

Roces constitucionales
del Tratado de Libre Comercio
entre República Dominicana,
Centroamérica y
Estados Unidos
(TLC)



Universidad de Costa Rica

Comisión Especial sobre
Roces Constitucionales del TLC

ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
ANÁLISIS DE LOS ROCES CONSTITUCIONALES DEL TLC	9
I. Inconstitucionalidad del Capítulo 10 sobre el arbitraje obligatorio de controversias entre un inversionista de otra Parte y el Estado costarricense en general, y en especial sobre intereses, bienes públicos, y atribuciones estatales.....	9
II. Inconstitucionalidad de la delegación de funciones propias de los Poderes del Estado a la Comisión de Libre Comercio	15
III. Inconstitucionalidad del Capítulo 15 por crear una situación de incapacidad fáctica del Estado costarricense para satisfacer el derecho a la salud.....	19
IV. Inconstitucionalidad en el Capítulo 16 del TLC respecto de la definición de legislación laboral	24
V. Las cláusulas del TLC, que obligan al Estado costarricense a aprobar tratados y leyes, y a cumplir determinados requisitos en el trámite de formación de leyes, son violatorias de la Constitución Política	27
a) La obligación de aprobar otros tratados internacionales dentro de determinados plazos	28
b) La obligación de aprobar leyes dentro de determinados plazos	30
c) La obligación de que un Estado extranjero participe en la formación de la ley costarricense	31
d) Una obligación impuesta al Estado costarricense para que obtenga "certificación" de cumplimiento de las mencionadas obligaciones	32

VI. Inconstitucionalidad del procedimiento generalizado de contratación directa para los servicios adicionales de construcción	34
VII. Inconstitucionalidad del Anexo 13 sobre los Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones	35
1. Inconstitucionalidad por la asignación de licencias directamente a proveedores, sin que medien procedimientos licitatorios o concursales:....	35
2. Inconstitucionalidad por discriminación en contra del ICE en la estructura de costos en un mercado en competencia:	36
3. Inconstitucionalidad del condicionamiento del suministro de los servicios de telecomunicaciones por proveedores de otras Partes, conforme a la legislación vigente al 27 de enero de 2003 (retroactividad en menoscabo del ICE):	37
VIII. Medidas de salvaguardia para evitar la distorsión de los mercados de cada parte	39
IX. Reglamentos técnicos	40
X. Subsidio de productos agrícolas.....	40
XI. Inconstitucionalidad por vulnerarse la interdicción de todo lo concerniente a materia militar –productos, armas y artefactos de guerra o para la industria bélica.....	42
XII. Inconstitucionalidad del anexo 2.1 del TLC, referida al territorio.....	43
XIII. El Capítulo 12, Anexo 12.9.2 Sección H Compromisos de Costa Rica en materia de Seguros.....	46
XIV. Inconstitucionalidad del Capítulo 17 del TLC por sobreponer la esfera comercial sobre la legislación ambiental, limitar la autonomía municipal y la legitimación para impugnar y dirimir los conflictos ambientales	49
OBSERVACIONES FINALES	51

ROCES CONSTITUCIONALES DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS (TLC)

INTRODUCCIÓN

La Universidad de Costa Rica, primera universidad pública del país, asumió desde su fundación, una responsabilidad ineludible con los intereses de la nación. Tal y como lo ha reiterado el capítulo de principios de los diversos estatutos orgánicos, la Universidad de Costa Rica, tiene el compromiso de contribuir con "...las transformaciones que la sociedad necesita para el logro del bien común, mediante una política dirigida a la consecución de una justicia social, de equidad, del desarrollo integral, de la libertad plena y de la total independencia de nuestro pueblo".

Según lo establece nuestra Constitución Política en sus artículos 84 y 85, corresponde al Estado dotar de patrimonio propio y de la financiación necesaria a la educación superior, de manera que ésta, entre otros fines, contribuya con la creación del conocimiento y la formación de los profesionales que el país requiere en procura de ofrecer, como lo indica el artículo 50 de la Constitución Política, en el Título de Derechos y Garantías Sociales "... el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado..."

Al tenor de ese mandato constitucional, de los principios que rigen nuestra vida académica y del juramento que profesamos los graduados de la Universidad de Costa Rica "...ante Dios o ante lo más sagrado de nuestras convicciones y prometemos a la Patria y a la Universidad, observar y defender la Constitución y las leyes de la República, así como cumplir fielmente los deberes y responsabilidades que impone el ejercicio de nuestra profesión.", la Rectoría de la Universidad de Costa Rica, convocó a una comisión integrada por académicos y egresados de esta institución para que estudiara los roces del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC), con nuestra Constitución Política.

Como universidad pública, estamos obligados, según el artículo 88 de nuestra Constitución, a conocer y discutir todos aquellos proyectos relativos a las materias puestas bajo las competencias de las universidades públicas. Por lo tanto, es deber fundamental de la Universidad de Costa Rica y de las universidades públicas, defender los intereses individuales y colectivos de la nación costarricense, así como procurar el mayor bienestar de sus habitantes.

Plenamente consciente de la encrucijada en que se encuentra nuestro país, la Universidad de Costa Rica considera ineludible pronunciarse respecto de corrientes de pensamiento y de política que, ante la presente globalización del comercio, de la información, de las comunicaciones y de la sociedad, así como de la consiguiente interdependencia de las naciones, privilegian de manera indebida intereses comerciales y privados en perjuicio del bien común, con lo que rompen el equilibrio entre los fines y los medios, y entre intereses privados y públicos, necesarios para asegurar la vida en sociedad.

En los albores del siglo XXI, el desenvolvimiento normativo de las relaciones económicas internacionales se instrumenta en asimétricos tratados de libre comercio, en los que la inversión y el comercio, que debieran ser instrumentos al servicio de la humanidad, pasan a ser, por el contrario, el centro de gravitación de la sociedad y de la política, en plena contradicción con los valores y fines de nuestro Estado Social de Derecho, que privilegia los derechos y beneficios sociales.

Así ocurre con el TLC propuesto para su aprobación, en el cual, antes que un equilibrio adecuado entre los fines y los medios, quedó plasmado un beneficio desproporcionado en favor de los intereses comerciales de empresas extranjeras, en plena contradicción con el principio de bien común estipulado en el artículo 50 de la Constitución y con una política de inversión extranjera y de libertad de industria, comercio y agricultura, conforme al Derecho de la Constitución, sus antecedentes, principios, valores y fines rectores.

Del texto se desprende que lo negociado en el TLC no se limitó, como debió ser, a que Costa Rica se insertara de la mejor manera en el ámbito del comercio internacional, sino que, contrariamente, asumió obligaciones que van más allá de la relación comercial justa entre Estados Parte, y entre inversionistas de esos Estados

y el Estado receptor. Asimismo, si bien es cierto que algunas regulaciones del TLC están vinculadas con servicios, éstas no se limitan a los de naturaleza privada, ya que están involucrados servicios públicos históricamente considerados estratégicos para un desarrollo nacional solidario, que son esenciales para el mejoramiento de la calidad de vida de todos los costarricenses.

En asuntos relativos a la solución de controversias, la salud, la seguridad social, el territorio, el ambiente, la producción de armas, la soberanía, la paz y la institucionalidad democrática, la normativa negociada es desfavorable y lesiva para el Estado costarricense.

El TLC firmado y propuesto para su aprobación, no solo contraviene artículos concretos de la Constitución Política, sino que atenta contra el espíritu de la Carta Magna en sus propósitos y su sistema de valores. Ningún tratado podría introducirle cambios fundamentales a nuestra Constitución Política; tales modificaciones sustantivas sólo podrían materializarse en una Asamblea Constituyente.¹

Tan antijurídico es lo contenido en el TLC, que la propia ley de los Estados Unidos le impedía a los negociadores estadounidenses proponerlo o imponerlo, como lo hicieron, a sus contrapartes centroamericanas. La "Trade Promotion Act Authority" (Public Law 107-210 del 2002), o ley del "Fast Track", que habilitó a tales negociadores para ese efecto, les puso límites claros (Sección 2102) en materia de propiedad intelectual, salud pública, condiciones laborales, ambientales y de privilegios a los inversionistas extranjeros, que fueron irrespetados.

¹ Véase sentencia No. 2771-03, de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de las 11:40 del 4 de abril de 2003, respecto a la debatida sentencia que permitió la reelección presidencial, establece: "En el caso de la reforma a la Constitución se presenta una gran e importante diferencia: aquellas normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales o a decisiones políticas trascendentales, solo pueden ser reformadas por una Asamblea Constituyente de conformidad con el artículo 196 de la Constitución Política. En beneficio de la contundencia de la afirmación, repetimos que las normas originarias acerca de derechos fundamentales y los sistemas políticos y-económicos, únicamente pueden ser disminuidas por una asamblea constituyente. Las otras normas de la Constitución y las leyes secundarias son susceptibles de ser revisadas por la Asamblea Legislativa..."-

Los negociadores impusieron a sus contrapartes centroamericanas lo que les había sido prohibido, lo que, no solo resalta las transgresiones, sino que introduce razones adicionales de antijuridicidad, más allá de lo inconstitucional local, fundadas en el Derecho Internacional y en el poder de los negociadores.

La Universidad de Costa Rica, centro de estudios superiores, en ejercicio de su deber, como lo dice su lema "lu cem aspicio", tiene como uno de sus fines estimular una conciencia crítica y creativa en la comunidad costarricense, que permita a todos los sectores sociales participar en los diversos procesos de la actividad nacional. En el cumplimiento de esa alta responsabilidad, la Universidad de Costa Rica presenta el documento "Roces constitucionales del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC)", a la consideración de la comunidad universitaria y nacional, como un aporte más para formar opinión y definir una posición respecto al TLC y a la Costa Rica que queremos.

Este documento cobra especial relevancia en momentos en que por primera vez, y en relación con el TLC, se hará efectivo el procedimiento constitucional establecido en el artículo 105 de la Carta Magna: el referéndum. Tal como lo ha señalado la señora Rectora de la Universidad de Costa Rica, "la celebración de una consulta popular de carácter vinculante sobre un asunto tan importante para el destino del país, abre una nueva etapa en el desarrollo de la democracia costarricense".

Es indispensable, no obstante, que los roces y transgresiones del TLC con la Constitución Política, que se plantean en este documento, sean objeto de consulta, de manera oportuna, ante la Sala Constitucional a fin de evitar que este primer ejercicio de democracia participativa que se realiza en Costa Rica, sea invalidado por atender contra nuestro ordenamiento jurídico fundamental.

ANÁLISIS DE LOS ROCES CONSTITUCIONALES DEL TLC

I. Inconstitucionalidad del Capítulo 10 sobre el arbitraje obligatorio de controversias entre un inversionista de otra Parte y el Estado costarricense en general, y en especial sobre intereses, bienes públicos, y atribuciones estatales.

El Capítulo Diez del TLC faculta al inversionista de cualquiera de los países contrapartes, para someter cualquier diferencia con el Estado o cualquiera de sus expresiones, obligatoriamente al arbitraje ante paneles extranjeros aunque el caso envuelva autoridad pública o disposición sobre bienes o intereses públicos. Lo mismo si recae sobre temas generales o garantías genéricas a la inversión, o específicos atinentes a un "acuerdo de inversión" (cualquier concesión sobre bienes públicos), o a una "autorización de inversión" (actos administrativos emitidos como consecuencia del accionar de una empresa del inversionista). En el primer caso bajo el tratado y el derecho internacional con exclusión de la ley costarricense, y, en el segundo caso, lo que es peor, bajo las reglas acordadas por gobernantes y funcionarios con el inversionista, por encima de la legislación costarricense.

Con este compromiso, el Estado costarricense o un ente u órgano de éste, se obliga a someter así al arbitraje, dentro o fuera del país y con exclusión del Poder Judicial, cualquiera de las indicadas diferencias, aunque involucre intereses, bienes o la autoridad pública., y bajo la normativa que en los temas específicos indique el respectivo acuerdo o autorización de inversión, por encima de la ley costarricense.

Al remitir así al arbitraje obligatorio sobre todas las materias y temas, privatiza lo público al someterlo a los acuerdos entre funcionarios e inversionistas, consignados en las autorizaciones o acuerdos de inversión respectivos, por encima de la ley costarricense si ésta se excluye. Tal es la consecuencia que se desprende con claridad, y en forma expresa, de las respectivas cláusulas del TLC.

La cláusula 10.16 somete toda controversia, sin excepción alguna, aunque estén de por medio la autoridad, los intereses o los bienes públicos. Lo mismo si versa sobre garantías generales, o sobre el contenido concreto de los acuerdos de inversión

(concesiones sobre toda clase de bienes públicos), o las autorizaciones de inversión (toda clase de actos administrativos respecto del accionar del inversionista), obligatoriamente al arbitraje ante paneles extranjeros. Tal como lo prevé la cláusula 10.26 que regula el contenido del laudo, los actos impugnados se declaran ilícitos en su caso, porque una condena a indemnizar, solo puede ser el resultado de la ilegalidad del acto.

