar que se aplicaría en los casos de nacionalizaciones a gran escala.

En la decisión “*Sola Tiles Inc. v. Iran*”; bien que las partes no habían hecho mención alguna del Tratado de Amistad, la Cámara I decidirá de conformidad con éste y con el derecho consuetudinario, adoptando el estándar de la reparación integral.<sup>(13)</sup> No obstante, la Cámara I subrayará la tendencia contemporánea de utilizar el término “apropiado” para calificar el estándar de la indemnización en derecho internacional general. Esta fórmula busca que todas las circunstancias

(10) “*SEDCO Inc. v/ N.I.O.C. and Iran*”, I.L.M., 1996/III, p. 632. La teoría del enriquecimiento sin causa había sido anteriormente adoptada por el Tribunal en “*Sea Land Service Inc. v/ Iran*”. Contra la adopción de esta teoría se pronuncia el profesor SEILDHOHENVERDERN en “*L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux*”, A.F.D.I., 1987, p. 21 quien estima que: “...es la pérdida sufrida por el inversionista y no el enriquecimiento del Estado lo que determina el monto de los daños”.

(11) “*SEDCO*”, op. cit., p. 362.

(12) La Corte Internacional de Justicia se pronunció de manera similar en el caso del “*Barcelona Iraction*” entre España y Bélgica (*Recueil des arrêts et avis consultatifs*, 1970, p. 40). Ver también laudo rendido en el arbitraje *Kuwait v/ American Independent Oil Company*, (AMINOIL) ILM (1982), vol. 21, p. 976, párr. 157.

(13) “*Sola Tiles Inc. v/ Iran*”, Iran-US CTR, 1987/I, p. 234.

relevantes sean tomadas en consideración en un caso dado, lo que no excluye que una indemnización "integral" pueda ser "apropiada", según lo ha revelado la práctica judicial y arbitral, a juicio del Tribunal.<sup>(14)</sup>

### 3. La aplicación del estándar del Tratado como *lex specialis*

En la decisión rendida en el caso "INA", donde la parte iraní no había impugnado la aplicación del Tratado de Amistad, que el Tribunal va a separarse del derecho internacional consuetudinario y aplicará el estándar de *full compensation* en tanto que *lex specialis*:

"...para los efectos de este caso nos encontramos en presencia de una *lex specialis*, en la forma de un Tratado de Amistad, que en principio prevalece sobre las normas generales".<sup>(15)</sup>

El Tribunal interpretó que la expresión "the full equivalent of the property taken":

"...da derecho al reclamante a percibir una indemnización igual al justo valor de mercado (*fair market value*) de sus acciones...".<sup>(16)</sup>

Posteriormente, el Tribunal agrega que el "justo valor de mercado" (*fair market value*) puede ser definido como:

"...el monto que un comprador de buena fe hubiera pagado a un vendedor de buena fe por las acciones de una empresa en buen funcionamiento".<sup>(17)</sup>

En las decisiones "Phelps Dodges Corp. v/ Iran", "Payne v/Iran" y "AMOCO International Finance Corp. v/ Iran", el Tribunal adoptó el

---

(14) Ibid., p. 326.

(15) "INA", op. cit., p. 378.

(16) Ibid., p. 378.

(17) Ibid., p. 379.

estándar de indemnización integral, previsto en el Tratado de Amistad, sin entrar a discutir el contenido del derecho internacional consuetudinario, por ser el Tratado, a juicio del Tribunal, claramente aplicable en el momento en que ocurrió la expropiación.

## **LA RELEVANCIA DE LA LEGALIDAD O ILEGALIDAD DE LA EXPROPIACION EN LA DETERMINACION DEL ESTANDAR DE LA REPARACION APLICABLE**

Con excepción de dos decisiones, el Tribunal ha estimado como irrelevante para el cálculo de la indemnización la legalidad o ilegalidad de la expropiación, la cual en todo caso deberá ser "integral". Así, en la decisión "SEDCO Inc. v/ Irán", el Tribunal consideró que:

"...según el derecho internacional consuetudinario en un caso como el presente una indemnización integral debe ser reconocida respecto de los bienes expropiados. Esto se aplica sea legal o no la expropiación".<sup>(18)</sup>

De manera opuesta, en las decisiones "I.N.A." y "AMOCO" el Tribunal considerará oportuno hacer la distinción señalada, aunque únicamente en el segundo se valdrá de ésta para "no otorgar una indemnización integral. Por un lado, en la decisión "INA", el Tribunal, en su *obiter dictum*", manifiesta su convicción de que en ciertas circunstancias, el derecho internacional consuetudinario permite el pago de una indemnización parcial. El árbitro Lagergrem desarrollará esta idea en una opinión individual anexa a la misma decisión, en la cual, luego de examinar la práctica internacional contemporánea, concluye que:

"...una aplicación de los habituales principios de derecho internacional, tal como están contenidos en la fórmula "indemnización apropiada", en un caso de nacionalizaciones lícitas a larga escala en un Estado que lleva a cabo un proceso radical de reestructuración económica normalmente requiere que el criterio del "valor de mercado" (*fair market value*) sea descartado al tomarse en cuenta "todas las circunstancias".<sup>(19)</sup>

(18) "SEDCO", op. cit., p. 634.

(19) "INA", op. cit., p. 390.

No obstante lo anterior, ninguna referencia hace el referido árbitro con respecto del estándar que se aplicaría en el caso de una expropiación ilegal.

Por otro lado, en el caso "AMOCO" la parte demandante afirmaba que el derecho internacional exige el pago de una indemnización independientemente de la legalidad o ilegalidad de la expropiación. Sin embargo, agrega, en la eventualidad de que esta sea ilícita, el estándar de indemnización sería más favorable al propietario expropiado que en el caso de una expropiación lícita. Por su parte, los demandados, la compañía pública N.I.O.C., y el Gobierno iraní, afirmaban que en el caso de una nacionalización lícita la indemnización debería ser sustancialmente inferior que en el caso de una expropiación ilícita y que, en todo caso, la indemnización no podría incluir el *lucrum cessans*.

Ante tales pretensiones de ambas partes, y estimando que el Tratado de Amistad se limitaba a establecer el estándar de la indemnización únicamente para el caso de una expropiación lícita, el Tribunal para decidir, recurrirá al derecho internacional consuetudinario:

"...una nacionalización en violación del Tratado haría aplicables la reglas relativas a la responsabilidad del Estado que son prevista no por el Tratado sino por el derecho consuetudinario".<sup>(20)</sup>

En la decisión rendida en el caso "AMOCO", la Cámara III adopta la distinción entre expropiación legal e ilegal a partir de una atrevida lectura del célebre *dictum* de la Corte Permanente de Justicia Internacional (C.P.J.I.) en el caso de la "Fábrica de Chorzow" de 1928. El Tribunal encuentra que en virtud de esta decisión:

"...una clara distinción debe ser hecha entre expropiaciones legales e ilegales, puesto que las reglas aplicables a la indemnización a pagar por el Estado expropiante difieren según la calificación legal de la expropiación".<sup>(21)</sup>

A continuación, la Cámara III identifica la dicotomía: mientras que una expropiación legal da derecho solamente a una indemnización

---

(20) "Amoco International Finance Corp. Iran", ILM, 1988, vol. 27, p. 1340.

(21) Ibid., p. 1360.

equitativa (“el precio justo de lo que fue expropiado”), una expropiación legal obliga al Estado a reparar todos los daños sufridos por el propietario:

“...la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haber sido cometido ese acto”.<sup>(22)</sup>

Traducido al lenguaje tradicional del derecho internacional, ello equivale a decir que:

“...el *damnus emergens*, que debe ser indemnizado en cualquier caso (...) la diferencia es que si la expropiación es legal el valor de la empresa en el momento del despojo es la medida y el límite de la indemnización, mientras que si es ilegal, este valor es, o podría ser, solo una parte de la reparación que debe ser pagada”.<sup>(23)</sup>

A partir de un análisis de las preguntas hechas por la Corte Permanente de Justicia Internacional al experto nombrado en el caso de la “Fábrica Chorzow”, la Cámara III del Tribunal identificó los elementos que debían ser tomados en cuenta al realizarse el cálculo del valor de la empresa “*going concern*”<sup>(24)</sup> expropiada. La Cámara, presidida por el jurista francés M. Virally, estimará que la C.P.J.I. había distinguido en el fallo citado entre las “*perpectivas futuras*” de una empresa (*future prospects*) y la capitalización de las ganancias futuras), (*lost profits* o

---

(22) Ibid., p. 1361.

(23) Ibid., p. 1361.

(24) Las “Guidelines on the treatment of foreign direct investment” definen una empresa “*going concern*” como “an enterprise consisting of income-producing assets which has been in operation for a sufficient period of time to generate the data required for the calculation of future income and which could have been expected with reasonable certainty, if the taking had not occurred, to continue producing legitimate income over the course of its economic life in the general circumstances following the taking by the State” (op. cit., p. 1383).

*lucrum cessans*), distinción de la cual se valdrá el Tribunal a la hora de determinar el método apropiado para el cálculo del valor de la indemnización, tal como lo veremos más adelante.<sup>(25)</sup>

Por lo demás, esta interpretación del *dictum* de la C.P.J.I. fue rechazada por el árbitro americano Brower en su opinión individual, estimando que representaba un “*misunderstanding of economics*”. Para uno esta decisión, en última instancia: “es acorde con la conclusión de que el valor de la empresa incluye las ganancias potenciales”, subrayando que la decisión se contradice al afirmar, por un lado, que el valor de la empresa es su valor *going concern*, mientras que, por otro lado, no acepta la inclusión del *lucrum cessans* en la indemnización.<sup>(26)</sup>

## II. LA DETERMINACION DE LA INDEMNIZACION

Como se señaló anteriormente, el acuerdo en la adopción del estándar de la indemnización no se reflejó en una selección uniforme del método para valorar los bienes expropiados. En efecto, este último es subordinado a las circunstancias particulares del caso que se examina:

“La cuestión del método va más allá del problema del estándar de la indemnización, dado que varios métodos son disponibles y la escogencia entre ellos dependerá de las circunstancias particulares de cada caso”.<sup>(27)</sup>

Antes de abordar propiamente los métodos de valoración disponibles, analizaremos dos de los factores que el Tribunal ha

---

(25) Para el Tribunal la noción de “perspectivas futuras” se refiere: al hecho de que la empresa era una “empresa en buena marcha” (*going concern*), que ha demostrado una cierta habilidad para obtener ganancias (...): éste es un elemento de su valor en el momento de la expropiación” (24). *Ibid.*, op. cit., p. 1362.

(26) Esta aparente contradicción hace que el árbitro Brower se interrogue: “Qué significa (*going concern*), sino el de una empresa en tanto que generadora de ganancias?”. *Ibid.*, op. cit., p. 1400. Ver nota 24 supra.

(27) *Ibid.*, op. cit., p. 1364. En términos semejante se expresa R. WESLEY en “*A compensation framework for expropriated property in the developing countries*”, in Lillich, R. “*The Valuation of Nationalized Property*”, Vol. III, p. 18.

considerado deben tomarse en cuenta en el cálculo de las indemnizaciones.

## A. EL CONTEXTO ECONOMICO DE LA EXPROPIACION

Ha sido generalmente admitido que la valoración de los bienes expropiados debe hacer caso omiso de toda disminución del valor producto de la expropiación misma. Así en la decisión "A.I.G. v/ Iran and Central Insurance of Iran", el Tribunal dispuso que:

"Al establecerse el valor *going concern* de una empresa (...) es necesario excluir los efectos de las acciones tomadas por el Estado nacionalizante en relación con la empresa cuyo valor ha sido afectado por esas actuaciones..."<sup>(28)</sup>

De igual forma, en la decisión "Amoco International Finance Corp. v/ Iran", el Tribunal se negó a tomar en cuenta el "*discounted rate*" que implica por sí mismo el riesgo de que los bienes puedan ser eventualmente expropiados:

"...siempre ha sido reconocido que los efectos de las perspectivas de expropiación en el mercado de los bienes expropiados debe ser eliminada para la evaluación de la indemnización que debe pagarse, dado que son artificiales y no tienen relación con el valor real de esos bienes"<sup>(29)</sup>

Sin embargo, el Tribunal consideró en la decisión "A.I.G. v/ Iran and Central Insurance of Iran" que el contexto económico general del país al momento de llevarse a cabo la expropiación debía ser tomado en consideración:

"...incluyendo las vicisitudes económicas de un período revolucionario, en la medida en que estas condiciones consideradas como producto de la expropiación atribuida al gobierno".

(28) "A.I.G.", op. cit., p. 910.

(29) "Amoco", op. cit., p. 1373.



En consecuencia:

“...los cambios anteriores en las condiciones generales políticas, sociales y económicas que pudieron haber afectado las perspectivas de los negocios de la empresa hasta la fecha en que fue expropiada deben ser considerados. El carácter efímero o permanente de estos cambios determinará su impacto global en las perspectivas futuras de la empresa”.<sup>(30)</sup>

En las decisiones “I.N.A. v/ Iran”, Payne v/ Iran” y “Phel Dodges Corp.”, el mismo principio fue adoptado por el Tribunal, considerándose que el valor de las empresas nacionalizadas, fue afectado en razón del “*pessimistic business outlook*” existente una vez que la Revolución Islámica culminó.

En fin, puede afirmarse que para el Tribunal los efectos de la expropiación misma sobre el valor de los bienes expropiados no han sido considerados relevantes para la valoración. Sin embargo, se ha tomado en cuenta los efectos del contexto económica, política o social sobre la actividades de la empresa nacionalizada siempre y cuando se haya manifestado con anterioridad a la expropiación.

## **B. LA NATURALEZA ECONOMICA DE LOS BIENES EXPROPIADOS**

Sobre este aspecto dos observaciones importantes pueden ser formuladas:

1. El Tribunal ha prestado atención a la naturaleza particular de los bienes expropiados. Los simples bienes tangibles han sido estimados de manera diferente que los “*integrated business entity*”, lo que se tradujo, como se verá más adelante, en la adopción de diferentes métodos para el cálculo de la indemnización, y en la inclusión o no del *lucrum cessans*.

2. El sector particular de la economía al cual pertenecen los bienes expropiados y sus expectativas futuras de desarrollo han sido tomados en consideración en varias decisiones del Tribunal, Así, en la decisión “Phels Dodges”, el Tribunal examinó las perspectivas futuras de una industria de cable:

---

(30) “A.I.G.”, op. cit., p. 10.

“...el Tribunal no podría propiamente ignorar los evidentes y significativos efectos de la Revolución iraní en las perspectivas de negocios de S.I.C.A.B., al menos a corto y mediano plazo”.<sup>(31)</sup>

Este elemento fue tomado en consideración en el caso “Payne v/ Iran”, donde la expropiación era sobre bienes expuestos a un gran margen de riesgo en el contexto posrevolucionario, dependiendo la demanda de servicios de la voluntad del gobierno iraní, su principal cliente.<sup>(32)</sup>

De manera semejante, en el fallo rendido en el caso “A.I.G.”, en el cual las empresas nacionalizadas eran compañías de seguros, el Tribunal estimó que sus actividades económicas hubieran sido afectadas tarde o temprano por la salida del país de los grupos sociales acomodados de Irán, lo cual hacía poner en duda su carácter *going concern*.

Por último, en la decisión “Amoco v/ Iran” el Tribunal tendrá presente la inestabilidad de los precios del petróleo para rechazar el método de cálculo propuesto por el requiriente.

### C. LOS METODOS DE VALORACION DE BIENES EXPROPIADOS

A fin de determinar las indemnizaciones las Cámaras aplicaron diferentes métodos de valoración en las decisiones. En todos los casos, con excepción de dos, los requirientes pidieron que los bienes expropiados fueran evaluados en su valor “*going concern*”, lo que equivalía a solicitar que se tomara en cuenta:

“...no sólo el valor contable de los activos de la empresa (*net book value*), sino también elementos como el buen nombre y la probable utilidad futura que la compañía hubiera tenido de continuar operando bajo su antigua administración”.<sup>(33)</sup>

Para llegar a este resultado los requirientes propusieron el método llamado *Discounted Cash Flow* (D.C.F.) o del valor de rendimiento, que

---

(31) “Phelp Dodges Corp.”, 1987, p. 665.

(32) “Payne”, op. cit., p. 15.

(33) “A.I.G.”, op. cit., p. 11.

consiste en establecer el valor de la empresa a una fecha determinada a partir de una estimación de las probables ganancias futuras, teniendo en cuenta los riesgos inherentes a la actividad de la empresa expropiada. En el caso que las ganancias no estén limitadas en el tiempo por la duración de un contrato, este método debe anticiparlas hasta el momento en que la aplicación de los factores de descuento las reduce a cero.<sup>(34)</sup>

Por su lado, el gobierno de la República Islámica de Irán, fundándose en la teoría del enriquecimiento sin causa, propuso valorar los bienes expropiados en su valor contable (*net boob value*), es decir el valor de los activos tangibles menos los pasivos registrados en las cuentas, y sin que se indemnizen las ganancias futuras.<sup>(35)</sup>

El Tribunal en la decisión "A.I.G." se valdrá de una combinación de los métodos propuestos por las partes, considerando que:

"El método apropiado consiste en valorar la compañía como una empresa en buena marcha (*going concern*), tomando en cuenta no solo el valor contable de sus activos sino también elementos tales como el buen nombre y la probable rentabilidad futura".<sup>(36)</sup>

En este caso el Tribunal, a partir del valor mínimo (obtenido por el método del valor contable) y del valor máximo (obtenido con base al

---

(34) "*Discounted cash flow value*" means the cash receipts realistically expected from the enterprise in each future year of its economic life as reasonably projected minus that year's expected cash expenditure, after discounting this net cash flow for each year by a factor which reflects the time value of money, expected inflation, and the risk associated with such cash flow under realistic circumstances. Such discount rate may be measured by examining the rate of return available in the same market on alternative investments of comparable risk on the basis of their present value" ("Guidelines on the treatment of foreign direct investment", op. cit., p. 1383).

(35) "*Book value*" means the difference between the enterprise's assets and liabilities as recorded on its financial statements or the amount at which the taken tangible assets appear on the balance sheet of the enterprise, representing their cost after deducting accumulated depreciation in accordance with generally accepted accounting principles" (Guidelines on the treatment of foreign direct investment", op. cit., p. 1383).

(36) Ibid., op. cit., p. 11.

D.C.F.) propuestos por las partes, optará por realizar una aproximación del valor "tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes". Cabe señalar que en este caso, el Tribunal estimó que las partes no le habían suministrado una valoración confiable, por lo que prefirió hechar mano de sus potestades de apreciación discrecional.

En el caso "Payne v/ Iran", el Tribunal igualmente terminará por establecer una aproximación del valor de los bienes expropiados. En este caso reconoció que las compañías implicadas eran *going concern* en el momento de la expropiación. No obstante, estimó necesario considerar los efectos de la Revolución sobre la actividad de la empresa antes de que se llevara a cabo la expropiación, pues, en efecto, una disminución en el volumen de sus ventas se había venido operando desde que aquella había acontecido. El Tribunal estimó que si la expropiación:

"...hubiera ocurrido antes, cuando los efectos de la Revolución no eran todavía manifiestos, hubiera sido justificado aplicar el método de evaluación similar al propuesto por el requiriente. Sin embargo, el Tribunal considera que los efectos de la Revolución seriamente afectaron la confiabilidad de las dos compañías y el valor de su buen nombre, particularmente por el hecho de que son compañías de servicios".<sup>(37)</sup>

A partir de estas constataciones, el Tribunal prefirió establecer una aproximación del valor "tomando en cuenta todas las circunstancias del caso", sin entrar a analizar el fundamento legal para proceder de esta manera.

En el caso "INA", la parte requiriente reclamó una indemnización igual al precio que había pagado por sus acciones un año antes de la expropiación. El Tribunal decidió que el demandante tenía derecho a una indemnización igual al valor justo de mercado (*fair market value*) de las acciones, definiendo éste como:

"El monto que un comprador de buena fe hubiera pagado a un vendedor de buena fe por las acciones de una empresa en buena marcha, sin considerar cualquier disminución en el valor debida a la nacio-

---

(37) "Payne v/ Iran", op. cit., p. 15.

nalización misma o a su anticipación, y excluyendo cualquier consideración de hechos posteriores que hubiera podido aumentar o disminuir el valor de las acciones”.<sup>(38)</sup>

En este caso, los integrantes del Tribunal terminarán por aceptar la evaluación propuesta por los demandantes, pues estimaron que el valor de las acciones no disminuyó durante el año anterior a la Revolución Islámica.

Al igual, en la decisión “Phelps Dodges Corp.”, la Cámara rechazó el método D.C.F. en virtud de la empresa expropiada no podía ser considerada como *going concern* antes de la expropiación y, en consecuencia, la clientela y el *lucrum cessans* no podrían ser evaluados, limitando el monto de la indemnización al valor de la inversión original.

Las circunstancias particulares del caso condujeron al Tribunal a rechazar una valoración *going concern* en el caso “Sola Tiles Inc.”:

“...los tribunales arbitrales, incluyendo éste, han declinado valorar la propiedad expropiada como un *going concern* cuando factores concretos relativos a la propiedad misma hacen el uso de este método imposible o inapropiado”.<sup>(39)</sup>

En el caso examinado, el Tribunal luego de estimar que no estaba en capacidad de asignar valor a la clientela, ni al monto del *lucrum cessans*, optará por fijar una indemnización equivalente al valor contable (*net book value*) de los valores tangibles.<sup>(40)</sup>

Es en la decisión “Amoco” donde los aspectos ligados a la fijación de la indemnización serán tratados abundantemente. La sociedad demandante reclamaba el valor de mercado de los bienes expropiados, proponiendo como método de evaluación el D.C.F. Por su parte, la N.I.O.C. y la República Islámica proponían el método del valor contable (*net book value*). El Tribunal se apartó en su fallo de ambas soluciones propuestas, por considerarlas inadecuadas para establecer el valor *going concern* de la empresa nacionalizada. En lo que respecta al método D.C.F., su rechazo se fundó en varios motivos:

---

(38) “INA”, op. cit., p. 380.

(39) “Sola Tile”, op. cit., p. 237.

(40) Ver nota 35 supra.

- i. Lo rechaza *prima facie* dado que este método equivale a la *restitutio in integrum*, la cual está reservada a expropiaciones ilegales (de conformidad con la interpretación de la decisión de la C.P.J.I. señalada), y en este caso el Tribunal consideró que se trataba de una expropiación legal.
- ii. Este método convierte al *lucrum cessans* en el único elemento que debe ser tomado en cuenta en la indemnización.
- iii. El Tribunal estima poco fiable el método D.C.F.: la capitalización de entradas futuras hipotéticas podría estar el origen de un enriquecimiento sin causa por parte del particular indemnizado. El Tribunal subraya que, en el caso que se examinaba, la ausencia de un mercado libre para los bienes expropiados hacía ilusoria la aplicación de métodos que buscarían determinar su valor de mercado:

“Es un problema de probabilidades, pero es difícil decir, cuando uno toma nota de todas las conjeturas subjetivas incorporadas en la mayoría de estas metodologías, cuál es el grado de probabilidad alcanzado”.<sup>(41)</sup>

Al mismo tiempo que reconoce su uso extendido en el mundo de los negocios, el Tribunal recuerda que:

“Una nacionalización no puede ser equiparada a una inversión o a una transacción en un mercado libre”.<sup>(42)</sup>

Posteriormente, tampoco acepta el método propuesto por los demandados, considerando que:

“...un bien nacionalizado no es solo una colección de activos tangibles. Este puede incluir activos intangibles también (...) ellos normalmente son

---

(41) “Amoco”, op. cit., p. 1367. Sobre el carácter especulativo de este método, ver I. SEIDL-HOHENVERDERN, op. cit., p. 1368.

(42) Ibid., op. cit., p. 1368.

indemnizados como los activos tangibles, aun si ellos no están incluidos en los libros”.<sup>(43)</sup>

Finalmente, el Tribunal enuncia los principios que lo guiarán en su labor:

“...la escogencia entre todos los métodos disponibles debe ser hecha más bien con vista en el fin que se propone alcanzar, a fin de evitar resultados arbitrarios y llegar a una equitativa indemnización en conformidad con los estándares legales aplicables”.<sup>(44)</sup>

Es decir, que el Tribunal subordina los medios al fin: con el objeto de fijar una indemnización equitativa procederá a hacer uso de varios métodos, siempre y cuando ello sea posible. A continuación, en el mismo fallo, el Tribunal procedió a indicar a las partes los datos de base de para llevar a cabo la valoración, la cual se implementarían en una decisión futura sobre el particular:

- i. “Khemco”, la empresa nacionalizada, era y continuaba siendo una unidad económica de producción *going concern*.
- ii. El valor *going concern* comprende los bienes financieros y materiales, pero también los bienes intangibles como la clientela y las perspectivas comerciales.
- iii. El Tribunal tomará prestada la noción de “expectativas legítimas” del célebre laudo arbitral rendido en el caso “Aminoil v/ Libia”, subrayando que:

“En el caso presente, las expectativas legítimas de las Partes pueden ser solo deducidas del historial de la empresa y de sus componentes, como también de los términos del acuerdo Khemco, tomando en cuenta las circunstancias prevalecientes en el momento de la expropiación”.<sup>(45)</sup>

- iv. Las deudas contraídas por “Khemco”.

---

(44) Ibid., op. cit., p. 1367.

(45) Ibid., op. cit., p. 1377.

No obstante el extenso razonamiento del caso “AMOCO”, el Tribunal se vale del método D.C.F. en una decisión posterior, “Starret Housing Corp. v/ Iran”. En este fallo el Tribunal determinó el valor *going concern* a través de un análisis detallado del valor de los bienes expropiados.

## CONCLUSION

Las decisiones de las diferentes Cámaras que componen el Tribunal concuerdan en adoptar la regla de la indemnización integral como estándar de la reparación, que consistiría en el equivalente del “valor de mercado” de los bienes expropiados. En el caso particular de las expropiaciones sobre unidades económicas de producción, la indemnización representó lo que se consideró era su valor *going concern*, es decir, en cuanto unidad económica generadora de ganancias.

Para determinar el carácter *going concern* de los bienes expropiados las decisiones concuerdan al tomar en consideración las circunstancias propias del caso en examen, es decir, por una parte, de la situación político-económica general del país y, por otra parte, de las perspectivas futuras de la actividad económica particular en la que desarrolla sus actividades la empresa expropiada.

No obstante, la armonía en la jurisprudencia se termina ahí. El problema del método de cálculo del valor *going concern* de los bienes expropiados, que en definitiva no es otro que el de darle un lugar o no al *lucrum cessans* dentro de la indemnización, no ha gozado de un tratamiento uniforme en las decisiones. Se han fijado indemnizaciones que buscan más un balance de las pretensiones de las partes, que una aplicación rígida de principios jurídicos a través de los diferentes métodos.

La decisión “Amoco v/ Irán” ha ido más allá que fijar una indemnización balanceada, sino que ha traspuesto el espíritu de reconciliación de las pretensiones de las partes a los mismos principios jurídicos aplicables. Esta situación se ha traducido en una fórmula de compromiso sobre el contenido de las reglas de derecho aplicables a la determinación de la indemnización, conduciendo al Tribunal a hacer distinciones que no se imponían: se puede uno preguntar si una distinción en el cálculo de la indemnización fundada sobre el carácter legal o ilegal de la expropiación no deja la puerta abierta a la fijación de una indemnización de naturaleza punitiva, aspecto novedoso dentro del derecho internacional, aunque no por ello conveniente. También podemos interrogarnos sobre lo bien fundado de la distinción entre

*lucrum cessans* y las “perspectivas futuras” de la empresa, y sobre la cual además la decisión no es muy convincente respecto a sus consecuencias.

