

**RESPUESTAS A LOS SUPUESTOS
ROCES CONSTITUCIONALES DEL TLC
PLANTEADOS POR ASESORES DE LA
RECTORIA DE LA UCR**

Mayo 2007

INDICE

Introducción.....	
1. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 10 sobre arbitraje.....	2
2. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 19 en cuanto a las atribuciones de la Comisión de Libre Comercio.....	3
3. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 15 por crear una situación de incapacidad fáctica del Estado costarricense para satisfacer el derecho a la salud.....	4
4. Supuesta inconstitucionalidad de la definición de “legislación laboral” en el capítulo 16.....	5
5. Supuesta inconstitucionalidad de los compromisos de aprobar tratados y leyes y cumplir determinados requisitos en el trámite de formación de leyes.....	6
6. Supuestas inconstitucionalidades en el capítulo 9 sobre contratación pública.....	7
7. Supuestas inconstitucionalidades en el anexo 13 sobre telecomunicaciones.....	10
8. Supuesta inconstitucionalidad de ciertas condiciones de las medidas de salvaguardia.....	13
9. Supuesta inconstitucionalidad por la incorporación de reglamentos técnicos a la legislación nacional.....	13
10. Supuesta inconstitucionalidad en relación con los posibles subsidios a productos agrícolas..	14
11. Supuesta inconstitucionalidad por vulnerarse la interdicción de todo lo concerniente a materia militar.....	15
12. Supuesta inconstitucionalidad de la definición de “territorio” de Estados Unidos contenida en el anexo 2.1.....	16
13. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 12 (anexo 12.9.2, sección h) sobre compromisos de Costa Rica en materia de seguros.....	18
14. Supuesta 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 conflictos ambientales.....	18
Conclusión.....	19

Introducción

Recientemente la Universidad de Costa Rica (UCR) divulgó un documento que señala supuestos vicios de constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, Estados Unidos y República Dominicana (TLC), elaborado por una instancia denominada “Comisión especial sobre roces constitucionales del TLC” que fue designada por la Rectoría.

Con el fin de propiciar un análisis equilibrado de los contenidos del TLC y sus implicaciones a la luz de la Constitución, la Asociación para el Estudio Jurídico del TLC (Ase-TLC) coordinó la elaboración de este documento de respuesta, en el que han participado abogados especializados en diversas ramas del Derecho relacionadas con los contenidos del tratado (*). A continuación se exponen los resultados del análisis realizado.

1. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 10 sobre arbitraje

Se aduce que el capítulo 10 del TLC faculta al inversionista a recurrir al arbitraje aunque el caso envuelva autoridad pública o disposición sobre bienes o intereses públicos y bajo las reglas acordadas por gobernantes y funcionarios con el inversionista, por encima de la legislación costarricense, lo que sería contrario a la Constitución. En realidad, esa argumentación parte de una interpretación errónea de lo que dice el capítulo 10 del TLC.

Efectivamente, el inversionista de un país signatario del tratado que invierta en otro país signatario tiene la opción de recurrir a un arbitraje en ciertas disputas sobre inversión que puedan surgir entre ese inversionista y el Estado anfitrión. Ahora bien, para que una reclamación arbitral proceda, el inversionista afectado debe demostrar que el Estado demandado violó una norma sobre inversión prevista en la sección A del capítulo 10 del tratado o un acuerdo o autorización de inversión que le otorgó derechos al inversionista; asimismo, debe demostrar que sufrió daños o pérdidas y que esos daños o pérdidas fueron resultado de la violación cometida por el Estado. De estarse en todos esos supuestos y sólo así, el arbitraje cabría y se regiría por las normas previstas en el capítulo 10 del TLC y por normas internacionalmente reconocidas, como son las del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) o la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

El hecho de que el arbitraje involucre bienes o intereses públicos no lo hace inconstitucional. El Estado y los entes públicos en general ya están facultados por diversas leyes para recurrir al arbitraje (artículo 27.3 de la Ley General de la Administración Pública, artículo 27 de la Ley de Expropiaciones, artículo 18 de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos) y la Sala Constitucional ha confirmado la validez del arbitraje en asuntos de Derecho público, con la única limitación de que no implique o comprometa el ejercicio de potestades de imperio (voto 15095-05, entre otros). En el TLC, un tribunal arbitral sólo podría condenar al Estado demandado al pago de una indemnización (artículo 10.26.1), nunca a anular una ley, reglamento o acto administrativo, así es que el arbitraje se mantiene en un ámbito esencialmente patrimonial. Además, el mismo tipo de mecanismo arbitral del capítulo 10 del TLC está presente en 3 tratados de libre comercio y 14 tratados de protección de inversiones ya aprobados por el país, que fueron consultados en su momento a la Sala Constitucional sin que esta encontrara problemas de constitucionalidad (votos Nos. 7005-94, 4708-97, 4710-97,

4726-97, 0019-98, 1202-99, 1307-99, 3471-99, 1270-00, 9740-00, 9910-00, 9987-00, 10093-00, 10092-00, 12006-01, 12494-01, 7428-05).

Por otra parte, se interpreta mal el artículo 10.22 del TLC, relativo al derecho aplicable a las disputas sometidas a un arbitraje. Dicho artículo debe interpretarse razonablemente e integrado con el resto del ordenamiento jurídico, incluyendo el principio de legalidad constitucional. En nuestro medio, la Ley No. 7494 de la Contratación Administrativa (artículo 42 inciso h) y la Ley No. 7762 de Concesión de Obras Públicas (artículo 4) mandan expresamente que esos contratos se rijan por las leyes costarricenses, así es que el Estado no estaría facultado para acordar que el contrato se rija por normas distintas. Y en cuanto a las licencias, autorizaciones o permisos que otorgue el Estado, para que califiquen como “autorización de inversión” en los términos del TLC y puedan dar lugar a una disputa arbitral se requiere, entre otros factores, que hayan sido otorgados de conformidad con la legislación interna (artículo 10.28, párrafo (g) de la definición de “inversión”). En consecuencia, es falso que un arbitraje al amparo del capítulo 10 del TLC pueda regirse por reglas acordadas entre los funcionarios y el inversionista por encima de la legislación nacional aplicable.

2. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 19 en cuanto a las atribuciones de la Comisión de Libre Comercio

La Comisión de Libre Comercio no es un órgano supranacional pleno. Como lo han entendido voces autorizadas (Rubio Llorente), desde la óptica estrictamente jurídica, la supranacionalidad plena de un órgano, exige la creación de una estructura integrada por los Estados parte, quienes si bien mantienen su soberanía, deciden someterse a las decisiones que adoptan los órganos propios de dicha estructura supranacional. Tales decisiones tienen efecto directo en el territorio de los Estados y, en caso de colisión, prevalecen sobre las normas dictadas por éstos. Siguiendo a Weiler, estima Rubio Llorente, habrá supranacionalidad plena, jurídica y política, solo si se dan dos requerimientos: i.- que el órgano decisor no esté integrado por representantes de los Estados miembros; ii.- si lo está, que no actúe de acuerdo con el principio de unanimidad, sino con el de mayoría. En el caso de la Comisión de Libre Comercio, no se presenta ni una ni otra condición: estará integrada por representantes de los Estados miembros (19.1.1) y la adopción de sus decisiones, no rige el principio de la mayoría, sino más bien, el de consenso o unanimidad (19.1.5).

Tampoco es cierto que la Comisión asuma “algunas funciones privativas de los órganos superiores del Estado”. En el voto 7428-05, la Sala Constitucional validó desde el punto de vista constitucional, un órgano de características análogas, contenido en el Tratado de Libre Comercio con la Comunidad del Caribe, descartando además, que se estuviese frente a la transferencia de competencias a un ordenamiento jurídico comunitario. Se trata de un pronunciamiento que confirma la pauta jurisprudencial de ese Tribunal en la materia, sobre lo cual pueden consultarse también los votos 3471-99, 8408-00 y 8190-02.

De ningún modo la Comisión imposibilita el control de constitucionalidad. Como se ha señalado por la propia Sala Constitucional (voto 8190-02), la potestad de adoptar decisiones vinculantes para ciertos efectos por parte de la Comisión, no implica “que el Poder Judicial de Costa Rica pueda ser sustituido por la Comisión de Libre Comercio o cualquier otro órgano”. Igualmente, nada impide que las decisiones de la Comisión, que según el tratado tienen la

naturaleza de protocolos de menor rango autorizados por el artículo 121 inciso 4) párrafo tercero de la Constitución, puedan ser sometidas a control de constitucionalidad, en los términos y condiciones dispuestas al efecto por la Ley de la Jurisdicción Constitucional (art. 73 incisos a) y d).

Sobre este punto, interesa señalar que ya la Sala Constitucional se ha pronunciado en sentido diverso al planteado por los asesores de la Universidad de Costa Rica. Como se señaló en el voto 8404-00, las disposiciones de los tratados de libre comercio deben ser interpretadas conforme a la Constitución, de modo que las potestades atribuidas a estos órganos, han de ser considerados protocolos de menor rango y en los casos en que no sea así, en tanto lo decidido suponga aspectos sustanciales no autorizados expresamente en el tratado, deberán seguirse los procedimientos del Derecho interno costarricense, tesis reiterada, posteriormente, en el voto 8190-02 y que supone una sólida línea jurisprudencial en la materia, que no logra desacreditar la Universidad de Costa Rica en su ponencia al respecto.

3. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 15 por crear una situación de incapacidad fáctica del Estado costarricense para satisfacer el derecho a la salud

Desde el punto de vista jurídico, se produce una inconstitucionalidad –en este caso, de una disposición contenida en un tratado internacional- cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma con el Derecho de la Constitución. A pesar de ello, en el tema que ahora se examina, los asesores de la UCR encuentran una inconstitucionalidad más que en lo establecido en el Tratado, en la forma en que se regula en la legislación de un país extranjero la materia bajo estudio, así como sobre la base de meras especulaciones sobre efectos que podría, según su entendimiento, ocasionar el tratado.

En primer lugar, es falso que el TLC prolongue indefinidamente los plazos máximos previstos para las patentes. No hay nada en el capítulo 15 que le exija a los Estados parte del tratado modificar el plazo de 20 años actualmente vigente conforme al Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC (Acuerdo sobre los ADPIC). Lo que incluye el TLC en su artículo 15.9.6 es la posibilidad de extender el plazo de las patentes únicamente en casos de retrasos injustificados en su otorgamiento o como resultado del proceso de aprobación de comercialización en los casos de los productos farmacéuticos. Los términos de extensión no son indefinidos, ya que el TLC los deja a criterio de cada una de los Estados parte. Será en las reformas a la legislación sobre patentes que se tramitan actualmente en la Asamblea Legislativa en las que se definirá la forma en que Costa Rica cumplirá con este compromiso.

Con respecto a la protección de los datos de prueba, los asesores de la UCR parecen desconocer el hecho que Costa Rica tiene la obligación de proteger dichos datos, no como resultado del TLC, sino en virtud de las disposiciones previstas en la OMC, particularmente como resultado de las disposiciones establecidas en el artículo 39.3 del Acuerdo sobre los ADPIC. Asimismo, la Ley No. 7975 sobre Información no Divulgada refleja dicha obligación. La única variante que incluye el TLC al respecto es incluir los plazos específicos de protección, plazos que están acordes con la práctica internacional sobre esta materia.

Se incluyen en el documento de la UCR varias opiniones y especulaciones sobre los supuestos efectos del tratado en el tema de la salud. Se trata de argumentos de conveniencia y oportunidad, no propiamente jurídicos. En todo caso, es irónico que se cuestionen ciertas limitaciones establecidas respecto a los agroquímicos basándose en el derecho constitucional a la salud, cuando las tendencias actuales se orientan hacia la utilización de métodos orgánicos y naturales para la eliminación de plagas, debido precisamente a los riesgos relacionados con la salud que pueden ocasionar los agroquímicos.

Asimismo, en el caso de la protección de los datos de prueba para productos farmacéuticos, no es correcto que producirá los efectos negativos que se alegan en relación con el sistema de seguridad social costarricense. Por una parte, es importante resaltar que del presupuesto total de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), únicamente alrededor del 10% se destina a la compra de medicamentos, por lo que difícilmente este tipo de disposiciones tendría un efecto considerable sobre sus finanzas. Por otro lado, también es cuestionable que se argumente que la protección de cinco años establecida para los datos de prueba de productos farmacéuticos afectaría a los asegurados de la CCSS, cuando la CCSS dura en promedio más de cinco años en incorporar los medicamentos dentro de su lista oficial desde que los mismos son lanzados al mercado nacional. Así está claramente reflejado en la última actualización de la CCSS efectuada en el año 2007, donde se puede apreciar que el medicamento de más reciente incorporación data del año 2001. En otras palabras, si el TLC estuviera vigente en estos momentos ya el plazo de protección de los datos de prueba para esos medicamentos habría expirado, lo que demuestra que son exageradas e irrazonables las consecuencias que se le quieren atribuir al capítulo 15 del TLC.