La cláusula 10.22 claramente determina que la legislación del demandado (la costarricense en este caso), solo se aplicará si el respectivo acuerdo de inversión o autorización de inversión, no estipula otra cosa. La nota No. 7 al pie de esa cláusula así lo explicita.² Al igual que en los tratos privados, en que rige el principio de que el acuerdo es “ley entre las partes”, o en que es válido remitir a una legislación extranjera, las partes son libres de establecer su propia normativa por encima de la legislación nacional. Tal es la consecuencia obligada de la norma expresa de la cláusula 10.22, que regula las bases y reglas de la controversia. A su vez, la cláusula 10.28 solo toma en cuenta la legislación costarricense para señalar el campo de aplicación de la controversia, no para establecer sus bases y contenido, de lo que se ocupa la cláusula 10.22.

Todo lo anterior violenta directamente normas constitucionales expresas. Para empezar, el artículo 43 de la Constitución Política, que permite someter a arbitraje únicamente lo patrimonial, y no los intereses, bienes o autoridad pública, de los que, si por aplicarse en forma ilícita se produjesen consecuencias patrimoniales, tendría previamente que ser declarada aquella ilicitud por la jurisdicción contenciosa señalada expresamente en el artículo 49 de la Constitución Política. Asimismo, el artículo 9 de la Constitución establece que los funcionarios solo son depositarios y no dueños de la autoridad, por lo que están sujetos a la ley, y sólo pueden hacer lo que ésta expresamente les permita.

No es posible renunciar en bloque y por anticipado, como lo pretende el TLC, al ejercicio de potestades imperativas. Mucho menos si, como lo establece la cláusula 10.22 del TLC, fuesen los funcionarios quienes, disponiendo de lo ajeno, determinen por acuerdo y con exclusión de la ley nacional, las reglas a aplicar por los

² La legislación del demandado significa la legislación que un tribunal judicial doméstico o un tribunal que tenga la jurisdicción apropiada aplicaría en el mismo caso.

árbitros para resolver la controversia. Esto último supone la ruptura del principio de legalidad que vincula a los funcionarios, de modo que solo pueden hacer lo que la ley les autoriza, que es principio fundamental de la Constitución (artículo 11).

Según se desprende de la cláusula 10.22, relacionada con los tipos de controversias posibles, sean los principios generales del régimen del inversionista, o respecto al específico acuerdo o autorización de inversión, cabe tener en consideración lo siguiente:

- 1) En caso de que la controversia verse sobre el régimen general del inversionista (trato nacional, trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato, expropiación e indemnización, transferencias, requisitos de desempeño, dirección y altos ejecutivos, medio ambiente, medidas disconformes, formalidades especiales y requisitos de información) de la inversión establecida en la sección A del Capítulo 10, las reglas a aplicar serían exclusivamente la normativa del TLC, según la interpretación que de ellas haga la Comisión de Libre Comercio, que es vinculante para los árbitros, y las del derecho internacional, con clara exclusión de las normas o leyes nacionales, incluida la Constitución Política, que es la principal norma del Estado costarricense.
- 2) En caso de que la controversia verse sobre una “autorización de inversión (concesión)” o un “acuerdo de inversión (todo tipo de actos administrativos)”, según definiciones de tales términos y enmarcamiento de su ámbito que hace la cláusula 10.28, la legislación aplicable se establece y jerarquiza de la siguiente forma:
 - (a) “las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado; o
 - (b) si las normas legales no han sido acordadas o especificadas de otra manera: (i) la legislación del demandado, incluidas sus normas sobre los conflicto de leyes; y (ii) las normas del Derecho Internacional, según sean aplicables”.

Lo anterior significa que en asuntos sobre inversión (autorizaciones, concesiones, acuerdos, todo tipo de acto administrativo) donde median potestades, intereses y bienes públicos, las normas que los regulan se establecen en el siguiente orden: a) las normas del acuerdo o autorización de inversión pasan a estar por encima de las leyes nacionales; b) que los funcionarios pueden escoger una legislación extranjera como aplicable por encima de la nacional; c) que la ley nacional se aplica solo en defecto de que no se haya optado por alguna de las alternativas dichas.

En el Derecho Público, el gobernante o funcionario es solo depositario de lo ajeno y no dueño, y está atado por la regla de que solo puede hacer lo que le esté expresamente permitido.

El inversionista extranjero (esto es, el originario de cualquiera de los Estados Parte en el TLC) gozaría de prerrogativas que le están vedadas al empresario o inversionista nacional.

El punto 3 de la referida cláusula 10.22, dispone expresamente que “una decisión de la Comisión de Libre Comercio (a que se hace referencia en el punto siguiente), en la que se declare la interpretación de una disposición del Tratado conforme a la cláusula 19.1.3(c), será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esa Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión”. De esta manera, esa Comisión, formada por un representante (y de rango menor) de cada país, tiene poderes por encima del legislador costarricense, y de los órganos judiciales y constitucionales del Estado costarricense.

Todo lo dicho conforma una gruesa violación a principios fundamentales de la Constitución Política, lo que conduce de una manera evidente a que el TLC sea inconstitucional y, en consecuencia a que no se pueda aprobar.

Las disposiciones constitucionales que se contravienen son las siguientes:

- El artículo 9, el cual establece que las atribuciones públicas son indelegables, y por lo tanto no puede haber enajenación de jurisdicción en caso de controversia o conflicto sobre tales atribuciones públicas.

- El artículo 10, el cual dispone el control de constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, en la Sala Constitucional.
- El artículo 11 que le impide a los funcionarios públicos escoger libremente la legislación aplicable en los arbitrajes donde esté presente el Estado costarricense como Parte del TLC.
- El artículo 33, toda vez que el TLC establece discriminación de trato para los inversionistas nacionales en suelo nacional, quienes solo pueden optar por la jurisdicción contencioso-administrativa y no así por el arbitraje internacional, a diferencia de los inversionistas extranjeros en suelo nacional, quienes tienen las dos opciones³.
- El artículo 43, el cual indica que solo se puede someter a arbitraje lo patrimonial, y el propio TLC (artículo 10,26) remite a los árbitros tanto la valoración de legalidad como la indemnización, en su caso.

3 Pero no terminan ahí las violaciones a principios medulares, fundantes y sistémicos del orden constitucional. Los anteriores privilegios inconstitucionales los tiene solo el capital extranjero que se personifica para estos efectos, confundándose con la empresa de la que conforma su capital social, y no ninguna otra persona más, incluyendo al propio dueño del capital en su condición de ser humano. De ahí resulta que al capital personificado para esos efectos se le da una categoría suprahumana y por encima también de cualquier otra persona jurídica distinta de la "inversión extranjera". De ahí resulta que lo anterior vulnera de una manera esencial la base misma de la Constitución Política establecida en torno de la persona humana, su superioridad y la imposibilidad de discriminarla. El cuerpo central de la Constitución lo forman sus Títulos 2 a 8 que declaran las garantías y derechos individuales y sociales del ser humano (de las que resultan por derivación y en lo aplicable lo correspondiente a las personas jurídicas), y los Títulos 1, y 9 a 17, o sea todos los demás, establecen la estructura orgánica y el sistema de poderes y órganos que instrumentan tales garantías y derechos, por lo que la Constitución en su totalidad gira en torno del ser humano. Por eso, constituir al capital en una superpersona por encima del ser humano, implica un trastrueque o revolución total de la Constitución, tanto como ponerla totalmente al revés de lo que es. De ahí que sea cualitativamente la violación más importante, sin perjuicio de que todas las demás aquí comentadas sean igualmente inadmisibles, imposibles de aceptar, e impedientes por tanto de la ratificación del TLC por constituir vicios absolutos de inconstitucionalidad.

- El artículo 49, el cual reserva tal valoración y control (sobre la legalidad y las eventuales indemnizaciones) a la jurisdicción contencioso-administrativa, cuestión que no se cumple con el TLC por la delegación jurisdiccional en el arbitraje internacional, aún cuando el Estado sea parte; sumándose la grave omisión de no excluirse del TLC, a través de las Medidas Disconformes, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y, consecuentemente, a partir de enero de 2008, el Código Procesal Contencioso-Administrativo.
- El artículo 121, inciso 14, que tutela la hidroelectricidad, comunicación inalámbrica, petróleo, que son bienes que por su tutela constitucional no pueden ser enajenados del ámbito estatal; y, por sistémica constitucional, su ámbito de jurisdicción no puede ser enajenado en caso de conflictos.
- El artículo 153 que establece las competencias indelegables del Poder Judicial.

En síntesis, la soberanía, la primacía de la ley, la de la persona humana (como eje central del sistema constitucional), el principio de legalidad que rige a los funcionarios, así como en general los intereses y bienes públicos sometidos al Derecho Público, no pueden quedar privatizados y sometidos a paneles de arbitraje como lo establece el TLC⁴.

4 La Asamblea Legislativa, el 24 de marzo de 1993, aprobó la Ley No. 7332 "Aprobación de la ratificación del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados", en la cual se incluye el Centro Internacional de Disputas conocido como CIADI. Tal Convenio especial incluyó una Declaración Interpretativa al artículo 26 que establece ... "Que solo se podrá recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio para la Solución de controversias relativas a inversiones, cuando previamente se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes, ya sean de tipo administrativo o judicial". Baste indicar que ese Convenio del CIADI, con dicha cláusula, pasó positivamente por el control de constitucionalidad del órgano especializado de la Corte. Fue, en esencia, un respaldo o resguardo del Estado de Derecho costarricense.

II. Inconstitucionalidad de la delegación de funciones propias de los Poderes del Estado a la Comisión de Libre Comercio.

La cláusula 19.1 crea la Comisión de Libre Comercio, integrada por los ministros de Comercio Exterior de las Partes, le asigna, entre otros, el deber de buscar resolver las controversias en la interpretación y aplicación del Tratado, y le atribuye, también entre otras, las funciones de modificar las directrices comunes y los anexos referentes a contratación administrativa, así como emitir interpretaciones sobre las disposiciones del Tratado.⁵

- 5 Artículo 19.1: La Comisión de Libre Comercio:
1. Las Partes establecen la Comisión de Libre Comercio, integrada por los representantes de cada Parte a nivel Ministerial, a que se refiere el Anexo 19.1, o por las personas a quienes éstos designen.
 2. La Comisión deberá:
 - (a) supervisar la ejecución del Tratado;
 - (b) supervisar el ulterior desarrollo del Tratado;
 - (c) buscar resolver las controversias que pudiesen surgir respecto a la interpretación o aplicación de este Tratado; y
 - (d) conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del Tratado.
 3. La Comisión podrá:
 - (a) establecer y delegar responsabilidades en comités y grupos de trabajo;
 - (b) modificar, en cumplimiento con los objetivos de este Tratado:
 - (i) las listas de desgravación sujetas al Anexo 3.3 (Desgravación Arancelaria, a fin de acelerar la reducción arancelaria;
 - (ii) las reglas de origen establecidas en el Anexo 4.1 (Reglas de Origen Específicas);
 - (iii) las Directrices Comunes referidas en el Artículo 4.21 (Directrices Comunes); y
 - (iv) los Anexos 9.1.2(b)(i), 9.1.2(b)(ii), y 9.1.2(b)(iii) (Contratación Pública);
 - (c) emitir interpretaciones sobre las disposiciones de este Tratado;
 - (d) solicitar la asesoría de personas o grupos sin vinculación gubernamental; y
 - (e) adoptar cualquier otra acción para el ejercicio de sus funciones según acuerden las Partes.
 4. Cada Parte implementará, de conformidad con sus procedimientos jurídicos aplicables, cualquier modificación conforme al subpárrafo 3(b) en el período acordado por las Partes.
 5. La Comisión establecerá sus reglas y procedimientos. Todas sus decisiones se tomarán por consenso, a menos que la Comisión decida otra cosa.
 6. La Comisión se reunirá por lo menos una vez al año en sesión ordinaria, a menos que la Comisión decida otra cosa. Las sesiones ordinarias de la Comisión serán presididas sucesivamente por cada una de las Partes.

A la Comisión de Libre Comercio se le conceden amplias potestades para interpretar las normas o disposiciones del Tratado. Tales interpretaciones tienen carácter obligatorio o vinculante para los árbitros que conozcan de controversias entre inversionistas de las otras Partes y el Estado costarricense.⁶

La Comisión de Libre Comercio, integrada por los funcionarios indicados, adopta sus decisiones por consenso, salvo disposición en contrario (19.1.5), lo que le permitiría a dicho órgano colegiado supranacional la posibilidad de someter al Estado costarricense a sus decisiones interpretativas, en contra de su voluntad o sin haber contado con ella.⁷

Las amplias potestades de interpretación otorgadas a la Comisión de Libre Comercio, asimiladas prácticamente a potestades para dictar interpretaciones oficiales o interpretaciones auténticas debido a su inexorable carácter obligatorio, al menos en el caso mencionado, constituyen una delegación de facultades ejecutivas, legislativas, judiciales e incluso constitucionales.