Finalmente, podemos interrogarnos sobre la utilidad de este estudio. Se puede poner en tela de duda que las decisiones del Tribunal puedan ser invocadas como pruebas irrefutables del contenido del derecho internacional en la materia. En qué medida estas decisiones han sido afectadas por los términos del artículo 4, párrafo 2 del Tratado de Amistad, y por el hecho que los montos acordados sean pagados en dólares provenientes de la cuenta de garantía establecida por los acuerdos de Argel. Se sabe bien que la incertidumbre sobre la actitud que asumirá el Estado condenado al pago de la indemnización, puede conducir a los árbitros a escoger los métodos de evaluación compatibles con la capacidad de este último. A ello se agrega lo exigüe de los considerandos de la mayor parte de las decisiones, y en las cuales, los concernientes a la evaluación de los daños, aparte de ser los más reducidos, son los más oscuros. A pesar de estas reservas, el análisis anterior ilustra a *grosso modo* la manera como el problema de la indemnización por expropiación puede ser abordado por un tribunal transnacional.

## **BIBLIOGRAFIA**

AUDIT, Bernard: “Les Accords d’Alger du 19 janvier 1981 tendant au règlement des différends entre les Etats-Unis et l’Iran”, *Clunet*, 1982, p. 713 ss.

AUDIT, Bernard: “Le Tribunal des Différends Irano-américains”, *Journal du Droit International* (*Clunet*), 1995, p. 856 ss.

BROWE, Charles: “Current developments in the law of expropriation and compensation Preliminary survey of awards of the Iran-US Claims Tribunal”, *International Lawyer*, 1987, p. 639 ss.

CLAGGET, Brice: “The expropriation issue before the Iran-US Claims Tribunal: Is “Just Compensation” required by International Law or not?”, *Law and Policy in International Business*, 1984, p. 813, ss.

CROOK, John: “Applicable law in international arbitration: the Iran-US Claims Tribunal experience”, *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83.

DOLZER, Rudolf: “Indirect expropriation of alien property”, *ICSID Review*, 1986, p. 41 ss.

- FRIEDMAN, Oscar: "Compensation cases - Leading and misleading", *American Journal of International Law*, 1985, p. 615, ss.
- JONES, David: "The Iran-US Claims Tribunal: Private rights and State responsibility", *Virginia Journal of International Law*, 1984, p. 259 ss.
- LILLITCH, R.B.: "*The valuation of nationalized property in International Law*", The University Press of Virginia, cuatro volúmenes, 1972-1987.
- MENDELSON, M.H.: "Compensation for expropriation: The case law, *American Journal of International Law*, 1985, p. 414 ss.
- PELLONPAA, M. y FITZMAURICE, M.: "Taking of property in the practice of the Iran-US Claims Tribunal", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988, p. 55 ss.
- STEWART, David: "The Iran-US Claims Tribunal: a review of developments 1983-1984", *Law and Policy in International Business*, 1984, p. 124 ss.
- SCHACTER, Oscar: "Compensation for expropriation", *American Journal of International Law*, 1984, p. 124 ss.
- SEIDL-HOHENVERDERNER, Ignaz: "L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux", *Annuaire Français de Droit International*, 1987, p. 7 ss.
- SWAMSON, Steve: "Iran-US Claims Tribunal: A policy analysis of the expropriation cases", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1986; p. 307 ss.
- VERWEY, W.D. y SCHRIJVER, N.J.: "The taking of foreign property under International law: A new legal perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1984, p. 3 ss.

### **Jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Iraní-americano**

- "*American International Group Inc. and American Insurance Co. v/ Iran and Central Insurance of Iran*". AWARD, 19 de diciembre de 1983, 23 I.L.M. 1 (1984).
- "*AMOCO International Finance Corporation v/ Iran*", PARTIAL AWARD, 14 de julio de 1987, 27 I.L.M. 1 (1984).
- "*T.N.A. v/ Iran*". Iran-US Claims Tribunal Report, 1985/I, p. 373 ss.
- "*Payne v/ Iran*". Iran-US Claims Tribunal Report, 1986/III, p. 355 ss.

*"Pbel Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp. v/ Iran"*, AWARD, 19 de marzo de 1986, 25 I.L.M. 619 (1986).

*"Sea Land Service Inc. v/ Iran-US"* Iran-US Claims Tribunal Report, 1984/II, p. 160 ss.

*"SEDCO Inc. v/ N.I.O.C. and Iran"*, INTERLOCUTORY AWARD, 27 de marzo de 1986, 25 I.L.M. 629 (1986).

*Sola Tiles Inc. v/ Iran"*, Iran-US Claims Tribunal Report, 1987/I, p. 223 ss.

*"Starret Housing Corp. v/ Iran"*, Iran-US Claims Tribunal Report, 1983/II, p. 122 ss.

*"Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v/ Tams-AFFA"*, Iran-US Claims Tribunal Report, 1984/II, p. 219 ss.

### **Jurisprudencia de tribunales arbitrales ad-hoc**

*"Texaco/Calasiatic, v/ Libya"*, Journal du Droit International, 1977, pp. 350-389.

*"B.P. Exploration Company v/ Libya"*, International Law Reports, 1979, vol. 53, p. 329 ss.

*"Lybian American Oil Company LIAMCO v/ Libya"*, International Law Reports, 1982, vol. 62, pp. 140 ss.

*"Kuwait v/ American Independent Oil Company (AMINOIL)"*, ILM, vol. 21, 1982, p. 976-1053.

RESUMEN COMPARATIVO DE LA LEGISLACION  
AMBIENTAL DE LA UNION EUROPEA  
Y LA LEGISLACION CENTROAMERICANA  
EN ALGUNOS SECTORES SELECCIONADOS<sup>(\*)</sup>

*Prof. Jorge Cabrera Medaglia*  
Abogado costarricense

---

(\*) Conferencia dictada en el Seminario Análisis del Impacto de las Legislaciones Ambientales de Costa Rica y Holanda sobre el Acceso al Mercado para algunos Sectores Seleccionados.

## **SUMARIO:**

- I. Introducción
- II. Evaluaciones de impacto ambiental
- III. Empaque y manejo de desechos
- IV. Plaguicidas
- V. Contaminación
- VI. Incentivos
- VII. Bioseguridad
- VIII. Bibliografía

## I. INTRODUCCION

Las siguientes conclusiones se basan fundamentalmente en la información suministrada, por los consultores Marcia González y Martin Bennis *et. al.* en sus respectivos reportes. Alguna información adicional ha sido obtenida de otras fuentes y es presentada en este reporte.

Debe aclararse que debido a la naturaleza de la legislación centroamericana y ante la ausencia, a la fecha, de legislación ambiental comunitaria<sup>(1)</sup> en la región, el análisis comparativo que se realizará necesariamente deberá ser de carácter marcadamente general y se orientará a mostrar las fortalezas y debilidades de las respectivas regulaciones a la luz del análisis efectuado. En la medida de lo posible, salvo para efectos de claridad de contenidos, se ha evitado repetir aquella información relativa a la legislación centroamericana y a la legislación de la Unión Europea, procurando más bien establecer las respectivas comparaciones entre ambas.

Se debe indicar, además, que el estudio se estructura a través de la comparación de legislación y políticas entre los dos bloques y no pretende analizar la normativa jurídica individual de los países que componen ambos bloques. Sin embargo, en aquellos casos en que sea de utilidad hacer referencia a regulaciones específicas se ha procedido de esa manera.

Los sectores por analizar son los siguientes:

1. Evaluaciones de impacto ambiental.
2. Empaque y manejo de desechos.
3. Plaguicidas.
4. Contaminación.
5. Incentivos.
6. Bioseguridad (biotecnología).

## II. EVALUACIONES DE IMPACTO AMBIENTAL

Las evaluaciones de impacto ambiental en la Unión Europea, han encontrado algunos problemas de orden práctico en cuanto a la

---

(1) La Alianza Centroamericana para el Desarrollo Sostenible (ALIDES), contiene disposiciones que pretenden uniformar algunos aspectos de la legislación ambiental (por ejemplo, el acceso a los recursos genéticos y biológicos) y se han realizado intentos de avanzar hacia cierto nivel de homogeneidad en sectores específicos, no necesariamente por medio de instrumentos comunitarios, sino por otras vías como propuestas de leyes modelo.

interpretación de los alcances de la Directiva existente en esta materia y por ende en lo relativo a la Trasposición que de ella han hecho los Estados miembros. Existen algunas divergencias y limitaciones en cuanto a su aplicación en el tiempo para determinados proyectos iniciados o cuyos permisos estaban en trámite a la fecha de entrada en vigencia de la Directiva citada; la discreción de las autoridades nacionales para determinar cuándo procede exigir una evaluación de impacto ambiental para los proyectos del Anexo II, es decir aquellos para los cuales no se presume que la evaluación sea necesaria, pero será exigida si pueden tener probablemente efectos significativos en el ambiente; la medida en que la Directiva ha sido adecuadamente traspuesta en el ordenamiento jurídico de cada país; el ámbito de aplicación de la Directiva (solo proyectos o planes o programas también, etc.) etc.

Pese a que las evaluaciones de impacto ambiental se encuentran establecidas en los países miembros de la Unión Europea y algunos de ellos poseen una importante experiencia en este tipo de instrumentos legales, la implementación nacional de la Directiva ha enfrentado diversos problemas tales como: las disparidades en la exigencia de evaluaciones de impacto ambiental para los proyectos del Anexo II entre los diferentes países; la ausencia de publicidad de las evaluaciones y la falta de consideración de la información obtenida en la decisión final; las diferencias de criterios parte de las guías técnicas; etc.

Ante tal circunstancia la Comisión ha propuesto una serie de cambios para mejorar el grado de aplicación de la Directiva. Pese a las consideraciones anteriores, brevemente resumidas, debe indicarse que como instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo, las evaluaciones han tenido mucho más éxito y experiencias en la realidad europea que en la región centroamericana.

A diferencia de la legislaciones nacionales y las regulaciones de la Unión Europea, la utilización de las evaluaciones de impacto ambiental en la región deja mucho que desear, conclusión aplicable casi por igual a todos los países del área, aunque algunos pasos significativos se están intentando en forma reciente. De este modo en la región las evaluaciones presentan serias deficiencias de diversa índole tales como: falta de normativa general para exigir las evaluaciones: en algunos países solo existe para determinados sectores; problemas de capacidad institucional para la revisión de las evaluaciones y debilidad en el procedimiento establecido para las mismas; lentitud y alto costo de su preparación, fundamentalmente de cara al verdadero papel de la evaluación una vez en manos de las autoridades públicas; criterios de las guías inadecuados o inexistentes; ausencia de monitoreo y por ende, la idea de que las evaluaciones se limitan a cumplir la función de ser un requisito más antes

del inicio de un proyecto determinado; proyectos cubiertos por la normativa insuficientes; poca experiencia regional en el uso de la misma; poco o escasa participación de la sociedad civil en el procedimiento a través de comentarios, opiniones, etc.

Lamentablemente, la ausencia de aplicación eficaz y efectiva de este instrumento en la región, conduce a la pérdida de utilidad de un medida de prevención sumamente valiosa, no solo para la sociedad misma, sino también para los propios proponentes o ejecutores del proyecto. Si los aspectos de orden ambiental, incluyendo medidas de mitigación, son considerados en todas las fases del proyecto, en definitiva la incorporación de estos factores permitirá una mejor planificación y ejecución del mismo y la consideración de todos los costos dentro del costo total del proyecto. En la medida en que en la región la normativa y aplicación de normas sobre responsabilidad por el daño ambiental se incrementen, sobre lo cual se trabaja a nivel legal, de políticas públicas y de capacitación de funcionarios, la imposición de indemnizaciones puede ser una carga mucho más fuerte que el pago de las evaluaciones.

Al mismo tiempo, la poca participación de la sociedad en el procedimiento de aprobación de las evaluaciones de impacto ambiental y la poca difusión del contenido de las mismas (ejemplo, resúmenes no técnicos, etc.,) no genera un ambiente positivo para la credibilidad de éstas. De conformidad con el aumento de injerencia de la sociedad civil en la gestión ambiental que se vislumbrará en el área, esto puede traer consigo problemas de confianza en el uso de este importante instrumento preventivo. En general, existe una debilidad importante en la aplicación de este mecanismo el cual, pese a lo que pueda pensarse, constituye una importante herramienta para el empresario en el proceso de inversión.

Adicionalmente, la ausencia de efectivos sistemas de responsabilidad por daño ambiental (aunque, como se afirmó este aspecto se modificará próximamente) también es una constante en Centroamérica, a diferencia de las tendencias hacia responsabilidad objetiva y solidaria y a un aumento del litigio ambiental en los países de la Unión Europea.

Por último, la regulación y práctica de auditorías ambientales se encuentran en estado incipiente o del todo ausentes en Centroamérica, mientras que en la Unión este instrumento se norma a través de un Reglamento y de extensa práctica privada.<sup>(2)</sup>

---

(2) Sin duda, la mayor experiencia en las auditorías proviene del sector privado, especialmente de los Estados Unidos.

### **III. EMPAQUE Y MANEJO DE DESECHOS**

El tema del manejo de los desechos no peligrosos, es relativamente reciente en las agendas ambientales de los países de Centroamérica. Ello se debe a múltiples factores de fácil explicación tales como el nivel de consumo; la clase de productos consumidos; la atención a problemas de carácter prioritario, etc. Sin embargo, el manejo ambientalmente apropiado de los diferentes tipos de desechos en la región ha tomado alguna fuerza en los últimos años sobre todo debido a la mayor generación de los mismos, a los cambios en la composición del desecho (más plásticos, menos materiales biodegradables, etc.), al aumento de la industrialización, etc.

Sin embargo, la dimensión de la problemática dista mucho de acercarse a la realidad de los países europeos y su alto grado de consumo y generación de desechos por persona, que alcanza niveles importantes en países como Alemania. Precisamente a lo anterior responden las recientes leyes y políticas en algunos países de la Unión y en especial la Directiva sobre Empaques 94/62/EC del 20 de diciembre de 1994, que debería ser implementada en los Estados Miembros desde el 30 de junio de 1996.

La generación de desechos en Europa es un tema de gran relevancia. Producto del alto grado de consumo de plásticos y otros materiales y de la creciente industrialización (incluyendo el tema de los desechos tóxicos, que no abordaremos) la legislación de la Unión y de los países miembros es y será cada vez más estricta. Obligaciones relativas a la composición de los empaques, porcentajes obligatorios de reciclado, de recuperación, normas sobre reuso, disminución en la generación de desechos, obligaciones de hacerse cargo de un producto terminada su vida útil ("take back"), etc., son importantes en la política y legislación ambiental de la Unión y sus Miembros. En esta región basados en el principio de "quien contamina paga" y en su reflejo en la frase "de la cuna a la tumba", las responsabilidades del productor, exportador o vendedor por el desecho que genera se han establecido, incluyendo reuso, recuperación, reciclado o disposición final, (por ejemplo, a través de incineración en dispositivos apropiados, etc.) y sin duda aumentarán en el futuro.

La Directiva citada, impone objetivos sobre: porcentajes de recuperación y reciclado; sobre la composición de los empaques y diseño; la utilización obligatoria de ciertos símbolos que indiquen que se refieran al reciclado o reuso, o al porcentaje de material reciclado en un empaque; etc., es de por sí estricta.

Adicionalmente, la Directiva establece que sus objetivos serán revisados en un periodo de cinco años después de la vigencia de la misma, a la luz de la experiencia práctica y la investigación científica y en un plazo de diez años una nueva evaluación será conducida para incrementar sustancialmente los objetivos. A su vez, la propia Directiva prevé la posibilidad de que los países adopten estándares más altos que los previstos en ella a la luz del interés en obtener un alto grado de protección ambiental siempre que tales medidas eviten distorsionar el mercado interno y no impidan el cumplimiento de la Directiva por otros Estados miembros, tal es el caso de Holanda y Alemania.

Las regulaciones locales que implementan la Directiva son de suma importancia pues han venido a establecer diferentes mecanismos para lograr los objetivos, tales como impuestos o cargas, medios para demostrar que el desecho será reciclado o procesado, para retirar ciertos tipos de desechos, etc. En algunos casos, si el responsable no puede hacerse cargo de los mismos deberá contratar a una agencia local que lo haga y pagar por este servicio. Ello, implicará un costo adicional, no solo en la recuperación, reuso, reciclado o disposición del desecho, sino en cambios en los procesos de producción tendientes a disminuir la cantidad del desecho y por ende los costos asociados a su manejo.

En la mayoría de los países de la Unión, se encuentran en estudio diferentes políticas y regulaciones sobre los temas anteriormente referidos y es de esperar que, en términos generales, en el futuro los estándares que se implementen tanto en el proceso de revisión de la Directiva, tal y como está previsto, como en las legislaciones nacionales, sean cada vez más estrictos.

Adicionalmente a estas disposiciones vinculantes es común en algunos países la existencia de convenios con los comerciantes o industriales para lograr alcanzar objetivos específicos en materia de manejo de desechos.

A diferencia de Europa, prácticamente no existen en Centroamérica regulaciones de ese tipo ni parece ser que sean parte de legislación ambiental en el futuro cercano. Aunque en ciertos países el problema de los desechos ha comenzado a discutirse, en general no ha sido un área prioritaria, a excepción de las regulaciones sobre desechos tóxicos donde se ha elaborado incluso un Convenio regional que se encuentra vigente. En la mayoría de los casos el problema del desecho se ha reducido, en la práctica y la legislación, al tema de la disposición final del mismo, sin otorgar relevancia a la generación de éste y a la responsabilidad de los comerciantes o importadores por el desecho que ellos generan en la comercialización del producto.

Desde el punto de vista ambiental este constituye un importante vacío, resuelto tan solo por algunas campañas educativas, y sin duda, la región carece de exigencias similares a las que se han establecido en los países de la Unión y en definitiva, de conformidad con el aumento de la generación de desechos, se deberán tomar medidas basadas en principios como los apuntados tomando en consideración la realidad social, económica y ecológica de la zona.

#### **IV. PLAGUICIDAS**

La legislación en Europa no solo es bastante estricta en materia de registros, controles de uso y residuos sino que posee en general estructuras administrativas adecuadas para ejercer los controles requeridos. La aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias en la Unión Europea es otro punto importante y de especial tratamiento en orden a la consecución de los objetivos de la creación de la Unión Europea. Los niveles de protección de la salud y del ambiente, logrados a través de las regulaciones sanitarias y fitosanitarias, especialmente la normativa relativa a los plaguicidas, su importación y uso y a los niveles tolerables de residuos de estas sustancias, son en términos generales, altos en la Unión.

Las regulaciones sobre este punto en Centroamérica se mantienen en normativa de carácter sanitario vegetal o animal (en ocasiones con ausencia de normas técnicas para la producción local y concentrada en la exportación de los productos evitando la devolución de los mismos). Se trata en algunas casos de leyes antiguas y obsoletas que requieren de adecuada actualización para contar con mecanismos jurídicos apropiados para aplicar las medidas sanitarias y fitosanitarias, ahora además exigidas por los acuerdos de la Ronda Uruguay del (entonces) GATT. La exportación de productos, por el contrario, no representa mayores inconvenientes, ante las exigencias de los mercados de importación.

Asimismo, la legislación de la región en esta materia, presentan características similares. A través de leyes o en ocasiones de decretos se crean Registros de Plaguicidas, usualmente en manos del Ministerio de Agricultura en coordinación con otros Ministerios, como Salud. Aunque de establecen requisitos para la inscripción y renovación de productos, información requerida, usos, transporte, etiquetado, etc, las principales debilidades son de índole práctica: ausencia de capacidades técnicas y administrativas adecuadas; de monitoreo; de coordinación institucional y eventualmente de corrupción administrativa. La eficaz y eficiente

aplicación de procedimientos como el consentimiento fundamentado previo, contenido en diversos instrumentos no vinculantes, esta ausente de la región. Por otra parte, los problemas más serios están basados en la falta de control del uso del producto más que en el registro o venta de productos prohibidos en otros países. La contaminación y afectación de la salud de las personas y del ambiente no es considerada dentro de los costos de producción de los bienes convirtiéndose en una externalidad negativa o en algunos casos se favorecen estas prácticas a través de “incentivos perversos” como la disminución de aranceles de importación de los productos en detrimento del significado de “quien contamina paga”, que luego explicaremos con más detalle.

El fortalecimiento de la capacidad de aplicación de la legislación sanitaria y fitosanitaria, es de especial importancia para los países del área y permitirá ejercer adecuados controles para proteger el ambiente y la salud de las personas, tal y como sucede en forma importante en Europa.

## **V. CONTAMINACION**

La regulaciones sobre la contaminación en la Unión Europea han sido tradicionalmente importantes y se han basado en un principio ausente en la política y legislación ambiental de la región hasta hace poco: “quien contamina paga”. Desarrollado inicialmente por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y a través de regulaciones de la (entonces) Comunidad Europea. La idea subyacentes que se debería fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales (artículo 16 de la Declaración de Principios de Río). De esta forma, la persona natural o jurídica responsable de la contaminación debe pagar los costos de las medidas necesarias para reducir o limitar la contaminación, según los estándares pertinentes.

Valgan algunas palabras sobre este principio y sus efectos sobre el control de la contaminación. Como estableció la Comunidad Europea, se entiende por responsable de la contaminación a quienes deterioran directa o indirectamente el medio ambiente o crean las condiciones para que se produzca este deterioro, dejando constancia en una nota al pie de página que el responsable de la contaminación no tiene relación con el tema de la responsabilidad civil. Debe establecerse la diferencia entre

responsable de la contaminación y contaminador conceptos que tampoco son equivalentes. Como se afirma, un “Un problema central es cómo fijar correctamente el punto de aplicación del principio. ¿Quién es el culpable? ¿Es él siempre responsable? Si un motor es causa de contaminación y ruidoso, no existe duda que el contaminante es la persona que lo usa, pero de ello no se desprende que deba ser hecho responsable por el daño o debe ser el objetivo de las medidas preventivas. Aquí el consumidor es un agente pasivo sin responsabilidad por la contaminación... En otras palabras el contaminador no siempre es responsable de la contaminación que causa”. (OECD, 1975).<sup>(3)</sup>

Desde el punto de vista económico ello tiene que ver con la conocida “Tragedia de los Bienes Comunes”, tal y como es expuesta por Hardin. Debe entonces el derecho ambiental dar una respuesta a esta problemática, que para sus efectos estará basada primariamente en las externalidades negativas en el consumo o la producción. El reto es crear mercados que obliguen a una contabilidad de las externalidades negativas, forzando entonces a los tomadores de decisiones a pagar la cuenta justa o a cesar la contaminación.

Dice al respecto Mateo, “Históricamente la transmisión de subproductos al medio no estaba mediatizada, pues el precio a pagar era cero, se trataba de lo que los economistas norteamericanos (sic.) denominan free rider.

Con el advenimiento de la civilización industrial las circunstancias cambian, siendo inadecuado el seguir considerando como comunes a los bienes ambientales, controlándose su antes indiscriminado uso. Se producen así las primeras regulaciones públicas de las conductas privadas, lo que primero afecto a los vertidos a cauces fluviales y mucho más tarde a la contaminación atmosférica”. (Mateo, 1994).

Precisamente el desarrollo de este principio de quien contamina paga, uno de los principios establecidos ahora por las modificaciones al Tratado de Roma por medio del Acta Unica Europea y del Tratado de la Unión (Maastricht) ha conducido a la existencia de regulaciones o al uso de instrumento de mercado para controlar o disminuir la contaminación, problema serio en Europa debido a su alto grado de industrialización.

---

(3) Sin embargo, puede acotarse a lo anterior que en realidad como consumidor demandante de un bien o servicio que causa contaminación cierta responsabilidad le puede ser atribuida. Por ejemplo, en materia de desechos ésta es aún más clara, puesto que quien consume productos cuyos envoltorios son innecesarios causa, parcialmente la contaminación. En esta temática el consumo y el ambiente aparecen entrelazados.

Ello ha sido posible a través de dos instrumentos básicos, como son: las normas técnicas sobre calidad ambiental, producto o proceso y los cánones donde destacan los cánones de vertimiento, los permisos de emisión (incluso negociables, eventualmente, como en los Estados Unidos) y los impuestos verdes, etc. Estos pretenden no solo disuadir al responsable sino también financiar fondos de descontaminación o de otro tipo, para aplicar reglas de redistribución de los costos sociales. Por lo tanto el principio puede instrumentalizarse a través de mecanismos de comando y control o bien a través de mecanismos de mercado, incluso se ha mencionado como una de las novedosas formas de aplicación del mismo, las certificaciones ambientales y las ecoauditorías.

Por último, aunque se ha puesto algún énfasis en la aplicación del principio a la contaminación se aplica a la degradación de los recursos naturales o la afectación de los ecosistemas. Igualmente, el principio admite derogaciones en materias de ayudas públicas y subsidios de otra forma prohibidos y limitaciones, cuando se trata de atentados de cierta gravedad donde no resta más que prohibir las emisiones o la actividad.

Fundamentalmente se trata de la internalización de los costos ambientales en los procesos productivos.

Las aseveraciones anteriores son importantes en el tanto, permiten comprender la forma como la contaminación ha sido enfrentada en la Unión y sus países miembros y explican la existencia de numerosas disposiciones, tales como estándares de procesos o de productos y cánones e impuestos, entre otros.

Por ejemplo, el Quinto Programa de Acción de la Unión Europea en materia de ambiente, establece el papel relevante que tendrán los instrumentos de mercado que deberán satisfacer una serie de funciones fundamentales articuladas en torno al principio de “quien contamina paga”, entre las que se incluyen las siguientes:

- La promoción de un comportamiento más responsable y más respetuoso con el medio ambiente por parte de los consumidores y de la industria.
- La integración de la totalidad de los costes medioambientales, es decir los ocasionados a lo largo de todo el ciclo de vida de los productos –producción, distribución, uso y eliminación– en el precio final de los bienes y servicios.
- El evitar que los productos nocivos para el medio ambiente se beneficien de una posición más competitiva en el mercado que otros productos alternativos generadores de menos contaminación o residuos.

Por su parte, las leyes que regulan los denominados problemas “cafés” (los relacionados con la contaminación de suelos, aire y agua) en la región están en proceso de cambio y endurecimiento gradual. Desde la existencia de normas generales, carentes de sanciones, sin estándares técnicos para medir las mismas, sin equipos adecuados, dispersas en cuerpos legales y asignada a diversas entidades, etc. gradualmente se está llegando (posiblemente a raíz de Leyes Generales del ambiente en la región) a niveles más técnicos; a la promulgación de normas para establecer niveles admisibles y no admisibles de contaminación; a la estructuración de potestades administrativas a las entidades para sancionar; a la adopción de nuevos regímenes de responsabilidad por daño al ambiente; a la creación de canales de participación y legitimación amplia en denuncia ambiental, lo que ha traído consigo mayores controles en la aplicación de las reglas sobre contaminación, etc. Poco a poco y con disparidades en la región, el agua y el aire fundamentalmente, han pasado de vivir la “Tragedia de los Comunes” a ser tutelados con mayor efectividad.

Si bien es cierto subsisten aún problemas de competencias, traslapes, ausencia de planificación y políticas, falta de valoración de los recursos, medios financieros y humanos escasos, etc., se han verificado avances progresivos en el control de la contaminación, primero del agua y luego del aire. Las dificultades para la aplicación y el cumplimiento de la legislación se mantienen y constituyen la más clara debilidad.

El hecho de no internalizar los costos de producción dentro de los costos finales, trasladándolos al resto de la comunidad, generando una externalidad negativa, puede ser visto como una forma de ser más competitivo (calificada por algunos como dumping ecológico). Sin embargo, las tendencias hacia mercados verdes, a la transparencia en las actuaciones de las empresas, al uso de instrumentos de mercado y de instrumentos para generar información (eco reportes, etc.) puede traer consigo en el mediano plazo, desventajas de acceso a ciertos mercados para los productos de exportación, además de que como se expresó con anterioridad, la regulaciones ambientales y su cumplimiento en materia de contaminación tenderán a volverse más estrictas en la región. Debido a la posibilidad de la regulación de procesos productivos y al etiquetado ecológico (en general el análisis del ciclo de vida), es importante fortalecer el control de la contaminación. Quizá uno de los problemas más serios para el control de la contaminación reside en la preferencia por la utilización de mecanismos de comando y control, en lugar de mecanismos de mercado y en la ausencia de incorporación del significado real del principio de “quien contamina paga” en las políticas y legislaciones públicas (lo cual se aplica también, por ejemplo, al problema de los plaguicidas).