4. Supuesta inconstitucionalidad de la definición de “legislación laboral” en el capítulo 16

La definición de “legislación laboral” que contiene el capítulo 16 del TLC, en nada afecta lo que en nuestra legislación se entiende por legislación laboral. El TLC de ninguna manera disminuye los derechos laborales en Costa Rica; al contrario, reafirma el pleno respeto por las disposiciones constitucionales y legales en materia laboral de los Estados parte.

La definición de legislación laboral que contiene el TLC busca únicamente delimitar el ámbito de aplicación del tratado con respecto a ciertos derechos laborales mínimos que los Estados parte acuerdan respetar, sin perjuicio de que cada país establezca regulaciones de mayor cobertura.

En el tratado los Estados parte reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los compromisos asumidos en virtud de la Declaración de la OIT (artículo 16.1.1). Además, expresamente se establece que “Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna...” (artículo 16.2.2). Es claro, entonces, que el TLC reafirma los derechos laborales existentes en nuestro país, por lo que jurídicamente no podría afirmarse que menoscaba esos derechos o los principios establecidos por nuestra Constitución en materia laboral.

5. Supuesta inconstitucionalidad de los compromisos de aprobar tratados y leyes y cumplir determinados requisitos en el trámite de formación de leyes

Se argumenta que sería contrario a la Constitución el compromiso que asume Costa Rica de aprobar ciertos tratados y leyes dentro de ciertos plazos previstos en el tratado. Este argumento carece de fundamento. En primer lugar, en nuestro medio los tratados internacionales debidamente promulgados tienen autoridad superior a las leyes (artículo 7 de la Constitución), por lo cual la obligación del Estado de dictar o reformar ciertas leyes para cumplir con las normas de un tratado internacional, es plenamente admisible. En segundo lugar, la Constitución expresamente contempla que la potestad legislativa puede quedar sujeta a limitaciones en virtud de compromisos asumidos mediante tratados internacionales, conforme a los principios del Derecho Internacional (artículo 105 párrafo primero).

Nótese, además, que en otros casos se han contemplado remisiones a otros tratados o compromisos de aprobar otros tratados o leyes, lo cual ha sido examinado por la Sala Constitucional sin que ésta haya encontrado problemas de constitucionalidad (voto 7004-94 sobre los Acta Final de la Ronda Uruguay y voto 7005-94 sobre el TLC Costa Rica-México, entre otros).

Se aduce también que el artículo 11.7 del TLC es contrario a la Constitución porque implicaría la obligación de que un Estado extranjero participe en la formación de leyes o regulaciones nacionales en cualquier tipo de servicios. Sin embargo, el artículo 11.7 lo que establece es una obligación general de transparencia, específicamente de que cada Estado parte mantenga mecanismos adecuados para responder a consultas de personas interesadas referentes a regulaciones que vayan a dictarse en relación con materias cubiertas por el capítulo 11 y responda por escrito, en la medida de lo posible, a los comentarios sustantivos que se reciban de personas interesadas. Esta disposición, lejos de ser inconstitucional, hace eficaz un principio fundamental del Estado democrático de Derecho, a saber, el principio de transparencia (Artículo 11 de la Constitución) que se articula mediante la participación ciudadana en la formación de las leyes y reglamentos, así como mediante el derecho de acceso a expedientes administrativos y el debido proceso, garantizados por nuestra Constitución y regulados en la Ley General de la Administración Pública y otras leyes.

Cabe aclarar también que el artículo 11.7 se aplica exclusivamente a los servicios cubiertos por el capítulo 11, no se aplica a los servicios financieros ni a otros expresamente excluidos por el artículo 11.1.4, ni en el caso de Costa Rica se aplica a telecomunicaciones porque en este tema a Costa Rica no se le aplica el capítulo 13 sino únicamente el anexo 13 del TLC. De todas maneras, tanto el capítulo 12 sobre servicios financieros como el anexo 13 sobre telecomunicaciones incluyen disposiciones específicas sobre transparencia (artículo 12.11 y párrafo IV.3, respectivamente), que son plenamente compatibles con nuestro ordenamiento jurídico al igual que el artículo 11.7.

Se aduce además que resulta inconstitucional la obligación impuesta a Costa Rica por la ley de implementación del TLC en Estados Unidos, la cual instruye al Presidente de ese país a “certificar” el cumplimiento de los compromisos previstos en el tratado para ponerlo en vigencia respecto a los demás Estados parte. Sin embargo, este asunto propio del Derecho interno de Estados Unidos, no puede ser juzgado a la luz de la Constitución de Costa Rica. Además, nada impide que en un tratado multilateral, como es el TLC, uno o varios de los Estados que lo

ratificaron primero verifiquen que los Estados que se incorporan posteriormente cumplan o hayan cumplido con los compromisos establecidos en el tratado, tomando en cuenta que los Estados deben abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado ya firmado y pendiente de aprobación; además, un tratado en vigor obliga a lo pactado en él y las partes están obligadas a cumplirlo de buena fe (artículos 18 y 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

Por ello es irrelevante jurídicamente para Costa Rica lo que disponga la ley de implementación del TLC en Estados Unidos, más aún en el caso de un tratado en el que las reservas están expresamente prohibidas. Costa Rica se rige por lo que establece el tratado firmado, no por lo que dice la legislación interna de Estados Unidos.

6. Supuestas inconstitucionalidades en el capítulo 9 sobre contratación pública

Se aduce que el capítulo 9 del TLC es inconstitucional por las siguientes razones:

- a) Porque omite consignar que corresponde a la Contraloría General de la República ejercer potestades de fiscalización y tutela en esta materia.

Para comprender en toda su dimensión las debilidades de este argumento (y de los que siguen) es necesario entender que la inclusión de un capítulo de compras del sector público en los acuerdos comerciales tiene como propósito eliminar la discriminación y promover el principio de transparencia en la contratación administrativa.

El capítulo 9 del TLC busca alcanzar este objetivo mediante la adopción de varios principios fundamentales y garantías básicas atinentes a la contratación pública, y mediante el desarrollo de algunas disposiciones de fondo que se fundamentan en esos principios fundamentales y garantías básicas. Los principios y garantías adoptados por el TLC no son ajenos al sistema de compras del sector público costarricense y, más bien, vienen a reforzar lo que ya establecen nuestra Constitución y las leyes. Esos principios son: el principio de igualdad o no-discriminación (artículo 9.2 del TLC), el principio de transparencia y publicidad (artículo 9.3 y 9.4), el principio de libre competencia o concurrencia (artículo 9.5, 9.6, 9.7 y 9.8), el principio de licitación pública (artículos 9.9 y 9.17.) y el principio de control jurídico (artículo 9.15).