6 El párrafo 3 de la cláusula 10.22 establece: Una decisión de la Comisión en la que se declare la interpretación de una disposición de este Tratado, conforme a la cláusula 19.1.3(c) (La Comisión de Libre Comercio), será obligatoria para un tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por el tribunal deberá ser compatible con esa decisión.

7 El consenso no es lo mismo que unanimidad, por cuanto puede darse un acuerdo general sin oposición, aun cuando no estén presentes la totalidad de los miembros de algún órgano colegiado. Dice un autor; "Consenso en el contexto de las Naciones Unidas es usualmente definido como la toma de decisión sin el voto o sin la objeción formal de ningún Estado miembro." (Kirguis, Federico, *International Organization in their legal setting*; 1993; 2da. Edición, p. 215; Ramiro Bretons, Antonio (y cuatro autores); *Derecho Internacional*, Editorial Mc Graw Hill, 1998, pp.166 y 251, para quienes "consenso" supone la ausencia de objeción o sin objeción disidente. También aborda el tema, desde la perspectiva de la fallida Constitución europea, Martínez Iglesias, María José, y otros, en: *La Constitución Europea*, Ediciones Espejo de Tinta, Madrid, 2005, p.82, quienes al texto dicen: "El método de toma de decisiones es el consenso, con el fin de evitar una votación formal en el Consejo Europeo y preservar así el carácter de grupo informal. La diferencia entre el consenso y la unanimidad radica en un pequeño matiz: ambos implican acuerdo general, pero a la unanimidad se llega votando y al consenso sin necesidad de votar" En esta perspectiva, entonces, podríamos suponer que se pueden adoptar acuerdos en la Comisión de Libre Comercio, sin la presencia del representante del Estado costarricense, en tanto sea un acuerdo general sin oposición, en cuya hipótesis no se requiere la presencia de la totalidad de los miembros de la citada Comisión.

Conforme a esto, las interpretaciones del Tratado emanadas de la Comisión de Libre Comercio ostentan un rango, en la escala jerárquica de fuentes del Derecho, similar a la de los tratados públicos, convenios internacionales o concordatos,⁸ o inclusive un rango superior a ellos (por prevalecer la interpretación sobre el texto del tratado, al momento de aplicar el Derecho).

En la elaboración y redacción de tales interpretaciones se prescinde de los deberes y atribuciones del Presidente de la República y su respectivo Ministro de Gobierno en cuanto a la celebración de tales instrumentos de Derecho Internacional, con infracción del artículo 140 de la Constitución Política, en su inciso 10, que establece tales deberes y atribuciones. La participación del Ministro costarricense de Comercio Exterior en el seno de dicha Comisión de Libre Comercio, no equivale a la fase preparatoria, que culmina con la firma ad referendum de los representantes autorizados para negociar, ni a la fase constitutiva que es el acto formal de ratificación por parte del Presidente y el Ministro respectivo.

Al emitirse tales interpretaciones por parte de la Comisión de Libre Comercio, también se elimina la participación deliberativa de los representantes populares en la Asamblea Legislativa, transgrediéndose el artículo 121 de la Constitución Política que, en su inciso 4, otorga al Parlamento la atribución exclusiva de aprobar los tratados o convenios internacionales.

No existen formas de impugnación contra dichas interpretaciones. Se viola así el artículo 41 de la Constitución Política que garantiza el acceso a los tribunales, para obtener justicia pronta, cumplida y en estricto acatamiento del ordenamiento jurídico. Se infringe también el artículo 10 de la Carta Magna porque se imposibilita el control de constitucionalidad de tales interpretaciones por parte de la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe recordar que la ausencia de control de constitucionalidad se refleja también en el hecho de que en el evento de controversias entre un inversionista de otra Parte y el Estado costarricense, que tendrían que dirimirse obligatoriamente en un tribunal arbitral, las reglas a aplicar serían exclusivamente las normas del Tratado, conforme a la interpretación que de ellas haga la Comisión de Libre Comercio, y las del

8 Artículo 7 de la Constitución Política.

Derecho Internacional, excluyéndose las leyes nacionales, incluida la Constitución Política, que es nuestra principal norma jurídica.

La delegación del ejercicio de funciones propias de los Poderes del Estado está expresamente prohibida por el artículo 9 de la Constitución Política. Al atribuirse las facultades mencionadas a la Comisión de Libre Comercio, se está violando también esta norma constitucional. Si se llegara a aprobar el Tratado, a la Comisión de Libre Comercio se le estarían trasladando, prácticamente sin restricción, funciones legislativas, ejecutivas y judiciales que competen obligatoriamente a los Poderes del Estado costarricense.

A la Comisión de Libre Comercio le podrían haber sido atribuidas legítimamente funciones que no afectaran sustancialmente el Tratado, sino que solo podría incidir en aspectos de procedimiento, por la naturaleza de los protocolos de menor rango (véanse al respecto las resoluciones de la Sala Constitucional 6766-94 y 3388-98 ⁹). Estos instrumentos no requieren aprobación legislativa y en el propio Tratado aparecen como el mecanismo de implementación de las modificaciones aprobadas por la Comisión (ver Anexo 19.1.4.1 en relación con la cláusula 19.1.3.b). Como a esta Comisión se le están atribuyendo funciones que superan en mucho aspectos puramente procedimentales, se está infringiendo también el último párrafo del inciso 4) del artículo 121 de la Constitución Política.

⁹ “Los Protocolos de menor rango son aquellos que, sin añadir compromisos o limitaciones sustanciales a la actividad de los estados, desarrollan o incluso modifican normas de mero procedimiento que no inciden sobre la sustancia del tratado. Caso típico de protocolos de menor rango son las modificaciones de plazos de cumplimiento y otras medidas semejantes, siempre y cuando esas modificaciones estén, como se dijo, previstas en el tratado principal” (Resolución 3388-98)

III. Inconstitucionalidad del Capítulo 15 por crear una situación de incapacidad fáctica del Estado costarricense para satisfacer el derecho a la salud.

El derecho universal a la salud, que es una garantía constitucional impuesta por los artículos 21, 50, 73 y 74 de la Constitución Política, ha sido exitosamente instrumentado por la seguridad social en Costa Rica.

Si se aprueba el TLC, los efectos excesivos e ilícitos del Capítulo 15 “Derechos de Propiedad Intelectual”, harían económicamente insostenible la cobertura universal y el suministro de medicinas a todos y para todas las patologías, condición para que dicha garantía sea efectiva. El derecho de la población costarricense a la salud, consignado en los referidos artículos y parámetros constitucionales de racionalidad y adecuación de medios afines, y la abundante jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la salud, se verían seriamente afectados.

Para ilustrar lo anteriormente dicho, es necesario tomar en cuenta que, por ejemplo, en el 2005, poco más del 98% de los medicamentos utilizados o suministrados por la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS), eran genéricos, y poco menos del 2% originales cuyo costo significó más del 37% del presupuesto de compra de medicinas.¹⁰

Dadas las enormes diferencias de costo entre unos y otros, producto del excesivo poder de fijación de precios creado por el monopolio, y dado que los genéricos serán excluidos por periodos excesivos, por los indebidos efectos monopólicos del TLC, resulta obvio que si es aprobado, sería imposible satisfacer, en la forma en que se hace hoy día, el derecho constitucional a la salud.

Similares efectos perjudiciales se extienden a la alimentación, porque los injustos beneficios acordados a los agroquímicos encarecerían la canasta básica, con lo que se lesionan las normas dichas y, en forma sistémica el Estado Social y Democrático de Derecho que establece nuestra Carta Fundamental, como lo consignan las normas anteriormente mencionadas y su respectiva jurisprudencia.

¹⁰ Caja Costarricense del Seguro Social, Departamento de Farmacoterapia. Citado en presentación de la Asociación de la Industria Farmacéutica Nacional (ASIFAN) ante la Asamblea Legislativa: “Efectos negativos de la OMC y TLC en el Sector Salud y en la Industria Nacional. Necesidad inmediata de una agenda complementaria” (sin fecha).

La incapacidad fáctica de satisfacer la demanda de medicamentos se agrava por la rápida obsolescencia del cuadro básico de estos productos, así como por la circunstancia de que los medicamentos más caros se concentran en las enfermedades degenerativas (cáncer, cardiovasculares y otras), que afectan especialmente al sector de mayor edad, de creciente importancia poblacional por el envejecimiento de la población y la disminución estadística del sector joven.

Los beneficios adicionales concedidos en el TLC a los fabricantes de productos originales, exceden tanto los estándares internacionales establecidos por la OMC, como de los concedidos por la legislación interna de los Estados Unidos. Éstos últimos ya se consideran excesivos por los entendidos en ese país.

La distinguida académica estadounidense Dra. Marcia Angell, profesora de Harvard y ex-editora de revista "The New England Journal of Medicine", denuncia, en su reciente libro¹¹, que en Estados Unidos las medicinas cuestan, en promedio, el doble de lo que valen en los demás países desarrollados. Según la autora, en el año 2002, las ganancias de diez de las compañías farmacéuticas que aparecen en la lista de revista Fortune de las quinientas mayores empresas de los Estados Unidos, superaban las ganancias de las otras 490 empresas juntas, gracias al monopolio que tiene garantizado, y señala, asimismo, que los gastos en investigación y desarrollo de nuevas medicinas, con que se pretenden justificar tales ganancias, son financiados en los Estados Unidos, mayoritariamente con fondos públicos .

La Ley Nacional de Patentes establece un plazo de vigencia de las patentes de 20 años, acorde a los compromisos de la OMC, y este plazo es improrrogable. Sin embargo, el TLC rompe este plazo máximo de patentes establecido por ley y prolonga indebida e indefinidamente los monopolios privados que indudablemente serán aprovechados por las empresas "titulares", para maximizar sus utilidades. Algunos expertos han indicado reiteradamente el rápido ritmo de obsolescencia de las listas de medicinas de los sistemas hospitalarios, a tal punto que medicamentos para tratar serias patologías pierden actualidad en un plazo de 4 a 5 años.

11 "The Truth About the Drug Companies", Random House, versión en español "La Verdad Sobre la Industria Farmacéutica", editada por la Editorial Norma (ISBN 958-04-9351-0), 2006, página 33.

Por otra parte, la diferencia de precio entre el medicamento genérico y el de patente, es internacionalmente entre un 400% a 600%, lo cual multiplicaría entre 4 y 6 veces el costo del rubro de medicamentos nuevos de la Caja Costarricense de Seguro Social y, por ende, también se originaría un incremento del presupuesto correspondiente.¹²

En lo referente a los agroquímicos, que inciden en el costo de la alimentación, la extensión pretendida por el TLC de los datos de prueba a diez años, sin ninguna justificación, encarecería inevitablemente la canasta básica y la salud, porque estos insumos agrícolas son el mayor componente en la estructura de costo de prácticamente todo los cultivos producidos en el país. El encarecimiento de los agroquímicos elevará el costo de la alimentación ya que éste se refleja en el precio final al consumidor. De esta manera, se estaría privilegiando el lucro por encima de la salud y la alimentación de la persona humana.

Los aspectos lesivos e indebidos de los tratados de libre comercio en contra de la salud pública, la seguridad social y los enfermos, fueron denunciados en octubre pasado ante el Contralor General de los Estados Unidos, por el senador Edward Kennedy y el representante Henry Waxman (autor con el representante Orin Hatch de la ley "Hatch-Waxman Act de 1984", la cual regula la protección de datos de prueba utilizados para registrar medicamentos ante la FDA de Estados Unidos). Esta ley se impulsó para limitar el poder monopolístico de la industria farmacéutica de los Estados Unidos, pero no ha sido suficiente en ciertos casos¹³. Por ello resulta inexplicable y absurdo que el Gobierno de Costa Rica defienda tales actos lesivos a la salud pública y a la seguridad social, y que el pueblo de Costa Rica tenga que ser defendido por los representantes populares de los Estados Unidos.

12 Datos tomados de la presentación de la Asociación de la Industria Farmacéutica Nacional (ASIFAN) ante la Asamblea Legislativa: "Efectos negativos de la OMC y TLC en el Sector Salud y en la Industria Nacional. Necesidad inmediata de una agenda complementaria" (sin fecha).

13 En 1984, al promulgar la ley Hatch-Waxman, el Congreso reconoció la necesidad de tener un balance entre la protección a la propiedad intelectual de productos farmacéuticos y la promoción del acceso a medicinas asequibles a través de un eficiente proceso de competencia de medicamentos genéricos. Hasta el momento, los recientes TLC descuidan el componente de acceso y promueven únicamente la protección a la innovación.