## VI. INCENTIVOS

Lamentablemente las políticas de incentivos en Centroamérica se han concentrado en pocas áreas fundamentales: los incentivos fiscales y exoneración de la renta y otros impuestos, concentrados en materia forestal, pesca y en ocasiones actividades de conservación. Es posible que se implementen (no solamente se establezcan con carácter programático en las leyes) políticas para incorporar incentivos a tecnologías limpias, eficiencia energética, manejo apropiado de desechos, etc. Fondos de financiamiento, fondos ambientales que poseen incentivos se han estructurado.

Muchos de estos esquemas presentan un carácter programático y con pocos resultados efectivos en función de los costos asumidos. En la Unión Europea y tomando en consideración las disposiciones sobre "quien contamina paga", la existencia de incentivos a determinadas actividades se ha estructurado de forma diversa. Sin embargo, diferentes programas y mecanismos de ayuda se han establecido y ejecutado.

Este sector constituye una de las principales debilidades. Una de las críticas más frecuentes se ha dirigido a resaltar la ausencia de incentivos a actividades de conservación o disminución de la contaminación, que no favorecen su ejercicio.

La puesta en marcha de instrumentos de mercado tales como las certificaciones ambientales en el área, aún en forma incipiente, son uno de los mecanismos en curso para remediar esta situación.

## VII. BIOSEGURIDAD

Uno de los temas de mayor debate en la actualidad es el de la seguridad en la manipulación, utilización, transferencia y comercialización de organismos modificados por técnicas de ingeniería genética. Por ejemplo, la consideración de la bioseguridad a raíz del uso de tecnologías de ingeniería genética (ADN recombinante, cultivo de tejidos, etc.) y la liberación de organismos creados por esas técnicas especialmente plantas transgénicas para pruebas de campo, enfrenta en la región una carencia de políticas y de marcos legales donde destaca la creación de comités *ad hoc*, con fundamento en leyes generales de salud o sanidad vegetal. La regulación de los tres niveles de la bioseguridad está ausente de los marcos regulatorios (uso contenido, liberación de campo y comercialización). El establecimiento de capacidades nacionales y de regulación sobre la evaluación del riesgo y el manejo del riesgo, responsabilidad por productos creados por estas técnicas, etc., son prácticamente inexistentes.

La mayoría de las regulaciones en Centroamérica se basan en leyes de sanidad vegetal y animal de origen antiguo.

Sin embargo, la Biotecnología de la Tercera Generación, y la manipulación de seres vivos (plantas, microorganismos, animales superiores, etc) que conlleva, han permitido efectuar modificaciones a los seres naturales. La posibilidad de que a raíz de la introducción y manejo de organismos genéticamente modificados se puedan producir catástrofes ambientales o convertir a los países en desarrollo en campos de prueba de nuevos organismos, ha sido una preocupación constante en el seno de la comunidad internacional. Ultimamente el riesgo de que la biotecnología desplace productos de naturaleza agrícola del Tercer Mundo también han despertado la atención de múltiples organismos y países. El primer alimento transgénico fue aprobado por la Agencia Federal de Drogas y Alimentos de los Estados Unidos no hace mucho, en medio de una controversia sobre la seguridad y conveniencia del producto. Se espera que en los próximos años, al menos 50 productos modificados por ingeniería genética se comercialicen. En algunos casos, no será requerido que existan etiquetas especiales que denoten esta situación. Aproximadamente (octubre de 1994) unas 1500 pruebas de campo con organismos, transgénicos, especialmente plantas, se han llevado a cabo en todo el mundo. En Latinoamérica se han efectuado un poco más de 70. Todos estos datos muestran la cifra "oficial" de experimentos, en definitiva el número puede ser mucho mayor.

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

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

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

A nivel internacional, el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente ha establecido lineamientos sobre bioseguridad y un grupo especial del Convenio sobre la Diversidad Biológica, ha sido conformado con miras a establecer un Protocolo jurídicamente vinculante sobre esta temática, el cual se discutirá en la próxima reunión de la Conferencia de las Partes en Argentina.

Por su parte, tanto a nivel de la Unión Europea como de los países miembros, existen regulaciones sobre bioseguridad que pretenden evitar los riesgos asociados a la introducción de organismos creados por medio de ingeniería genética. En Europa existen Directivas encargadas de regular lo relativo al uso contenido de los organismos modificados por ingeniería genética y a su liberación y comercialización. Si bien existen propuestas de revisión y algunos problemas en la implementación de las mismas, el marco general es adecuado.

La carencia de esta normativa podría ser vista como un beneficio para las región, ante la ausencia de requisitos para la investigación o pruebas de campo, etc. Sin embargo, lo contrario parece ser lo cierto. Este vacío de políticas y legislación puede tener consecuencias negativas, como por ejemplo:

- Utilización de centros de diversidad genética como campos de prueba sin controles adecuados.
- Limitación a la transferencia de biotecnología: para algunos sectores empresariales la inexistencia de marcos legales claros, puede constituir un riesgo que no desean afrontar, por ejemplo, en términos de futuras responsabilidades, de imagen pública, etc.
- El desarrollo de estrategias en biotecnología, un área en la cual la Centroamérica se encuentra atrasada, deberá contemplar este mecanismo tanto para el control de las importaciones como de las actividades locales, tomando en consideración la necesidad de incentivar este tipo de tecnología.



## VIII. BIBLIOGRAFIA

- KRATTIGER, ANATOLE Y OTROS. Biosafety and the rol of the Convention on Biological Diversity, en *Widening Perspectives on Biodiversity*, UICN/IAE, Geneva, 1994.
- MATEO, RAMON, *Nuevos instrumentos para la Tutela Ambiental*, Madrid, Editorial Trivium, 1994.
- NORMAN, CLARK Y CALESTOUS JUMA, *Biotechnology for sustanaible development*, Nairobi, ACTS Press, 1991, o de 1992, Barcelona.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, *The Polluters Pays Principle, definition and analysis implementation*, Paris, 1975.

## COMERCIO INTERNACIONAL Y GLOBALIZACION<sup>(\*)</sup>

*Dr. Jorge Enrique Romero Pérez<sup>(\*\*)</sup>*  
Catedrático de Derecho Económico Internacional  
Facultad de Derecho  
Universidad de Costa Rica

---

(\*) Ponencia al XI Congreso de Economistas de Centroamérica y El Caribe. Tegucigalpa, Honduras. 23 al 25 de Setiembre de 1998.

(\*\*) Telefax (00-506) 259-4844. Apartado postal (P.O. Box) 944, Y Griega 1011. SAN JOSE, COSTA RICA  
E-Mail: jromero@cariari.ucr.ac.cr.

## SUMARIO:

Resumen  
Abstrac  
Introducción

### PRIMERA PARTE: COMERCIO INTERNACIONAL

1. ¿Qué estudia el comercio internacional?
2. ¿Por qué comerciamos?
3. Teorías sobre el comercio internacional
  - a. Mercantilismo
  - b. Fisiocracia
  - c. Escuela clásica
  - d. Críticas a la Escuela clásica
  - e. Aportaciones posteriores
  - f. Escuela neoclásica
    - i) Teorema Heckscher - Ohlin
    - ii) Supuestos de este teorema
    - iii) Complemento de Samuelson
  - g. Teorías sobre el imperialismo
  - h. Teorías sobre la dependencia
    - i) Centro-Periferia (Prebisch)
    - ii) Otros enfoques

### SEGUNDA PARTE: GLOBALIZACION

1. Concepto fetiche
2. Posibles sinónimos
3. Definición
4. Globalismo y regionalización
5. El capitalismo del Siglo XXI
6. Características de la globalización, según sus ideólogos
7. La globalización se puede identificar con lo tecnológico, político, ideológico y económico
8. ¿Quién gana, quién pierde con la globalización?
9. A modo de conclusión

Bibliografía

*Los hombres prácticos que se creen exentos por completo de cualquier influencia intelectual, son generalmente esclavos de algún economista difunto.*

*Las ideas que los funcionarios públicos y políticos, y aún los agitadores, aplican a los acontecimientos actuales no serán probablemente las más novedosas.*

*Los supuestos de la teoría clásica no son los de la sociedad económica en que hoy vivimos, razón por la que sus enseñanzas engañan y son desastrosas si intentamos aplicarlas a los hechos reales.*

**John Maynard Keynes (1883-1946).**  
***Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*** (México: Fondo de Cultura Económica, 6a. edición, 1963, págs. 367 y 17).

## RESUMEN

Este artículo se refiere al tema de algunos aspectos relativos al comercio internacional, matizado con las teorías del pensamiento económico y su modulación bajo los efectos del concepto fetiche del globalismo, y su proyección hacia el siglo XXI

## ABSTRACT

This article refers to the topic of some comparative looks to the international commerce, blended with the theories of the economical thought and their modulation under the effects of the concept fetish of the globalism, and their projection toward the XXI century.

## INTRODUCCION

Se analizará el concepto de **globalización** en el contexto en el cual se está usando, es decir, en la esfera de lo económico; principalmente.

En el cuadro del **comercio internacional**, *la globalización juega* un papel clave de tipo ideológico, lo cual implica un justificador teórico que guía las acciones de los actores más significativos en el escenario mundial.

### 1. ¿Qué estudia la economía internacional?

Su objeto se refiere a la interdependencia económica entre países. Estudia el flujo de bienes, servicios y pagos entre un país y el resto del mundo. Las relaciones políticas, sociales, culturales y militares entre naciones afectan dicha interdependencia económica, y a la vez, tienen una influencia sobre la misma. (Dominick Salvatore, **Economía internacional**, Bogotá: McGraw Hill, 1995, pág. 6).

### 2. ¿Por qué comerciamos?

El papel del comercio es clave en el desarrollo de los pueblos aglutinados en eso que llamamos “naciones”.

Para muchos países el comercio internacional es vital en sus vidas, ya que hay pueblos que carecen de eso que se ha denominado soberanía alimentaria, pues no producen los alimentos que necesitan para vivir.

El comercio internacional permite vivir a más gente, satisfacer los gustos más variados y gozar de un nivel de vida más alto de lo que sería en su ausencia (P. T. Ellsworth, **Comercio internacional**, México: Fondo de Cultura Económica, 1966, págs. 9 a 11).

La causa inmediata del comercio internacional es la existencia de diferencias en los costos y precios monetarios absolutos, con tipos de cambio dados, en países distintos.

Un país se especializará en la exportación de un bien X cuyos costos relativos de producción doméstica sean más bajos que los extranjeros; e, importará el bien Y cuyos costos relativos de producción sean más bajos en el extranjero.

Importa destacar el **costo de oportunidad** definido como el costo de un bien en función de los otros bienes que hay que sacrificar para obtener el primero.

### 3. Teorías sobre el comercio internacional

#### a) Mercantilismo

Corriente del pensamiento económico, durante los siglos XVII y XVIII, según la cual la prosperidad de las naciones se lograba por la acumulación de metales preciosos (oro y plata), lo cual se amplió a la consideración de que el valor de las exportaciones debía ser superior al de las importaciones, para que así hubiera un superávit en favor de la nación en metales preciosos, durante los siglos XVII y XVIII.

#### *Exponentes:*

Jean Baptiste Colbert (1619-1683), ministro de confianza de Luis XIV, 1638-1715, favoreció el **proteccionismo** a la manufactura. Le dio nombre a esta tesis: colbertismo.

Thomas Mun (1571-1641), su obra **England's Treasure by Foreign Trade**, fue publicada póstumamente, 1664.

Con lo que ha quedado registrado en la historia como el “descubrimiento de América por los europeos”, se dio la primera **globalización** de la época **moderna**, con sus flujos gigantescos de oro y plata hacia el “viejo mundo” provenientes del “nuevo mundo”; y, la **“universalización” “mundialización”** de la cultura de los centros hegemónicos europeos, siendo vital aquí el desarrollo del transporte de “ultramar”.

#### b) Fisiocracia

Esta palabra se deriva el griego “phisis”, naturaleza y “kratia” poder o autoridad. Era, pues, el gobierno de la naturaleza. En el siglo XVIII, se decía que la agricultura era la fuente de la riqueza, dentro del orden natural e inmutable.

#### *Exponentes:*

François Quesnay (1694-1774), médico de Luis XV, 1710-1774. Publica en 1758 **Tableau Economic**, donde explica el esquema circulatorio de la economía.

Richard Cantillón (1630-1734), irlandés, 1755: se publica su libro **Ensayo sobre la naturaleza del comercio en general**.

Se les conoció como los “economistas”.

### c) **Escuela clásica**

Esta escuela se inicia con la obra de Adam Smith (1723-1790), **La riqueza de las naciones** -1776-.

Smith criticó el mercantilismo por proteccionista y abogó por el libre comercio.

Su tesis de la **ventaja absoluta**, aplicada al comercio exterior, sostenía que cuando un país es más eficiente que otro (o posee una ventaja absoluta sobre aquél) en la producción de un bien, pero es menos eficiente que el otro país (o tiene una ventaja absoluta con respecto a aquél) en la producción de un segundo bien, entonces ambos países están en capacidad de obtener una ganancia si cada uno de ellos se especializa en la manufactura de un bien de su **ventaja absoluta** e intercambia con el otro país parte de su producción por el bien de su ventaja absoluta.

Por su parte *David Ricardo* (1772-1823), publica en 1817 su libro **Principios de economía política y tributación**.

Establece su tesis de la **ventaja comparativa** (costos relativos o comparativos), de acuerdo con la cual incluso si un país es menos eficiente que el otro (tiene una desventaja absoluta con respecto a dicho país) en la producción de ambos bienes, todavía existe una base para desarrollar actividades de intercambio comercial de beneficio mutuo. El primer país debería especializarse en la producción y en la exportación del bien en el cual su desventaja absoluta sea menor (se trata del bien de su ventaja comparativa) e importar el bien en el cual su desventaja comparativa sea mayor (trátase del bien de su desventaja comparativa). (Salvatore, **idem.**, págs. 27 a 30).

*Ricardo* basó su ley de la **ventaja comparativa (costos relativos o comparativos)** en estos supuestos:

- Sólo dos países y dos bienes o mercancías,
- Libre comercio,

- Movilidad perfecta de los trabajadores dentro de cada país; pero, inamovilidad de este factor de la producción entre esos países,
- Costos constantes de producción,
- Ausencia de costos de transportes,
- Ausencia de cambios tecnológicos,
- Teoría del valor trabajo (los bienes valen o cuestan por la cantidad de trabajo incorporado a ellos para su producción). Esto implica que el trabajo es el único factor de la producción o que se emplea la misma cantidad de él para producir las mercancías; y, que la fuerza laboral es homogénea.

Posteriormente, *Gottfried von Haberler* (1900-) escribe su obra **Teoría del comercio internacional**, 1936, por al cual se dice que el costo de un bien corresponde a la cantidad de un segundo bien (mercancía) que es necesario sacrificar con el objeto de liberar recursos apenas suficientes para producir una unidad adicional del primer bien (**costo de oportunidad**).

De este modo fundamentó la teoría de la ventaja comparativa de *Ricardo*, en su tesis del costo de oportunidad, llamándose la **Ley del costo comparativo**. (Salvatore, *ibidem.*, pág. 37).

#### **d) Críticas a la Escuela Clásica**

Algunas críticas a esta escuela fueron:

1. El trabajo no es el único factor de la producción
2. El trabajo no es un factor de la producción homogéneo
3. El mercado de un país no es único ni homogéneo
4. Los costos de producción no son constantes
5. Los costos de transportes existen
6. Existen las diferencias y los cambios tecnológicos
7. Hay trabas u obstáculos al libre comercio
8. Los insumos de la producción no son inamóviles

## e) Aportaciones posteriores

Con posterioridad, se diría que la *frontera de posibilidades de producción (curva de transformación)* es aquella curva que muestra las combinaciones o alternativas de los dos bienes que un país está en capacidad de producir mediante el empleo pleno de todos sus recursos con la mejor tecnología a su disposición.

A lo cual se le añadió el concepto de **curva de indiferencia social**, –o, individual– que indica las diferentes combinaciones de dos bienes que producen la misma satisfacción a la sociedad –o, al consumidor– (Salvatore, **op. cit.**, págs. 38 y 59).

Ello conduce a las **condiciones de intercambio comercial** de un país que se definen como la relación del precio de su bien de exportación con respecto al precio de su bien de importación; y, si se tiene en cuenta que *en un mundo de dos países*, las exportaciones de uno de ellos son las importaciones del otro, las condiciones de intercambio comercial de éste son idénticas a las condiciones recíprocas de intercambio comercial de aquél. (Salvatore, **cit.**, pág. 99).

Igualmente, se describe la **curva de indiferencia comercial**, como aquella que indica las diversas situaciones de actividad comercial que mantendría un país en el mismo nivel de bienestar que existía en la situación anterior al comercio. (Salvatore, **cit.**, pág. 107).

## f) Escuela neoclásica

### i. Teoría Heckscher-Ohlin

*Ely F. Heckscher* (1879-1952), sueco. En 1919 publica su artículo **Efecto del comercio exterior sobre la distribución de la renta** y en 1931 publica un libro sobre **La época del mercantilismo**. Fue maestro de *Bertil Goffhard Ohlin* (1899-1979), sueco. En 1924 presenta su Tesis sobre **La teoría del comercio**; 1933: se publica su obra **Comercio interregional e internacional** donde Ohlin rescata lo que escribió su profesor, lo amplía y profundiza.

Participan de la tesis de que un país exportará el bien cuya producción exija el uso intensivo del factor relativamente abundante y de bajo costo con que cuenta ese país; e, importará el bien cuya producción requiera el uso intensivo del factor relativamente escaso y costoso de que dispone el país (**teorema Heckscher-Ohlin**).

Parten de la teoría de David Ricardo de los *costos comparativos o relativos*, explicándola vía funciones de producción de los diferentes bienes para los cuales se utilizan factores de producción en diferentes proporciones. (Ramón Tamames y Santiago Gallego, **Diccionario de economía y finanzas**, Madrid: Alianza, 1994, pág. 282).

Le dieron a *Oblin* el Premio Nobel de Economía en 1977 compartido con James Meade (1907-1995), inglés, por sus aportes a la teoría del comercio internacional.

### *ii. Supuestos de esa teoría*

- Existen dos: bienes, países, factores de la producción (trabajo y capital),
- Ambos países usan la misma tecnología,
- En ambos países el bien X es de fuerza laboral intensiva; y, el bien Y es de capital intensivo,
- En los dos países ambos bienes se producen con base en *rendimientos constantes a escala* (si estos rendimientos fueran *crecientes*, la producción crecería más que el incremento en los insumos o factores de la producción),
- En ambos países existe especialización incompleta en la producción,
- En ambos países se dan preferencias iguales,
- En ambos países se da la competencia perfecta en los mercados de bienes y de factores o insumos de la producción,
- En cada país existe movilidad perfecta de los factores de la producción; pero, en el ámbito internacional no se da la movilidad de esos insumos,
- No existen costos de transporte ni aranceles u otro tipo de obstáculos al libre flujo del comercio internacional,
- El comercio internacional entre los dos países se encuentra en situación de equilibrio (Salvatore, **cit.**, págs. 118, 119 y 171).

### *iii. Complemento de Samuelson*

*Paul Samuelson* (1915-), USA. Publicó su libro sobre **Fundamentos del análisis económico** en 1947 y su famoso texto de **Economía** en 1948. Fue Premio Nobel de Economía en 1970, por su trabajo científico en favor de elevar el nivel de análisis de la economía.

Algunos sostienen que el anterior **Teorema** se debe llamar **Heckscher-Ohlin-Samuelson**, ya que este economista de Indiana señaló que el libre comercio en el mercado (junto a los demás supuestos del modelo H-O), conduce a que el pago o remuneración a un mismo factor de producción en los dos países sea igual tanto en términos absolutos como relativos.

Su tesis de la **ventaja absoluta**, aplicada al comercio exterior, sostenía que cuando un país es más eficiente que otro (o posee una ventaja absoluta sobre aquél) en la producción de un bien, pero es menos eficiente que el otro país (o tiene una ventaja absoluta con respecto a aquél) en la producción de un segundo bien, entonces ambos países están en capacidad de obtener una ganancia si cada uno de ellos se especializa en la manufactura de un bien de su **ventaja absoluta** e intercambia con el otro país parte de su producción por el bien de su ventaja absoluta.

### g) Teorías sobre el imperialismo

La palabra **imperialismo** se usó en 1830 para referirse a los partidarios del antiguo Imperio Napoleónico. Viene del latín **imperium**: dominación, poder, mando, autoridad.

Algunos de sus expositores fueron:

*John Atkinson Hobson* (1858-1940) inglés, publicó en 1902 su libro **Imperialismo: un estudio**, critica la política imperial de Inglaterra en sus colonias (Wolfgang J. Mommsen. **Theories of Imperialism**, Chicago: University of Chicago Press, 1980, págs. 11 a 17).

*Rudolf Hilferding* (1877-1941), austriaco. Publica en 1910 su obra **El capital financiero**, en el cual sostiene que la explotación de los países ricos sobre los pobres se debe a que los *excedentes* del país fuerte (Inglaterra) se los vende al país débil de acuerdo a las condiciones que establece el país exportador.

*Lenin* (1870-1924), ruso. En su obra **El imperialismo, fase superior del capitalismo**, 1917, indica que como bajan las ganancias en los mercados locales, los países imperialistas se lanzan a los mercados internacionales para aumentar sus tasas de ganancia. Este poder de dominación sobre otros países, se logró por medio de:

1. Fusión del capital bancario con el capital industrial
2. Concentración de la producción y del capital
3. Exportación de capital y de mercancías
4. Formación de monopolios internacionales
5. Repartición territorial del mundo, en áreas llamadas mercados

*Joseph Alois Schumpeter* (1883-1950), austriaco. En su libro **Sociología del imperialismo**, 1919, este autor hace un análisis de este fenómeno desde la antigüedad a la Primera Guerra Mundial, donde indica que el imperialismo responde –a lo largo de la Historia de la Humanidad– a una serie de factores sociales, políticos, económicos, etc.; siendo una falacia describir al imperialismo como una fase necesaria del capitalismo, por cuanto la forma de vida del capitalismo no es propicia a las actitudes imperialistas (J. A. Schumpeter, **Imperialismo. Clases sociales**, Madrid: Tecnos, 1965, pág. 127; es una reproducción del escrito de 1919).

Nkrumah Kwame (1909-1972), estadista ghanés, 1965: publica su libro **Neocolonialismo, última fase del imperialismo**.

Algunos ejemplos de potencias imperialistas a lo largo de la Historia, con sus semejanzas y diferencias:

Egipto, Roma, España, Inglaterra, Francia, Rusia, Estados Unidos.

### **Una posible definición actual de imperialismo**

Esta posible definición de imperialismo podría agrupar estos elementos:

Dominación de un país o varios **países** más fuertes (política, económica, militar, tecnológica, social, informática y culturalmente) sobre otros más débiles. Lo cual va acompañado con la hegemonía sobre el mundo de las 560 empresas más potentes, denominadas transnacionales, **corporaciones** multinacionales o supranacionales.

## Potencias mundiales

Japón  
Comunidad Europea  
Estados Unidos de América

## 10 mayores corporaciones

General Motors	(USA)
Ford Motors	(USA)
Mitsui	(Japón)
Mitsubishi	(Japón)
Itochu	(Japón)
Royal Dutch-Shell Group	(UK-Netherlands)
Marubeni	(Japón)
Exxon	(USA)
Sumitomo	(Japón)
Toyota	(Japón)

(John Wright, editor, **The New York Times Almanac 1988**; New York: Penguin Group, 1997, pág. 514).

## h) Teorías sobre la dependencia

Por supuesto que las relaciones imperialistas, generan **dependencia** entre los **centros** de poder global y toda la **periferia** subordinada a él.

### i) Teoría del centro - periferia

El exponente de esta corriente fue el economista argentino *Raúl Prebisch* (1901-1986). Algunas de sus obras son: **Transformación y desarrollo**, México: Fondo de Cultura Económica -FCE-, 1976; **Nueva política comercial para el desarrollo**, México: FCE, 1964; **Hacia una dinámica del desarrollo latinoamericano**, FCE, 1963; y, **Capitalismo periférico**, FCE, 1984.

La relación de dominación en el mundo se da del **centro a la periferia** del sistema capitalista, ya que la **periferia** produce bienes agrícolas y materias primas y el **centro** productos industrializados, dándose un desequilibrio en los términos de intercambio, ya que el

**centro** fija los precios de sus productos a la **periferia** y a la vez pone el precio de compra de los bienes que exporta la periferia. Se le llama **tesis del deterioro de los términos de intercambio comercial**.

Lo cual se ve agravado por cuanto el **centro** tiene una productividad más veloz que la **periferia** y a la vez intensifica la producción de materias primas sintéticas y de sus productos alimenticios, mientras que la **periferia** es ineficiente y lenta en su proceso productivo.

Este fenómeno de la circularidad lo expuso bien el economista sueco *Gunnar Myrdal* (1898-1987). Premio Nobel de Economía en 1974 compartido con *Friedrich von Hayek* (1899-1992), inglés. Uno de sus libros el que expone el tema de la circularidad virtuosa y viciosa es **Solidaridad o desintegración**, México: FCE, 1962. De modo simple, indiquemos que los países subdesarrollados presentan la **circularidad viciosa**, ya que tienen bajos niveles de ahorro, inversión, productividad, lo cual repercute en bajos niveles en educación, vivienda, empleo, salud, etc. En cambio en los países desarrollados la situación es inversa: hay una **circularidad virtuosa**.

Algunas de las observaciones de *Prebisch* son las siguientes:

1. El capitalismo desarrollado es esencialmente centrípeto, absorbente y dominante. Se expande para aprovechar la periferia, pero no para desarrollarla.
2. La única forma de desarrollarse la periferia es romper con la dependencia del centro, es la industrialización periférica, es decir, hacer en forma dinámica lo que el centro no le permite hacer.
3. El desarrollo debe planificarse.
4. Hay que hacer cambios en las estructuras de poder.
5. El interés económico de los grupos dominantes de los **centros** se combina con intereses estratégicos, ideológicos y políticos que forman en ellos una constelación de donde dimanan obstinados fenómenos de dependencia en las relaciones **centro-periferia**.
6. Hay que llegar a una teoría *global* que integre todos los elementos del sistema mundial del capitalismo (cit., **Capitalismo periférico**, págs. 14, 26, 30, 33, 38).

7. Nadie tiene la verdad revelada, ni el Norte ni el Sur (24 de abril de 1986, a 5 días de su muerte, exposición en el 21 período de sesiones de la CEPAL en México; Santiago de Chile: Revista de la CEPAL, No. 29, 1986, pág. 16).

*ii) Otros enfoques*

Durante los años sesentas, principalmente, un grupo de sociólogos, economistas y politólogos desarrollaron cuerpos analíticos sobre el tema de la subordinación de los países pobres o del Tercer Mundo a los **centros** o países ricos.

*Theotonio Dos Santos*

Señala que la dependencia es una situación en la cual la economía de ciertos países (dominados) está condicionada por el desarrollo y la expansión de otra economía a la que está sometida (dominante). Las relaciones comerciales se basan en el control monopólico del mercado, que conduce a la transferencia del excedente generado en los países dependientes hacia los países dominantes (La estructura de la dependencia, en René Villarreal, compilador, **Economía internacional**, T. II, México: FCE, 1989, pág. 216; Dos Santos, **Imperialismo y dependencia**, México, Era, 1978, cap. XIX).

*Fernando Enrique Cardoso*

El imperialismo tiene el efecto de integrar las economías y los países dependientes al mercado internacional. (Imperialismo y dependencia en América Latina, en **cit.**, Villarreal, pág. 298).