Además, es importante detenerse un momento a analizar los alcances del principio de control jurídico recogido en el artículo 9.15 del TLC. Este principio, tal y como lo entiende el TLC, lo que exige es que cada Parte cuente con al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores interpongan con respecto a las obligaciones de la Parte y sus entidades con respecto al Capítulo 9 y para emitir resoluciones y recomendaciones. Asimismo, el TLC exige que las partes garanticen que, cuando la autoridad que revise inicialmente la impugnación presentada no sea esa autoridad imparcial e independiente, los proveedores puedan apelar la decisión inicial ante un órgano administrativo o judicial imparcial e independiente de la entidad contratante objeto de la impugnación (artículo 9.15.1).

Adicionalmente, exige que esa autoridad imparcial e independiente deba poder tomar medidas precautorias mientras se encuentre pendiente de resolución la impugnación respectiva,

incluyendo la posibilidad de suspender la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato ya adjudicado (artículo 9.15.2). Además, los procedimientos de revisión deben estar disponibles en forma escrita al público y la Parte debe asegurarse que sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con los principios del debido proceso (artículo 9.15.3). Igualmente, debe garantizar que los documentos relacionados con la impugnación de una contratación estén a disposición de la autoridad imparcial establecida (artículo 9.15.4) y que la entidad contratante contestará por escrito el reclamo del proveedor (artículo 9.15.5).

Finalmente, la Parte debe asegurar que la autoridad imparcial establecida brinde a los proveedores lo siguiente: plazo suficiente para preparar y presentar las impugnaciones escritas, el cual no podrá ser inferior a diez días calendario luego de que el fundamento del reclamo es o debió ser conocido por el proveedor; oportunidad de revisar los documentos relevantes y ser escuchados de manera oportuna; oportunidad de contestar la respuesta de la entidad contratante al reclamo del proveedor; y la entrega sin demora y por escrito de conclusiones y recomendaciones con respecto a la impugnación, junto con los fundamentos de la decisión (artículo 9.15.6). Asimismo, la Parte debe garantizar que la interposición de una impugnación no perjudicará su participación posterior en licitaciones en curso o futuras (artículo 9.15.7).

Es decir, resulta evidente que, contrario a lo que erróneamente asumen los objetantes, el TLC lo que pretende es que los países garanticen la existencia de controles administrativos y jurisdiccionales. Como se sabe, el régimen costarricense contempla ya la posibilidad de que al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial e independiente de sus entidades contratantes revise las impugnaciones que los proveedores interpongan, según exige el artículo 9.15.1 del TLC, por lo que existe una plena compatibilidad entre lo que dispone el TLC y el ordenamiento jurídico costarricense.

Ciertamente el TLC no hace referencia a los órganos, competencias o procedimientos específicos que cada país deberá tener en vigor con el fin de cumplir con estas obligaciones. Es decir, cada Parte tiene la posibilidad de organizarse internamente como bien le parezca, en el tanto cumpla con las disposiciones de fondo del TLC. Esa es la razón, precisamente, por la que no hay necesidad de que el TLC haga referencia expresa a las potestades de control y tutela de la Contraloría General en esta materia. Así, dichas potestades quedan intactas con el TLC, como quedaron intactas también las de los órganos de control internos de las otras Partes suscriptoras.

- b) Porque en la “Ley Orgánica de la Contraloría General de la Republica” no se incluyó como Medida Disconforme, lo que refuerza la exclusión del ente contralor del Estado Costarricense.

Este argumento obedece a un entendimiento erróneo del objeto y alcances de las “medidas disconformes” en un acuerdo de libre comercio y, específicamente, en el TLC. En efecto, hay que entender, en primer término, que dichas medidas tienen que ver exclusivamente con los capítulos sobre servicios e inversión del TLC, los cuales establecen los principios aplicables en estos dos campos. La aplicación de estos principios tienen dos excepciones: la primera se refiere a aquellos sectores o actuaciones estatales expresamente excluidos en cada uno de esos capítulos. La segunda, tiene que ver con aquellas disposiciones (leyes o decretos) domésticas que son contrarias a las obligaciones generales adquiridas en dichos capítulos del TLC pero que, sin embargo, las Partes decidieron que podían seguir vigentes luego de la

entrada en vigor del acuerdo. Las “medidas disconformes” son, entonces, estas disposiciones domésticas que, aunque contrarias a las obligaciones generales (principios) asumidas en los capítulos de inversión y servicios del TLC, podrán continuar vigentes.

Por la razón anterior es que no es necesario ni procedente incluir en la lista de “medidas disconformes” toda la legislación nacional, sino exclusivamente aquellas disposiciones que cumplen con el requisito indicado (es decir, que sean disconformes con alguna de las obligaciones generales asumidas en los capítulos de inversión y servicios). Y esa es la razón también por la que Ley Orgánica de la Contraloría General de la República no se incluyó como “medida disconforme”. No había necesidad de hacerlo porque dicha legislación no es contraria a ninguna de las obligaciones asumidos por el país en los capítulos de inversión o servicios.

- c) Porque se establece que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede anular contratos, aún los viciados de nulidad absoluta.

En ninguna parte del Capítulo 9 del TLC se establece que la jurisdicción contencioso-administrativa no pueda anular contratos, aún los viciados de nulidad absoluta. De hecho, esa jurisdicción no se ve en nada afectada por el TLC. Todo lo contrario, la única disposición relevante en esta materia es la que dispone que cada Parte deberá contar con al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones que los proveedores interpongan.

Es decir, nuevamente, los objetantes parecen ignorar cuál es el propósito de este capítulo y pasan por alto cuál es el interés de los Partes suscriptoras del acuerdo, esto es, garantizar la no discriminación y la transparencia en las compras del sector público. Por eso, contrariamente a lo que aducen, el TLC más bien exige que los países cuenten con mecanismos de control imparciales e independientes, dejando que sean los respectivos ordenamientos jurídicos los que se encarguen de definir exactamente cuales son los órganos, competencias y procedimientos que llevarán a cabo dicho control.

- d) Porque la “Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa” no fue incluida como Medida Disconforme en el TLC, excluyéndose así este control jurisdiccional en la contratación administrativa.

Como se explicó, en modo alguno el TLC excluye el control jurisdiccional en la contratación administrativa. La única razón por la que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se incluyó como “medida disconforme” es porque solo se deben incluir como tales aquellas disposiciones domésticas que, aunque contrarias a las obligaciones generales (principios) asumidas en los capítulos de inversión y servicios del TLC, podrán continuar vigentes. La legislación indicada no es contraria a ninguna obligación adquirida en el TLC y, en consecuencia, seguirá teniendo plena validez una vez que el TLC entre en vigencia.

- e) Porque en el TLC se favorece la contratación directa en perjuicio de la licitación pública. A partir de dos conceptos tan imprecisos y extensos como “servicios adicionales” y “documentación original”, se burla el procedimiento de la licitación pública de forma contraria al artículo 182 de la Constitución y la abundante jurisprudencia constitucional al efecto.