Las nuevas reglas excesivas de propiedad intelectual, cuyos alcances exceden a la legislación interna de los Estados Unidos, van a encarecer los medicamentos y los agroquímicos en Costa Rica y demás naciones centroamericanas. En agricultura, nuestros pequeños y medianos agricultores tendrán que lidiar con la competencia de productos importados subsidiados, o producidos con una economía (dimensión de escala) que nunca tendremos, al mismo tiempo que se le incrementan los costos de su principal rubro, los agroquímicos.

Como se dijo, los negociadores estadounidenses violaron la "Trade Act" del año 2002 (HR 3009) o ley del "Fast Track", que les estableció lineamientos en el sentido de respetar, tanto el patrón estadounidense, ya de por sí excesivo, como los acuerdos de Doha, de los que forma parte los Estados Unidos, tomados en protección de la salud de la población de aquellos países con los que negocia.

Los congresistas Brown, Waxman y Allen en el escrito denominado "Think prescription drug prices are too low? CAFTA can help", de 4 de mayo de 2005, se refieren a las dos modalidades para la extensión de las patentes, con un máximo de cinco años, al hecho de que en el TLC queda abierta la posibilidad de que se extienda más allá de los cinco años el período para tener acceso a medicamentos de menos precio¹⁴.

14 "/.../"

1. Much like U.S. law, CAFTA provides for two forms of patent extension. The first one permits extensions based on delays in the patent examination process. The second one permits extensions based on delays in the drug approval process. While US law places limits on these extensions, CAFTA does not.

In the US, the extension only applies to the active ingredient of a new drug and only permits the extensions of the terms of a single patent, not multiple patents. In contrast, CAFTA allows extensions for any an all covering a drug.

In the US, the extension only be 5 years long and the effective patent term (i.e., the duration of the patent from the time the product is approved) cannot be longer than 14 years. In contrast, CAFTA has no limit on the length of the extension or the effective patent term.

2. Because both brand-name drugs and their generic alternatives can be accessed using the same safety and efficacy data, US law permits generic manufacturers to reference the brand company's data already on file with the FDA when seeking approval for a generic alternative. To reward brand companies from compiling the data, U.S. law grants these companies a five-year window in which generic drug manufacturers cannot rely on their data to gain marketing approval.

CAFTA provides brand companies with "at least five years" of data exclusivity, opening the door to longer delays in access to affordable medicines. /.../"

En el Informe preparado por el representante Henry A. Waxman, de junio de 2005 se refiere nuevamente a la imposición que contiene el TLC de prohibir que los países en desarrollo aprueben los medicamentos genéricos, a menos que esos países hayan concedido a cinco años de exclusividad en el mercado a los medicamentos de marca¹⁵.

En incumplimiento de los deberes señalados por la ley de los Estados Unidos, y que indica el informe Waxman, los negociadores estadounidenses impusieron condiciones más onerosas para los países con los que han negociado, en cuenta Centroamérica y República Dominicana, en perjuicio de la salud pública y de la seguridad social. Nuestros negociadores, al aceptar la extensión de los monopolios creados por las patentes, o la protección de los datos de prueba, tanto para medicamentos como para agroquímicos, evidentemente no tomaron en consideración los acuerdos de Doha en esta materia, ni las limitaciones que existen en la legislación interna de Estados Unidos. El hecho de que el Tratado NAFTA entre Estados Unidos, México y Canadá no contenga extensiones de patentes por demoras en el otorgamiento de las mismas, y un trato mucho más beneficioso para la salud pública y la agricultura en cuanto a la protección de los datos de prueba, demuestra que no todos los tratados comerciales que firma Estados Unidos son iguales. Nuestros negociadores aceptaron condiciones que otros países no han aceptado. Por ejemplo, en el TLC firmado entre Israel y Estados Unidos no existe ninguna de las cláusulas de extensión de patentes o protección de datos de prueba que contiene nuestro TLC con Estados Unidos.

15 "The trade agreements negotiated by Bush Administration impose significant restrictions on this process in the developing nations. The CAFTA agreement, for example, prohibits the developing nations from approving a generic drug unless the developing nations have given the brand-name drug five years of market exclusivity. This five-year period of market exclusivity starts at the time the brand-name drug is approved in the developing country (CAFTA article 15.10.1 (a) and 15.10.1 (b)) /.../ Under CAFTA and other agreements, this period of market exclusivity operates independently of patent protection. As a result, the developing nation must give the brand-name product market exclusivity even if its patent has expired and the generic could otherwise be approved. /.../ The consequences of this provisions in CAFTA and the other trade agreements negotiated by the Bush Administration are the exact opposite of those intended by the Doha Declaration. The Doha Declaration recognized that developing nations should have improved access to inexpensive generic drugs because of their pressing health needs."

Además de resultar gravoso para el Estado y la sociedad costarricense, el incremento indebido en los costos de los medicamentos hace económicamente insostenible la seguridad social de Costa Rica, con lo cual se viola el artículo 50 de la Constitución Política. De igual manera, se infringe el artículo 50 al incrementar, también indebidamente, el costo de los alimentos.

IV. Inconstitucionalidad en el Capítulo 16 del TLC respecto de la definición de legislación laboral.

Dado que en el TLC existe contradicción entre la cláusula 16.8 y las cláusulas 16.1 y 16.2, la ausencia de las Garantías Sociales de la Constitución Política y del Código del Trabajo como medidas disconformes en los anexos I, II y III del Tratado, conduce a entender que priva el concepto de legislación laboral del capítulo, 16.8, que es limitante y restrictivo, no solo en lo que concierne a la ley codificada costarricense sino a normas constitucionales, como se verá más adelante.

La cláusula 16.8 Definiciones indica:

“Para los efectos de este capítulo: legislación laboral significa leyes o regulaciones de una Parte, o disposiciones de las mismas que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

- a) el derecho de asociación,
- b) el derecho de organizarse y negociar colectivamente,
- c) la prohibición del uso de cualquier trabajo forzoso u obligatorio,
- d) una edad mínima para el empleo de niños, y la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil; y
- e) condiciones aceptables de trabajo respecto a salarios mínimos, horas de trabajo y seguridad y salud ocupacionales.

Para mayor certeza, el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto de salarios mínimos no estará sujeto a obligaciones en virtud de este capítulo. Las obligaciones contraídas por cada Parte

conforme a éste Capítulo se refieren a la aplicación efectiva del nivel del salario mínimo general establecido por esa Parte”.

La lista de derechos de la (a) a la (e) y su párrafo final sobre salarios mínimos, es una base excesivamente limitada, es un “numerus clausus”, no conteste con nuestros derechos constitucionales relativos a las Garantías Sociales y Laborales del Título V, Capítulo Único, de la Constitución Política, que consigna un “numerus apertus” del cual se nutre:

“Artículo 74. Los derechos y beneficios a que este Capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción, y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”.

Al señalar dicho concepto del TLC que legislación laboral significa leyes, regulaciones o disposiciones de las mismas que se relacionen directamente con la indicada lista taxativa de derechos internacionalmente reconocidos, deja por fuera de cobertura otros derechos establecidos en las Garantías Sociales de nuestra Constitución, las leyes que reglamentan la legislación social y de trabajo, otros derechos y beneficios que se deriven de los principios cristianos de Justicia Social y que indique la ley, con lo que el TLC con su lista taxativa contraviene lo que ordena nuestra Constitución.

La inclusión de una lista taxativa o cerrada de derechos sociales y laborales en la cláusula 16.8 del TLC, no solo contraviene la regla constitucional de no-exclusión de otros derechos y beneficios sociales, sino que deja por fuera, en contra de lo que ordena nuestra Carta Magna, principios desarrollados en nuestra legislación. A manera de ejemplo, cabe citar los siguientes: la limitación de la jornada de trabajo (artículo 58), las vacaciones anuales pagadas y el día de descanso obligatorio pagado (artículo 59), el derecho de los patronos al paro y de los trabajadores a la huelga (artículo 61), la fuerza de ley de las convenciones colectivas de trabajo (artículo 62), el derecho de los trabajadores a una indemnización por no estar cubiertos por un seguro de desocupación (artículo 63), el fomento a las cooperati-

vas (artículo 64), la construcción de viviendas populares y creación del patrimonio familiar (artículo 65), adopción en las empresas de medidas necesarias para la higiene y seguridad del trabajo (artículo 66), obligación del Estado de velar por la preparación técnica y cultural de los trabajadores (artículo 67), los contratos de aparcería rural (artículo 69), la protección especial en la ley a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo (artículo 71), o bien otros derechos establecidos en la legislación laboral o conexas, como los derechos de hora de lactancia del niño respecto de la mujer trabajadora.

El TLC desconoce, asimismo, derechos y beneficios indicados por la ley, no incluidos en el concepto del derecho laboral del TLC, como por ejemplo, la nulidad de las renunciaciones a las leyes que favorezcan a los trabajadores; los casos no previstos en la legislación laboral, que han de resolverse de acuerdo con los principios generales del derecho de trabajo; conflicto entre las leyes de trabajo y las de cualquier otra índole, caso en el que predominan las primeras; y la interpretación del Código, sus reglamentos y leyes conexas, que debe darse tomando en cuenta, fundamentalmente, el interés de los trabajadores y la conveniencia social (artículos 11, 14, 15 y 16 del Código de Trabajo).

Por otro lado, el concepto de legislación laboral en el TLC es absolutamente insuficiente por omitir, no solo normas y principios generales y constitucionales mundialmente reconocidas por la legislación, sino también convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), muchas de ellas ratificadas por nuestro país, entre otros, los siguientes: 81 (relativo a la inspección del trabajo); 88 (relativo a la organización del servicio de empleo); 89 (relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria); 90 (relativo de los menores empleados en la industria); 92 (relativo al alojamiento de la tripulación a bordo); 94 (relativo a las cláusulas de trabajo en los contratos celebrados por las autoridades públicas); 95 (relativo a la protección del salario); 26, 102 y 126 (sobre empleo, seguridad social y cargas máximas); 113 y el 114 (sobre trabajo marítimo y pescadores); 130 (relativo a la asistencia médica y a las prestaciones monetarias de enfermedad); 131 (sobre salarios mínimos en países en vías de desarrollo); y 134 (sobre prevención de accidentes). La anterior es una cita parcial, a manera de ejemplo, sobre convenios ratificados por nuestro

país, que el TLC no incluye dentro del concepto de legislación laboral, limitándolo a unos pocos derechos y beneficios, cuyo reconocimiento favorecería a los sectores más vulnerables.

El reconocimiento de tales normas y principios generales y constitucionales habría favorecido a todos los trabajadores, no ciertamente a los costarricenses por estar acostumbrados a su existencia y casi todos los patronos a su aceptación, sino a los de las restantes Partes y demás países del orbe, por el ejemplo ante el mundo que ahora, al aceptar su negación, nos deja el sinsabor de un desconocimiento implícito por los negociadores de la Seguridad Social, otrora estandarte de la solidaridad costarricense. El desconocimiento de las referidas normas y principios, constituye una grave causa de inconstitucionalidad.

V. Las cláusulas del TLC, que obligan al Estado costarricense a aprobar tratados y leyes, y a cumplir determinados requisitos en el trámite de formación de leyes, son violatorias de la Constitución Política.

El párrafo primero del artículo 7 de la Constitución Política expresa el carácter prevalente de las normas de Derecho internacional sobre las leyes.¹⁶ Tienen una autoridad superior a la de las leyes. La fuerza o potencia de las normas de un tratado o convenio internacional se impone sobre las disposiciones legales, inferiores, que se le opongan. Estas normas jurídicas de rango inferior resultan derogadas o modificadas como consecuencia de la regulación contenida en las normas superiores. Como la materia específica fue trasladada a un ámbito superior, la Asamblea Legislativa se encuentra inhibida para aprobar leyes relativas a tal materia. Cualquier ley dictada en una materia regulada por tratados o convenios internacionales sería ineficaz, porque no podría modificar ni derogar lo regulado por las normas superiores.