La vinculación de las economías periféricas al mercado internacional se da ahora cuando el desarrollo del capitalismo, cuyo centro ya no solo actúa —como antes— a través del control del sistema de importaciones-exportaciones, sino que lo hace también por medio de inversiones industriales directas en los nuevos mercados nacionales (Cardoso, Enrique y Enzo Faletto, **Dependencia y desarrollo en América Latina**, México: Siglo XXI, 1969, pág. 144).

El actual subdesarrollo de América Latina es el resultado de su participación en el proceso de desarrollo capitalista mundial (El desarrollo del subdesarrollo, en Antonio Murga y Guillermo Boils (compiladores) **América Latina: dependencia y subdesarrollo**, San José: Educa, 1975, pág. 100). El capitalismo monopolista neoimperialista ha penetrado o incorporado rápida y efectivamente la economía, el gobierno, la sociedad y la cultura de América Latina (Frank, **Capitalismo y subdesarrollo en América Latina**, Buenos Aires: Siglo XXI. 1970, pág. 300; y, **América Latina: subdesarrollo o revolución**, México: Era, 1976, cap. 1).

## SEGUNDA PARTE: GLOBALIZACION

### 1. Concepto fetiche

En el lenguaje actual la palabra globalización se usa frecuentemente como una muletilla y se le aplica a cualquier cosa y en cualquier contexto.

Se le usa como un concepto mágico, fetiche y totem: dispensador de bondades y de beneficios no solo en el sistema económico, sino en el entero sistema social.

### 2. Posibles sinónimos

En el lenguaje neoliberal vigente, pueden usarse como posibles sinónimos, en su uso fetichista: modernización, mundialización, universalización, totalismo, holismo, cosmopolitismo. Se trata de las metáforas tejidas a partir de la obra del sociólogo canadiense Marshall McLuhan (1911-1980) **La galaxia Gutemberg** (1962); y, Bruce Powers, **The global Village**, transformaciones en la vida y los medios de comunicación mundiales en el siglo XXI, (México: Gedisa, 1991).

### 3. Definición

La **globalización** es la intensificación de los flujos de intercambio de tecnologías, capitales, símbolos y comunicaciones en el desarrollo y

expansión del sistema capitalista (Sara Makowski, *¿Ciudadanos globales?*, Quito: revista Ecuador Debate, No. 42, 1997, pág. 218).

Apunta este concepto hacia los megamercados dentro de la revolución tecnológica (Alvaro de la Ossa, Centroamérica y la economía global, en John Melmed –Sanjak, et al, eds., **Centroamérica en la globalización**, San José: Porvenir, 1994, pág. 216).

Esta idea de la **globalización** se refiere a procesos económicos de un mundo unificado (doctrina del “one world”) por la universalización de capitales y el colapso de la URSS. (Eduardo Saxe-Fernández y Christian Brügger, **El “globalismo democrático neoliberal” y la crisis latinoamericana**, Heredia: Universidad Nacional, 1996, pág. 77).

La globalización es una conceptualización que se introduce en el sistema internacional en forma de ideología y de doctrina política. Se difunde y se desarrolla por instrumentalizaciones diplomáticas, académicas y de comunicación para su universal aceptación. Es la más típica propaganda ideológica “pro-globalista” que intencionalmente difunden los poderosos medios de comunicación e instituciones (**cit.**, Saxe y Brügger, pág. 102).

Este concepto lo usan, oficialmente, sus propagandistas como:

- Composición pública y privada de la hegemonía mundial.
- Universalización del mito *totem* del mercado (global shopping center).
- Desmantelamiento del Estado-nación.
- Corporatización de las relaciones políticas mundiales.
- Gobierno mundial de facto (a partir de la Naciones Unidas, su Consejo de Seguridad, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización del Tratado del Atlántico Norte, etc., asociado con las megacorporaciones que controlan y dominan los mercados).
- Imperativo transformador de los intelectuales, técnicos y profesionales (*think tanks*).
- Forma totalizante y totalitaria de la convivencia mundial.
- Paradigma sobrecargado de expectativas (José Orozco y Consuelo Dávila, **Breviario político de la globalización**, México: Fontamara y UNAM, 1997, págs. 191 a 203).

Los globalistas creen que la globalización es un efecto de la internacionalización de la producción y distribución económicas (**cit.**, Saxe-Brügger, pág. 82).

A fines del siglo XX, se abren espacios al capitalismo con la caída del bloque soviético, se universaliza este modo de producción, apareciendo el capitalismo como un proceso **civilizatorio** (Octavio Ianni, **Teorías de la globalización**, México: Siglo XXI, 1996, pág. 118).

Así, en la medida en que se desarrollan las relaciones, los procesos y las estructuras de dominación y apropiación que constituyen la sociedad global (lo que se intensifica y se generaliza con la creciente movilización de técnicas electrónicas), muchos empiezan a percibir el mundo como una vasta e insólita o idílica aldea global –*global village*– (cit., Ianni, pág. 78).

En esta tarea de mentalización global, mediante la vía del idioma inglés, los *think tanks* (intelectuales, profesionales, técnicos), juegan un papel o rol estratégico para poner el conocimiento y la información organizados a disposición de la acción de los políticos (Ianni, **id.**, págs. 81 y 82).

#### 4. **Globalismo y regionalización**

Dentro del contexto en que se desarrollan los procesos de globalización, se forman bloques o regiones económicas importantes, como son:

Estados Unidos, Canadá y México

Mercado Común Europeo

Japón

Se da así, lo heterogéneo dentro de lo homogéneo, dándose una reformulación de los conceptos de Estado-nación, soberanía, ciudadanos, democracia (Sergio de la Peña, *América Latina frente a la Globación* en revista **Dialéctica** No. 182, 1995, págs. 28 y 29, Puebla, México).

La globalización tiende a ser un proceso de integración universal, mundial, cosmopolita, total, holístico para forjar una economía y sociedad total (**cit.**, Saxe y Grugger, pág. 115).

## 5. El capitalismo del siglo XXI

Este sistema económico totalizador de la vida, se puede caracterizar así:

- Globalización de los mercados.
- Revolución tecnológica en informática y en comunicaciones.
- Incorporación de los ex-países socialistas al megamercado capitalista (Joaquín Estefanía, **¿Qué era, qué es el capitalismo?** Barcelona: Destino, pág. 50, 1997).

En este proceso holístico, la globalización es la etapa del capitalismo en que las economías nacionales se integran de modo progresivo en el marco de la economía internacional; dándose el juego de suma cero, es decir, lo que gana uno, lo pierde el otro (Estefanía, **id.**, pág. 50; lo que gana el jugador triunfante, lo pierde el otro: Lester Trurow, **La sociedad de suma cero**, Barcelona: Orbis 1988, pág. 15, **El futuro del capitalismo**, Buenos Aires: Vergara, 1996; y **La guerra del siglo XXI**, Buenos Aires: Vergara, 1992; Henri Lepage **Tomorrow Capitalism**, Illinois: Open Court Pub. 1982).

## 6. Características de la globalización, según sus ideólogos

- Es irreversible, inevitable.
- Mantiene la revolución científica y tecnológica, destacándose la que opera en la informática y las comunicaciones.
- Competencia, individualismo, utilitarismo y pragmatismo son la guía de acción humana.
- Los mercados deben ser liberados (desregulados)
- El sistema económico debe ser desregulado.
- Se deben privatizar sectores completos de la economía: correos, seguros, educación, finanzas, banca, etc. (cit., Estefanía, 56 a 58).

El globalismo es la expresión de las políticas integrales (en todos los campos y áreas de la vida) de corte neoliberal, por ello es un globalismo neoliberal.

El neoliberalismo es más que un modelo económico, es una visión de la vida, postulando al mercado como el escenario social idóneo. Teniendo el Estado un rôle o papel secundario o subsidiario respecto del mercado (Eduardo Gudynas, *Globalismo, políticas sociales y medio ambiente*, en revista **Tareas** No. 98, 1998, págs. 24 y 26, Panamá: CELA).

## 7. **La globalización se puede identificar con lo:**

- *Tecnológico*: nuevas técnicas en la informática, comunicación, procesos industriales, métodos de consumo masivo.
- *Ideológico-cultural*: Universalización de los modelos de convivencia social.
- *Político*: fin de la guerra fría con la caída del comunismo.
- *Económico*: fortalecimiento de las empresas transnacionales o corporaciones y crecimiento del comercio internacional (Enoch Adames, *La modernidad desarmada*, **Tareas** No. 98, cit., pág. 69).

## 8. **¿Quién gana, quién pierde con la globalización?**

Recordando el juego suma cero de **Thurow** (lo que gana un jugador, lo pierde el otro): son las 560 grandes corporaciones que se reparten los mercados del mundo, las que ganan en este juego de vidas, haciendas, Estados y bienes.

Precisamente es interesante destacar que de las 100 economías más fuertes del mundo, 47 de ellas son transnacionales (cf. J. Brecher & T. Costello, **Global Village or Global Pillage**, Boston, MA, : South end Press, 1994). Así, la globalización beneficia particularmente a estas gigantescas corporaciones, cuyas producciones y ganancias anuales son superiores al producto nacional bruto (PNB) o a las exportaciones de la mayoría de los países del mundo (**cit.**, Saxe-Fernández, pág. 91).

Es el Norte dominando al Sur. Y, este dominio lo ejercen los Estados y las empresas del Norte, asociado con los organismos supranacionales que controlan.

Como ya indicamos de las 10 empresas más grandes del mundo, 6 son japonesas (Mitsui, Mitsubishi, Itochu, Marubeni, Sumitomo y Toyota), 3 son de Estados Unidos (General Motors, Ford y Exxon) y 1 británica-holandesa, Royal Dutch-Shell Group).

433 de las 560 corporaciones gigantescas del mundo, pertenecen al grupo G-7.

151	USA
149	Japón
44	Alemania
40	Francia
33	Inglaterra
11	Italia
5	Canadá

Se le pueden agregar de América Latina:

2	Brasil
2	México
1	Venezuela

De ellas 3 son petroleras y 2 son de servicios (Noam Chomsky y Heinz Dieterich, **La sociedad global**, México: Joaquín Mortiz, 1996, págs. 50, 51).

*Este es el verdadero gobierno globalizado. El efectivo poder radica en los países que forman el G-7 y sus 433 megatransnacionales.*

Por ello, se explica por qué se han fortalecido las redes empresariales a nivel mundial, globalizándose los mercados y debilitándose los Estados nacionales de los países subdesarrollados, pues ha perdido capacidad para administrar sus economías locales.

En este tablero de ajedrez del poder mundial, adquiere explicación cómo los países más fuertes del mundo (y los bloques comerciales, políticos, militares, económicos que han formado) practican medidas proteccionistas a su favor, pero lanzan su presión al resto de los países para que se abran al libre comercio, volviéndose a la vieja discusión del proteccionismo versus libre cambio. Por ejemplo, los Estados Unidos mantiene una política de subsidios a su agricultura, del 85%. También Europa practica medidas proteccionistas en favor de este sector económico. Este proteccionismo lo pueden utilizar porque son los bloques, junto con Japón, más poderosos del Orbe.

De esta manera la globalización de la vida económica es la universalización del capitalismo, en donde las transnacionales juegan un papel clave, que redefine y subordina a los Estados nacionales (fuertes y

débiles), constituyéndose en estructuras mundiales de poder, especializadas en la planificación global del capitalismo. Así, se entiende por qué **Nike** fabrica zapatos tenis en Indonesia pagando \$38 al mes a las obreras y **Sears** hace camisas en Bangladesh con obreras que ganan mensualmente menos de \$30. (Cit., Chomsky-Dieterich, págs. 122 a 126). En nuestro país una supranacional de la computación informática se estableció en 1997, se le cedió planta eléctrica, facilidades de infraestructura, etc., gracias al apoyo del Estado (benefactor para las grandes empresas).

Todos estos movimientos de capitales y de inversiones en el mundo, obligó a esta cúpula del poder global a establecer en sus reglas del juego económico lo que han llamado "*normas de origen*", que se usan para asignarle una "*nacionalidad*" a los bienes en el comercio internacional de acuerdo a su país de origen, al tenor de reglas predeterminadas y aceptadas (ejemplo: **Tratado de Libre Comercio de América del Norte**, México: Miguel Angel Porrúa, 1993, capítulo IV, págs. 172 a 199; Jerry Rosenberg, **Dictionary of International Trade**, New York: John Wiley & Sons, Inc. , 1994, pág. 248).

Como bien lo informa el **Wall Street Journal Almanac 1998**, las nuevas reglas de la economía global, del *nuevo orden económico mundial*, surgen de la desintegración de la Unión Soviética y del abandono parcial, de la China continental, del socialismo (Ronald Alsop, editor, New York: Ballantine Books, 1997, pág. 6). Siendo los perdedores, nuevamente (y, porque no podría de otro modo ), en la actual repartición del mundo los pueblos ubicados en los países subdesarrollados o empobrecidos a lo largo de su historia (Arturo Ortiz, *El capitalismo neoliberal en los albores del siglo XXI*, revista **Problemas del desarrollo** No. 103, 1995, pág. 70, México, UNAM).

## A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El capitalismo, desde su origen hasta el presente, ha tenido la fuerza necesaria para su consolidación y expansión. En este momento histórico, la revolución en la informática y las comunicaciones, la caída de los países socialistas y con ello nuevos mercados para controlar, le dan a esta fase de ese sistema económico, dimensiones, profundidad y relaciones-estructura novedosas, que focalizan el poder mundial en los países que componen el **Grupo** de los siete y en sus 433 megacorporaciones, configurando la verdadera cúpula de la hegemonía

del mundo, en este orbe globalizado, convertido en una aldea computarizada.

2. La globalización se manifiesta por medio de la transnacionalización de los mercados comerciales, financieros, el cambio tecnológico y las comunicaciones que vinculan cada día las economías de los países (Lester Thurow, **El futuro del capitalismo**, Buenos Aires: Javier Vergara, 1996, pág. 23). También, ello está provocando un claro efecto en las inversiones y el poder económico mundial.

3. La experiencia diaria nos revela que se está dando un reacomodo geográfico de las grandes empresas transnacionales con el objetivo de aprovechar mejor las ventajas en recursos naturales, humanos, disminuir los costos de producción y de transporte mejorando así la competitividad de las exportaciones y los procesos productivos.

4. Igualmente estas megaempresas supracionales, están haciendo alianzas en sectores estratégicos como la biotecnología, semiconductores, aviación, fármacos y automóviles.

5. La tendencia a la globalización comparte su dinámica con la de la regionalización, propiciada por los países más fuertes del mundo (grupo G-7) en sus respectivas áreas de influencia Estados Unidos, Europa y Japón.

6. En esos megamercados controlados por dichas potencias mundiales, se desarrollan prácticas proteccionistas (neoproteccionismo) para darle una cobertura a esos enormes bloques económicos, en donde Japón tiene una presencia calificada, pues de los 15 bancos más grandes del Orbe, 10 son japoneses, teniendo un ingreso per cápita superior a los Estados Unidos en un 22% -1990- (Joaquín García, **Tendencias regionales de integración económica**, ponencia al III Congreso Internacional de Derecho Económico, Panamá, octubre de 1994, págs. 8 a 15).

7. Japón y Alemania, países que aventajan a los Estados Unidos en el comercio internacional no tienen menos gobierno o individuos más motivados. Son países que se caracterizan por una cuidadosa organización de los equipos, equipos que incluyen a los trabajadores y gerentes, equipos que comprometen a proveedores y clientes, equipos que involucran al gobierno y las empresas. La mitología norteamericana

exalta únicamente al individuo –el llanero Solitario o Rambo–. Los norteamericanos nunca levantan monumentos para elogiar el trabajo en equipo (Lester Thurow, **La guerra del Siglo XXI**, Buenos Aires: Javier Vergara, 1992, págs. 347- 348).

8. El asesor del Presidente John Kennedy (1917-1963), Arthur Schlesinger (1917-), manifestó que el capitalismo seguirá dando bandazos, pero la ideología del *laissez-faire* probablemente se desvanecerá cuando los capitalistas descubran la serie de perturbaciones que el mercado sin trabas no puede resolver. El capitalismo salvaje con salarios bajos, jornada larga y trabajadores explotados, provoca el resentimiento social, resucita la guerra de clases (¿**Tiene futuro la democracia?**, México, Política Exterior, No. 60, 1997, págs. 131-132; Francisco Ibisate, **Sugerencias al neoliberalismo**, San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, *Realidad*, No. 61, 1998, pág. 31).

9. El 20% de la población mundial posee el 82.7 % del ingreso mundial.

El 60% de las personas en el mundo, tienen el 5.6% del ingreso mundial.

### **En el mercado financiero:**

El 20% más pobre del mundo, solo participa del 0.2% de los préstamos de la banca comercial.

El Norte, con cerca del 25% de las personas en el mundo, consume:

- el 70% de la energía mundial
- el 75% de los metales
- el 85% de la madera
- el 60% de los alimentos

**(Informe del Programa de las Naciones para el Desarrollo, PNUD, 1996, Madrid: Mundi Prensa libros; Provinciales Latinoamericanos de la Compañía de Jesús, Jesuitas. El neoliberalismo en América Latina,** San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, *Realidad*, No. 54, 1996, pág. 762).

10. Para el neoliberalismo, la existencia de millones de pobres y miserables en América Latina no produce ningún escándalo, ya que estas personas no tienen nada que reclamar, porque no valen nada en el mercado. Y, la economía no está para sacarlos de la pobreza, sino para producir, vender y ganar... más (**cit.**, Jesuitas, pág. 757).

11. La idea de la *globalización* no es de hoy, ya hace 150 años se dijo:

La burguesía ha desempeñado en el transcurso de la historia, un papel verdaderamente revolucionario.

Ella no puede existir si no es revolucionando incesantemente los instrumentos de la producción, que vale decir, el sistema todo de la producción y con él todo el régimen social.

La necesidad de encontrar mercados espolea a la burguesía de una punta a otra del planeta. Ella, al explotar el mercado mundial, da a la producción y al consumo de todos los países un sello cosmopolita.

Ahora, la red del comercio es universal y en ella entran, unidas por vínculos de interdependencia, todas las naciones. Y lo que acontece con la producción material, sucede también con la producción espiritual. Los productos espirituales de las diferentes naciones forman un acervo común.

La burguesía, como clase soberana, ha creado energías productivas mucho más grandiosas y colosales que todas las anteriores generaciones juntas. (Carlos Marx y Federico Engels *El manifiesto comunista*; 1848, en la edición de la Compañía general de ediciones, Mexico, 1973, págs. 76 y 77).

12. La globalización es un proceso y no sólo un momento en la nueva estrategia de expansión del sistema capitalista. Afecta sobre todo a las personas y no sólo a la riqueza material de las sociedades del capitalismo avanzado. Este proceso significa desintegrar las economías nacionales, para que se incorporen por la fuerza de la competencia a un nuevo tipo de mercado mundial. En estas condiciones, la deshumanización es ineludible, pues los individuos buscan entonces concentrar sus esfuerzos en el rendimiento, en la capacidad de producir cosas. El énfasis en la producción de objetos, hace personas más eficientes y eficaces, pero no más humanos y solidarios (Rodrigo Quesada, *Globalización y deshumanización*, Heredia, Universidad Nacional, 1988, págs. 24 a 28).

## **BIBLIOGRAFIA BASICA DE REFERENCIA**

- Aimont, Enrique, *Derecho económico internacional* (Valparaíso: Eds. Universitarias, 1980).
- Ayala, José, *Economía Pública*. (México: UNAM. Facultad de Economía, 1997).
- Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial*. 1992, 1993 (Washington, D.C.: B.M. 1992, 1993).
- Bannock, Graham et al. *Dictionary of Economics* (London: Profile Books Ltd., 1998).
- Barry, Brian. *Thinking about globalization* (London: "The Economist". October-December, 1977).
- Bassols, Martin, *Constitución y sistema económico*, (Madrid: Tecnos, 1988).
- Bonamate, Luigi; y, Víctor Godínez, *Globalización*. (México: revista "Este país", Junio de 1998).
- Borrego, John, *El momento hegemónico del capitalismo global*. (México: revista "Investigación Económica", Nº 224, 1998. UNAM. Facultad de Economía).
- Brito, Javier, *Derecho económico internacional*, (México: Trillas, 1982).
- Bruno, Michael et al. (Eds.) *Annual Bank Conference Development Economics 1996* (Washington DC: World Bank, 1997).
- Carmona, Fernando, *Una alternativa al neoliberalismo* (México: Nuestro tiempo, 1993).
- Carreau, Dominique, *Droit International Economic* (Paris LGJD, 1990).
- Carrillo, Fernando, *Elementos económicos en la Constitución Política* (San José: Juritexto, 1992).
- Castañeda, Jorge et al, *Derecho económico internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1976).
- Chacholiades, Miltiades, *Economía internacional* (México: McGraw-Hill, 1988).
- Chomsky, Noam et al. *Globalización, exclusión y democracia en América Latina*. México: Joaquín Mortis. 1997).
- Cordelier, Serge & Beatrice, Didiot, *El estado del mundo*. 1997 (Madrid, Akal, 1996).

- Cortiñas, Peláez, León, *Fundamentos del Derecho Económico* (México: Porrúa, 1998).
- Cuevas, Guillermina. *Diccionario básico de libre comercio* (Mexico: Secofi, 1994).
- De la Ossa, Alvam, *El sistema de integración centroamericana* (San José: Edicosta, 1993).
- De la Yglesia, Jesús, *El orden económico mundial* (Madrid: Síntesis, 1996).
- De Sebastián, Luis. *Neoliberalismo Global*. (Madrid, Trotta, 1998).
- Díaz, Miguel A., *Del GATT a la OMC* (Madrid. Síntesis, 1996).
- Dierkxsens, Wim. *Los límites de un capitalismo sin ciudadanía* (San José: UCR-DEI, 1997).
- Di Giovan, Ileana, *Derecho internacional económico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992).
- Dixon, John et al, *El desarrollo humano sostenible frente a la globalización* (San José: Midiplan, 1998).
- Evans, Trevor (coord.) *La transformación neoliberal del sector público* (Managua: Latino, 1995).
- Farjat, Gérard, *Droit Economique* (París: PUF, 1971).
- Ferraro, Fernando. *Nacionalidad y soberanía: conceptos obsoletos en la era de la globalización* (San José: Revista Parlamentaria, Diciembre 1997).
- Fitoussi, Jean-Paul. *Mundialización y desigualdades* (México: revista "Este país", Nº 83, 1998).
- Fondo Monetario Internacional. *Informe Anual 1994, 1995* (Washington, D.C.: FMI, 1974, 1995).
- Forero, Yamile, *Estado y política económica internacional* (Bogotá: Temis, 1979).
- Friedman, Milton y Rose, *Libertad de elegir* (Madrid: Orbis, 1983).
- Gámir Cásares, Luis, *La economía del bienestar* (Madrid
- Gandarilla, José, *La globalización como tragedia social*. (México: revista "Censos Memoria", Julio de 1998).
- García, Juan, *Fundamentos del derecho económico* (Santiago de Cuba: Universidad de Oriente, 1987).

- Garnier, Leonardo et al, *Gobernando en tiempos de cambio* (San José: Mideplan, 1998).
- Gómez, Moisés y Gutiérrez, Rosa, *Introducción al derecho económico* México: Porrúa, 1995).
- González, Javier, *La política industrial en la era de la globalización*. (México: revista "Comercio Exterior". Julio, 1998. Banco Nacional de Comercio Exterior).
- Grau, Erós, *A ordem econômica na constituição de 1988* (Sao Paulo: Revista Dos Tribunais, 1991).
- Hanza, Alavi y Shanin, Teodor, *Sociology of "Developing societies"* (New York: Monthly Review Press, 1982).
- Haas, Richard, et al, *Globalización*. (México: revista "Este país", agosto 1998).
- Hausmann, Ricardo et al, *Informes del BID de 1996 y 1997* (Washington DC: BID, 1996-1997).
- Harrod, Roy, *Economía internacional* (Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1963).
- Huerta, Arturo, *América Latina ante los cambios de la economía mundial* (México: UNAM, "Investigación económica", N° 202, 1992).
- Jiménez, Jorge, *Contracultura y globalización en América Latina*. (San José: "Revista de Filosofía", N° 86, 1997, Universidad de Costa Rica).
- Keynes, John M., *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (México: Fondo de Cultura Económica, 1963).
- Ensayos de persuasión* (Barcelona: Grijalbo, 1988).
- Kletzer, Kenneth et al, *Is the Debt Crisis History?* (Washington, DC: The World Bank Economic Review Jn., 1996).
- Kliksberg, Bernardo, *Mitos de lo social*. (México: revista "Este país", Junio 1998).
- Krugman, Paul Obstfeld, Maurice, *Economía internacional* (Madrid: McGraw-Hill, 1995).
- Lizano, Eduardo et al, *Deuda Interna* (San José: Academia de Centroamérica, 1997).
- Magid, Carlos et al. *Centroamérica en la globalización* (San José: Ed. Porvenir. 1994).

- Marín, Carlos, *Ajuste estructural y condicionalidad cruzada* (Heredia: UNA, 1994).
- Mateo, Martín, *Derecho público de la economía* (Madrid, Ceura, 1985).
- y Sosa, Wagner, *Derecho administrativo económico* (Madrid: Pirámide, 1977).
- Merino del Río, José. *La sociedad globalizada* (San José: Juricentro, 1998).
- Montero Mejía, Alvaro, *Globalización contra los pueblos* (San José: Juricentro, 1998).
- Montes, Pedro, *El desorden neoliberal* (Madrid: Trotta, 1996).
- Müller, Luis, *El derecho económico y la integración de América Latina* (Bogotá: Temis, 1988).
- Myint, H.L. *Teorías de la economía del bienestar* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962).
- Nguyen, Pablo, *Neoliberalismo* (Heredia: UNA, 1996).
- Ohlin, Bertil, *Comercio interregional e internacional* (Barcelona: Oikos-tau, 1971).
- Olivera, Julio, *Derecho económico* (Buenos Aires: Macchi, 1981).
- Ortiz, Arturo, *Política económica de México* (México: Nuestro Tiempo, 1994).
- El capitalismo neoliberal en los albores del Siglo XXI* (México: UNAM, Problemas del Desarrollo, No. 103, 1995).
- Pacheco, Filiberto, *Derecho de la integración económica* (México: Porrúa, 1998).
- Patiño, Jaime, *Apertura económica y justicia* (Cali: Hojas de papel, 1992).
- Peroti, Roberto y A. Alesina, *The Political Economy of Growth* (Washington DC: The World Bank Economic Review, Sept., 1994).
- Pipitone, Ugo, *Ensayos sobre democracia, desarrollo y América*. (México: revista "Meta Política". Vol. 2, Nº 7, 1998).
- Quesada, Rodrigo. *Globalización y deshumanización* (Heredia: EUNA, 1998).
- Robertson, Roland, *Globalization. Social Theory and Global Culture*. (London: Sage, 1992).

Romero-Pérez, Jorge Enrique, *La crisis y la deuda externa en América Latina* (San José: Universidad de Costa Rica, 1993).

*La deuda interna. Aspectos jurídicos* (San José: Ed. Universidad Estatal a Distancia, 1998).

Romero, Emilio, *Globalización económica y agricultura* (México: UNAM, Problemas del desarrollo, No. 105, 1996).

Rangel, Hugo, *El derecho económico* (México: Porrúa, 1986).

Rosenberg, Jerry, *Dictionary of International Trade* (New York- Wiley & Sons, Inc., 1994).

Salvatore, Dominick, *Economía internacional* (Bogotá: McGraw-Hill, 1995).

Samhaber, Ernst, *Historia del comercio* (Madrid: Zeus, 1963).

Savy, Robert, *Droit Public Economique* (Paris: Dalloz, 1972).

Sartori, Giovanni. *Homo videns* (Madrid: Tauroes, 1998).