Este argumento parte de la premisa equivocada de que el capítulo 9 del TLC lo que pretende es favorecer la contratación directa. Lo cierto es lo contrario. El TLC establece el principio general de que los contratos públicos deben ser adjudicados a través de procedimientos de licitación abiertos, esto es, a través de procedimientos distintos al de la contratación directa y que sean consistentes con las disposiciones del Capítulo 9 (artículos 9.9 y 9.17.).

Así, contrario a lo que afirman los objetantes, el TLC, más bien, lo que busca es evitar que los países abusen del mecanismo de la contratación directa, precisamente porque ello contradice el objetivo buscado con la inclusión de este capítulo en el TLC: la no discriminación y la transparencia en la contratación pública. Ciertamente, las partes suscriptoras del TLC estuvieron anuentes a permitir que los países pudieran recurrir excepcionalmente al procedimiento de contratación directa en algunos supuestos. Pero esta posibilidad, sin embargo, es un derecho otorgado a los países, no una obligación. Es decir, Costa Rica –o cualquier otra Parte- tiene derecho, si así lo considerase conveniente, a contemplar en su legislación interna los supuestos de excepción a la licitación pública que señala el TLC pero no está de ningún modo obligada a tenerlos todos o siquiera uno de ellos. Por otro lado, si el país decide mantener o contemplar supuestos de excepción en su legislación interna, esos supuestos no podrán exceder los límites señalados en el TLC.

De esta manera, queda claro que el capítulo 9 del TLC es totalmente conforme con el artículo 182 constitucional y la abundante jurisprudencia constitucional y que más bien contiene normas que hacen eficaces esas fuentes del Derecho de la Constitución.

7. Supuestas inconstitucionalidades en el anexo 13 sobre telecomunicaciones

Se afirma en el documento de los asesores de la UCR que *“El Anexo 13 sobre los compromisos de Costa Rica en Telecomunicaciones contraviene los artículos 33, 34, 50, 74 y 182 de la Constitución Política”*. Esa afirmación parte de presupuestos incorrectos, como se analiza a continuación.

- a) Sobre una supuesta inconstitucionalidad por la asignación de licencias directamente a proveedores, sin que medien procedimientos licitatorios o concursales.

En relación con este cuestionamiento, el documento de cita señala que el inciso IV.4 del anexo 13 resulta contrario al artículo 182 de la Constitución y normas derivadas, pues *“...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...”*

En relación con esta interpretación, es importante tener en consideración, en primera instancia, que el inciso IV.4 del anexo 13 no excluye ni es incompatible con la aplicación del procedimiento licitatorio o concursal cuando se trata del otorgamiento de concesiones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico. Dicho inciso señala, de manera literal, el compromiso de Costa Rica de emitir *“...licencias directamente a los proveedores del servicio para el uso del espectro de conformidad con el inciso 121, inciso 14 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.”*

La referencia que se hace a la emisión de licencias “directamente” a los proveedores de servicios de telecomunicaciones, no tiene que ver con el procedimiento de contratación, sino con la posibilidad de que dichos proveedores accedan a una concesión para utilizar el espectro sin que se les obligue a utilizar concesiones de espectro otorgadas a otros suplidores de telecomunicaciones para poder ofrecer sus servicios – como ocurre en la actualidad para los servicios de Internet. Tanto es así que se hace referencia expresa al artículo 121 inciso 14) de la Constitución, según el cual existen dos posibles vías para el otorgamiento de concesiones de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, a saber: el otorgamiento por medio de la Asamblea Legislativa de una concesión especial, o bien, el otorgamiento por medio de los procedimientos defina una ley marco especialmente dictada para la materia.

Como parte del esfuerzo de implementación de estos compromisos del anexo 13, actualmente se discute en la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley General de Telecomunicaciones, en la que se define el procedimiento que ha de seguirse para el otorgamiento de concesiones de uso de frecuencias del espectro radioeléctrico. Dicho proyecto de ley establece claramente que es el concurso público el procedimiento que resultará aplicable en estos casos, conforme lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional. Por lo tanto, es falso que el pretenda obligar al Estado costarricense a la asignación de licencias por medio de procedimientos incompatibles con el artículo 121 inciso 14) de la Constitución Política.

- b) Sobre una supuesta inconstitucionalidad por discriminación en contra el ICE en la estructura de costos de un mercado en competencia.

Se señala equivocadamente en el documento que se analiza, que de conformidad con los compromisos asumidos en materia de interconexión en el Anexo 13, “...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 (...) 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.”

En relación con este tema, el documento de los asesores de la UCR incurre en un error conceptual grave: confunde lo que son los servicios de telecomunicaciones con los servicios de información; es más, parece considerar a los servicios de información como una subcategoría de los primeros.

Al respecto, hay que tener presente que precisamente el propósito del numeral IV.7 del anexo 13 es diferenciar el tratamiento que se dará a dos tipos de servicios totalmente distintos aclarando su régimen regulatorio. A diferencia de los servicios de telecomunicaciones —los cuales se exige se ofrezcan al público en general— los servicios de información —servicios que generan, almacenan o procesan información y que utilizan las telecomunicaciones únicamente como medio de transporte—, no se encuentran sujetos a esa obligación. Esta es la razón por la que el inciso IV.7 establece que para este tipo de servicios Costa Rica no podrá exigir a una empresa suministrar servicios al público en general ni justificar sus tarifas de acuerdo a sus costos y que registre sus tarifas para tales servicios.

Finalmente, cabe señalar que de conformidad con la nota al pie N° 9 del anexo 13, le corresponde a Costa Rica el definir qué es un servicio de información para efectos de determinar cuando opera este tratamiento diferenciado.

- c) Sobre una supuesta inconstitucionalidad del condicionamiento del suministro de los servicios de telecomunicaciones por proveedores de otras partes, conforme a la legislación vigente al 27 enero de 2003 (retroactividad en menoscabo del ICE).

Se señala que 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, con lo que supuestamente *“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 vista de lo anterior el documento concluye que *“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.”*

En relación con este cuestionamiento, es necesario afirmar que el documento en estudio parte de una errónea comprensión de lo que implica el principio de consolidación del nivel de acceso a mercado, así como de los efectos que este compromiso tiene para Costa Rica.

En este sentido, es importante aclarar que dicho principio, como su nombre lo indica, se encuentra referido al tema de acceso a mercado, y en concreto, se relaciona únicamente con el nivel de monopolio existente en el mercado de que se trate al momento de inicio de las negociaciones.