¹⁶ Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

La aprobación de un tratado o convenio internacional implica una restricción legítima a la soberanía y a la potestad de legislar. La materia jurídica regulada por un instrumento internacional queda excluida de la posibilidad de regulación por la legislación ordinaria. Esta es la limitación a la potestad de legislar admitida por el párrafo primero del artículo 105 de la Constitución Política.¹⁷

Hasta ahí llega la relación tratado - ley. Un tratado o convenio internacional no puede imponerle al Estado costarricense la obligación de dictar leyes, ni de reformar leyes, ni de oír el parecer de otros Estados en el proceso de formación de las leyes costarricenses; tampoco puede obligar al Estado costarricense a aprobar otro tratado o convenio internacional. Tales obligaciones implican limitaciones, restricciones, condicionamientos y renunciaciones, de carácter ilegítimo, que se encuentran expresamente prohibidas por el texto de la Constitución Política: la potestad de legislar no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones.

a) La obligación de aprobar otros tratados internacionales dentro de determinados plazos

En la cláusula 15.1 del TLC, sobre disposiciones generales del Capítulo 15, se establece una lista de tratados, convenios y protocolos que Costa Rica se compromete a ratificar y, además, a hacerlo dentro de determinados plazos.¹⁸ Si

¹⁷ Dispone este párrafo primero: La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega en la Asamblea Legislativa por medio del sufragio. Tal potestad no podrá ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones mediante ningún convenio o contrato, directa o indirectamente, salvo por los tratados, conforme a los principios del Derecho Internacional.

¹⁸ A la fecha de entrada en vigor del TLC: El tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (1996), y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996).

Antes del 1 de enero del 2006: El Tratado de Cooperación en materia de Patentes, según su revisión y enmienda (1970); y el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes (1980).

Antes del 1 de enero de 2008: El Convenio sobre la Distribución de Señales de Satélite Portadoras de Programas (1974); y el Tratado sobre el Derecho de Marcas (1994).

Antes del 2006, salvo que se establezca lo contrario, cada Parte ratificará o accederá al Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1991) (Convenio UPOV 1991), o, en el caso de Costa Rica, al 1 de junio del 2007 (en nota al pie de página se estipuló que Costa Rica podría optar por proteger y conservar los recursos genéticos mediante legislación doméstica).

la materia regulada por el Tratado de Libre Comercio comprendiera todas las materias reguladas por esos otros tratados o convenios, resultaría evidente que su aprobación (del TLC) abarcaría todas esas otras materias, que quedarían sustraídas, como se ha expuesto, a la legislación ordinaria. El texto de esos otros convenios internacionales quedaría incorporado en el TLC. Sería innecesaria la aprobación de esos otros instrumentos de Derecho Internacional. Pero si, como pareciera ser la realidad, tales materias no se encuentran dentro de la materia del TLC, no podría generarse legítimamente la obligación del Estado costarricense de aprobar tales otros tratados. Tal innecesaria obligación infringe la prohibición de restringir la potestad de legislar, establecida por el artículo 105 de la Constitución Política, así como la atribución plena de potestades para aprobar (libremente y no por imposición, ni por obligación), o de ¡improbar!, los convenios internacionales, tratados públicos o concordatos, conferida a la Asamblea Legislativa (artículo 121, inciso 4), que presupone la función —igualmente libre y no por imposición u obligación— del Poder Ejecutivo, de celebrar, promulgar y ejecutar los convenios, tratados públicos o concordatos (artículo 140, inciso 10). Tal obligación de ratificación de otros instrumentos internacionales inutiliza, además, el control previo de constitucionalidad por parte de la Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, infringiéndose en tal sentido lo dispuesto por el artículo 10, inciso b) de la Carta Fundamental. Esta obligación impuesta al Estado costarricense transgrede también el artículo 2 de la Constitución Política, al cercenar los alcances de una soberanía que reside exclusivamente en la Nación.

Estas obligaciones de hacer, de ratificar tratados internacionales, son lesivas de la Constitución Política no solamente por las razones que se han expresado, sino además porque en el TLC se establecen plazos perentorios para su cumplimiento. La materia contenida o regulada en esos otros tratados internacionales deberá ser objeto de un análisis detenido al celebrarse y al aprobarse (o improbarse) cada uno de ellos, por separado. Los funcionarios costarricenses deberán verificar la conveniencia y oportunidad política, social, económica, de sus contenidos específicos y solamente después de ello y, en forma libre y soberana, podría Costa Rica admitir que formen parte de su ordenamiento jurídico con rango superior al de sus leyes ordinarias.

b) La obligación de aprobar leyes dentro de determinados plazos

El texto del TLC, en el Anexo 13, obliga al Estado costarricense a aprobar una ley de fortalecimiento y modernización del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) a más tardar el 31 de diciembre de 2004. También lo obliga a aprobar el marco regulatorio legal de los servicios de telecomunicaciones dentro de un plazo que venció el 1° de enero de 2006.

Tal como quedó expresado, si el Tratado de Libre Comercio hubiera comprendido la materia referente al fortalecimiento y modernización del ICE o el marco regulatorio general de los servicios de telecomunicaciones, tales materias habrían quedado excluidas de la posibilidad de regulación por legislación ordinaria. Pero, si estas materias no fueron absorbidas por el Tratado de Libre Comercio, permanecieron entonces dentro de la posibilidad de regulación mediante leyes ordinarias. La potestad de legislar no puede ser renunciada ni estar sujeta a limitaciones: ni directa, ni indirectamente.

De conformidad con el TLC, el Estado costarricense quedaría obligado a aprobar y promulgar una ley para “fortalecer y modernizar” al ICE, sin indicar en qué consiste precisamente tal fortalecimiento y tal modernización. No existe interés jurídico alguno en los otros países que forman Parte del TLC en torno a la modernización y el fortalecimiento de una institución interna de Costa Rica. Eso no los afecta, ni los beneficia. Sin embargo, en el texto del Tratado, el Estado costarricense se obligó formalmente a aprobar tal ley y esto podría generar algún tipo de incumplimiento de las obligaciones contraídas en este instrumento internacional. Sin embargo, ninguno de los otros Estados que forman parte del TLC poseería interés legítimo en reclamar ante un incumplimiento tal.

En cuanto a la ley marco general de telecomunicaciones, el Tratado sí establece algunos contenidos mínimos. Pero, ¿por qué tendrían que incorporarse a una ley ordinaria interna o doméstica de Costa Rica? Si el propio texto del Tratado exigiera el cumplimiento de tales obligaciones, resultaría innecesaria la promulgación de la ley ordinaria, que tiene carácter inferior, frente al rango superior del Tratado Internacional. Si el texto del TLC no exigiera, como no exige, el cumplimiento de tales obligaciones, resulta entonces innecesario e inútil que el Estado costarricense se hubiera obligado a dictar legislación en tal sentido preciso.

Es importante destacar que el artículo 105 de la Constitución Política proclama que la potestad de legislar (que reside en el pueblo, quien la delega en la Asamblea Legislativa) no puede ser renunciada, ni restringida, directa ni indirectamente. Este artículo resulta infringido por el Tratado de Libre Comercio.

El vencimiento evidente de los plazos establecidos en el TLC para la aprobación de tales leyes demuestra, además, la existencia de violación al artículo 9 de la Constitución Política. Los representantes del Poder Ejecutivo, que negociaron el Tratado, al igual que el Presidente de la República y su Ministro de Gobierno, que lo ratificaron, carecían de atribuciones constitucionales para obligar a la Asamblea Legislativa a aprobar determinadas leyes dentro de determinados plazos. La potestad de legislar, se repite una vez más, no puede ser condicionada, directa ni indirectamente, ni mucho menos sujeta a que se ejercite en un sentido aprobatorio preciso y dentro de un plazo determinado. Por tales motivos, el artículo 9 constitucional también resulta infringido.

La obligación de legislar impuesta por el TLC transgrede también el artículo 2 de la Constitución Política, al limitar al Estado costarricense en el ejercicio de las facultades derivadas de su soberanía.

c) La obligación de que un Estado extranjero participe en la formación de la ley costarricense

En su cláusula 11.7, el Tratado de Libre Comercio establece que cada vez que una Parte pretenda establecer o mantener mecanismos relativos a regulaciones legales en cualquier tipo de servicios (financieros, de telecomunicaciones, electricidad, transporte, seguros, turismo, etc.), deberá informar y responder consultas de las otras Partes, antes del momento de adoptar regulaciones definitivas relativas a la ordenación de cualquier tipo de servicio. Los otros Estados Parte podrán hacer consultas y comentarios sustantivos respecto de las regulaciones en proyecto.¹⁹

¹⁹ En la cláusula 20.4 (Consultas) que indica que cualquier otra Parte podrá solicitar por escrito la realización de consultas respecto de cualquier medida vigente o en proyecto incluyendo indicación de los fundamentos jurídicos. En efecto, si se lee el Capítulo 2 de definiciones dice, que una medida incluye: cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica.

Si la materia concreta, que se pretendiera regular por legislación ordinaria, hubiera estado incorporada expresamente dentro de las cláusulas del Tratado de Libre Comercio, no podría ser objeto de regulación legal, debido a que tal materia se encontraría excluida de tal posibilidad, por haber sido trasladada esa materia específica al ámbito propio de la regulación del TLC. Pero si, como ocurre en la realidad, tales materias no fueron incorporadas dentro de las regulaciones expresas del Tratado, entonces constituyen y continúan constituyendo materia apta para la regulación legislativa.

De nuevo se insiste que la potestad de legislar no puede ser renunciada, ni restringida, de modo directo ni indirecto. En materia de legislación ordinaria, interna, doméstica de Costa Rica, los otros Estados Parte no tienen que venir a opinar, ni a consultar, ni a comentar absolutamente nada.

El procedimiento de formación de la ley se encuentra regulado por la Constitución Política. El trámite de consulta previa de proyectos de ley está dispuesto en el texto de la Carta Magna para casos excepcionales y determinados.²⁰ Resulta inadmisiblemente, y violatorio de las normas constitucionales, el establecimiento de consultas o audiencias a otros Estados, dentro del trámite legislativo de aprobación de leyes.

Resultan infringidos, en tal sentido, el artículo 105 (que no permite la renuncia o la limitación a la potestad de legislar), el artículo 121, inciso 1 (que atribuye en forma exclusiva a la Asamblea Legislativa la función de dictar, reformar, derogar e interpretar auténticamente las leyes) y el artículo 124 (que establece el procedimiento de aprobación de una ley, en el que no existe el trámite de audiencia o consulta a los gobiernos de otros Estados). La violación también contraviene el artículo 2, en cuanto condiciona o limita al Estado costarricense en el ejercicio pleno de su soberanía.

d) Una obligación impuesta al Estado costarricense para que obtenga "certificación" de cumplimiento de las mencionadas obligaciones

²⁰ Así, por ejemplo, el artículo 88 obliga a oír a las Universidades estatales, el 97 al Tribunal Supremo de Elecciones, el 167 a la Corte Suprema de Justicia, el 190 a las Instituciones Autónomas.

Al aprobarse el TLC por parte de los Estados Unidos de América, mediante el "Dominican Republic, Central America, United States Free Trade Agreement Implementation Act" del 2 de agosto de 2006, se incluyó en esa ley estadounidense el concepto de "certificación" de cumplimiento de las obligaciones referidas a la legislación interna de los otros países que son Parte del TLC. Tal cumplimiento requiere que el Presidente de los Estados Unidos verifique que el otro Estado signatario, haya cumplido con la lista de leyes, normas y procedimientos jurídicos a que se obligó en el texto del TLC. Mientras no se emita tal certificación, en la que constate el cumplimiento de las obligaciones a satisfacción plena del Presidente de los Estados Unidos, el TLC no adquiriría vigencia.²¹

Resulta inaceptable que, sin haber sido aún aprobado el TLC por Costa Rica, la Asamblea Legislativa está conociendo de proyectos de ley destinados a cumplir con las ilegítimas obligaciones de legislar en el sentido apuntado por el texto del Tratado de Libre Comercio. En forma anticipada, y de modo apresurado, la Asamblea Legislativa está intentando cumplir con obligaciones inexistentes, sin tomar en consideración las violaciones al texto constitucional. La Asamblea Legislativa está asumiendo sumisamente obligaciones incorporadas en algo que todavía no es un tratado internacional.

No puede argumentarse, como excusa para ocultar esas inconstitucionalidades, que la propia Asamblea Legislativa, en la eventual aprobación del TLC, se está autolimitando en sus potestades de legislar. La Asamblea Legislativa no puede renunciar, ni puede admitir limitaciones, restricciones o condicionamientos a su potestad de legislar y, para que no quepa ninguna duda, el artículo 105 de la Constitución Política agrega que tales renunciaciones o limitaciones no pueden darse directa, ni indirectamente.

21 En la Ley de implementación del Tratado de los Estados Unidos, en el Título I "Approval of, and general provisions relating to, the agreement", la Sección 101 "Approval and entry into force of the Agreement" (b) "Conditions for entry into force of the Agreement", el Congreso y el Senado establecieron: "At such time as the President determines that countries listed in subsection (a) (1) have taken measures necessary to comply with the provisions that are to take effect on the date on which the Agreement enters into force, the President is authorized to provide for the Agreement to enter into force with respect to those countries that provide for the Agreement to enter into force for them."

El verdadero motivo por el cual la Asamblea Legislativa está conociendo de estos proyectos antes de ser aprobado el TLC, tiene que ver con el condicionamiento de "certificación" por parte del Presidente de los Estados Unidos.