Saxe-Fernández, Eduardo et al. *El "globalismo democrático neoliberal" y la crisis latinoamericana* (Heredia: UNA, 1996).

Saxe-Fernández, John, *Globalización: crítica a un paradigma* (México: UNAM, "Problemas del desarrollo", Nº 110, 1997).

Secofi, *Tratado de libre comercio (Costa Rica-México)* (México: Miguel Porrúa, 1994).

Secofi, *Tratado de libre comercio, (América del Norte)* (México: Miguel Porrúa, 1993).

Sid-Ahmed A., *Norte-Sur: los grandes desafíos* (México: Fondo de Cultura Económica, 1985).

Silva, Jorge, *Arbitraje comercial internacional en México* (México: Pereznieta, 1994).

Sivanandan, A., *Capitalism, Globalization and Special Shifts* (New York: Monthly Review, Feb. 1997).

Smith, Adam. *Riqueza de las naciones* (Barcelona: Bosch, 3 tomos, 1956).

Snider, Delbert, *Introducción a la economía internacional* (México: Uteha, 1963).

- Sojo, Carlos, *La mano visible del mercado* (Managua: Cries-Cepas, 1992).
- Stiglitz, Joseph, *Some lessons from the East Asian Miracle* (Washington DC: The World Bank Research Observer, Aug., 1996).
- Tabb, William, *Globalization is an issue, the Power of Capital Is the issue* (New York: Monthly Review, Jn., 1997).
- Tatiana, Jorge. *El nacimiento del mercosur* (Guatemala: Flacso, 1995).
- Tamames, Ramón, *Estructura económica internacional* (México: Alianza, 1991).
- Tanzer, Michael, *Globalizing the Economy* (New York: Monthly Review, Sept. 1995).
- Thurow, Lester, *El futuro del capitalismo* (Buenos Aires: Javier Vergara, 1996).
- La guerra del Siglo XXI*, Buenos Aires: Javier Vergara, 1996).
- La sociedad suma cero*, Barcelona: Orbis, 1981).
- Troussan, Raymond. *Historia de la literatura utópica* (Barcelona: Península, 1995).
- Valaskakis, Kimon. *Globalización y gobierno* (México: revista "Este país", Nº 89, 1998).
- Valenzuela, Josh, *Crítica del modelo neoliberal* (México: UNAM, 1991).
- Vanek, Janslav, *Economía internacional*, México: Uteha, 1964).
- Vial, Joaquín (comp.) et al, *¿Adónde va América Latina?* (Santiago de Chile: Cieplan, 1992).
- Waters, Malcolm, *Globalization*. (London: Routledge, 1995).
- Witker, Jorge, *Curso de derecho económico* (México: UNAM, 1989).
- et al, *Aspectos jurídicos del Tratado de libre comercio* (México: UNAM, 1992).
- y Jaramillo, Gerardo, *El régimen jurídico de comercio exterior de México* (México: UNAM, 1991).
- Yip, George, *Globalización*. (Bogotá: Norma, 1993).

NOTAS ESENCIALES DEL REGIMEN  
DE EMPLEO PUBLICO COSTARRICENSE

*Licda. Luz Marina Gutiérrez Porras*  
Abogada costarricense  
Procuradora Adjunta del Estado

## **SUMARIO:**

- I. Introducción
- II. Concepto del Régimen de Empleo Público y sus límites
- III. Principios generales del Régimen de Empleo Público
- IV. Funcionarios fuera del Régimen de Empleo Público
- V. Breve opinión del Proyecto “Régimen de Empleo Público”

## **I. INTRODUCCION**

La principal razón por la que se origina un régimen jurídico propio y autónomo de las relaciones de trabajo en la Administración Pública, es con ocasión del carácter que tiene la delicada tarea del Estado para satisfacer las necesidades primordiales de la colectividad, en los diferentes campos de la vida humana.

La premisa trazada es en el que se permitirá circunscribir, en forma breve, el presente ensayo, a fin de invitar a todos los estudiosos de la función pública a ahondar el tema en cuestión, al tiempo que sirva de concientización del compromiso que se adquiere al prestar los servicios públicos bajo cualquier modalidad de actuación.

Con dicho objeto se recurre a determinados dictámenes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y a algunos manifiestos de especiales doctrinarios, aprovechándose, claro est, de la experiencia en el ámbito del Derecho Laboral, administrativo que la autora de este sencillo trabajo tiene en la práctica de la función estatal.

## **II. CONCEPTO DEL REGIMEN DE EMPLEO PUBLICO Y SUS LIMITES**

Constituyen los artículos 191 y 192 de la Carta Magna los pilares normativos, a partir de los cuales se rige la relación de servicio entre los servidores públicos y el Estado, encargándose el legislador de ajustar sus presupuestos para la real tutela de la actividad pública en su integridad. En este aspecto, el Organo Constitucional de apoyo ha advertido en uno de sus importantes fallos, que falta por hacer en el plano jurídico del empleo público cuando a la fecha aún no se ha comprendido la regulación total de las relaciones de servicio en el Sector Público, mediante un régimen estatutario único y uniforme, que permita contemplar por igual, todos los principios que rigen el trabajo estatal, en garantía no sólo del trabajador sino en aras del bienestar común. Así, la Sala en consulta, mediante el Voto No 1696-92, de las quince horas treinta minutos del veintitrés de agosto de mil novecientos noventa y dos, subrayó que:

“XI. En opinión de la Sala, entonces, los artículos 191 y 192, de la Constitución Política, fundamentan la existencia, de principio, de un régimen de empleo regido por el Derecho Público, dentro del sector público, como ha quedado claro del debate en la Asamblea Nacional Constituyente y recoge inci-

pientemente la Ley General de la Administración Pública. Este régimen de empleo público implica necesariamente, consecuencias derivadas de la naturaleza de esa relación, con principios generales propios, ya no solamente distintos a los del derecho laboral (privado), sino muchas veces contrapuestos a éstos. Obviamente, la declaración contenida en esta sentencia abarca la relación de empleo que se da entre la administración (o mejor, administraciones) pública y sus servidores, mas, en aquellos sectores en que haya una regulación (racional, que remita a un régimen privado de empleo, la solución debe ser diferente...”.

De la transcripción parcial anterior, se explica con claridad que, por la esencia del régimen de empleo en referencia, según las disposiciones constitucionales señaladas, su tratamiento es diferente al que tiene el empleo privado, siendo que la circunstancia de aquellas entidades del Aparato Estatal de no estar todavía incorporadas formalmente a un régimen estatutario, no les autoriza mientras tanto, la aplicación de normativa que pertenece al ámbito privado de las relaciones de trabajo. Por consecuencia, la labor del servidor con el entero Estado debe estar siempre regulada por el Derecho Administrativo, tal y como lo dispone el Artículo 112, de la Ley General de la Administración Pública.<sup>(1)</sup>

De toda forma, la jurisdicción constitucional, a través del fallo de cita y con soporte de los antecedentes de la Carta Fundamental de 1949, acotó con detenimiento que desde el principio los constituyentes se preocuparon por un cuerpo legal que abarcara integralmente el sistema de empleo del Estado. Verbigracia, en el Aparte V de la sentencia de estudio, se visualiza una de las disposiciones transitorias para la proyección, en aquella oportunidad, del artículo 140 de la Constitución Política, a través de la cual, se patentiza dicha inquietud, de la siguiente forma:

“...Esa ley podrá, además disponer que sus normas se apliquen gradualmente a los diversos departamentos de la Administración Pública; en todo caso, dicha ley debera proteger a la totalidad de los servidores públicos incluidos en el inciso segundo del artículo 140, a más tardar el ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve...”.

---

(1) Ley N° 6227 de 02 de mayo de 1978.

Desde las pautas superiores mencionadas, débese entender entonces, que no pueden crearse legislaciones u otra clase de normativa en la Administración Pública, que vengan a regular por separado, las relaciones de trabajo de sus dependencias, sin antes dejar de lado las razones jurídicas, históricas y culturales que dieron lugar a los numerales 191 y 192 de la Carta Magna, pues como se esplicó en la sentencia *ab-initio*, la intención del constituyente fue siempre la de adoptar un único régimen del Servicio Civil para todo el Estado, que regulara no solo las relaciones de servicio del Sector Central sino que:

“cubriera a todos los servidores públicos. Así dichos numerales buscaron enunciar los principios por lo que debía regularse el régimen estatutario del empleado público, con el objeto de evitar injerencias extrañas en las funciones propias de sus servidores. Existía para el Estado un deber de aprobar un estatuto para el Estado, pero que conforme a la exposición de motivos del proyecto del Estatuto del Servicio Civil, preparado por iniciativa del Poder Ejecutivo, se abstuvo de emitirlo en cuanto a la Administración Pública en general y lo limitó en cuanto a su alcance, lo que produjo las consecuencias e interpretaciones aplicativas de una normativa ajena a lo pretendido por el constituyente” (*Voto # 1696-92, Considerando VII*).

Ahora bien, tal es el grado de cobertura estatutaria que propugna el Título XV, Capítulo Unico de la Carta Política, que todavía en situaciones como las contempladas en el artículo 188 del mismo Código constitucional, la relación de servicios entre los servidores y las entidades autónomas del Estado debe ser tutelada por los principios que contienen los citados artículos 191 y 192. En estos términos, dicha Sala ha manifestado:

“VII. Definida la política salarial como parte de la política de gobierno, es necesario reiterar que cuando el constituyente descentralizó el Poder Ejecutivo, procuró evitar las injerencias arbitrarias y antitécnicas en cuanto a la gestión de cada una de

estas instituciones, definida por ley. Pero no optó el legislador constituyente por crear un régimen salarial o laboral segregado del Poder Ejecutivo central, pues no hay duda que el Título XV, Capítulo Único de la Constitución Política tiene como antecedente inmediato, la práctica anterior de destituir masivamente a los funcionarios y empleados estatales con ocasión de cada cambio de gobierno. La antítesis de esta práctica, entonces es un sistema de servicio público estable, profesional, permanente, regido por un cuerpo normativo integrado y coherente, estableciéndose un régimen único de empleo para los servidores públicos que incluye a la totalidad de las instituciones del Estado con la excepción hecha del artículo 156, de la Carta Magna en cuanto al Poder Judicial.

VIII. Por ello, ni las potestades de gobierno que hoy ejerce el Poder Ejecutivo Central, ni las administración que se reservaron a las entidades descentralizadas, pretendieron nunca dejar al libre albedrío de estas últimas la política laboral y con ello constituir dos o muchos más regímenes de servicio público en detrimento de los funcionarios y empleados de la administración central".<sup>(2)</sup>

Como puede observarse, el Organo Constitucional de consulta ha sido persistente en recalcar sobre la universalización del régimen de trabajo en la Administración Pública, sin crearse beneficios y garantías que los promulgados por dichas normas mayores, que más que una necesaria equidad en el ordenamiento jurídico gobernante, trátase de un mandato constitucional que marca el punto de equilibrio justamente entre los derechos de la colectividad y los del funcionario público.

De otro lado, note el lector la excepción hecha por la Sala Constitucional en lo recién transcrito, cuando al argüir de un *único régimen de empleo público* para la Administración Pública pareciera excluir de su razonamiento, al régimen de trabajo entre el Poder Judicial y sus funcionarios, por virtud del *artículo 156 de la Carta Política*. Sin embargo, es de observar que aún cuando esa disposición establece que

---

(2) Voto Nº 3309-94 de las quince horas del cinco de julio de 1994.

la Corte Suprema de Justicia es el Organó Superior del Poder Judicial y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados del ramo judicial”, tal particularidad no hace distinta su regulación laboral administrativa, pues es claro que el Estado lo conforma también la Administración de Justicia, y desde luego el cumplir con el delicado cometido que le manda el Ordenamiento Constitucional le conmina el propósito fundamental, de garantizar la efectividad y eficiencia del servicio público al igual que los otros poderes del Estado. De ahí la necesidad imperante de tutelar la *idoneidad* y la *estabilidad* de cada uno de sus servidores, que sólo podrían ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos. En todo caso, se encuentran plasmados los respetables presupuestos constitucionales en los artículos 18, 33, 44 siguientes y concordantes del Estatuto de Servicio Judicial, en cuanto a la escogencia de personal y su permanencia en la institución se refieren. De toda suerte también, el numeral 1, en cuestión, al apuntar el Organó Superior del Poder Judicial como al que debe subordinación la parte trabajadora de esa entidad, lo hace sin perjuicio de lo dispuesto por la Constitución Política sobre “servicio civil”; debiéndose ello traducir en el cumplimiento de las directrices establecidas en los enunciados tantas veces, artículos 191 y 192 de la Carta Magna, configurando su régimen de trabajo dentro del general y único para toda la Administración Pública.

Sin desconocer la notable doctrina jurista de la función pública en nuestro medio, hay que decir que es invaluable la importancia de los votos judiciales consultados —entre otros— porque a partir de sus contenidos técnicos-jurídicos se inicia una verdadera conceptualización en el campo de las relaciones de trabajo en la Administración Pública de este país, fortaleciéndose, con toda propiedad, un autónomo régimen laboral del funcionario público, cuyas connotaciones propias resultan ser distintas de las que informan el régimen de trabajo privado, aun cuando en forma incipiente la Ley General de la Administración Pública —en palabras de la Sala Constitucional— dispone que el Derecho Público es el aplicable a las relaciones de servicio entre la Administración Pública y sus empleados.

Pero tampoco sobra decir que, pese a la meritoria labor de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en tanto se ha encargado con ahínco de perfilar constitucionalmente el régimen de trabajo público a través de sus fallos, resaltando sus límites y ámbitos en el quehacer de la Administración Pública, ya otros órganos administrativos habían sostenido, con apoyo en la Ley General de recién cita, la existencia propia

de una relación de servicio entre los funcionarios y el Estado, regulada ésta por el Derecho Administrativo. En esa línea de criterio, ha sido numerosa la jurisprudencia que sobre el tema en cuestión, por ejemplo, ha vertido la Procuraduría General de la República. Así, en un importante estudio, titulado *Régimen Jurídico de los Servidores Públicos*, ese Organismo Consultor concluyó que:

“Finalmente es importante advertir que en mérito de la naturaleza jurídica de la relación de servicio público, no le son aplicables por principio aquellas normas, instituciones ni criterios que el ordenamiento jurídico laboral ha preveído para normar relaciones obrero-patronales en atención o como consecuencia de su naturaleza contractual. Instituciones como el reglamento interior de trabajo, (verdadero contrato colectivo de trabajo), así como el convenio o la convención colectiva de trabajo, no se avienen con la naturaleza de la relación estatutaria, toda vez que presuponen una relación contractual en que la voluntad de las partes interviene para representar intereses de rango particular, jurídicamente similares y, desde ese plano, ambas partes convienen las condiciones de la prestación de servicios. Obviamente, no es el caso de la relación estatutaria con que el servidor público se vincula a la Administración”.<sup>(3)</sup>

*En resumen*, el “Régimen de Empleo Público Costarricense proviene directamente de la Constitución Política, y en la actualidad tratase al menos, integrar, aplicar e interpretar todo el sistema de trabajo en la Administración Pública, dentro de un orden legal público, a fin de definir los derechos, deberes y obligaciones de manera uniforme y autónoma, como jurídicamente debe ser, con principios y características propias y distintas del régimen de empleo privado; claro está, motivado ello, por la ardua definición que de la materia en análisis ha externado la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

---

(3) *Documentos para el estudio del Derecho Laboral*, Serie Jurisprudencia: Derecho Colectivo, Recopilación y Sistematización Cátedra de Derecho del Trabajo, Universidad de Costa Rica, pág. 402.

## II. PRINCIPIOS GENERALES DEL REGIMEN DE EMPLEO PUBLICO

Los presupuestos que tipifican la relación de servicios en estudio, derivan no sólo de los tan sonados artículos 191 y 192 sino de la entera Constitución Política, que a la postre integran el bloque de "legalidad" al constituir éste, la piedra angular de toda la actividad de la Administración Pública.

Ordena esencialmente la Carta Política en su numeral 11, que todos los funcionarios públicos, en tanto simples depositarios de la autoridad pública, deben actuar sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia no pueden arrogarse atribuciones que la ley no les concede.

Desde la óptica reseñada, los agentes del quehacer del Estado no podrían planear, organizar, dirigir, controlar, aplicar, operar en forma distinta a lo preceptuado jurídicamente, sino es con violación al ordenamiento existente.

El corolario anterior autoriza afirmar, que los presupuestos pulidores del régimen de empleo público son redundantes de aquel, en tanto únicamente lo que está predeterminado por la norma jurídica, le está permitido hacer a la entera Administración Pública. Por consiguiente, en virtud de esa gran máxima de legalidad, se tiene lo siguiente:

- Una ley de servicio civil regula en forma autónoma y propia las relaciones de empleo entre los funcionarios públicos y la Administración Pública, comprendiendo a la totalidad de los servidores del Estado.
- La efectividad y eficiencia de los servicios públicos se hace posible con un personal altamente especializado, nombrado con un criterio técnico y estrictamente necesario, *a base de idoneidad comprobada*. En este aspecto, el Alto Tribunal Constitucional ha entendido que:

"La Constitución exige para el ingreso al Servicio Civil idoneidad comprobada y el desempeño de la función pública, requiere además, eficiencia. El primero de estos dos significa que es condición necesaria para el nombramiento de los servidores públicos, "con las excepciones que esta Constitución o el Estatuto de Servicio Civil determinen", tener o reunir las características y condiciones que los

faculten para desempeñarse optimamente en el trabajo, puesto o cargo público, es decir, reunir los méritos que la función demande...".<sup>(4)</sup> X

Tal enunciación es lo que la teoría administrativista denomina "*carrera administrativa*", en donde se compendia una serie de factores para la buena marcha de la prestación de los trabajos públicos. Es decir, no solo se trata de detectar a través del principio de la idoneidad el potencial de rendimiento de las personas reclutadas, sino además deben reunir las mejores condiciones personales, que posean un alto grado de motivación y tengan la mayor disposición para seguir capacitándose permanentemente en mejora del servicio público. Requisitos éstos, que se obtienen a través de procedimientos de selección, implementación de programas constantes para mejorar cada día, concomitante con la creación de incentivos laborales que permita estimular en forma constante al servidor público.

- El *principio de estabilidad* en el trabajo es un presupuesto que no puede prestarse a confusión cuando se trata de equiparlo a la "inamovilidad laboral", porque lo que el constituyente de 1949 quiso impregnar al artículo 192 de la Carta Política era una "estabilidad en el empleo". En estos términos categóricos define la Sala Constitucional la hipótesis subrayada. Es decir, el concepto en estudio responde a una garantía en pro del servidor para permanecer en su cargo, hasta tanto no haya una causa legal que extinga su relación de trabajo con la Administración Estatal, eliminando toda posibilidad de remoción arbitraria o injustificada. Pero en modo alguno esa estabilidad se traduce en una imposible remoción del puesto ocupado por el trabajador. De ahí que, el citado ordinal prescribe que los funcionarios públicos "sólo podrán ser removidos por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo, o en el caso de reducción forzosa de servicios, ya sea por falta de fondos o para conseguir una mejor organización de los mismos".
- Deriva también de las disposiciones constitucionales citadas, un especial presupuesto que dominó el pensamiento filosófico de los constituyentes del 49 y es el referido a que el *Estado* es, en realidad, uno solo, coligiéndose de esa fórmula que, en la relación

---

(4) Voto No. 140-93 de doce de enero de 1993.

de servicio con sus servidores y para todos sus efectos laborales, ese Instituto es un *único patrono*, sin distinguir la dependencia o Poder Público de que se trate.

- Como contraprestación del servicio a la Administración Pública, naturalmente el funcionario público recibe un *salario*, acorde con la jerarquía, categoría o clasificación de su puesto y demás condiciones. En este sentido, los artículos 191 y 192 de la Carta Política y jurisprudencia apuntada, remiten a una regulación salarial uniforme y única para todos los servidores de la Administración Pública, en atención a los requisitos personales y características especiales de cada puesto.

Desde luego, ese régimen remunerativo estatal debe establecerse con opinión técnica, tal y como lo dispone el *Proyecto de Ley de Régimen de Empleo Público*<sup>(5)</sup> tomando en cuenta las condiciones de mercado, el valor relativo de los puestos, la estructura ocupacional de las instituciones, las condiciones económicas del país, las diferencias de oferta y demanda en los distintos trabajos, y en general todos los factores que concurran al proceso de equidad, justicia, productividad y eficiencia del empleado público.

- Asimismo, la Sala Constitucional, a través del mencionado *Voto 1696-92*, ha dejado notar que el sistema de empleo público está predeterminado en la ley y, por consecuencia, no existe posibilidad legal de que el trabajador convenga las condiciones de empleo en términos distintos de los concebidos por el ordenamiento jurídico. Por ello, la mayor parte de la doctrina administrativista y en especial la francesa, califica la relación de trabajo público como de carácter unilateral, que en nuestro criterio, no significa esa particularidad, un desconocimiento de los derechos constitucionales que tiene el trabajador público a su favor. Así, dicho Tribunal ha manifestado:

“...Pero nuevamente encontramos que se trata de un intento insuficiente para con esa sola declaración, barrer de la praxis jurídica, toda una tradición que aplica en mayor o menor medida un régimen propio de las relaciones laborales privadas, en donde rigen

---

(5) Ver, *Proyectos*, No. 11888. Gaceta Oficial No. 129 de 27 de julio de 1994.

principios tan flexibles como el de la autonomía de la voluntad, o el de derechos mínimos, mientras que la administración está sujeta por todo un bloque de legalidad (esta a su vez ordinaria y constitucional)...”.

Conteste con nuestro Régimen Laboral del Estado, grandes estudiosos del *Derecho de la Función Pública* en América Latina, ya han determinado con toda claridad, que esa relación especial en la práctica administrativa tiene una base estatutaria, en la cual la situación del funcionario público está regulada en forma unilateral por la Administración Estatal. Así, el profesor venezolano Allan Randolph Brewer Carías, ha señalado que el empleo público “...trata de una situación jurídica general impersonal objetiva, establecida en forma unilateral, y que, como cualquiera otra situación jurídica general, impersonal y objetiva, es esencialmente modificable por el Estado, o por su administración en los casos en que tenga competencia. Se trata, por tanto, de una situación jurídica general preexistente y fijada unilateralmente a la cual, el funcionario público ingresa en virtud de un acto administrativo, y que ha sido establecida previamente por el Estado, independientemente de su voluntad. El funcionario ingresa en dicha situación jurídica general preexistente, en virtud de un acto condición, esto es, según la doctrina, a través de un acto mediante el cual se coloca a una persona en una situación jurídica general preexistente”.<sup>(6)</sup>

Otro principio importante en este análisis, y que vale recalcar se dio con mayor rigurosidad al entrar en vigencia la actual Ley de la Jurisdicción Constitucional, es el tutelado por *el artículo 39 de la Carta Política*, mediante el cual, ningún funcionario público puede ser removido de su cargo, sancionado o sometido a una actuación que constriña sus derechos sin haberle previamente brindado en forma debida, la oportunidad de un procedimiento administrativo, concomitante con el derecho de defensa. En este sentido es harta la jurisprudencia de la Sala Constitucional al señalar que:

“...el principio de *legalidad* y del *debido proceso*, inserto en el Estado de Derecho, brinda a los administrados las garantías procesales directas para

---

(6) Diego Younes Moreno, *Derecho Administrativo Laboral*, Quinta Edición actualizada, Colombia, p.p. 49-50.92

la tutela de sus derechos fundamentales, de tal manera que por su inmediatez le permita su participación en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa mediante el derecho de defensa que le otorga el artículo 39 constitucional, ello no debe confundirse con la facultad que tiene la administración de nombrar omisiones que investiguen supuestas anomalías en el servicio público...” (Ver, entre otros, *Voto No. 189* de diez horas, veinte minutos del veinticuatro de enero de 1992).

- *La irrenunciabilidad de los derechos del trabajador* estipulado en el artículo 74 de la Carta Magna, es otra de las mínimas que informan el entero ordenamiento jurídico laboral, incluyendo al que regula el Régimen de Empleo Público, en tanto la reforma constitucional que introdujo el Capítulo Unico de los “Derechos y Garantías laborales” fue con la idea fundamental de proteger constitucionalmente los derechos de la parte más débil de una relación de trabajo, es decir a los laboradores.

Desde la perspectiva de los recientes votos de la Sala Constitucional respecto del presupuesto que toca en este acápite<sup>(7)</sup> merece el mismo un estudio exhaustivo del tema de la prescripción de los derechos laborales, pues el ordenamiento legal no puede prever institutos que hagan nugatorio el principio constitucional de la irrenunciabilidad de los derechos del trabajador.

- Otro de los principios esenciales al Régimen de la relación de servicios en la Administración Estatal, es el que contiene el artículo 33 de la Constitución Política, a través del cual, se protege —en este caso— *la igualdad de todo funcionario público* ante el Ordenamiento Jurídico que le regula, y dentro de los cánones de la razonabilidad y proporcionalidad que la disposición constitucional demanda. En este aspecto es abundante la jurisprudencia de la Jurisdicción Constitucional, cuando define dicha directriz de la siguiente forma:

“El principio de la igualdad y como lo ha sido entendido por el Derecho Constitucional, hace que

---

(7) Fundamentalmente ver el Voto No. 5969-93 de las 15:21 hrs. del 16 de noviembre de 1993.

todos los hombres deban ser tratados igualmente por el Estado en cuanto a lo que es esencialmente igual en todos ellos, esto es, en los llamados derechos fundamentales que están contemplados en nuestra Constitución, que son el corolario de la dignidad humana”.<sup>(8)</sup>

- En relación con la responsabilidad de la prestación de los servicios entre el servidor y la Administración Pública, se puede substraer de toda la doctrina jurisprudencial de la Constitución, algunos principios rectores de la eficiencia y efectividad del trabajo público, a saber:
- *La imparcialidad funcional de todo servidor público*, al asumir la delicada tarea de trabajar con el Estado constituye un compromiso constitucional que demanda constancia, rectitud y objetivismo en su actuación. En esa línea de pensamiento, la Sala de cita, mediante el Voto Número 2883, de las diecisiete horas del trece de junio de mil novecientos noventa y seis, ha señalado que:

“Al funcionario público no se le permite desempeñar otra función o trabajo que pueda inducir al menoscabo del estricto cumplimiento de los deberes del cargo, o de alguna forma comprometer su imparcialidad e independencia, con fundamento en los principios constitucionales de responsabilidad de los funcionarios, del principio-deber de legalidad y de la exigencia de eficiencia e idoneidad que se impone a la administración pública...”.

- Los principios de la *“honestidad y honradez”* son los pilares de la ética administrativa mediante los cuales se desarrolla normalmente las funciones públicas, con el único afán de servir a la comunidad.
- Aunado a lo anterior, encontramos *“a la dignidad”* del funcionario público, en el que se requiere de una intachable conducta en la prestación de los servicios, según la observancia de las más elementales reglas de rectitud, sobriedad y probidad.

---

(8) Voto No. 3769-96 de las quince horas nueve minutos del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y seis.

- En el mismo sentido expuesto, es deber de todo funcionario público la observancia estricta de la discreción profesional, con las excepciones calificadas, por razón de la materia.
- En suma, es deber de todo servidor<sup>1</sup> estatal cumplir, como buen padre de familia, las tareas, obligaciones y deberes que exige el cargo ocupado en la Administración Pública, con sujeción al Régimen disciplinario correspondiente.
- Finalmente y por mandato del artículo 7, de la Constitución Política, toda relación de trabajo debe estar protegida por los beneficios de la seguridad social. Así, los trabajadores se encuentran amparados contra los riesgos de enfermedad, validez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

### III. FUNCIONARIOS FUERA DEL REGIMEN DE EMPLEO PUBLICO

Hay una gran gama de funcionarios que colaboran en forma especial en el quehacer de la Administración Pública, pero no se encuentran cobijados por las garantías que otorga las disposiciones constitucionales de análisis. Por ende, debido a la naturaleza de sus tareas, hace que dicho personal sea escogido y removido libremente por las autoridades jerárquicas correspondientes, según las excepciones estipuladas por los mismos artículos 191 y 192 de la cita.