En el caso del mercado de telecomunicaciones de Costa Rica, el numeral III.1. del anexo 13 implica, únicamente, la obligación de no extender el régimen de monopolio existente en materia de telecomunicaciones a servicios que ya estén abiertos a la competencia conforme a la legislación costarricense vigente a la fecha en que se iniciaron las negociaciones del TLC, a saber, el 27 de enero del 2003. En aplicación de este principio, no se puede “ir para atrás” en el proceso de acceso al mercado para más bien “cerrar” más el sector y extender el monopolio mas allá del alcance existente al momento en que la negociación se inició. Este es el único efecto legal de esta obligación de consolidación de nivel de acceso a mercado.

El numeral III.1 del anexo 13 no tiene relación alguna con los procedimientos aplicables para obtener las concesiones para el uso de frecuencias del espectro radioeléctrico. Sobre el tema del espectro, el anexo 13 se refiere únicamente al artículo 121 inciso 14) constitucional, según se explicó anteriormente. El principio del numeral III.1 del anexo 13 tampoco limita las

potestades soberanas del Estado para regular el mercado, como es el caso del pago de cánones por uso del espectro radioeléctrico, entre otros.

Por otro lado, conviene señalar que el utilizar la fecha del inicio de las negociaciones como parámetro para la consolidación del nivel de acceso al mercado es usual en toda negociación comercial y su uso se fundamenta en el principio de la buena fe de las negociaciones. Lo anterior por cuanto si no se utilizara este principio, durante el proceso de negociación una Parte podría deliberadamente cambiar las condiciones de acceso existentes con el objeto de alterar artificialmente el valor de cualquier concesión que se conceda en el proceso de negociación.

8. Supuesta inconstitucionalidad de ciertas condiciones de las medidas de salvaguardia

El fin principal de un tratado como el TLC, es establecer una zona de libre comercio entre las partes, de manera que lo que se busca es eliminar o reducir progresivamente las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio entre los países signatarios. Dentro de ese contexto, las medidas de salvaguardia son medidas de emergencia, de carácter temporal, que tienen como objetivo primordial facilitar el ajuste de las industrias domésticas cuya existencia se vea amenazada por el ingreso de importaciones masivas de productos similares o directamente competidores. Por ello, es lógico y razonable que existan ciertas limitaciones a la aplicación de medidas de salvaguardia, como las que contiene el TLC y otros tratados de libre comercio anteriores, porque de lo contrario podrían convertirse en un medio de frustrar o impedir uno de los fines esenciales del tratado.

En todo caso, el análisis de los asesores de la UCR sobre esta materia es parcial e incompleto, ya que no toman en consideración las disposiciones establecidas en el artículo 8.6 del TLC, según el cual los Estados parte conservan sus derechos y obligaciones de conformidad con el Artículo XIX del GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC. De acuerdo con esta disposición, el TLC le brinda a las ramas de producción locales la opción de activar las medidas de salvaguardia basadas en el tratado, o bien acudir a las medidas de salvaguardia globales con base en los acuerdos indicados de la OMC. En este último caso, las disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardia señalan la posibilidad de que las medidas de salvaguardia sean aplicables por períodos de tiempo superiores a los señalados por las medidas de salvaguardia del TLC y sin ninguna limitación con respecto al número de veces que podrían solicitarse las investigaciones correspondientes. La única limitación al respecto la encontramos en el párrafo 3 del artículo 8.6 del TLC, el cual impide la aplicación simultánea de una medida de salvaguardia bilateral o una medida de salvaguardia global, pero es claro que las ramas de producción locales tienen la opción de aplicar cualquiera de estas alternativas de protección comercial.

9. Supuesta inconstitucionalidad por la incorporación de reglamentos técnicos a la legislación nacional

Los esquemas regulatorios de los países tienden a tomar en cuenta cada vez más los requerimientos del intercambio comercial y una forma de facilitar ese intercambio es promover la equivalencia en los reglamentos técnicos de los países, particularmente de aquellos países que conforman una zona de libre comercio. El aspecto de "equivalencia" está contenido en el

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, de la cual Costa Rica es país miembro, cuyo artículo 2.7 establece que *“los Miembros considerarán favorablemente la posibilidad de aceptar como equivalentes reglamentos técnicos de otros Miembros aun cuando difieran de los suyos, siempre que tengan la convicción de que esos reglamentos cumplen adecuadamente los objetivos de sus propios reglamentos”*.

Es claro que este principio no implica la incorporación automática de leyes o reglamentos extranjeros al ordenamiento jurídico nacional, ya que cada país mantiene vigente y en aplicación su legislación interna en cuanto a reglamentación técnica y cualquier regulación extranjera que se acepte como equivalente debe emitirse y promulgarse de acuerdo con las normas del Derecho interno. Pero esto con la ventaja para los sectores productivos nacionales, que si se desea exportar un determinado producto a otro país y la reglamentación técnica nacional aplicable es equivalente con la del país importador, entonces no será necesario cumplir adicionalmente con normas técnicas distintas de ese país, facilitando a los productos costarricenses el acceso a otros mercados.

En Costa Rica el sistema regulatorio ha venido evolucionando desde la promulgación de la Ley del Sistema Nacional para la Calidad en el año 2002, la cual establece y ordena el procedimiento de emisión de los reglamentos técnicos. Para que sea válido y aplicable, todo reglamento técnico debe cumplir con los procedimientos establecidos en dicha legislación y lo mismo se aplica a cualquier reglamento técnico extranjero que quiera adoptarse en nuestro país. Nada en el artículo 7.6 del TLC cambia eso y la interpretación según la cual ese artículo podría permitir la incorporación automática de reglamentos técnicos extranjeros es totalmente impropio.

La interpretación que hacen los asesores de la UCR sobre los alcances de esta disposición es tan irrazonable que implicaría, por ejemplo, que un reglamento técnico promulgado por Nicaragua sería automáticamente aplicable en los EE.UU. Obviamente eso no es lo que pretenden los Estados parte ni lo que dispone el TLC.

10. Supuesta inconstitucionalidad en relación con los posibles subsidios a productos agrícolas

Se aduce que el TLC le permitiría a Estados Unidos entrar en los mercados de los otros Estados parte con productos agrícolas subsidiados, dejando en condición desfavorable a los productores nacionales. Este argumento es impropio, por las siguientes razones:

En primer lugar, debe aclararse que existen dos tipos de subsidios que un gobierno puede otorgar a los productores de su país: subsidio a la exportación y subsidio a la producción. En el caso del primero, el otorgamiento del subsidio está condicionado a la venta del producto en el extranjero; no así en el caso del segundo. El TLC dispone expresamente que los países suscriptores del TLC deberán abstenerse de otorgar subsidios a la exportación, por lo que EE.UU. tiene la obligación de eliminar este tipo de apoyos a cualquier producto agrícola que venda en Centroamérica. Así se establece expresamente en el artículo 3.14 del tratado.