VI. Inconstitucionalidad del procedimiento generalizado de contratación directa para los servicios adicionales de construcción.

En la cláusula 9,9.2, (f) del TLC se establece la posibilidad de contratación directa en relación con los "servicios adicionales de construcción que no fueron incluidos en el contrato original, pero que figuran dentro de los objetivos de la documentación original de la contratación y que debido a circunstancias no previstas resulten necesarios los servicios de construcción descritos", sin que se pueda exceder del 50% del monto originalmente pactado.

En el texto del TLC no se precisa qué debe entenderse como "servicios adicionales de construcción". Esta indefinición permite la posibilidad de múltiples abusos. Un inversionista podría incluir en su oferta la mayor documentación posible a fin de ampliar sus objetivos, para el caso de que su oferta resultara vencedora en el procedimiento de licitación abierta o pública. Por ello se podrían aplicar en cascada mecanismos distintos a la licitación abierta o pública, bajo el matiz de los "servicios adicionales", que serían tramitados en todos los casos mediante contratación directa.

Esta norma del TLC viola el artículo 182 de la Constitución Política y la correspondiente jurisprudencia de la Sala Constitucional, contenida especialmente en la resolución número 998-98 en la que se analizan y regulan los principios básicos de la contratación administrativa. En efecto, si bien es cierto que el texto del artículo 182 de la Constitución Política menciona la figura de la "licitación" sin adjetivos calificativos, y ello no significa que deba aplicarse necesariamente el trámite de licitación pública a todos los casos, sin embargo, siempre se exige la aplicación de los principios rectores de la contratación administrativa, incluso para los procedimientos de licitación privada, conforme a la citada jurisprudencia constitucional.

El régimen de la contratación directa tiene carácter excepcional, para casos muy calificados, tasados y restringidos. Y esta no es la fórmula utilizada por el TLC en la cláusula mencionada. Ciertamente, dentro de la noción de “documentación original” se logra ampliar considerablemente el ámbito de aplicación inconstitucional de la contratación directa.

VII. Inconstitucionalidad del Anexo 13 sobre los Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones.

El Anexo 13 sobre los Compromisos Específicos de Costa Rica en Materia de Servicios de Telecomunicaciones contraviene los artículos 33, 34, 105 y 182 de la Constitución Política, y los principios constitucionales sobre la contratación pública, según se detalla a continuación:

1. *Inconstitucionalidad por la asignación de licencias directamente a proveedores, sin que medien procedimientos licitatorios o concursales:*

El inciso IV.4 del Anexo 13 consigna, en lo pertinente a la asignación y utilización de recursos escasos, que Costa Rica emitirá licencias a proveedores directamente sin ningún tipo de procedimiento licitatorio o de concurso para usar el espectro radioeléctrico, con lo que se transgrede el artículo 182 de la Constitución y las normas derivadas. El espectro radioeléctrico es un bien demanial, que por interpretación de la jurisprudencia constitucional, es un bien naturalmente público.

En este sentido, es pertinente el fundamento de inconstitucionalidad de la resolución No. 5386-93, mediante el cual, en el caso Milicom, la Sala Constitucional indicó: “Aún si ésta última 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).” La Sala también afirma en esa misma sentencia: “Los funcionarios públicos no pueden disponer a su antojo autorizaciones relativas a servicios y bienes propios de la Nación que el tiempo tornaría alegadamente inatacables; hay un orden

público esencial: El derecho no es simplemente un agregado de derechos subjetivos; también lo conforma un orden de convivencia -objetivo-, razonable y democrático, expresión de los valores del Estado Social de Derecho (artículos 74 y 50 de la Constitución)".

Si, como se consigna en el punto IV.2, le correspondiera a la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), el otorgamiento de licencias a los nuevos participantes en el mercado, esa Autoridad no podría obviar los concursos públicos, como erróneamente, y en contra de lo que establece la Constitución Política, se consigna en el inciso IV.4. del Anexo 13.

2. Inconstitucionalidad por discriminación en contra del ICE en la estructura de costos en un mercado en competencia:

El espectro radioeléctrico es un recurso estratégico y esencial para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que, a la vez, son un elemento estratégico para el desarrollo y la consolidación política, social, económica, financiera y cultural de la nación.

En el inciso IV.5.(a) del Anexo 13 se consigna lo siguiente:

- (a) "Costa Rica asegurará que los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones de otra Parte sean provistos de interconexión con un proveedor importante en una forma oportuna, en los términos y condiciones no discriminatorias y con tarifas basadas en costos que sean transparentes, razonables y que tengan en cuenta la viabilidad económica."
- (b) "Costa Rica también asegurara que todo proveedor de servicios que solicite la interconexión con un proveedor importante podrá acudir ante un órgano nacional independiente que podrá ser la autoridad reguladora a que se hace referencia en párrafo 2, para resolver dentro de un plazo razonable las diferencias con respecto a los términos, condiciones y tarifas de interconexión."

De conformidad con esos compromisos, el ICE, proveedor importante, quedaría obligado a suministrar servicios a la competencia en términos y condiciones de igualdad, con tarifas basadas en el costo, mientras que, en lo concerniente a los

servicios de información, nuestro país no podría exigir a los inversionistas de las otras Partes que justifiquen sus tarifas de acuerdo a sus costos, ni registren las tarifas para tales servicios (IV,7(a)(ii),(iii)).

De esa manera, los competidores pueden lucrar sin que estén obligados a aplicar los precios al costo, solo con alguna justificación, control y regulación de la autoridad que supervisaría los servicios, lo que evidencia la discriminación de trato en perjuicio del ICE con violación del artículo 33 de la Constitución Política.

3. *Inconstitucionalidad del condicionamiento del suministro de los servicios de telecomunicaciones por proveedores de otras Partes, conforme a la legislación vigente al 27 de enero de 2003 (retroactividad en menoscabo del ICE):*

De conformidad con el Anexo 13,III.1, Costa Rica permitirá a los proveedores de otras Partes, "suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables" a los establecidos conforme a la legislación nacional vigente al 27 de enero de 2003. Por esta vía, se obliga a Costa Rica a otorgar los beneficios de manera retroactiva a la fecha de vigencia del Tratado, con lo cual se aplicaría la retroactividad en beneficio de la competencia y en perjuicio del ICE y del país.

En cuanto a la fecha establecida, cabe señalar que la negociación inicial del TLC concluyó el 28 de enero del 2004, por lo que la última legislación aprobada antes de la negociación del Tratado data del 27 de enero de 2003. Es obvio que las otras Partes y, desde luego, nuestros negociadores, tenían conocimiento de la eventual aprobación de leyes sobre la modernización del ICE y la regulación de las telecomunicaciones. De esta manera, con la fecha de corte consignada en el Anexo 13, se buscaba impedir que, en tanto propietario y administrador de la parte "física" del espectro radioeléctrico, el Estado costarricense pudiese aplicar, por ejemplo, el mecanismo de las subastas²²,

22 Para que se entienda el impacto que tienen las subastas, en Alemania, que duró varios años en su proceso de apertura, se subastaron en agosto del 2000 doce bloques del espectro utilizable para UMTS. Esta subasta duró catorce días y a los grupos de oferentes no se les permitía conocer las ofertas individuales de los demás sino solo el monto más alto con el cual se había pujado. Para el noveno día de ese proceso, el remate de licencias en telefonía móvil de tercera generación ascendía a los 20.512 millones de euros. La mayor oferta corrió a cargo de la operadora germana Mannesmann Mobilfunk, que ofreció 1.796 millones de euros por uno de los paquetes de licencias, según el presidente de la autoridad reguladora de Correos y Telecomunicaciones, Klaus-Dieter Scheurle.

opción exitosa que han puesto en práctica países como Alemania, Inglaterra y Panamá, entre otros.

En nuestro criterio, en el Anexo 13 se crean las condiciones para beneficiar a los proveedores de otras partes en detrimento del Estado costarricense, esto mediante la remisión a condiciones otorgadas en la legislación costarricense vigente al 27 de enero de 2003. Este compromiso contraviene el artículo 34 de la Constitución Política por virtud de que el Tratado estaría concediendo efectos retroactivos en beneficio de proveedores, cualquiera que sean, de naturaleza pública, privada o mixta, ventajas como, precios desactualizados en el pago de cánones por uso del espectro. En tal sentido, a ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, en este caso en perjuicio de la persona del Estado (personalidad jurídica del Estado) o de sus derechos patrimoniales, es decir, del patrimonio de todas y todos los costarricenses, en beneficio de inversionistas que obtendrían dichas frecuencias a precios, cánones y procedimientos anteriores a la firma del TLC.

El Anexo 13 del TLC establece el marco para los proyectos de ley de la agenda de implementación, específicamente la modernización del ICE y la ley de telecomunicaciones. En este sentido la redacción del Anexo es inconveniente e injustificable, puesto que restringe la libertad del legislador para la búsqueda de fórmulas para una "supuesta apertura", que redunden en beneficio del interés patrimonial del Estado. La redacción en el Anexo es, en general, confusa. Este tema ya fue analizado anteriormente cuanto se hizo referencia a la violación del artículo 105 de la Constitución Política.

Ese funcionario agregó que con la suma actual, la subasta alemana ha superado cualitativamente el nivel de la subasta holandesa y que no se puede adelantar cuándo abandonará las subastas el primero de los siete participantes: Mannesmann, T-Mobile (Deutsche Telekom), E-Plus, Viag Interkom, Debitel, MobilCom, junto con la francesa France Telecom, y la española Telefónica/Sonera. Luego de 173 rondas de subastas, seis operadores obtuvieron dos bloques cada uno por veinte años. Por estos doce bloques se pagaron en forma combinada cuarenta y seis mil millones de dólares. Eso en promedio es ligeramente menos que cuatro mil millones de dólares por bloque. En otras palabras, doscientos millones de dólares por bloque por año. Para poder participar en la subasta a cada operador se le pedía garantizar una cobertura de al menos el 50% de la población (población, no territorio) en un plazo de 2 años. Eso quiere decir cobertura para al menos cuarenta millones de personas en un país con un PIB de más de 2 billones de euros. Véase el sitio Web <http://mouse.tercera.cl/2000/not/08/10/01.htm>

VIII. Medidas de salvaguardia para evitar la distorsión de los mercados de cada parte.

En el TLC se da la posibilidad de que los Estados adopten medidas de salvaguardia, cuando la eliminación o reducción de aranceles de determinados productos, puedan crear una situación gravosa contra determinadas industrias de otro Estado Parte, por la abundancia de productos iguales, similares o competitivos, en términos absolutos (8.1). Existe también el compromiso de los estados de crear o incentivar los mecanismos jurídicos (judiciales o administrativos) internos para el dictado de estas medidas, cuando corresponda. Sin embargo, ante la ejecución de la salvaguardia, cabría la aplicación de una medida de compensación, previo acuerdo entre las Partes, a fin de que se favorezca la libertad de comercio, con "concesiones que tengan efectos sustancialmente equivalentes en el comercio o equivalentes al valor de los impuestos adicionales esperados como resultado de la medida" (8.5).

Se da, asimismo, la posibilidad de que se inicie el procedimiento de investigación a gestión de parte interesada o de oficio, con publicación al efecto, con audiencia pública y con respeto de la documentación confidencial, lícita y posible. El resultado de la publicación se dará a conocer de manera sucinta en el diario oficial de la Parte donde exista la afectación, con descripción del "bien importado, el número de la fracción arancelaria, el nivel probatorio aplicado y la conclusión" a que se llegue.

Sin embargo, el sano principio de evitarse la saturación del mercado en perjuicio de la industria nacional, con medidas de salvación, tiene su revés cuando la ejecución de tales medidas no pueden superar el plazo fatal de 4 años, convertido en improrrogable, aunque persista la inestabilidad de la actividad de mercado, que generó la situación gravosa con permanencia de los daños (8.2). Peor aún: sólo se permite la aplicación por única vez de la medida de salvaguardia, en relación con una misma mercadería (8.2.4). Esto, sin duda, confirma la desproporcionalidad e irrazonabilidad, en contradicción con la jurisprudencia constitucional costarricense, por la asimetría evidente entre el plazo improrrogable y la limitación radical de la medida cautelar, frente a un TLC libre en el tiempo, sin fecha de vencimiento.

Adicional a lo anterior y como un elemento más de desproporcionalidad e irrazonabilidad, las cláusulas de salvaguardia no se podrán aplicar cuando concluya el período de desgravación arancelaria, quedando desprotegida la industria nacional.