En virtud de las singulares capacidades técnicas, ideológicas, morales u otras condiciones *sui generis* que deben reunir esos servidores para ocupar ciertos puestos en el Estado, ha justificado plenamente el que, el legislador los haya sustraído de aquellas normas principales del *Régimen de Empleo Público*, tales como los ministros de gobierno, los miembros de la Fuerza Pública, los directores de instituciones autónomas y en general, los funcionarios que ocupen cargos de confianza. Al respecto, la Sala Constitucional explica que:

“El Estatuto de Servicio Civil en sus artículos 3, 4 y 5, menciona un buen número de funcionarios que no se consideran dentro del régimen. También por ley especial se han excluido los presidentes ejecutivos de las instituciones autónomas, que son de nombramiento del ejecutivo, y en general, una serie de funcionarios, nombrados casi siempre a plazo fijo, y

cuyo denominador común es encontrarse en una relación de servicio no típicamente laboral, bajo un régimen de subordinación jerárquica, sino más bien de dirección o colaboración, donde no median órdenes, sino más bien directrices; o bien en una relación de confianza que obliga a otorgar una mayor libertad para el nombramiento y la eventual remoción del funcionario; ello independientemente de la naturaleza permanente de la función. Esta relación de confianza puede fundarse, según los requerimientos del cargo, en aspectos puramente subjetivos, de orden personal; pero también puede derivar de elementos objetivos nacidos de una comunidad ideológica, política en el buen sentido del término) necesaria para el buen manejo de la cosa pública conforme a planes y programas”.<sup>(9)</sup>

Como se ha podido determinar diáfaramente de lo dispuesto por ese Tribunal en lo recién copiado, para ciertos cargos públicos no le son aplicables los principios de estabilidad laboral y la idoneidad, aunque esta excepcional modalidad de trabajo no exime a los funcionarios públicos del cumplimiento de las tareas encomendadas con las exigencias que demanda la función pública en general del bien común.

#### **IV. BREVE OPINION DEL PROYECTO “REGIMEN DE EMPLEO PUBLICO”**

En términos generales, y para lo que atañe al presente ensayo, el Proyecto de “Ley del Régimen de Empleo Público” resulta útil a las expectativas del Constituyente de 1949. Sin embargo, y en atención a los lineamientos jurisprudenciales de la Sala Constitucional, el propósito del contenido de esa labor proyectada, se tornaría más acorde con la uniformidad del sistema laboral administrativo, si el mismo abarcara a todo el Estado, y no como lo pretende disponer ahora el artículo 4, cuando excluye de su aplicación a los “empleados del Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal Supremo de Elecciones y la Contraloría General de la República”, y otros empleados estatales.

---

(9) Voto No. 1119-90.

Se manifestó en líneas atrás que, el hecho de que una entidad pública tenga especiales tareas por la naturaleza de sus servicios, no es justificación para separarla del ordenamiento jurídico-común, en lo que respecta a la materia de empleo entre los servidores y la Administración Pública, pues toda normativa en ese ámbito debe acatar, estricto *sensu*, los presupuestos de los artículos 191 y 192 de la Carta Magna. En consecuencia, el proyecto en discusión debe orientarse más hacia un régimen único y general de las relaciones de trabajo en el Estado, resguardando sus instituciones y por la vía correspondiente, los especiales deberes y obligaciones de sus funcionarios con ocasión del servicio que se brinda.

No está demás indicar, que existen disposiciones en ese proyecto que merecen ser revisadas, ya que hay criterios del Organo Constitucional de consulta que deben tomarse en consideración al momento de su aprobación, tales como por ejemplo, el inciso f) del artículo 14 que prevé como requisito para el ingreso al Sector Público "No estar ligado por parentesco, consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive, con el jefe o subjefe de la oficina del ministerio o entidad descentralizada en donde el empleado es destacado; artículo 32 referido al Régimen de disponibilidad geográfica obligatoria, y artículo 122 en cuanto a la prescripción de acciones y derechos del Régimen de Empleo Público se trata. Ver Votos, Números, 3864-96 de las catorce horas cincuenta y cuatro minutos del 30 de julio de 1996, No. 810-91 de las catorce horas, seis minutos del 30 de julio de 1996; No. 810-91 de las catorce horas, seis minutos del 30 de abril de 1991; No. 5969-93 de las quince horas, veintiún minutos del 16 de noviembre de 1993; No. 280 de las 14:33 horas del 7 de junio de 1994; No. 3565 de las quince horas y treinta y seis minutos del 25 de junio de 1997).

Por último, cabe destacar que es lamentable la poca importancia que se le ha dado al Proyecto en comentario, pues en alguna medida procura éste, llenar los grandes vacíos jurídicos en la asignatura de la relación de servicios, existente entre los funcionarios y la Administración Pública.

EL DERECHO A DEFENSA LETRADA COMO PARTE DEL  
DEBIDO PROCESO EN MATERIA PENAL  
(Análisis de los juicios de Clarence Earl Gideon - Florida,  
1961-1963 y Ernesto Miranda - Arizona, 1963-1967)

*Luis Ricardo Rodríguez Vargas*<sup>(\*)</sup>

---

(\*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, abogado y notario. Ex-Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Colaborador en la sección FORO del periódico *La Nación*; coordina la sección "Literatura Joven" de ese mismo diario. Escritor de literatura (una novela publicada, dos en preparación) y conferencista en diversos congresos.

## SUMARIO:

### Introducción

1. El derecho a defensa y asistencia letrada y el debido proceso. Normativa constitucional e internacional
2. El caso Gideon
3. El caso Miranda
4. Alcances del derecho a la asistencia letrada de acuerdo con la jurisprudencia vinculante de la Sala



## INTRODUCCIÓN

El 5 de octubre de 1989 la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de la Jurisdicción Constitucional (N° 7135, publicada en el Alcance N° 34 a La Gaceta N° 198 del 19 de octubre de 1989), creando el marco jurídico de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Dicha ley reformó el artículo 490 del Código de Procedimientos Penales vigente, el cual establece las causales del recurso de revisión, agregando un nuevo inciso que determina que procederá la revisión contra una sentencia firme:

«6) Cuando no hubiere sido impuesta mediante el debido proceso u oportunidad de defensa».<sup>(1)</sup>

La misma ley determinó que si alguien presenta un recurso de revisión alegando violación a los principios del debido proceso o a los derechos de audiencia o defensa, deberá la Sala Tercera de la Corte, órgano competente para conocer y resolver el recurso, elevar una consulta judicial a la Sala Constitucional,

«pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso (art. 102 in fine L.J.C.)».

Así, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha definido con precisión, extensión y profundidad muchas de las facetas que tiene el principio del *debido proceso*, el cual no se restringe a la materia penal sino que abarca toda materia que tenga o pueda tener incidencias negativas en los derechos de las personas (como la disciplinaria, administrativa, etc.). No obstante, tratándose de un principio tan amplio –cuyo contenido abarca muchos derechos–, cada nueva sentencia añade a su concepto nuevos alcances, implícitos ya en el contenido de la norma expresada en el artículo 39 de la Constitución Política:

*«A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en*

---

(1) Corresponde al artículo 408 inciso 9) del nuevo Código Procesal Penal de 1996.

*virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la demostración de culpabilidad.»*

El objeto de este estudio es uno de los derechos que, claramente, la Sala ha identificado como parte integrante y esencial del debido proceso penal, cual es el *derecho a la asistencia letrada*. Ello, motivado por la lectura de un par de interesantes casos de la jurisprudencia norteamericana sobre este tema, resueltos por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

## **1. EL DERECHO A DEFENSA Y ASISTENCIA LETRADA Y EL DEBIDO PROCESO. NORMATIVA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**

La sentencia N°1739-92 de las 11:45 horas del 1° de julio de 1992 es, con mucho, la más explícita y comprensiva que ha emitido la Sala Constitucional sobre el tema del debido proceso. Luego de un análisis histórico-conceptual de ese principio para explicar su triple sentido (como debido proceso legal, debido proceso constitucional y debido proceso sustantivo, que equivale al principio de razonabilidad), la Sala enuncia su fundamento normativo y desarrolla los aspectos principales en los que se manifiesta el debido proceso y sus contenidos, condiciones y alcances, no sin antes advertir que una característica esencial de derecho al debido proceso es su *generalidad (numerus apertus)*, por lo que no se puede considerar que lo ya determinado por las sentencias de la Sala y las normas positivas sea el único contenido de este derecho, sino que el desarrollo jurisprudencial ayudará, poco a poco, a descubrir en él nuevas aristas.

La Sala expone, como manifestaciones del debido proceso, el derecho general a la Justicia y a la legalidad; el derecho al juez regular; los derechos de audiencia y defensa; los principios de inocencia, *in dubio pro reo*, doble instancia, y eficacia formal y material de la sentencia, y los derechos al procedimiento y a una sentencia justa. Cada uno de estos puntos es desarrollado con amplitud y especificidad, creando así la Sala un verdadero abanico de conceptos relativos al debido proceso, como lo son, a modo de ejemplos, la tipicidad penal, el estado de inocencia, los principios de intimación, imputación y audiencia; de amplitud, legitimidad, intermediación y valoración razonable de la prueba, y la congruencia de la sentencia, entre otros.

El fundamento normativo para los derechos y principios contenidos y derivados del Debido Proceso (es decir, los derechos procesales y sustantivos de la persona sometida a un proceso) lo encuentra la Sala en los artículos 41 (fuente primaria del debido proceso), 35, 36, 39 y 42 de la Constitución (estos últimos, relativos en concreto a la materia penal). Es decir, se infieren dichos principios de la norma que consagra que todos deberán encontrar, recurriendo a las leyes, reparación de los daños recibidos, y justicia pronta y cumplida. En materia penal, por supuesto, destaca el artículo 39 ya transcrito, el cual, expresamente, habla del derecho de defensa.

La normativa constitucional se complementa con los derechos reconocidos en los instrumentos (no sólo tratados) internacionales de derechos humanos, los cuales también son susceptibles de ser protegidos por la vía de la Jurisdicción Constitucional, según lo determina expresamente el artículo 48 de la Constitución Política; texto que fundamenta la discusión acerca del lugar que ocupan esas normas en la estructura jerárquica normativa de nuestro ordenamiento jurídico (tema que abordaré en otra ocasión). Es particularmente relevante el contenido del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", que establece:

«Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...)

Y pasa, a continuación, a una extensa enumeración de derechos concretos, entre los que destacan, para nuestro estudio, los relativos al derecho de defensa:

«(...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (...) si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley».

El derecho a la asistencia letrada está contenido entre los derechos de audiencia y defensa. Consiste básicamente en el derecho que tiene toda persona que está siendo o va a ser sometida a un proceso penal de contar con un defensor letrado (esto es, un profesional en el campo de las leyes) que le dé asesoría y defensa oportuna desde el inicio del proceso (incluso antes) y hasta su culminación. Si por cualquier circunstancia el imputado no puede conseguirlo, el Estado tiene el deber (correlativo al derecho de tener defensa profesional) de proveérselo gratuitamente. Nadie, absolutamente, deberá enfrentar un proceso judicial solo, sin la ayuda de alguien que, conociendo a fondo el derecho, tanto sustantivo como procedimental, le asegure una defensa técnica adecuada, proporcionada, razonable y oportuna. Su ausencia es causal, dada la indefensión a la que se sometería al imputado, de una violación grave al debido proceso, amparable, si así se demuestra, por la vía del recurso de revisión.

Por supuesto, existe la posibilidad de que el imputado sea su propio defensor (cf. art. 8 inciso 2.d) del Pacto de San José, supracitado). Sin embargo, la misma Sala explica en la sentencia N° 1739-92, que, aunque esta opción exista, el juez debe, no obstante, «ponderar(la) en beneficio de la defensa misma».

Además, no sólo basta que el defensor letrado esté debidamente nombrado, sino que debe facilitársele la comunicación en privado con su defendido y tiempo para la preparación de la defensa; además, su presencia debe ser requerida, como condición de validez, en aquellos actos procedimentales de especial relevancia para el imputado y para el mismo proceso por sus eventuales efectos, como podrían ser un reconocimiento, una declaratoria o confesión, y, claro está, el mismo debate.

«El derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto

de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa (...) así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de ser instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan» (Voto N° 1739-92).

Cualquiera que sea la causa que defienda... Esto, que parece ser una conclusión evidente del más simple razonamiento jurídico, no ha estado claro siempre. De hecho, en algunos países ha sido una conquista reciente para el imputado. Nuestra Sala Constitucional afirma que el concepto del debido proceso se ha desarrollado especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos de América (que siempre ha sido de mi interés). Veamos, entonces, dos casos resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la unión americana que, en época muy reciente y siendo poco llamativos, lograron cambiar radicalmente el rumbo de los procedimientos penales (incluso en aquellos actos prejudiciales) para beneficio de los derechos de los imputados y, en concreto, de su derecho a la asistencia letrada. Ellos son: los juicios de Clarence Earl Gideon (Florida, 1961-1963) y de Ernesto Miranda (Arizona, 1963-1967).

## **2. EL CASO GIDEON<sup>(2)</sup>**

Los juicios celebrados contra Clarence Earl Gideon son, en el contexto histórico de la máxima judicatura estadounidense, de una relevancia enorme, y se refieren precisamente al derecho objeto de este estudio. Quizá ninguno de los presentes en ese juicio fue consiente de que sería testigo de un hecho relevante: un hombre sin educación ni preparación algunas, enfrentando a todo el sistema procesal establecido,

---

(2) Las narraciones de los hechos tanto del caso Gideon como del caso Miranda son versiones libremente traducidas, condensadas y adaptadas por el autor de este trabajo de algunos capítulos del libro "Great American Trials" de Edward W. Knappman, Visible Ink Press. USA.

alegó que sus derechos constitucionales habían sido violentados y logró uno de los más grandes cambios en los procedimientos judiciales de Norteamérica.

---

A primera hora de la mañana del 3 de junio de 1961, un oficial de policía de Panama City (Florida) descubrió que un establecimiento comercial ("The Bay Harbor Playroom") tenía las puertas abiertas y que, adentro, dos máquinas habían sido vulneradas y robadas. Basados en lo dicho por un testigo ocular, se arrestó a Clarence Gideon, un vagabundo de 51 años de edad, que, en forma ocasional, ayudaba en las afueras del negocio. Aunque en forma vehemente alegó su inocencia, dos meses después fue llevado a juicio.

De acuerdo con la norma vigente entonces, Gideon, a pesar de su indigencia, no contó con los servicios de un abogado defensor público pagado por el Estado. En 1942 la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU., en la decisión *Beffs vs. Brady*, había consagrado ese derecho *sólo a aquellos imputados que eran juzgados por un cargo capital*. Aunque muchos Estados habían, de hecho, ampliado ese beneficio y proveído de asistencia letrada a los acusados de cualquier delito, Florida no. El juez Robert L. McCrary Jr. hizo lo mejor de su parte para proteger los intereses de Gideon cuando el juicio se inició (el 4 de agosto de 1961), pero no asumió, por supuesto, el papel de abogado, sino que esa tarea le fue dejada al mismo imputado.

Bajo esas circunstancias, Clarence Gideon, un hombre de limitada educación pero enorme ingenio, dio lo mejor de sí, pero fue rebatido fuertemente por el abogado del Estado, William E. Harris, basado en el testimonio de un hombre llamado Henry Cook, quien afirmó haber visto a través de una ventana a Gideon dentro del negocio en la mañana en que se cometió el ilícito. Según su versión, el acusado permaneció por varios minutos dentro y luego salió, portando un vaso de vino en su mano; hizo una llamada telefónica desde un aparato cercano y abandonó el lugar al ver que un camión se acercaba.

En el interrogatorio, Gideon interpeló a Cook para que justificase su presencia fuera del bar a esa hora de la mañana. El testigo sólo contestó que él venía de un baile y había estado afuera toda la noche. Alguien con mayor experiencia en hacer un interrogatorio minucioso hubiese explorado esa línea de cuestionamiento, potencialmente fructífera, pero Gideon la dejó pasar y se sumió en un discurso vago y argumentativo. Ocho testigos depusieron a su favor pero ninguno ayudó a la defensa y Clarence Gideon fue encontrado culpable. El proceso

entero había tardado menos de un día. Tres semanas después, el juez McCrary sentenció a Gideon a la máxima pena establecida para ese ilícito: cinco años de prisión.

Indignado con el veredicto, y particularmente por habersele negado patrocinio, Gideon apeló a la Corte Suprema de Florida en un escrito de *babeas corpus*, en el cual solicitó ser dejado en libertad por haber sido ilegalmente encarcelado. Cuando esa solicitud fue denegada, escribió un documento de cinco páginas titulado “Petición para un mandato de *certiorari* dirigido a la Corte Suprema” (un mandato de “certiorari” es una orden de una corte de apelaciones para escuchar un caso particular). En otras palabras, Gideon le estaba solicitando a la Corte Suprema de los Estados Unidos escuchar su caso. El litigio fue etiquetado bajo el título de “Gideon vs. H.G. Cochran Jr.”, quien a la sazón era el Director de la División Correccional del Estado de Florida.

Cada año, la Corte Suprema recibe miles de peticiones. Muchas de ellas son desestimadas *ad portas*. Sin embargo, contra todo pronóstico, la Corte decidió escuchar la petición de Gideon. Abe Fortas, quien más tarde ocuparía una magistratura, fue designado para abogar por el caso. Bruce R. Jacob y George Mentz respondieron por la contraparte. Se designó el día 14 de enero de 1963 para la argumentación oral. Como antes de esa fecha el señor Cochran renunció a su cargo, el caso se renombró a “Gideon vs. Wainwright”, nuevo Director.

El defensor, argumentando que la naturaleza restrictiva del fallo *Betts vs. Brady* había producido una grave injusticia a Gideon, hizo una analogía incisiva y profunda, recordando a Clarence Darrow, un abogado que fue juzgado por tratar de comprar un jurado. “La primera cosa que él comprendió fue que necesitaba un abogado —él, uno de los más grandes delincuentes del país”. Era tiempo, dijo Fortas, de que la ley cambiase.

El 18 de marzo de 1963 la Corte Suprema, en forma unánime, anuló la doctrina contenida en *Betts vs. Brady*, y estableció que *todos los acusados* tenían derecho a representación legal, independientemente del crimen o delito imputado. El juez Hugo L. Black redactó lo siguiente:

“La razón y el razonamiento nos obliga a reconocer que, en nuestro sistema criminal de justicia, en el que cualquier persona puede ser llamado a Corte, quien es muy pobre para contratar los servicios de un abogado no puede asegurar un juicio justo si no se le provee de asistencia. Esto debe ser para nosotros una verdad obvia”.

El 5 de agosto de 1963, Clarence Gideon compareció de nuevo ante el Juez Robert L. McCrary en la Corte de Panama City, Florida. Esta

vez, tuvo un abogado experimentado, Fred Turner, en su defensa. Henry Cook fue de nuevo el testigo básico en la acusación, pero le fue mal bajo el incisivo cuestionamiento de Turner. Particularmente relevante fue el hecho de que admitiese haber negado detalles de su récord criminal en el primer juicio. Debido a la pobreza de lo demostrado por ese testigo, el jurado absolvió de todo cargo al acusado. Clarence Earl Gideon falleció en 1972 a la edad de 61 años.

Colin Evans escribe: “Debido a que un hombre se sentó y escribió una carta, ningún acusado debe temer más enfrentar una corte solo. Gideon v. Wainwright extendió la protección de la ley a todos. Más que eso: dio a la justicia un mejor nombre”.

### **3. EL CASO MIRANDA**

Si Gideon vs. Wainwright estableció expresamente el derecho de toda persona a tener un defensor letrado en el proceso penal, no importa la magnitud del delito atribuido ni las características personales del presunto delincuente, el caso Miranda daría un paso más, al centrar su fallo en algunos derechos concretos de los detenidos, entre ellos, por supuesto, el de ser asesorado por un profesional en leyes desde el inicio del proceso, incluso antes de declarar, y que esté presente en los actos procesales.

En las primeras horas del día 3 de marzo de 1963, una joven empleada de un cine fue acosada por un extraño cuando se dirigía a casa, de regreso del trabajo. Él la arrastró hasta su carro, manejó hacia el desierto, la violó, y luego la soltó. La historia que ella contó a la policía, vaga y contradictoria, describió a su atacante como un mejicano que usaba anteojos, mayor de veinte años, que manejaba un carro de los primeros años cincuenta, quizá un Ford o Chevrolet.

Una semana después, la mujer y su cuñado reconocieron el auto: un Packard 1953, que resultó registrado a nombre de Twila N. Hoffman; su novio, Ernesto Miranda, de 23 años, llenaba la descripción del atacante del modo más exacto posible. Miranda tenía una larga historia de inestabilidades emocionales y conductas delictivas, incluyendo un año de prisión por tentativa de violación.

En los cuarteles de la policía, el sospechoso fue colocado en fila junto con otros tres mejicanos de similar contextura física, frente a vidrios polarizados. La víctima no lo identificó, pero afirmó que él era el que le producía el mayor recuerdo de su atacante. Los detectives Carroll Cooley y Wilfred Young llevaron entonces a Miranda a un cuarto de interrogación. Se le dijo que había sido identificado y se le preguntó si

deseaba hacer una declaración. Dos horas después, Miranda signó una confesión por escrito. No hubo evidente coerción o brutalidad; además, incluida en la confesión, había una sección que hacía constar que él había entendido sus derechos.

Como indigente, a Miranda se le asignó un defensor público, Alvin Moore, quien estudió la evidencia. Aparentemente, el Estado tenía un caso inatacable, reforzado por supuesto por la confesión (plena prueba en el common law). Pero aún así, había algo en esta que, para Moore, era cuestionable. Convencido de que había sido obtenida impropriamente, intentó conseguir su inadmisibilidad.

Sólo cuatro testigos comparecieron en el juicio: la víctima, su hermana y los detectives Cooley y Young. Después de los testimonios, el fiscal argumentó que la víctima había sido forzada y que el acusado había aplicado fuerza y violencia directamente contra ella. Moore respondió subrayando las inconsistencias de la historia de la víctima: había dicho que era virgen antes del ataque, lo cual fue negado por exámenes médicos, y no recordaba la exacta cronología de los eventos de esa noche. Tampoco demostró contumaciones o golpes después del ataque, razón suficiente para que Moore argumentara ante el jurado: "Ustedes tienen un caso triste, pero no tienen los hechos requeridos para enviar un hombre a prisión por violar a una mujer que haya resistido, y resistido, y resistido, hasta que su resistencia hubiese sido sobrepasada por la fuerza y la violencia del imputado" (elemento esencial exigido por la ley de Arizona para ese tipo penal; cualquier cosa menor era considerada como consentimiento de la víctima).

Pero no fue hasta el interrogatorio de Carroll Cooley que Moore atacó:

•Pregunta: Oficial Cooley, al tomar esa declaración, ¿qué le dijo al acusado para que él la hiciera?

Respuesta: Le pregunté al acusado si él quería... escribir la misma historia que me había contado, y él dijo que lo haría.

Pregunta: ¿Le advirtió sobre sus derechos?

Respuesta: Sí señor, en el encabezado de la declaración hay un párrafo escrito, y yo se lo leí en voz alta.

Pregunta: Yo no vi en la declaración dónde dice que él tiene derecho de ser asesorado por un abogado antes de hacerla.

Respuesta: No, señor.

**Pregunta:** ¿No es práctica de ustedes advertir a la gente que arrestan que tienen derecho a recibir los servicios de un abogado antes de hacer la declaración?

**Respuesta:** No, señor.»

Esta aceptación impulsó a Moore a objetar la confesión como evidencia, pero dicha objeción fue desestimada por el Juez McFate. En consecuencia, el 27 de junio de 1963 Ernesto Miranda fue declarado culpable de secuestro y violación y sentenciado a prisión. Sin embargo, los argumentos de Alvin Moore sobre la confesión provocaron una tormenta legal. La condena a Miranda fue apelada ante la Corte Suprema, y el 13 de junio de 1966 el Juez Earl Warren, en el voto de mayoría (el caso quedó 5 a 4) estableció por primera vez guías inequívocas sobre qué es y qué no es permisible en una sala de interrogatorios:

«Antes de cualquier cuestionamiento, la persona debe ser advertida que tiene el derecho a permanecer callado, que cualquier declaración que haga puede ser usada como evidencia en su contra, y que tiene el *derecho a la presencia de un abogado, ya sea contratado o designado*».

Con la condena de Miranda anulada, el Estado de Arizona tuvo que dejar en libertad a su más célebre recluso. Sin la confesión, las oportunidades de ganar el nuevo juicio eran insignificantes. Pero, irónicamente, fue el mismo Miranda quien provocó su caída. Esperando ser puesto en libertad después del segundo proceso, empezó una batalla legal con su esposa, Twila Hoffman, por la custodia de su hija. Ella, llena de ira y de temor, se comunicó con las autoridades y les reveló el contenido de una conversación que había tenido con Miranda después del arresto, en la cual él había admitido la violación. Esa nueva evidencia era todo lo que necesitaba la fiscalía.

El segundo juicio comenzó el 15 de febrero de 1967. En la sala de juicio se discutió si se podía o no testificar contra el esposo. El fiscal, Robert Corbin, defendía ese punto, mientras que el defensor, John Flynn (quien había asumido el caso antes de la apelación a la Corte Suprema), estaba en desacuerdo. Después de una considerable discusión legal, el Juez Lawrence K. Wren declaró admisible la evidencia, y Hoffman fue llamada a contar su historia ante el jurado, la cual fue decisiva. Miranda fue encontrado de nuevo culpable y sentenciado a una pena de prisión de 20 a 30 años.

El 31 de enero de 1976, cuatro años después de haber sido liberado bajo palabra, Ernesto Miranda fue muerto a puñaladas en una pelea en un bar de Phoenix. El asesino huyó pero su cómplice fue capturado. Antes de llevarlo al cuartel de la policía, los oficiales que lo arrestaron leyeron al sospechoso sus derechos. En argot policial, fue “mirandizado”...

Formulada originalmente para proteger al indigente y al ignorante, la práctica de leer al acusado sus derechos ha llegado a ser un procedimiento standard en todos los departamentos de policía del país. Tan frecuentemente vista en los dramas policiacos de la TV, las palabras de la llamada “Advertencia Miranda” son muy familiares para los americanos.<sup>(3)</sup>

#### 4. ALCANCES DEL DERECHO A LA ASISTENCIA LETRADA DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE DE LA SALA

Tal y como comentamos al inicio de este estudio, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha ido consolidando y haciendo cada vez más explícito el contenido multifacético del debido proceso y, dentro de este, del derecho a asistencia letrada y defensa técnica. Con base en esas sentencias, es posible describir algunos de los alcances de este derecho.

La defensa técnica o derecho de defensa implica, entre otros, el derecho que tiene el imputado de ser asistido por un traductor o intérprete de su elección o gratuitamente proveído, así como por un defensor letrado, en su caso también proveído gratuitamente (si es necesario) por el Estado, y a comunicarse previamente con su defensor, para preparar argumentos de defensa (en este sentido, Voto N° 1231-94). Obsérvese la siguiente exposición jurisprudencial, que recuerda mucho la sentencia Gideon:

---

(3) Esta práctica, convertida en deber de la policía de los Estados Unidos gracias a esta sentencia, y, por ende, en correlativo derecho de los que son detenidos, se contempla en cierto modo en nuestro ordenamiento, ya que expresamente el artículo 12 parrafo 3 del nuevo Código Procesal Penal, vigente a partir de 1998, define que toda autoridad (por ejemplo, la policial) que intervenga en los **actos iniciales** de la investigación (podría decirse, la detención) deberá velar porque el imputado **conozca inmediatamente** los derechos que, en esa prevén la Constitución, el derecho internacional y comunitario vigentes en nuestro ordenamiento, así como el mismo Código Procesal Penal (básicamente, los derechos del debido proceso).