Por otra parte, hay que distinguir cuáles son los productos agrícolas a los que EE.UU. otorga subsidios a la producción para determinar el efecto de éstos en la agricultura costarricense.

Entre ellos destacan algodón, arroz, avena, cebada, maíz amarillo, maní, sorgo, soya y otras oleaginosas y trigo. Con base en ello, y dada la realidad productiva de Costa Rica, el impacto de los subsidios que EE.UU. otorga a esos productos sobre la agricultura costarricense es positivo o neutro, en la mayoría de los casos y, básicamente, sólo en uno de ellos, arroz, podría presentar un riesgo.

En efecto, Costa Rica no produce maíz amarillo, ni soya, ni trigo. Por esa razón, se beneficia al comprar estos productos más baratos a EE.UU. Esto no sólo es ventajoso para el consumidor, sino también para el propio productor agropecuario o alimenticio costarricense que utiliza estos productos como materia prima de su propia producción. En los otros casos, como avena o maní, el subsidio no tiene mayor impacto, pues Costa Rica ni produce ni es un gran comprador de esos productos.

Ahora bien, en el caso de los productos sensibles que se desgravan y reciben algún tipo de apoyo a la producción, como es el caso de arroz, el TLC dispone que la protección que el arroz recibe hoy se va a mantener prácticamente inalterada durante casi 20 años. Además, el TLC dispone que si en ese momento, dentro de 20 años, los subsidios estadounidenses persisten, entonces las Partes podrán decidir prorrogar el mecanismo de salvaguardia especial agrícola establecido en el tratado, tal y como lo dispone el artículo 3.15 del TLC.

Finalmente, debe señalarse que, además de lo anterior, el país puede aplicar también derechos compensatorios si un aumento en las importaciones llegare a causar un daño a la producción nacional, de conformidad con las reglas del sistema multilateral de comercio. Esta posibilidad esta claramente reflejada en el artículo 8.8 del TLC, en la sección denominada "Antidumping y derechos compensatorios".

Por todo lo anterior, es improcedente argumentar que existiría una discriminación en contra de lo establecido en los artículos 33 y 50 de la Constitución Política. Recuérdese que de conformidad con las reglas del sistema multilateral de comercio, la mayoría de los países subsidian de una u otra forma a sus productores, incluyendo nuestro país.

11. Supuesta inconstitucionalidad por vulnerarse la interdicción de todo lo concerniente a materia militar

La interpretación realizada sobre el anexo 3.3 del TLC relativa al alcance y aplicación del programa de desgravación arancelaria no es correcta. Dicho anexo se limita únicamente a establecer los aranceles de importación que pagarían cada uno de los productos listados al ingresar al país. Hay que tener presente que la aplicación de dicho listado está sujeta a que cada uno de esos productos cumpla con los requisitos establecidos por la legislación interna, la cual será la que al final de cuentas determine si el producto puede importarse y comercializarse en el país y bajo qué condiciones ello puede hacerse.

En el caso particular de la importación de armas, las mismas están sujetas al cumplimiento de los requisitos de importación establecidos en las notas técnicas correspondientes a cada partida arancelaria, notas que son de acatamiento obligatorio. Es así como, por ejemplo, respecto a aquellas armas catalogadas como permitidas de conformidad con la clasificación establecida en la Ley No. 7530 de Armas y Explosivos, las notas técnicas números 70, 71 y 72

exigen contar con el permiso de importación extendido por el Departamento de Control de Armas y Explosivos del Ministerio de Seguridad Pública. En el caso de las armas catalogadas como prohibidas por la Ley anteriormente citada, la nota técnica 73 expresamente establece la prohibición de importarlas.

Es importante resaltar que las disposiciones establecidas en el anexo 3.3 del TLC se limitan al tratamiento arancelario de los productos listados, en otras palabras, se limita a establecer en conjunción con la legislación interna, los requisitos de importación y comercialización de cada uno de los productos. Las condiciones de fabricación son totalmente ajenas al programa de desgravación arancelaria y al TLC, por lo que es errónea la apreciación de los asesores de la UCR de que el TLC permite la fabricación de armamento militar. El TLC ni permite, ni prohíbe, ni se refiere a la posibilidad o no de producir armas en el país pues se trata de un asunto ajeno al TLC y del resorte exclusivo de la legislación interna de cada Parte. La Ley de Armas y Explosivos ya impide de por sí la fabricación de armas prohibidas, dentro de las cuales se encuentran las ametralladoras, granadas, morteros, bazucas, tanques, vehículos de guerra, etc. Además, si se quisiera ampliar o complementar dicha lista o incluso prohibir la fabricación de armas actualmente permitidas como pistolas y revólveres, nada en el TLC impediría hacerlo con base en las disposiciones del artículo 21.2 relativo a la excepción de “Seguridad Esencial”.

Finalmente, resulta errónea la interpretación de los asesores de la UCR de decir que al no incluirse la Ley de Armas y Explosivos dentro de las medidas disconformes del TLC, esto significa que las prohibiciones establecidas en esta Ley desaparecen. La no incorporación de dicha Ley dentro de las medidas disconformes se explica simplemente por el hecho de que no existe ninguna incompatibilidad entre lo dispuesto por esta Ley y el TLC por lo que resultaba innecesario incorporarla como una medida disconforme. Al no ser una medida disconforme con las disposiciones pertinentes del TLC, la Ley de Armas y Explosivos se aplicaría en su totalidad conjuntamente con el TLC, por lo que las prohibiciones establecidas con respecto a la fabricación de armas prohibidas se mantienen.

12. Supuesta inconstitucionalidad de la definición de “territorio” de Estados Unidos contenida en el anexo 2.1

Se aduce que la definición de “territorio” de Estados Unidos contenida en el tratado podría ser contraria a los artículos 5, 6 y 7 de la nuestra Constitución, lo cual es incorrecto.

Todo tratado de libre comercio contiene normalmente definiciones de territorio cuyo propósito fundamental es determinar con claridad el ámbito de aplicación del acuerdo en cuestión entre las Partes signatarias del mismo. No se trata, por su medio, de modificar los límites territoriales de los Estados firmantes sino de garantizar que las normas, disciplinas, derechos y obligaciones que en él se consignan sean los que rijan las relaciones comerciales entre los Estados firmantes y que sean de aplicación obligatoria en sus respectivos territorios, según cada Estado parte defina el suyo en el tratado de cuestión. Estas definiciones permiten, por ejemplo, determinar si una mercancía es “originaria del territorio” de un país miembro y por tanto, acreedora de trato arancelario preferencial a la hora de ingresar al territorio de otro país miembro.