IX. Reglamentos técnicos.

En el TLC falta mayor claridad y puntualización sobre la existencia y ejecución de estos reglamentos, los que pueden ser incorporados en la legislación interna, aun siendo extranjeros y viceversa (7.6). En todo caso, si por reglamento se entiende un acto administrativo general de alcance normativo, como lo dispone la Ley General de la Administración Pública, nunca así una disposición extranjera puede nacionalizarse, sin antes cumplir con el ejercicio de la potestad reglamentaria en manos del Poder Ejecutivo (artículo 140.3 de la Constitución Política); incluso tampoco es viable tratándose de reglamentos autónomos, de servicio u organización, dictados por la Administración Central o descentralizada, o por órganos fundamentales del Estado o de rango constitucional, para la organización interna de cada uno. Si son reglamentos, quedan incorporados al Derecho escrito, lo cual nunca puede darse por acto reflejo de la legislación internacional, como si fuera propia. Esta desnaturalización reglamentaria contradice no sólo la definición normativa de los reglamentos contenida en la citada Ley General de la Administración Pública, sino que violenta el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, en cuanto potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo en sentido estricto (Presidente y respectivo Ministro del ramo). La misma naturaleza de los “reglamentos técnicos” hace pensar más en disposiciones autónomas de la Administración, que en reglamentos ejecutivos propiamente tales. En todo caso, en nuestro sistema constitucional resulta inviable que un reglamento forme parte del Derecho escrito interno, sin pasar por los requisitos jurídicos de acatamiento obligatorio.

X. Subsidio de productos agrícolas.

En la cláusula 3.14.3 del TLC se consigna que en caso de que un tercer país introduzca en el mercado nacional un producto agrícola subsidiado, que sea competencia de los productos agrícolas no subsidiados de otro Es-

tado Parte del TLC, ésta Parte podrá subsidiar sus productos, para competir en régimen de igualdad, sin que el Estado costarricense pueda hacer lo mismo en relación con sus productos agrícolas, en el mercado interno. La ventaja es para los Estados en competencia en territorio ajeno, no así para el Estado en territorio propio, sin que exista, en principio, posición privilegiada para algún Estado Parte que rompa la regla. Sin embargo, surgen dos preocupaciones fundamentadas: (1) no es lo mismo la competencia de productos subsidiados por parte de países poderosos respecto a países pobres o débiles económicamente, los que ni siquiera pueden subsidiar o si lo hacen es de forma tímida o escasa; (2) a partir del Acuerdo de la Ronda de Uruguay (1994) los países desarrollados han aumentado sus ayudas internas a la agricultura.

En esta misma línea, Estados Unidos aumentó sus subsidios a partir de la aprobación del "Farm Bill" (mayo del 2002) lo que lleva a otra importante disyuntiva: la posible entrada en vigencia del TLC no podría afectar retroactivamente la normativa anterior a su vigencia, siendo así que Estados Unidos entraría en los mercados en los Estados Parte, con productos agrícolas intrínsecamente subsidiados. A lo que se suma que la indicada normativa "Farm Bill" tiene rango superior al propio TLC, conforme al procedimiento y legislación de Estados Unidos, siendo éste un simple acuerdo de rango inferior a las leyes federales, estatales y municipales.

De esa forma, con el TLC lo que se pretendería en el fondo es evitar el subsidio sobre el subsidio ya existente, pero no así el subsidio inicial, por virtud de la normativa vigente anterior y superior al TLC.

En esta dimensión no dejaría de darse una verdadera discriminación de trato en perjuicio de la igualdad distorsionada en el mercado agrícola de oferta y demanda. Esto contradice los artículos 33, 46 y 50 de nuestra Constitución Política.

XI. Inconstitucionalidad por vulnerarse la interdicción de todo lo concerniente a materia militar –productos, armas y artefactos de guerra o para la industria bélica.

El artículo 12 de la Constitución Política, en concordancia con el inciso 16) del artículo 140, proscribía el Ejército como institución permanente y asigna la vigilancia y conservación del orden público, a las fuerzas policiales.²³

A diferencia de las naciones centroamericanas, Costa Rica optó después de la posguerra, por un Estado Social de Derecho cimentado en el poder civil y en una política internacional de neutralidad, respeto a los derechos humanos y conservación de la paz mundial.

La proscripción del ejército y de lo militar, se justificó en dos importantes objetivos:

- a) destinar los recursos nacionales al bienestar de la mayoría, al estímulo de la producción nacional y al más adecuado reparto de la riqueza,
- b) garantizar la seguridad del Estado costarricense desarmado, mediante tratados de garantía y defensa recíproca, como el Pacto de Río de Janeiro en el ámbito continental, y la Carta de las Naciones Unidas en el nivel global.

Contrariamente a lo que estipula nuestra Constitución, Costa Rica fue el único país centroamericano que no excluyó expresamente del TLC los controles sobre la importación de armas y municiones establecidas en la legislación interna. A diferencia, El Salvador, Guatemala y Honduras incluyeron (en el Anexo 3.2 del Capítulo 3: Trato nacional y acceso de mercancías al mercado del TLC) sus respectivas leyes, que imponen controles sobre las importaciones de armas y municiones. Asimismo, Costa Rica renunció a crear aranceles a la importación de armas (incluidas las de guerra) en su lista del Anexo 3.3 del TLC.²⁴

23 La Sala Constitucional en el Voto No. 4156-99 acuerda, en algo menor, comparado con la fabricación de armas, que la cooperación entre Costa Rica y Estados Unidos para suprimir el tráfico ilícito –navegación conjunta- llevaba implícita la interdicción, de manera absoluta, de todo lo concerniente a la materia militar.

24 En el Anexo 3.3 del Capítulo 3 del TLC, se incluyen como materia comercial diversos componentes relacionados con la industria nuclear, a saber: partidas referentes al uranio y sus compuestos, plutonio y sus compuestos, reactores nucleares, entre otros.

La exclusión de la Ley Ordinaria de Armas y Explosivos No. 7530, como Medida Disconforme, en la que se define que las armas permitidas en el país son únicamente las pistolas y los revólveres, se abre la posibilidad de producir armamento militar por parte de inversionistas extranjeros. En primer lugar, porque, en la estructura conceptual del TLC, lo no-reservado queda abierto a la libertad de empresa y comercio, por lo que desaparece la actual prohibición de la legislación nacional; y, en segundo lugar, porque el Capítulo Diez no permite establecer requisitos de desempeño o condicionamientos a la inversión extranjera.

Lo anteriormente señalado configura con claridad la desconstitucionalización de los valores y fines de nuestro Estado civilista, tal y como lo concibió la Constitución de 1949 y atenta contra la seguridad del Estado costarricense, que reside en ser un país desarmado y desmilitarizado, respaldado en tratados internacionales.

La apertura de nuestro país a la industria armamentista, incluso de alta tecnología y nuclear, convertiría a Costa Rica en un objetivo militar en caso de conflictos bélicos de otros Estados, lo que atenta en forma directa contra el objetivo de seguridad nacional que fundamenta la proscripción constitucional de lo militar.

Todo esto configura con claridad la desconstitucionalización de los valores y fines de nuestro Estado civilista, tal y como lo concibió la Constitución de 1949 y atenta contra la seguridad del Estado costarricense, que reside en ser un país desarmado y desmilitarizado, respaldado en tratados internacionales.

XII. Inconstitucionalidad del anexo 2.1 del TLC, referida al territorio.

La afectación constitucional proviene de la incompatibilidad entre la noción que tiene Estados Unidos respecto a su territorio, con lo dispuesto por los artículos 5 y 6 de la Constitución Política de Costa Rica. Ambos conceptos, insolublemente contradictorios, los recoge el TLC de modo que, en realidad, deja sin fundamento los conceptos constitucionales sobre el territorio.

A diferencia de otros países con los que Costa Rica ha negociado tratados de libre comercio que aceptan el mar territorial y el mar patrimonial (doscientas millas), Es-

tados Unidos no reconoce ni ha aceptado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, en cuyos artículos 55 y siguientes, determinan el régimen jurídico específico de la zona económica exclusiva, recalcando los derechos de soberanía y jurisdicción a fines de exploración, explotación, conservación y mantenimiento de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas adyacentes al lecho y el subsuelo del mar. Concretamente el artículo 57 determina la anchura de esa zona en no más de doscientas millas contadas desde las líneas base de bajamar. En tal sentido, nuestra Constitución, artículos 5 y 6 se corresponden plenamente con el Derecho Internacional del Mar.²⁵

Se da origen a una colisión de conceptos de territorio, ambos apegados al Derecho Interno de cada Parte (Estados Unidos y Costa Rica), que son diametralmente opuestos en cuanto al alcance, lo que podría producir futuras controversias y conflictos dirimibles en órganos arbitrales. El problema radica en que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, que Costa Rica ratificó, pero Estados Unidos no, establece en su artículo 29 en relación con el ámbito territorial de los tratados, "Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo."

Así, el Anexo 2.1 del TLC indica que territorio significa:

- (a) respecto a Costa Rica, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía²⁶, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su Derecho interno;

25 El Artículo 6 de la Constitución Política de Costa Rica indica: "El Estado ejerce soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en sus aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de bajamar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios de Derecho Internacional. () Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios."

26 Para mayor certeza, el territorio de Costa Rica incluye la Isla del Coco.

(g) respecto a Estados Unidos:

- (i) el territorio aduanero de Estados Unidos, que incluye los 50 estados, el Distrito de Columbia, y Puerto Rico,
- (ii) las zonas de comercio extranjeras ubicadas en Estados Unidos y en Puerto Rico, y
- (iii) cualquier zona que se encuentre más allá de los mares territoriales de Estados Unidos dentro del cual, de conformidad con el derecho internacional y con su Derecho interno, Estados Unidos podrá ejercer derechos en lo que se refiere al fondo y al subsuelo marinos y sus recursos naturales.

Si Estados Unidos pusiera en práctica su concepto de territorio (aceptado por Costa Rica, según el Anexo 2.1) se daría implícita autorización, para que se exploten sin restricción todas las riquezas marinas (excepto pesca y servicios relacionados con la pesca que quedó bien aprovisionado en el Anexo I Lista de Costa Rica), los yacimientos de minerales, en general todo lo que se halle en el lecho marino, el suelo y subsuelo del alcance geomorfológico nacional.

Bajo el texto del TLC, Estados Unidos no reconocería el denominado mar patrimonial o zona económica exclusiva y sólo lo haría con respecto a las 12 millas de mar territorial.

Desde 1979 Estados Unidos sigue una política, conocida como "Freedom of Navigation Program" que se opone a las pretensiones de otros Estados (noventa y tres estados soberanos) que sí reconocen jurisdicción especial sobre esa zona económica exclusiva, tal como lo hace Costa Rica (párrafo segundo del artículo 6 de la Constitución Política)

En el Anexo 2.1, la nacionalidad costarricense se reconoce tal y como lo establecen los artículos 13 y 14 de la Constitución Política. No así para la definición de territorio tal y como lo establece la misma Constitución.

En la Convención de Viena de 1969 se establece que si un Estado admite la modificación de su territorio eso será así para la otra Parte contratante. Aunque el TLC

está orientado a la materia comercial, se está admitiendo una variación indirecta del concepto de territorio de Costa Rica, con lo que la noción de territorio de los Estados Unidos prevalecería sobre el concepto de territorio contenido en la Constitución Política.

XIII. El Capítulo 12, Anexo 12.9.2 Sección H Compromisos de Costa Rica en materia de Seguros.

El artículo 189 de la Constitución Política establece que "Son Instituciones Autónomas... 2) Las instituciones aseguradoras del Estado..." El TLC en el Capítulo 12 Anexo 12.9.2, Sección H dispone que "... el Gobierno de la República reafirma su decisión de asegurar que el proceso de apertura de su sector de servicios de seguros será gradual y en beneficio del consumidor". Asimismo, el artículo 73 de la Carta Magna indica que "Se establecen los Seguros Sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine... Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales."

Los seguros que administra la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS) son de carácter social, no modificables sino por reforma constitucional. Lo mismo podemos decir de los seguros de riesgos profesionales ya que : a) tal riesgo es consecuencia inmediata y directa del trabajo, inseparable por tanto de éste; b) por su condición solidaria, nunca financiera o bajo la sombrilla mercantilista con que se intenta incluir en el TLC. Por tanto, deben seguir siendo tutelados y garantizados exclusivamente por el Estado o sus instituciones.

Con justificación en el interés público, los legisladores de principios del siglo XX (1924) determinaron que el Banco Nacional de Seguros concentrara la venta de todos los seguros comerciales, si bien se reconoce que todos los seguros participan en algo de lo social; asumiendo el naciente seguro de riesgos profesionales (1925); ambos proyectos habían sido tramitados y aprobados casi al mismo tiempo.

En 1943, con la incorporación del Capítulo de las Garantías Sociales a la Constitución, este régimen fue fortalecido y dio paso al concepto de Estado Social de Derecho, cuyos principios fueron resumidos en la siguiente frase del mensaje del Presidente de la República de envío de la reforma, al Congreso.