«Debe tenerse presente que la defensa técnica corresponde ejercerla al defensor del acusado y a éste toca lo relativo a la defensa material. Claro está que ello no impide al imputado ejercer su defensa técnica cuando se demuestre que posee los conocimientos legales suficientes para ello. Sería irracional y hasta podría ponerse en peligro el derecho de defensa, si se permitiera al acusado ejercer la defensa técnica sin tener la preparación necesaria. De allí que, de conformidad con las normas procesales, el Estado le garantice la asistencia profesional a fin de proveerle de una adecuada defensa técnica. Permitir lo contrario significaría un evidente entorpecimiento de la Administración de Justicia, en perjuicio del propio sometido al proceso» (Voto N° 58-95).

La presencia del defensor en los actos procesales es un elemento vital del derecho a la asistencia letrada y defensa técnica (tal y como lo demostraron los juicios de Miranda). La Sala ha señalado en repetidas ocasiones que:

«...el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repleguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, *que los testimonios y dictámenes deban presentarse en presencia del imputado y su defensor*, son partes integrantes del derecho de defensa.» (Voto N° 4784-93)

Se recalca en esa sentencia la importancia de que el defensor esté presente en esos actos por cuanto ellos pueden ser la base para una prueba de cargo que eventualmente podría incidir en la sentencia o resolución del caso. Pero además, es necesario que el defensor esté presente por cuanto si el imputado tiene derecho a repleguntar, tachar y recusar a testigos y peritos, no podría ejercitar ese derecho (y, por ende, perdería la posibilidad de combatir esas pruebas de cargo) si no contase con la asesoría de un experto en materia jurídica (tanto sustancial como procesal) que conociese los métodos de recusación e interrogatorio, y que pudiese valorar e interpretar las pruebas, aportando razonamientos valiosos para la defensa (recuérdese la dificultad de Clarence Gideon para descubrir inconsistencias en la deposición del principal testigo de cargo que tenía la fiscalía en su contra).

En este mismo orden de ideas, es necesaria la presencia del defensor en el reconocimiento del imputado:

«La realización del reconocimiento del amparado sin contar con un defensor viola su derecho de defensa, pues, aunque se trate de una diligencia prejudicial –no policial como lo afirmó el Juez Primero de Instrucción–, tiene o puede tener, como en el caso de examen, importantes consecuencias dentro del proceso. El acusado, o simple sospechoso, tiene, a estos efectos, iguales derechos de aquel que ha adquirido la condición de imputado, por lo que para esa clase de actuaciones debe poder contar con un defensor que garantice su correcta e imparcial realización, por lo que procede declarar con lugar el recurso en cuanto a este extremo y ordenarse la reposición de ese acto dentro del proceso» (Voto N° 253-94).

Ahora bien: defensa técnica y asistencia letrada no implica, necesariamente, una defensa bien argumentada y fuerte. ¿Qué ocurre en el caso de una defensa, técnica, sí, pero débil? La Sala señala que si el imputado no está contento o satisfecho con la defensa que se le proporcionó (por ejemplo, si el defensor no presentó recurso de casación a su favor), no quiere decir que haya habido violación al debido proceso:

«La calidad de la defensa en sí –*salvo que se trate de errores insalvables*– no es un elemento que pueda invocarse como violatorio del debido proceso, ni tampoco puede decirse que con ello se esté velando únicamente por la defensa formal (...) Los principios de verdad real, de fundamentación, de *iura novit curia* y otros que rigen el proceso penal, no permiten que por el sólo hecho de tener una defensa débil una persona vaya injustamente a prisión, además, no sólo la interposición de recursos hace que la defensa sea eficaz. Este calificativo puede darse aún a aquella que no fue ejercida por medio de recursos, pero sí con entera fiscalización por el respeto de los derechos del encartado» (Voto N° 5218-94).

Dada la importancia de esta materia, delimitemos más este punto. Esos "errores insalvables" de los que habla la Sala sí podrían dar pie a una defensa impropia, con abandono de los deberes fundamentales del defensor, lo cual podría ser causal de revisión. Una vez más se reafirma, pues, la necesidad de que la defensa técnica sea no sólo formal, sino real, actual, eficaz:

«La valoración que haga el sentenciado sobre la ineficacia o falta de diligencia de su defensor no puede considerarse como una infracción al debido proceso, *salvo que se trate de un caso en que esa actuación fuera del todo negligente o se evidencie que se dio en forma contraria a los intereses del defendido* (...) Solamente la defensa ejercida de forma manifiestamente impropia, con abandono de deberes fundamentales, podría tenerse como parte del examen que la Sala Tercera deba hacer en este aspecto, a la luz de lo que arroja el expediente judicial» (Voto N° 6537-94).

## CONCLUSION

A modo de conclusión, me pareció oportuno comentar un artículo del recientemente Código Procesal Penal: la nueva normativa que rige los procedimientos penales en nuestro país consagra expresamente el principio del cual hemos venido hablando:

“Artículo 13.—Defensa técnica. Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero, de no hacerlo, se le asignará un defensor público.

El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él”.<sup>(4)</sup>

---

(4) Código Procesal Penal, Ley N° 594 de 28 de marzo de 1996.

El antiguo Código de Procedimientos Penales de Costa Rica (promulgado el 21 de diciembre de 1973) no contenía en sus disposiciones iniciales una referencia expresa al principio de la defensa técnica como un derecho, o más bien, como parte integral del derecho al debido proceso. Se limitaba a señalar en los cuatro artículos primigenios algunas de las garantías constitucionales en materia procesal (tipicidad, juez natural, estado de inocencia, *non bis in idem*), el ámbito de aplicación temporal del Código, el deber de interpretación restrictiva y la autoridad de la Corte Suprema de dictar normas prácticas para aplicar las disposiciones procesales.

El nuevo Código, siguiendo con la corriente expansiva de las garantías constitucionales encerradas en el concepto del “debido proceso”, prefiere optar por una mayor explicación en algunos de sus contenidos. Es fácil inferir esto partiendo de un vistazo general del primer título del Código, denominado “principios y garantías procesales”, entre los cuales, además de una mejor formulación de las citadas en la normativa vieja, se incluyen expresamente otras, como el “principio de justicia pronta” considerado como derecho de la persona (entendiendo por esta la decisión judicial definitiva dictada “en un plazo razonable”,<sup>(5)</sup> la independencia y objetividad de los jueces, los deberes de actuación de los distintos miembros de un órgano jurisdiccional colegiado, las características de las medidas cautelares, la inviolabilidad de la defensa, el derecho a tener intérprete si es necesario, la búsqueda de saneamiento de defectos formales dentro del proceso y, por supuesto, el derecho de defensa letrada.

Mención aparte merecería el interesantísimo artículo 7, que define cómo se debe resolver por parte de los tribunales el conflicto causado por el hecho punible. Dicho artículo expresa la necesidad de que se busque “contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas” (los del proceso). Este concepto, “armonía social”, entendido como el objetivo o fin a buscar mediante el procedimiento (no su conservación, sino su restauración), deja entrever cómo nuestra actual tendencia

---

(5) Aparece dentro de la nueva normativa un concepto ampliamente usado en la jurisprudencia constitucional, cual es el principio de razonabilidad, es este caso no aplicado a las consecuencias legales imputadas a los hechos sino referido a los plazos para la realización de cierto acto (el dictado de una sentencia firme).

legislativa considera al derecho, de modo cada vez más definido, como un fenómeno tendiente a regular la conducta social, cuyo significado y justificación se encuentra en que en efecto regule los comportamientos sociales del individuo y resuelva los conflictos que inevitablemente se presentan en la sociedad, con estricto apego, por prioridad dominante, de los derechos fundamentales de la persona humana. Pero esto deberá ser tema de otra conversación.

Pese a carecer de un principio general en las disposiciones iniciales, en el cuerpo normativo vigente hasta el 31 de diciembre de 1997 sí se encontraban disposiciones concretas sobre el papel del defensor en el proceso y en sus distintas etapas. En una de ellas, que es la única que me interesa comentar en esta oportunidad, se definía:

“El imputado tendrá derecho de hacerse defender por abogados o por el defensor público. Podrá también defenderse personalmente siempre que ello no perjudique la eficiencia de la defensa y no obste a la normal substanciación del proceso”.<sup>(6)</sup>

Esa norma nos trae de regreso a nuestro tema. Definitivamente es no perjudicar la eficiencia de la defensa si el imputado no cuenta con un defensor letrado: por más formación jurídica que este tenga, no es lo mismo ser parte en el proceso como imputado que como abogado del imputado: las presiones a las que se puede ver sometida una persona en un proceso, aún siendo experta en leyes o poseyendo una inteligencia preclara, pueden ser tantas que veo poco probable que la “autodefensa” no perjudique, de algún modo, la eficiencia de la defensa. Clarence Gideon podría explicarnos algo sobre esto.

Cabe preguntarse si una disposición de este tipo se encuentra presente o no en la nueva normativa procesal penal. Del texto del artículo 13, principalmente de su párrafo segundo, se puede inferir que el imputado no puede carecer de defensor, lo cual es coherente con lo establecido por la normativa internacional de derechos humanos (vid. art. 8.2.e del Pacto de San José). Así, si no nombra uno de su confianza (privado), el Estado le debe (no sólo puede, sino debe) asignarle un defensor público. La defensa es un derecho irrenunciable.

Sin embargo, en mi concepto el nuevo código en cierto modo se contradice, pues en el artículo 100 contempla la posibilidad, de nuevo, de que “cuando no perjudique la eficacia de la defensa técnica,

---

(6) Código de Procedimientos Penales de 1963, art. 80.

(el imputado) podrá defenderse por sí mismo”.<sup>(7)</sup> La defensa sigue siendo irrenunciable: de hecho, el imputado se está defendiendo. Pero es difícil, como ya se dijo, que la “autodefensa” no vaya “en perjuicio de la defensa”. Estipulo que, salvo casos excepcionales que deberán siempre ser ponderados por el juez, la verdadera defensa sólo es factible, en la práctica, gracias al patrocinio de alguien letrado en leyes.

Todo lo anterior, sin embargo, no menoscaba el derecho que tiene el imputado de “formular solicitudes y observaciones” pese a la intervención de su defensor. Por supuesto, por cuanto, tal y como afirman Ferrandino y Porras, el imputado “sigue siendo una persona a la que por imperativo constitucional y legal se le debe prestar la atención que corresponde”,<sup>(8)</sup> aunque haya otorgado poder a un letrado para su representación en el proceso.

Y para finalizar, una observación más: el citado artículo 13 invoca la asistencia del abogado y a su presencia “desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia”. Pero más importante aún, el mismo artículo define, para que no quede lugar a dudas, qué se debe entender por “primer acto del procedimiento”, lo cual se reafirma también en el artículo 81 del mismo cuerpo legal. Gracias a esta interpretación auténtica que la ley hace de sí misma se puede esperar una mayor seguridad jurídica para la protección del derecho a defensa letrada de los imputados desde el momento de su misma detención o de su señalamiento por los órganos competentes como posible autor de un ilícito penal.

---

(7) Código Procesal Civil, artículo 100 párrafo tercero.

(8) Ferrandino (Alvaro) y Porras (Mario), La defensa del imputado. En *Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal*. Publicación del Colegio de Abogados y de la Asociación de Ciencias Penales. Segunda edición, ampliada, San José, Costa Rica, 1997, p. 302.

PROCESO DE CAMBIO EN LA ADMINISTRACION  
PUBLICA. CASO DEL ICE<sup>(\*)</sup>

*Dr. Arturo Fournier*  
Asociación Americana de Juristas

---

) X Seminario del SIICE: "Crisis nacional: propuesta y soluciones".  
11 de diciembre de 1997, Hotel Corobicí.

## I. ANTECEDENTES

Uno de los grandes problemas de los ticos, es que despreciamos o no tomamos en cuenta nuestras raíces, y lo duro que ha sido consolidar nuestro régimen democrático. Por ello, empiezo con una cita histórica:

*“La obra del Instituto Costarricense de Electricidad ha sido extraordinaria en estas décadas,... que, en conjunto, han transformado la forma de vivir de centenares de miles de costarricenses. Vale la pena señalar que esta obra es la culminación de una larga lucha de la sociedad costarricense por tener dominio de la generación y distribución de la energía eléctrica”.* (Rodríguez Vega, Eugenio: *Historia General de Costa Rica*, Euroamericana de ediciones; dirección: Lic. Vladimir de la Cruz. San José, 1987. Tomo V, pp. 133 y 134).

El leer este recuento de historia patria, nos debe hacer reflexionar sobre las causas y concepción que sirvieron de génesis a la creación del ICE; antecedentes fundamentales tales como la lucha de la Liga Cívica contra la Electric Bond and Share, empresa privada norteamericana, que controlaba monopólicamente y desastrosamente la electricidad en Costa Rica.

Hay que recordar la concepción constitucional del papel del ICE, como parte esencial de nuestra soberanía, argumento que sirvió —entre otros— de fundamento básico para promulgar la Ley de creación del ICE, dando fundamento y razón de ser al monopolio.

Recordemos las fuentes nutrientes de su creación, lo mejor de nuestro país: el pensamiento del Centro de Estudios de los Problemas Nacionales, rescatando y desarrollando la política social de los años 40, promovida por el Partido Comunista en asocio con los republicanos y la Iglesia Católica. Grandes patriotas lucharon por su creación, consolidación y mejoramiento: Rodrigo Facio, Jorge Manuel Dengo, Daniel Gutiérrez, y Hernán Fournier, entre cientos de ellos.

## II. SITUACION ACTUAL. ENTRABAMIENTO ADMINISTRATIVO

Mucho se critica a la institución rectora de los servicios eléctricos y de telecomunicaciones, y sus detractores achacan, al hecho de ser estatal, como la única fuente de todos los males y deficiencias, sin mirar hacia otros países donde todos los servicios son privados y en muchísimos casos peores o menos eficientes que los nuestros.

Otros, bastante mal intencionados, porque han sido partícipes de la mordaza que han puesto a la institución para que funcione deficientemente, ya que eliminaron los sanos criterios de descentralización y autonomía institucional, evitando un ágil y dinámico manejo de la Administración Pública, aún a sabiendas que —como dice don Jorge Manuel Dengo, uno de los artífices de la creación del ICE—: “...*La autonomía era una condición casi indispensable para asegurar el éxito de la labor emprendida...*”.

Ocultan los políticos interesados en privatizar, que las dificultades burocráticas que con los años se le fueron poniendo al accionar de la institución, constituyen el principal entramamiento para el cumplimiento y desarrollo de sus fines, de orden administrativo, no técnico o de falta de modernidad.

¿Quénes son responsables de ésto? Los politiqueros que usan y han usado las instituciones públicas, para su beneficio personal. Es inconcebible que un órgano técnico como éste, sea manejado, administrado y programado, por políticos nombrados por los gobiernos de turno, que en la mayor parte de los casos no saben nada de lo esencial de la materia con que tratan.

Recientemente nos denunció el Ministerio Público, que la Junta (política) Directiva que fungía durante el descalabro del Banco Anglo, **no estaba enterada de las negociaciones que llevaron al descalabro financiero de la institución**. Típico ejemplo de lo fatuo e inútil de la intromisión politiquera en una institución autónoma.

Un ejemplo del descalabro que produce la distorsión político-partidista, fue el Decreto # 25435-H, inconstitucional puesto que no se reglamentaba ninguna Ley, se extralimitaban en sus potestades, por vía de Decreto no se puede modificar y enmendar una Ley, pretendían reglamentar por vía de inferior jerarquía jurídica, sobre una materia reservada a la Ley. No se establecían límites de tiempo para las nuevas contrataciones (vid. por ejemplo límite de 20 años del Art. 22 de la Ley # 7508), lo que implicaría indirectamente que con fachada legal, los bienes y recursos estatales saldrían del dominio público, contraviniendo la Constitución, conforme lo dispone el Art. 121 inc. 14, y además creaba nuevas figuras y negocios jurídicos, nuevos esquemas de contratación: BOT (Built, Operate and Transfer), BLT (Built, Lease and Transfer), LEASING (operativo y financiero), Capital Venture (capital compartido), JOINT VENTURE (riesgo compartido), e ingresos compartidos, desbordando los límites del principio de legalidad. En lugar de “velar por su exacto cumplimiento” (de las leyes), distorsionaban los principios y el espíritu del Decreto Ley #449 y de la Ley #7200. Daba la impresión que el Decreto lo tenían preparado como parte de su estrategia, y que contaban con publicarlo cuando hubiera pasado la reforma al Art. 121 de la Constitución, pero se publicó sin esa reforma.

Aunque puedan hacerse contratos de "leasing" u otros, la gestión debe ser pública, la operación debe ser por medio del ICE, por eso, la pregunta automática sería la siguiente: **si la concesión en materia de telecomunicaciones la tiene el ICE**, ¿cómo podría un participante del contrato de joint venture tener control del proyecto, incluyendo la posibilidad de operarlo, arrendarlo o darlo en "leasing", si no es dueño de ninguna concesión?

Y en cuanto a la parte eléctrica, la pregunta sería cómo podría un participante del contrato de colaboración o joint venture controlar el negocio, si no se le ha otorgado concesión de conformidad con las disposiciones de las Leyes #7200 y #7508?

A este punto, vale la pena recordar lo indicado en el Voto #5386-93, dictado por la Sala Constitucional a las 16 horas del 26 de octubre de 1993, conocido como el Voto sobre el caso "Millicon". Ese Alto Tribunal ya dejó claramente establecido que, en materia de servicios inalámbricos, no existe norma alguna que autorice al ICE a negociar una subexplotación del servicio telefónico nacional, dado que la concesión original le fue conferida por Ley #3226 del 29 de octubre de 1963, sin que a la fecha se haya variado esa legislación (ver Considerando IV del voto citado).

Otro de los principales males del del ICE, es la ilegal imposición de hacer transferencia de parte de su superávit al Gobierno Central, y su uso en fines diferentes a los que la Ley le asigna a la Institución.

### **III. ¿CUAL MODERNIZACION BUSCAMOS?**

1) La importancia estratégica de este monopolio, constituye en fortalecer la economía del país, para buscar el mayor bienestar de la ciudadanía, cumpliendo así con la exigencia constitucional que establece el interés público como fin primordial del Estado.

Por ello, es un acto patriótico la defensa del I.C.E., aunque muchos se han preguntado: ¿para qué defenderlo?

La respuesta es clara: se trata de la Institución Costarricense de punta, la más productiva, generadora de riqueza nacional, cuna de enseñanza y desarrollo técnico, con gran raigambre en nuestros propios medios adecuados a las necesidades del país, con gran acervo de profesionales y técnicos nacionales, preocupados honestamente por su país.

Mucho le ha costado al país, y mucho le devuelve a su población.

Además es un imperativo constitucional, establecido en su artículo 121, inciso 14, párrafos 6º y 7º.

2) Existe crisis, o es pretexto para la privatización y desregulación?

Con una legislación que data de 1949, el ICE ha podido ir enfrentando, asimilando y desarrollando los retos tecnológicos de esta turbulenta y acelerada mitad de siglo, y con las reformas que se le han hecho o con las nuevas leyes promulgadas, ha sido posible tratar y negociar con las empresas extranjeras del ramo.

Por supuesto que por su propia naturaleza, éstas pretenden abarcar todo y adueñarse del mercado, pero ésto, bien llevado con inteligencia, nunca ha sido óbice para que defendamos nuestra soberanía. Sin necesidad de declarar enemigas a esas empresas o a los gobiernos que nos presionan para que las favorezcamos, hemos sabido plantarnos y reafirmar nuestro ser nacional.

Todos coincidimos en que la normativa necesita cambios, que hay que hacer ajustes, pero ... divergimos en el objetivo que buscamos. Mientras que algunos filibusteros pretenden disfrazar con proyectos de nuevas leyes, sus erráticos proyectos de inconstitucional entrega de la riqueza y patrimonio nacionales, el regalo inmisericorde del patrimonio del país, sólo para obtener migajas del negocio o por unas asesorías más; otros pretendemos extender su alcance e impulsar su modernización, no sólo para salvaguardar y promover este importante sector del patrimonio nacional que todos hemos construido, para salvaguardar y promover el derecho de toda la población a conservar lo poco que nos queda, de algo que es realmente costarricense, y que todavía tiene enormes posibilidades.

Debe privar el imperio del derecho, pero acorde con la voluntad popular; con las necesidades de la sociedad en su conjunto, por ello los juristas tenemos que buscar la protección del individuo contra la ingerencia ilegal o abusiva, como la ejercida por parte de quienes –desde 1982– se han apartado de sus obligaciones con relación a los deberes públicos en la Administración del Estado.

No podemos permitir la distorsión del Estado de Derecho, para continuar con una errada política que promueve el hambre, la pobreza, la falta de empleo, todo lo cual amenaza la esencia misma de la representatividad que debe existir en la Democracia.

En algunos de los nuevos intentos jurídicos de los políticos o administradores, se apartan de las leyes, para omitir o no hacer referencia a las consecuencias o impacto ambiental de las instalaciones que haya que hacer por parte de las empresas privadas a las que se pretende entregar el servicio, no se preocupan por ejercer los medios de control responsabilidad civil por incumplimiento de sus funciones, como exige la Ley General de Administración Pública; no se exigen garantías de participación ni de cumplimiento; no se le dan potestades al ICE de hacer

o exigir correcciones o enmiendas, con base en la ejecución; disposiciones de uso legal corriente, hasta en los contratos que se habían hecho con Millicon, cuando se le había entregado la telefonía celular; se prescinde –por omisión de cita– de la licitación pública, como sí se ha hecho mención expresa en otras leyes, por ejemplo el art. 21 de la Ley # 7508; pero tampoco se piensa en otras soluciones.

Entonces la crisis no es consecuencia de que el servicio sea público.

¿Cuál es el interés en la privatización, si es en una empresa obsoleta e ineficiente? El Lic. Arturo Rodríguez ha demostrado que la 3ª parte de los activos del ICE, equivale al **patrimonio** total de las 36 empresas más importantes del país. (*La Nación*, 14/dic./96).

Lo anterior se hace evidente con la propaganda de prensa de grupos de presión e interés económico, como el del grupo “Costa Rica es Primero”. El argumento usado para destruir al ICE es falaz: para pretender mitigar los efectos de la deuda interna, agravada por la corrupción política, tenemos que vender nuestros mejores recursos y empresas, y con ello renunciar a trabajar, esto es: desistir de ser productivos. ¿A dónde nos llevaría ésto? Nada más que a la total bancarrota, un mensaje muy malintencionado, que tiende a desvirtuar la realidad del problema, así como las posibilidades reales de solución; agravado con el hecho de que la televisión llega muy subliminalmente a las mentes de las personas distorsionada con esa propaganda tendenciosa.

Por ello debemos buscar lo mejor para el futuro de todo el país, por el fortalecimiento de su institucionalidad democrática.

Además estamos hablando en todos los casos de servicios públicos, y el artículo 140 inciso 19 de la Constitución **ordena que para proceder, todos los contratos administrativos deben ser aprobados por la Asamblea Legislativa.**

Al respecto de estos temas, vale la pena volver a mencionar el Voto #5386 de la Sala Constitucional, en su Considerando VI, cuando luego de declarar la inexistencia de una facultad jurídica al ICE para subexplotar su propia concesión en materia de telecomunicaciones, se indica lo siguiente:

*“Aún si esta última” –se refiere a la Ley #3226– permitiera al ICE explotar la concesión conjuntamente con empresas particulares, el procedimiento debería ser concursal, en atención a la licitación como medio constitucional de proveer a la libre competencia y a la igualdad de las empresas potencialmente oferentes (artículo 182 de la Constitución)”.*

### 3) Criterios de eficiencia y racionalidad:

Cuando analizamos que en telefonía celular, Millicon cobraba \$200.000 por el derecho y el ICE \$80.000, por el minuto \$60 c/ \$30, que en 7 años no llegó a 3.000 celulares, mientras que el ICE otorgó 40.000 en 2 años y medio; que la Institución tiene más computadoras que todo el país de Honduras; que el ICE cubre con su manto eléctrico y telefónico al 95% de la población global, mayor que Chile, Argentina y México, donde todo se privatizó (*La Nación* 14/dic/96); que se han colocado 2.500 teléfonos públicos de tarjeta, 250.000 nuevas líneas telefónicas en 5 años, y existen 16,5 teléfonos por c/100 habitantes. (*La Nación* 14/dic/96); que Costa Rica es el país de más uso de Internet, con relación a cada habitante; que en las tablas de OLADE CR está como en lugar 10 ó 12 en cuanto a precios de todo el continente americano. Cuando oímos al Ing. Hernán Fournier demostrarnos que el funesto día en que el ICE sea subastado al mejor postor, esos nuevos propietarios extranjeros triplicarían la tarifa del servicio para mortizar su inversión (*La Nación* 14/dic/96); en Argentina en febrero/97 aumentaron las tarifas de las llamadas locales, que luego de privatizarse, se ha convertido en Monopolio de tres empresas estatales extranjeras: Telefónica de España (a través de telefónica de Argentina) y Telecón de Francia y SIET la empresa estatal italiana de teléfonos; que al pasar la telefonía a las empresas estatales, aumentaron las tarifas en 70 veces; que en Guatemala se privatizaron los teléfonos y como consecuencia las tarifas subieron 600%, que eliminaron el derecho a un mínimo de llamadas, que cobran desde el primer impulso; etc., nos convencemos que las razones no son en relación con la eficiencia, ni a la racionalización del uso de nuestros recursos, sino desnacionalización y monopolización por parte de empresas transnacionales.

Sí, tenemos que mejorar a RACSA, porque es deficitario.

Sí, hay que encontrar solución al déficit de más de 100.000 líneas, al hecho de que las tarifas son 60% más altas que en los Estados Unidos, que el derecho telefónico es caro y demoran de 2 a 5 años para entregarlo.

### 4) ¿Por qué defendemos el control estatal? ¿Cuál sería la alternativa?

Ya lo vimos en el punto anterior, en Costa Rica ha sido y es eficiente, es una fuente de desarrollo y progreso nacional, es razón del mejoramiento social. Como contrapartida, la privatización produce un oligopolio internacional, una concentración del negocio y la riqueza en pocas manos, sin ningún interés por el bienestar social de la ciudadanía ni del país.

#### IV. MODELO ALTERNATIVO

¿Será modelo lo que necesitamos o soluciones ágiles y duraderas como las del Decreto #449 del 8 de abril de 1949?

1) Sería bueno que promoviéramos un plebiscito nacional sobre la venta de activos del Estado. Tendrían que abrirse las puertas del país entero, a una discusión concienzuda sobre el problema, como órgano dinámico de la conciencia nacional.

2) Tienen que plantearse Uds. los sindicatos, que tienen que convertirse en los adalides de la eficiencia de la administración pública y por el mejoramiento del servicio.

3) La reforma del Estado y la “modernización”, tienen que plantear la necesidad de dotar a la Administración Pública, de los elementos necesarios para hacerla más eficiente, hay que exigirle a las Jefaturas planes de trabajo, resultados, control de proyectos, etc.; y a los empleados exigirles un mejor rendimiento en su trabajo, mejores modales (como era la tradición costarricense) para con los administrados, que somos el público en general.

Esto obligaría a los dirigentes sindicales a tener una relación más directa con sus bases, a preocuparse tanto por el Estado como por los aumentos salariales, y cierra uno de los argumentos más sentidos por la población, que es el maltrato, la desidia, etc. de los empleados públicos.

4) Debemos trabajar por una nueva concepción del Derecho y Legislación para las empresas públicas.

5) Rechazar enfáticamente los proyectos presentados por el Gobierno, porque no resuelven los problemas del ICE, y tampoco tienen nada de la modernización que dicen buscar.

Dejan por fuera a RACSA, porque por ahí pueden vender el servicio de telefonía internacional que es donde está el negocio.

Es más útil establecer un listado de principios generales, que exigiremos sean considerados e incluidos en los proyectos de Ley que se analicen; una propuesta única, unitaria, salida del conjunto de la sociedad civil.

Así, también estaremos abiertos a nuevas opciones positivas, y tenemos entonces siempre una actitud vigilante, no de defensa de un determinado proyecto, que siempre podrá ser rebatido por defectos de redacción o técnicos.

6) Mantener el monopolio estatal sobre el área, para que la energía y las telecomunicaciones sigan siendo de dominio público, porque es el bien jurídico que debemos tutelar.

7) El servicio público tiene que ser el objetivo fundamental, para ligarlo al desarrollo. Tiene que estar reservado al Estado para garantizar la continuidad del servicio a todo el público en las más altas condiciones con el más bajo precio –mínimo costo, mejor opción–.

8) Que todos los aspectos técnicos y profesionales del ICE sean manejados exclusivamente por la Institución, y la Asamblea Legislativa aprobaría por períodos –que pueden ser de 10 ó 15 años– los planes de desarrollo generales, de inversión, de cogeneración alternativa, etc., a largo plazo, pero con criterio de la mejor utilización de los recursos ya existentes. Como sucedió por ejemplo con el Plan Nacional de Electrificación, diseñado con un alcance de 30 años que se cumplieron en 1980 con un 95% de casi todas sus metas.

9) No deben separarse las áreas de energía y de telecomunicaciones, atenta contra la agilización del aparato burocrático y administrativo, en lugar de simplificar las áreas y divisiones.

10) Debe terminar la ingerencia política en los nombramientos de la jerarquía de la institución, y éstos deben designarse por vía de concurso de antecedentes y de idoneidad, conforme lo hace el Servicio Civil.

De mantenerse el órgano de dirección política, y aún cuando sea éste técnico, las sesiones de Junta Directiva deben ser siempre públicas y abiertas, como las de la Asamblea Legislativa o de las Municipalidades.

11) Los superávit o ganancias de la institución no deben destinarse al financiamiento del Gobierno Central, sino a la reinversión y mejoramiento de toda la infraestructura, para un mejor servicio público.

12) Debe terminar la confusión de concepción de la empresa pública, debe ratificarse su independencia y autonomía administrativa y de gobierno, porque no debe tener las rigideces del Estado, del ente público, pero sí las flexibilidades de la empresa mercantil, para desentrabar en beneficio de la empresa pública en general. Hay diferencias sustanciales como la capacidad de generar otras empresas (Radiográfica, CNFL), agilidad de multiplicarse; que pueda actuar y

responder al control de resultados, no de todo acto y cada paso del proceso. Sin embargo, estas filiales deben ser comercializadoras de servicios, no pueden volverse en competidoras, ni dedicarse a la producción o generación.

13) La naturaleza debe ser de titularidad pública (no debe venderse ni privatizarse), regida por el derecho privado, pero sujeta al control público. Hay que salir del dogma divisorio entre el Derecho Público y Privado.

14) Fomentar la coordinación interinstitucional.

15) Los esquemas de contratación tienen que ser absolutamente transparentes y ágiles, para poder dar respuestas oportunas a los cambios tecnológicos, a las necesidades de nuevo equipo, etc., pero siempre dentro de algún marco de fiscalización y control, el cual podría ser ad-referendum, a través de la Contraloría y del Aresep, con plazos cortos e improrrogables, para que no haya entramamiento administrativo. Establecer sanciones más fuertes contra las apelaciones o dilaciones temerarias en las licitaciones, como por ejemplo suspender el derecho de la marca o tipo de producto de esa empresa, de participar en la próxima licitación general. Con una buena auditoría interna el control puede ser a posteriori, esto es sobre resultados, sin suspender los efectos de la decisión o contratación.

16) El control por la Contraloría General de la República y de la Autoridad Reguladora tiene que ser racional y ágil, dentro de una óptica de auditoría de servicios de conformidad con los planes, teniendo en cuenta indicadores que se pueden tener en consideración, para la satisfacción del servicio público, con rendimiento de cuentas, participación y vigilancia por parte de los usuarios, como elemento democrático de ejercicio del poder por parte del pueblo. Debe haber medición de eficiencia, criterio de alta rentabilidad para beneficio de los consumidores. El usuario es la razón de ser, tiene que retroalimentar a la institución y ser su fiscal, para que también pueda defenderse de los abusos o del mal servicio.

Posibilidad de convocar una audiencia pública de usuarios descontentos (un mínimo de 25), para que una especie de Juez especial escuche a todas las partes interesadas y resuelva, combinarlas con las de la ARESEP.

17) También esos órganos reguladores tienen que estar sujetos al control político.

18) Hacer como en Estados Unidos, que el control sea máximo sobre el costo de inversión, para que sea el óptimo.

19) Revisión y eliminación de costos que no son necesarios para producir el servicio, combatir la mala administración, el desperdicio, etc.

20) Recomendar una Ley Marco alternativa a la Ley General de Administración Financiera, para la agilidad de las empresas públicas, rompiendo los esquemas de la administración tradicional.

El cálculo de medición financiero tiene que ser real y de acuerdo a los mejores sistemas contables, no a los artificialmente impuestos por órganos internacionales.

21) Hay que rescatar la experiencia nacional para buscar formas autóctonas de resolver los problemas.

22) Insistir en la vigencia de los presupuestos y fundamentos del Voto #5386-93, de la Sala Constitucional en el caso Millicon.

23) Cualquier reforma tiene que ser en su esencia democrática, hay que darle participación al pueblo para que esté alerta y vigilante, a fin de evitar jugarretas y maniobras en el futuro; integral para salir de la inestabilidad, para concentrarse en el trabajo y desarrollo de la empresa. Rescatar el apoyo de la sociedad costarricense, unir a los sindicatos para redimensionar su papel dentro de la Institución, que no es sólo por la lucha salarial, sino cambio radical en la manera de ver el fenómeno laboral e institucional, para que participen en la responsabilidad, dirección y gestión de la Institución.

24) Es conveniente que exista una Ley Orgánica de la Institución, para ordenar su estructura interna, y otros aspectos que no deben estar mezclados con el giro de su actividad.

25) Definir ¿Qué hacer con el Decreto-Ley #449? con las Leyes #3226, #3293, #7200, #7298, Ley #7508? Analizar los aspectos positivos de los proyectos de Ley de los Diputados Hernán Fournier y Ottón Solís, y del Asdeice.

El marco jurídico que escojamos o ratifiquemos, debe servir para el futuro, de largo alcance para que pueda dar amplitud y cabida a la modernización, pero sin ceder en el aspecto medular, que es la soberanía del país, y la defensa de la Institución.

26) Devolver a la Institución su autonomía administrativa y de Gobierno, que sus ingresos y recursos sean para mejorar el sistema, no para la caja chica del Gobierno.

Aquí se podría utilizar un sistema parecido al de la Junta de Protección Social, asignando porcentajes de las ganancias que deben ser obligatoriamente utilizados para el bien social, lo cual se reflejaría fundamentalmente en la inversión para nuevos proyectos o equipos, y en la reducción de las tarifas si hubiese superávit.

Basta ya de considerarnos los ticos como ciudadanos de ínfima categoría, hemos consumido ropa usada de países desarrollados, carros usados, etc., ¿ahora qué nos tocaría con la energía y las telecomunicaciones?

Defendamos lo bueno que tenemos y avancemos. En este crítico momento el país reclama el concurso de todos sus ciudadanos honestos, que piensen no sólo en el ejercicio cotidiano de sus trabajos, sino en el futuro del país, en el bienestar ciudadano, en el progreso social, en la justicia para todos, ahí radica la diferencia.

*El momento es grave, salgamos de nuestras casas y marchemos de la mano con nuestra desvalida Patria, ahora que tanto nos necesita, para alejar los oscuros nubarrones que se ciernen sobre ella, "pretendiendo su gloria manchar" (Himno Nacional de Costa Rica).*

Pérez Vargas, Víctor. **Jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, período de 1990 a 1997 y Resoluciones de Tribunales Superiores Civiles para el estudio del Derecho Privado.** (San José: Imprenta LIL, 1997; 357 páginas).

El Dr. Víctor Pérez Vargas ha publicado una excelente recopilación de jurisprudencia en el campo del Derecho Privado.

Como bien expresa este jurista en la *Presentación*, esta selección sistemática de resoluciones judiciales viene a llenar una necesidad universitaria; la de acerca cada vez más, la academia a la realidad del Derecho vivo de nuestros tribunales y, en especial, a la jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte de los últimos años, informadora del Ordenamiento, producto de las decisiones de los señores Magistrados: Cervantes, Picado, Zeledón, Montenegro y Zamora, así como de los fallos de los señores Jueces Superiores. A ellos nuestro reconocimiento. La antología de casos fue elaborada, con propósitos didácticos, para el curso de Derecho Privado de la Universidad de Costa Rica. El orden de exposición de los temas, por lo tanto, corresponde al programa de este curso, pero puede constituir un instrumento útil para jueces y abogados en la práctica diaria, por lo que es también una contribución.

El *contenido* de esta importante obra es:

Eficacia jurídica  
Situaciones jurídicas  
Derecho de orden público  
Personas, existencia y capacidad  
Objetos, cosas y bienes  
Hechos jurídicos  
Prescripción y caducidad  
Elementos del negocio jurídico  
Contratos  
Invalidez, e ineficacia del negocio jurídico  
Interpretación del negocio jurídico  
Responsabilidad extracontractual  
Derecho procesal civil

Este libro es relevante para el estudio y la comprensión del nuevo Código Procesal Penal.

Una presentación esquemática del amplio y detallado *contenido* de esta sugerente obra es el siguiente, dentro del marco amplio de los sujetos de la relación procesal:

- El ofendido
- Los fiscales: directores de la investigación por delito
- Del juez investigador al Juez de garantías
- Los actos procesales de los Jueces
- El Tribunal de apelaciones, límites de su potestad procesal sujeto eventual del proceso penal
- La Policía Judicial: sujeto auxiliar del Ministerio Público

Se trata, sin duda, de una investigación que amerita su lectura y estudio dentro de las exigencias que plantea la novedad de una legislación procesal penal.

Esta obra está *dedicada*:

- “A quien logre comprender que administrar justicia exige estudio serio,
- A quien sabe que administrar justicia no es sólo el cumplimiento de una función, sino, un compromiso con la Constitución, con la Ley, con el Derecho, con el Hombre y con la Sociedad,
- A quien no se limita a ocupar un puesto en el Poder Judicial y espera que transcurra el tiempo paara ocupar otro,
- A quien no transige ante la presión social, ante el influjo de la prensa, ante la corrupción, la dádiva y la lisonja,
- A quien sólo interesa la verdad y la lucha, estudiando, por llegar a ella,
- A quien no utiliza la función como un trampolín para lograr ventajas,
- Al juez que queremos y que la Sociedad espera”.

Parajeles Vindas, Gerardo. **Curso de Derecho Procesal Civil** (San José: IJSA, 1997; 426 páginas).

Este valioso *Curso* desempeña un papel estratégico para el estudio y la comprensión de esta área procesal del Derecho en nuestro país.

### **Primera parte: procesos declarativos**

- I. Proceso ordinario
- II. Proceso abreviado

### **Segunda parte: procesos sumarios**

- I. Disposiciones generales
- II. Proceso ejecutivo simple
- III. Proceso de desahucio
- IV. Proceso de entrega de cosas
- V. Proceso interdictal
- VI. Fijación de alquileres

### **Tercera parte: procesos especiales**

- I. Procesos incidentales
- II. Proceso monitorio
- III. Proceso de impugnación

### **Cuarta parte: procesos de ejecución**

- I. Ejecución de sentencia
- II. Proceso hipotecario
- III. Cédulas hipotecarias
- IV. Proceso prendario

### **Anexos.-**

Los estudiantes de Derecho, abogados y jueces tienen en este libro un *Curso* muy útil y necesario en su formación profesional.

Hernández Valle, Rubén. **Constitución Política de Costa Rica, comentada y anotada.** (San José: Juricentro, 1998, 500 páginas).

El Dr. Rubén Hernández Valle ha efectuado un valioso trabajo de comentar y anotar la Constitución Política vigente en nuestro país.

Bien señala este constitucionalista que ha tomado prestado de la valiosa obra publicada por la Asamblea Legislativa *Constitución Política de la República de Costa Rica*, bajo la dirección de los colegas Jorge Córdoba Ortega, Elena Fallas Vega, Marina Ramírez Altamirano (dos queridas ex-alumnas en los cursos de posgrado en la Universidad de Costa Rica) y Gloria Valerín Rodríguez, las referencias a las actas de la Asamblea Constituyente y la cita, sin transcripción de los respectivos votos de la Sala Constitucional. De esa forma quien desee ampliar sus conocimientos sobre la jurisprudencia de la Sala podrá consultarla directamente en este libro. “A los citados autores mi profundo agradecimiento” (pág. 12).

En el Prólogo el Dr. Carlos José Gutiérrez indica que el Dr. Hernández es constitucionalista, formado en Costa Rica e Italia, con amplia experiencia docente, siendo el autor del primer borrador del actual sistema de control de constitucionalidad y formó parte de las varias comisiones que se integraron para revisar las distintas formulaciones del sistema, en una gestación que duró cuatro años. Fue luego por un tiempo, Magistrado de la Sala Constitucional (pág. 17).

Sin duda alguna, este libro es una valiosa e importante contribución al Derecho Constitucional de nuestra nación. Es un aporte significativo del Dr. Rubén Hernández Valle a la comprensión de nuestro Estado social y democrático de Derecho, en el marco pleno de los derechos y garantías fundamentales.

— o —

Llobet Rodríguez, Javier, **Proceso penal comentado.** (San José: Universidad para la Cooperación Internacional, 1998, 950 páginas).

Este libro es un estudio de análisis y comentario sobre el contenido mismo del Código Procesal Penal de nuestro país. El Dr. Javier Llobet Rodríguez, afirma que en 1973, nuestra nación dio el paso del proceso escrito de rasgos inquisitorios, como era el del Código de 1910 a un proceso oral y público, conforme al sistema inquisitivo reformado o mixto.

El Código de Procedimientos Penales de 1973 supuso un gran avance para el Derecho costarricense. En efecto, el Código Procesal Penal de 1910 era claramente violatorio de los derechos humanos del imputado. La realización del proceso de manera escrita producía un procedimiento interminable, durante el cual el imputado permanecía en prisión.

El imputado no tenía el carácter de sujeto procesal, sino que era un mero objeto de la persecución estatal (pág. 33).

El Código de Procedimientos Penales de 1973, tuvo como base las enseñanzas del profesor argentino Alfredo Vélez Mariconde, siguiéndose casi textualmente el Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba de 1969, redactado por este profesor (pág. 34).

Con la creación de la Sala Constitucional en 1989, el Código de Procedimientos Penales de 1973, que había recibido pocos cambios legislativos desde su vigencia fue modificado sustancialmente con las resoluciones de esta Sala (pág. 39).

El Dr. Llobet establece que el actual Código Procesal Penal tiene un balance general positivo (pág. 55).

Esta obra presenta una bibliografía relevante y amplia, y nos proporciona un Índice alfabético sumamente útil.

Asimismo, nos da la referencia de las Sentencias de la Sala Tercera y de la Constitucional muy valiosos, complementando esta sugerente labor de investigación con las citas de doctrina precisas y concordantes, a nivel nacional y extranjero, como también de Códigos de esta materia, de otros países.

Este libro es de consulta obligada para la comprensión cabal del nuevo Código Procesal Penal de Costa Rica.

— o —

Alberto Brenes Córdoba, **Tratado de las personas**. Volumen I. Quinta edición, con un estudio preliminar, revisada y actualizada por el *Dr. Gerardo Trejos* (San José: Juricentro, 1998, 338 páginas).

En su *estudio preliminar*, el Dr. Gerardo Trejos nos dice que en 1986, nuestro país, aprovechó la conmemoración del centenario de la publicación de su Código Civil para promulgar un nuevo título preliminar. La reforma costarricense se inspiró en la modificación introducida en España al título preliminar del Código Civil por decreto No. 1836 de 31 de marzo de 1974, fruto de un largo proceso legislativo.

Este nuevo título citado del Código Civil de Costa Rica hace un uso amplio de los conceptos jurídicos indeterminados o nociones marco,

destinados a hacer más fácil y dinámica la creación de un derecho judicial en nuestro país.

Este nuevo título preliminar reconoce a la jurisprudencia la misión de contribuir a la elaboración del ordenamiento jurídico, sin contradecir el sistema de derecho codificado. La jurisprudencia no es mencionada en el capítulo de las fuentes de derecho, pero su rol eminente queda consagrado en el artículo 9, precisa el Dr. Trejos.

Esta importante obra contiene referencias a jurisprudencia, indicaciones bibliográficas y anotaciones muy pertinentes, que la hacen imprescindible.

Este valioso trabajo del Dr. Gerardo Trejos le da una actualidad y vigencia especial a esta obra del maestro Brenes Córdoba (1858-1942), siendo un libro de consulta obligada en este singular terreno del Derecho Civil.

— o —

Luis Gerardo Villanueva Monge. **Código Notarial, comentado** (San José: Juricentro, 1998, 156 páginas).

Se acaba de promulgar un nuevo Código Notarial, el cual por sus innovaciones tiene un impacto relevante en esta actividad profesional.

El abogado y notario público, Villanueva Monge, fue diputado en el período 1994-1998, Presidente de la Subcomisión que elaboró el texto sustitutivo del proyecto de este código y miembro de la Comisión de asuntos jurídicos de la Asamblea Legislativa que lo dictaminó afirmativamente, nos expresa que la comisión permanente de asuntos jurídicos en el año de 1997 dictaminó afirmativamente el proyecto de Código Notarial, después del trabajo que realizará una Subcomisión especial, nombrada por el Presidente de la Comisión permanente de asuntos jurídicos, Dr. Gerardo Trejos, y de la cual él formó parte.

En ella se efectuó un amplio análisis para conocer las principales deficiencias que estaban afectando la credibilidad de las funciones notariales y registrales, y que posibilitaron —entre otras cosas— la defraudación de bienes muebles e inmuebles, en perjuicio de nacionales y extranjeros, y el gran número de escrituras pendientes de inscripción, por defectos del otorgamiento mismo, falta de pago de timbres e impuestos, constancias municipales, requisitos ajenos al documento o desinterés de las partes o el notario, en abierta violación al principio de la fe pública registral.

En esta importante actividad, este **Código Notarial comentado** es una obra de suma importancia.

— o —

Drs. Gilbert Armijo, Javier Llobet Rodríguez y Juan Marcos Rivero Sánchez. **Nuevo proceso penal y Constitución** (San Jose: IJSA, Investigaciones Jurídicas S. A., 1998, 410 páginas).

El Dr. Víctor Moreno Catena, Catedrático de Derecho Procesal, de la Universidad Carlos III de Madrid, ha elaborado el *prólogo* y el *epílogo* a esta valiosa obra.

El Dr. Moreno afirma que estamos ante una obra espléndida, oportuna, en donde se vierten opiniones de autoridad y con un fundamento jurídicamente irreprochable, dentro de la línea garantista, protectora de los derechos humanos en el curso de un proceso penal, que marcará sin duda un camino y servirá de imprescindible consulta y referente para quienes pretendan asomarse en Latinoamérica al estudio del Derecho y del proceso penal.

*El temario de este libro es el siguiente:*

Prólogo	<i>Dr. Moreno</i>
1. Diez tesis sobre la violencia y el Derecho	<i>Dr. Rivero</i>
2. Proceso, democracia y humanización	<i>Dr. Rivero</i>
3. ¿Penalización del derecho civil o civilización del derecho penal?	<i>Dr. Rivero</i>
4. Garantías procesales y seguridad ciudadana	<i>Dr. Llobet</i>
5. Procedimiento abreviado, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar	<i>Dr. Llobet</i>
6. Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho	<i>Dr. Llobet</i>
7. La presunción de inocencia y la prisión preventiva según la doctrina alemana (enseñanzas con respecto al Código Procesal Penal costarricense de 1966)	<i>Dr. Llobet</i>
8. Constitución y derecho de defensa	<i>Dr. Armijo</i>
9. Derechos fundamentales y actividad procesal defectuosa	<i>Dr. Armijo</i>

10. Justicia constitucional y prueba ilícita en el derecho comparado  
*Dr. Armijo*

Epílogo: las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y el derecho de defensa en España  
*Dr. Moreno*

Sin duda esta obra contiene un conjunto de temas de gran valía para la comprensión y el análisis de la correlación entre Derecho Procesal Penal y Constitución Política.

— o —

Francisco Ulloa Loría. **Curso básico de Derecho Administrativo.**  
San José: IJSA Investigaciones jurídicas 1998, 224 páginas).

El Lic. Rafael Medaglia Gómez, ex Presidente del Colegio de Abogados, en la *presentación* de esta obra indica que este estudio abarca aspectos históricos, doctrinales, jurisprudenciales y de derecho positivo, tanto costarricense como comparado, lo que hace a la obra muy interesante y útil.

Agregando que este libro compila elementos sustanciales de nuestro Derecho Administrativo, radicando en ello su utilidad como obra didáctica por excelencia.

*El temario de este libro es:*

- I. El derecho administrativo y la organización de la Administración Pública en Costa Rica
- II. La doctrina del órgano
- III. El ordenamiento jurídico administrativo estructural y caracteres. Concepto positivo del derecho administrativo
- IV. Acto con valor de ley. Reglamentos delegados
- V. Reglamentos
- VI. Fuentes no escritas
- VII. Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados

- VIII. La relación entre la Administración de justicia y el principio de autotutela.
- IX. Situaciones jurídicas administrativas (el administrado y la Administración)
- X. El acto administrativo
- XI. Elementos del acto administrativo
- XII. Validez de los actos administrativos
- XIII. Eficacia de los actos administrativos
- XIV. Clasificación de los actos administrativos
- XV. Vicios y nulidades del acto administrativo
- XVI. Vías de hecho
- XVII. La responsabilidad del Estado en la Ley general de la administración pública
- XVIII. Ejecutividad, ejecutoriedad y suspensión del acto administrativo
- XIX. El silencio y la inercia administrativa
- XX. Principios del procedimiento administrativo y del proceso contencioso administrativo
- XXI. Ejecutoriedad de resoluciones y sentencias

## Bibliografía

— o —

**Mario Houed Vega, Cecilia Sánchez Romero y David Fallas Redondo.**  
**Proceso penal y derechos fundamentales** (San José: IJSA,  
Investigaciones Jurídicas S.A. 1998, 172 páginas).

El Dr. Daniel González Álvarez, Presidente de la Sala de Casación Penal y profesor del posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, señala en el *prólogo* que la relación entre proceso penal y derechos fundamentales es muy estrecha, el primero no es más que la expresión reglamentada de los segundos. En esa perspectiva, proceso penal es el instrumento mediante el cual se implementan una gama de derechos fundamentales, como requisitos necesarios para el juzgamiento penal, lo que permite ubicarlo como sinónimo de garantía.

*El Índice de esta valiosa obra es:*

### Prólogo

- I. El debido proceso penal *Dr. Mario Houed*
  - A. Sistema penal y control social
  - B. Aspectos inquisitivos del proceso penal
  
- II. Eficacia y garantismo en el proceso penal moderno *Dr. Mario Houed; Lic. David Fallas*
  - A. La garantía de los derechos humanos fundamentales
  - B. Derecho penal mínimo
  - C. El proceso penal moderno
  
- III. Elementos de prueba y su valoración *Licda. Cecilia Sánchez; y Dr. Mario Houed*
  - A. La prueba
  - B. Medios de prueba en general
  - C. Medios de prueba en particular
  - D. Valoración de la prueba

IV. El principio de proporcionalidad

*Lic. David Fallas*

- A. Concepto
- B. Su fundamento
- C. Sus alcances
- D. Su relación con las medidas cautelares
- E. Respeto de la justicia penal de adultos
- F. Respeto de la justicia penal juvenil
- G. En relación con el derecho administrativo sancionador
- H. En relación con la responsabilidad política

V. La prisión preventiva en un Estado de Derecho

*Licda. Cecilia Sánchez*

- A. Aspectos generales
- B. Derechos fundamentales y prisión preventiva
- C. Presupuestos para la prisión preventiva
- D. Límites de la prisión preventiva
- E. Disposiciones normativas, duración y uso real de la prisión preventiva

En estos importantes ensayos jurídicos, se hace un estudio relevante de los temas bajo análisis.

— o —



**Gerardo Parajeles Vindas. La prescripción en los procesos cobratorios** (San José: IJSA, Investigaciones jurídicas S.A., 1998, 150 páginas.

El autor nos informa que es indudable que uno de los temas procesales más innovadores, con la entrada en vigencia del Código Procesal Civil en mayo de 1990, lo es la prescripción dentro de los procesos cobratorios.

Este código reestructura la prescripción tanto en sus aspectos formal y procesal, además de que incide directamente en la nueva dimensión jurisprudencial sobre el fondo.

Añade el jurista Parajeles que la novedad más relevante está en el artículo 165 del Código Procesal Civil, pues le concede la autoridad de la cosa juzgada material, en cualquier tipo de proceso, de ahí que goza del recurso de casación (pág. 10).

Los procesos cobratorios, adiciona el autor, se definen de acuerdo con el título que respalde la obligación. De resultar ejecutorio –hipoteca o prenda– debe acudir al proceso de ejecución pura que corresponda. De no ser así, goza de fuerza ejecutiva, siendo lo prudente promover el proceso ejecutivo simple. La falta de ejecutividad obliga a plantear el monitorio, y por último, la ausencia de documento exige optar por la confesión fuera de juicio (pág. 65).

*El Índice de este libro es, a saber:*

## Introducción

- I Procesos cobratorios
- II. Cuestiones formales de la prescripción
- III. Efectos procesales de la prescripción
- IV. La prescripción en la jurisprudencia nacional

Anexo: jurisprudencial de la Sala Primera

— o —

Christian Hess Araya y Ana Lorena Brenes Esquivel. **Ley de la Jurisdicción Constitucional. Anotada, concordada y con jurisprudencia procesal** (San José: IJSA, Investigaciones Jurídicas S.A. 335 páginas.)

El Presidente de la Sala Constitucional, Dr. Luis Paulino Mora, en la *Presentación* de esta obra indica que la anotación jurisprudencial de una ley la hace dinámica, le da vida, la saca de la mera transcripción de la norma y la lleva a la forma en que el intérprete la ha aplicado a los casos concretos que regula, he allí una de las importancias de contar con legislación debidamente anotada. La labor a realizar por quien hace las citas no está ayuna de problemas, es aquí donde entra en juego la creatividad del anotante.

Agrega el Dr. Mora que como Presidente de la Sala Constitucional debe reconocer la encomiable labor realizada por los autores y agradecer su empeño por llevar a la realidad la obra que ahora se entrega al público, estando seguro que será muy bien acogida por la comunidad jurídica del país.

Esta importante obra nos da una jurisprudencia muy bien seleccionada y útil, a la vez que incluye un anexo acerca de consejos prácticos para la preparación, presentación y trámite de recursos de amparo, añadiendo un cuidadoso índice analítico.

# INDICE

	<i>Pág.</i>
<i>Presentación</i> .....	8
<b>Ensayos:</b>	
La valorización de bienes nacionalizados por una jurisdicción internacional <i>Prof. Edgar Nassar Guier</i> .....	9
Resumen comparativo de la legislación ambiental de la Unión Europea y la legislación centroamericana en algunos sectores seleccionados <i>Prof. Jorge Cabrera Medaglia</i> .....	35
Comercio internacional y globalización <i>Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez</i> .....	51
Notas esenciales del régimen de empleo público costarricense <i>Licda. Luz Marina Gutiérrez Porras</i> .....	81
El derecho a defensa letrada como parte del debido proceso en materia penal <i>Dr. Luis Ricardo Rodríguez Vargas</i> .....	99
Proceso de cambio en la administración pública. Caso del ICE <i>Dr. Arturo Fournier</i> .....	119
Reseñas bibliográficas <i>J.E. Romero-Pérez</i> .....	133