“...es la base del nuevo concepto del Estado, que ya no puede limitar su acción a una gestión administrativa pura y simple, ni a permitir el libre juego de factores que no pueden vivir ni progresar sin un cabal ordenamiento de los mismos. La armonía social exige, antes que la abierta competencia de las grandes fuerzas económicas, la intervención del Estado a fin de evitar que unas se impongan sobre otras con detrimento del tranquilo desarrollo de la colectividad.”

Para dar fin a la revolución de 1948, motivada en parte por el deseo popular de mantener las conquistas sociales logradas y fortalecerlas, se suscribió por los bandos en contienda el Pacto de la Embajada de México, en cuyo pliego de garantías políticas y sociales (punto 6) se consignaba lo siguiente:

“A fin de dar mayor seguridad al trabajador desde la cuna hasta la tumba, el sistema de seguros sociales no solo será respetado sino estructurado en forma tal que todos los riesgos profesionales, incluyendo los accidentes de trabajo, queden incorporados a un organismo único. Se procurará de manera inmediata extender los beneficios de la seguridad social a todos los trabajadores y a todo el país” (citado por Marco Tulio Zeledón, en su Historia Constitucional).

La tercera reforma general de los seguros de riesgos profesionales se dio en 1982, mediante la ley que reorganizó y amplió los beneficios del régimen, declarándolo asimismo “obligatorio, universal y forzoso”.

Todo lo anterior se menciona para enfatizar el desconocimiento de la historia de Costa Rica por las Partes contratantes (inexplicable en nuestros negociadores) y de la trascendencia de las Garantías Sociales, promovidas y aceptadas hasta hoy por todos los gobiernos. De ahí que eliminar o limitar derechos o beneficios sociales en aras de una pretendida defensa del consumidor, se contrapone a las garantías

consagradas en la Constitución Política. Para abrir ese mercado sería necesario reformar nuestra Constitución Política, ya que su monopolio se encuentra anclado en varios artículos: 50, 66, 73 y 74, que lo delimitan, además de la legislación especial de los riesgos del trabajo o profesionales, que contiene el Código de Trabajo, por ordenarlo así la Constitución Política.

El Anexo 12.9.2, Sección H, del TLC define que servicio financiero significa cualquier servicio de naturaleza financiera que comprende todos los servicios de seguros y relacionados con seguros, así como todos los servicios accesorios o auxiliares. El seguro contra riesgos de trabajo no es un servicio de naturaleza financiera por sí mismo. La nota al pie de página del folio 265 de la Sección H del Anexo 12.9.2²⁷ del TLC indica "Tal como hace referencia en el último párrafo del Artículo 73 de la Constitución Política de Costa Rica. Seguros contra riesgos de trabajo es un seguro obligatorio que cubre a los trabajadores que están bajo una relación de subordinación contra accidentes o enfermedades que ocurran por consecuencias del trabajo que desempeñan, así como los efectos directos, inmediatos y evidentes de esos accidentes y enfermedades". Esta definición ilustra que es un tipo de seguro "obligatorio", cuya naturaleza no es comercial o financiera en el sentido que tiene el Capítulo Doce del TLC. El seguro de riesgos del trabajo se dirige, más bien al bienestar de los trabajadores, como se deduce del articulado del Código de Trabajo y de la Constitución Política.

Si se compara el texto constitucional con lo que se consigna en el TLC, es necesario hacer la diferencia entre los seguros comerciales y los seguros solidarios, de ahí que, el postulado del preámbulo de la Sección (H) del Anexo 12.9.2, que enfatiza en beneficio del consumidor y no de los seguros de riesgos de trabajo, que tienen una connotación diferente. La cobertura no es un asunto meramente financiero sino principalmente social y solidario.

27 Ver folio 265 de la publicación de La Gaceta, Alcance No. 44 del 22 de noviembre de 2005.

XIV. Inconstitucionalidad del Capítulo 17 del TLC por sobreponer la esfera comercial sobre la legislación ambiental, limitar la autonomía municipal y la legitimación para impugnar y dirimir los conflictos ambientales.

La cláusula 17.2.1.(a) supedita el respeto de la “propia legislación” de las Partes, a una condición contenida en la frase: “de una manera que afecte²⁸ al comercio entre las Partes”, frase que se repite en otras cláusulas del TLC. De hecho esta intención se complementa y visualiza en la cláusula 17.10.7 del TLC, cuando señala que “Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo con respecto a la cláusula 17.2.1(a)”²⁹, lo que supone que el valor comercial pudiera estar por encima del valor ambiental, en lo que corresponde a este Capítulo 17, lo que contraviene el artículo 50 de la Constitución Política y la vasta jurisprudencia dictada por la Sala Constitucional en el tema del medio ambiente.

Aunque cada Parte aplicará su propia legislación, la cláusula 17.7.4 y la cláusula 17.8 el TLC le otorgan al Secretariado del Consejo de Cooperación de Asuntos Ambientales, atribuciones que trascienden las fronteras de las Partes para solucionar controversias. Sobre este punto, se podría inferir que la materia ambiental de las Partes se “saldría” del control estatal de cada Estado, para ser tutelado por órganos de carácter supranacional.

El nivel jurídico externo (por medio del Consejo de Asuntos Ambientales y su Secretariado, y la Comisión en el marco del Acuerdo de Cooperación Ambiental ACA), interactuaría con el nivel jurídico interno (Constitución Política, leyes y reglamentos que rigen actualmente en Costa Rica), respecto del cual se crea incertidumbre.

28 Esta frase ha quedado ambigua, en la versión anterior del Tratado se intercalaba un “no”, por ende decía: “de una manera que No afecte el comercio entre las Partes...”, no obstante ese arreglo mal hecho, la intención verdadera de proteger el comercio sobre el ambiente, se ve clara en la cláusula 17.10.7, al establecer como excepción, la posibilidad de llevar un asunto a controversia fuera del ámbito de la jurisdicción doméstica ligando justamente la frase de cita “de una manera que afecte el comercio entre las Partes”.

29 Lo mismo ocurre con la cláusula 17.11.3 que se refiere al reclamo que surja de una controversia conforme a la cláusula 17.2.1(a), en cuyo caso se aplica la cláusula 20.9 (Selección de Grupo Arbitral).

En efecto, el punto 17.2.3 del TLC indica que ninguna Parte está facultada "... para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación ambiental en el territorio de la otra Parte", mientras que de forma contradictoria la cláusula 17.3.(b) apunta que "las Partes en dichos procedimientos tendrán el derecho de apoyar o defender sus posiciones respectivas, incluyendo la presentación de información y pruebas", creando inseguridad jurídicas en un tema tan importante como es el de procedimiento en sede judicial o administrativa local.

Los artículos 168, 169 y 170 de la Constitución Política, y las interpretaciones que de ellos ha hecho la Sala Constitucional, otorgan competencias a las municipalidades en la materia ambiental. De conformidad con lo que se contiene en el TLC, se le atribuyen funciones en materia ambiental al Secretariado del Consejo de Asuntos Ambientales, órgano de carácter supranacional, en contraposición con la Constitución Política. No es posible que órganos regionales limiten la capacidad de las municipalidades, para que sean aquéllos los que solucionen los problemas ambientales locales.

La cláusula 17.3 del TLC establece las reglas de procedimiento referentes a los conflictos ambientales. Dispone que cada Parte garantizará que los procedimientos judiciales, cuasi-judiciales o administrativos, de acuerdo con su legislación, se encuentren disponibles para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental.

La cláusula 17.3.3 del TLC dispone que cada Parte garantizará que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su derecho interno sobre un determinado asunto, tengan adecuado acceso a tales procedimientos, con el fin de dar cumplimiento a la legislación ambiental de esa Parte. La Constitución Política costarricense no restringe la legitimación a la existencia de interés jurídico reconocido, sino que es sumamente amplia:

"ARTÍCULO 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho.
La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”

Ese inciso 3 de la cláusula 17.3 del TLC, viola lo que establece el mismo artículo 50, en su párrafo segundo, que dispone que “Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado..”. Es una tutela con un amplio acceso a las vías jurisdiccionales y administrativas en defensa de este derecho fundamental. Es una legitimación amplia y flexible confirmada por la jurisprudencia constitucional. Así, entre muchas otras resoluciones, ha dicho la referida jurisprudencia:

“... tratándose del Derecho al Ambiente, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión a ese derecho fundamental la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular” (resolución No. 503-99).³⁰

OBSERVACIONES FINALES

Al lo largo del proceso de análisis que ha servido de base al presente estudio sobre los roces constitucionales del TLC, la comisión ha tenido en consideración las diversas posiciones e interpretaciones en torno a la forma en que las iniciativas económicas internacionales (acuerdos y tratados), y sus beneficios potenciales, inciden sobre el margen de acción en materia política de los países, en particular los países en desarrollo, los que no pueden renunciar a la responsabilidad de procurar un equilibrio adecuado entre las políticas nacionales y los compromisos internacionales.

30 La Sala Constitucional también ha manifestado: “En el derecho ambiental, el presupuesto procesal de la legitimación tiende a extenderse y a ampliarse en una dimensión tal, que lleva necesariamente al abandono del concepto tradicional,.....” (resoluciones No. 503-94, 1886-95, 1887-95, 00644-99, entre otras).

Por una parte, cabe citar la obra reciente del profesor Dani Rodrik ³¹, en la que analiza, desde una óptica económica, los acuerdos comerciales internacionales y sus posibles efectos sobre los patrones de comportamiento de las entidades gubernamentales y de la relación de las instituciones públicas con el sector privado (empresas y personas) y con el resto del mundo. Las reformas comerciales (como las que se plantean en los tratados de libre comercio), además de instaurar nuevas reglas y expectativas respecto a la forma en que se toman y se instrumentan las decisiones de política pública, establecer nuevas restricciones y reservas a la formulación de la política económica, y modificar el esquema de ganadores y perdedores entre los agentes económicos, buscan promover una nueva visión de lo que debe entenderse por desarrollo.

Por otra parte, es importante tener en consideración la Resolución aprobada recientemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas (A/Res/61/186, de 25 de enero de 2007).³²En esa resolución, el foro mundial expresa preocupación por la estrategia que conduce a la imposición de tratados, leyes y otras formas de medidas económicas coercitivas, incluidas las sanciones unilaterales, precisamente en contra de países en desarrollo, socavando el derecho internacional y comprometiendo gravemente la libertad de comercio e inversión.

31 Dani Rodrik. Profesor de la Universidad de Harvard. Agosto 2000. "Trade Policy Reform as Institutional Reform", en "Developing Countries and the Next Round of WTO Negotiations", editado por Bernard Hoekman.

32 Asamblea General de las Naciones Unidas, A/Res/61/186, 25 de enero de 2007: "...la aparición de regímenes reglamentados en las relaciones económicas internacionales han provocado que el margen de acción de los países en el ámbito económico, es decir, el alcance de las políticas internas, especialmente en las esferas del comercio, las inversiones y el desarrollo industrial, esté ahora delimitado en muchas ocasiones por disciplinas y compromisos internacionales y por consideraciones del mercado a nivel mundial, que cada gobierno deba evaluar el equilibrio entre los beneficios de aceptar normas y compromisos internacionales y las limitaciones que supone la pérdida de margen de acción en materia de políticas, y que reviste particular importancia para los países en desarrollo que todos los países sean conscientes de la necesidad de lograr el equilibrio adecuado entre el margen de acción para las políticas nacionales y las disciplinas y los compromisos internacionales."

Esa resolución tiene sustento, tanto en el reconocimiento de la creciente interdependencia de las economías nacionales en un mundo globalizado y la aparición de regímenes reglamentados en las relaciones económicas internacionales, que han provocado que el margen de acción de los países en el ámbito económico, esté ahora delimitado por disciplinas y compromisos internacionales y por consideraciones del mercado a nivel mundial, como en la necesidad de que cada país evalúe el equilibrio entre los beneficios de aceptar normas y compromisos internacionales y las limitaciones que supone la pérdida de margen de acción para la formulación de sus políticas.

No cabe la menor duda que el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (TLC), responde a cabalidad a las apreciaciones del profesor Rodrik. En consecuencia son los cambios institucionales que provoca el TLC, entre otros, los que de manera prioritaria deben tomarse en cuenta al examinar este acuerdo que rebasa con creces lo estrictamente comercial.

Mas allá de las consideraciones de carácter económico, cuyo impacto resulta poco significativo para el crecimiento futuro del país, tal y como se desprende de los informes de la Comisión de Notables establecida durante la Administración Pacheco, la Defensoría de los Habitantes y los Consejos Universitarios de la Universidad de Costa Rica, la Universidad Nacional y el Instituto Tecnológico, las reformas que pretende el TLC violentan de una manera central la Constitución Política y el Estado Social de Derecho que se establece como su columna central, por lo que en ningún caso resultarían aceptables.