En este sentido, en su resolución 7428-05 sobre el Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe, la Sala Constitucional dispuso:

“[U]na definición de territorio es importante, en tanto éste constituye el espacio físico –terrestre, marino y aéreo- sobre el que se proyecta la soberanía o jurisdicción de un Estado y en el que se ostenta, el derecho exclusivo a ejercer sus funciones. Sin embargo, esto hay que contextualizarlo en la naturaleza del Convenio que se estudia, en este caso un Tratado Comercial, que regula el libre comercio, no de modificación de límites políticos o fronterizos (el subrayado es nuestro)”.

Dicho en otras palabras, la razón por la cual se incorporan definiciones de territorio en los tratados de libre comercio obedece simplemente a la necesidad de clarificar el espacio sobre el cual sus reglas resultan de aplicación.

La supuesta inconstitucionalidad que se señala tiene que ver con la definición de territorio de Estados Unidos. Esta argumentación se divide en dos partes:

a) En primer término, en el documento elaborado por la Universidad de Costa Rica se dice que “si Estados Unidos implementara su concepto de territorio (aceptado por Costa Rica, según el Anexo 2.1) se daría implícita autorización, para que se usufructúe sin restricción 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.”

Si bien Estados Unidos no es parte aun de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Mar, la definición de “territorio” de Estados Unidos contenida en el TLC remite claramente al Derecho internacional y la citada Convención es una codificación del Derecho internacional consuetudinario. Además, en el Derecho interno de Estados Unidos se ha incorporado claramente el concepto de zona económica exclusiva reconocido por el Derecho internacional (proclamación presidencial No. 5030 de 10 de marzo de 1983 y *Public Law* 94-265). Por otra parte, tanto Costa Rica como Estados Unidos aceptaron recíprocamente la definición de territorio incluida por cada uno de ellos en el anexo 2.1 del TLC y la definición de Costa Rica claramente incluye el concepto de zona económica exclusiva previsto en el artículo 6 de nuestra Constitución, sin que ninguna de las definiciones prevalezca sobre la otra.

b) En segundo término, se señala falsamente que la aceptación de la definición de “territorio” de Estados Unidos implica que Costa Rica estaría admitiendo una variación indirecta de su territorio, dado que *“[e]n 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”*. Esta argumentación es errónea. Lo que establece el artículo 29 de la Convención de Viena es que *“[u]n 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.”* Esto significa, tal y como la misma Sala Constitucional ha señalado (voto 7428-05), que las Partes pueden pactar el ámbito territorial para los efectos de la aplicación de un tratado, pero ello no implica una modificación de los límites territoriales, ni esto se desprende de la citada disposición de la Convención de Viena.

13. Supuesta inconstitucionalidad del capítulo 12 (anexo 12.9.2, sección h) sobre compromisos de Costa Rica en materia de seguros

Se alega que los seguros mercantiles pueden ser desmonopolizados por votación calificada y que los seguros de riesgos laborales y obligatorios de vehículos sólo pueden desmonopolizarse mediante una reforma constitucional. Estas afirmaciones son incorrectas por las siguientes razones:

- La Constitución Política requiere mayoría calificada únicamente para la creación de *nuevos* monopolios a favor del Estado, pero no para su eliminación (artículo 46 párrafo cuarto). Por lo tanto, el TLC no requiere que esa disposición constitucional se reforme ni involucra su aplicación.

- El TLC no requiere modificar la naturaleza de los seguros de vehículos y riesgos del trabajo, los cuales seguirán siendo obligatorios y universales.

- Ninguna norma de la Constitución Política regula un monopolio para los seguros de riesgos laborales y obligatorios de vehículos, por lo que no hay reforma constitucional que se requiera para desmonopolizarlos.

- Ninguna norma de la Constitución Política contempla el monopolio de seguros.

- La Constitución Política establece el carácter de institución autónoma de “las instituciones aseguradoras del Estado” –sin hacer referencia específica al INS-. El TLC demanda la modernización del INS, pero no requiere que pierda ni se modifique su condición de institución autónoma, por lo que tampoco esa norma constitucional requeriría reforma o resultaría vulnerada con el TLC.

- El tratado expresamente señala que los compromisos en seguros no afectarán de ninguna manera al régimen de seguridad social ofrecido por la CCSS (nota al pie No. 29 del Anexo 12.9.2 sección H).

- El TLC no requiere reformar la Ley de Bomberos ni la estructura, operación y financiamiento actual del Cuerpo de Bomberos. Los compromisos asumidos por Costa Rica en el tratado no tienen ningún efecto ni incidencia negativa en el Cuerpo de Bomberos de Costa Rica, sino que la regulación de ese tema, incluyendo las fuentes de financiamiento, depende del Derecho interno.

14. Supuesta 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 conflictos ambientales.

Contrariamente a lo que presumen los asesores de la UCR, el compromiso fundamental del TLC en materia ambiental es precisamente promover el cumplimiento de la legislación ambiental de cada una de las Partes y que no dejarán de aplicarlas en aras de favorecer el comercio. De hecho, según el TLC, en aquellos casos que se verifique un incumplimiento de este compromiso a través del mecanismo de solución de controversias del tratado, la Parte que

incumpla se vería sujeta a sanciones de índole monetaria que serían incluso reinvertidas en la solución al problema que originó la falta de aplicación de la legislación ambiental. De ninguna manera podría interpretarse una subordinación del tema ambiental al comercial en el sentido que se estaría menoscabando la protección al medio ambiente. Todo lo contrario, lo que se pretende es precisamente garantizar una protección ambiental efectiva. De esta forma se estarían ampliando los mecanismos de protección ambiental previstos en el artículo 50 de la Constitución Política.

Por otra parte, es falsa la afirmación de que el Consejo de Cooperación Ambiental tiene facultades de recomendación de solución de controversias y que pueda dictar acuerdos de acatamiento obligatorio en materia ambiental en detrimento de la autonomía municipal. De conformidad con el artículo 17.5 del TLC, las competencias de dicho Consejo se limitan a supervisar la implementación del capítulo ambiental del TLC y a considerar el estado de las actividades de cooperación desarrolladas de acuerdo con el Acuerdo de Cooperación Ambiental entre los gobiernos de Estados Unidos, Costa Rica, República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Dentro de estas competencias se menciona incluso el fomento de la participación pública en las labores propias del Consejo.

Finalmente, con respecto a los cuestionamientos sobre el artículo 17.3 del TLC, no podría considerarse que es contrario a los intereses difusos o acciones populares, ya que lo que se pretende es establecer un mínimo de derechos que los Estados parte del TLC deben garantizar en materia ambiental. El TLC no es, de ninguna manera, un impedimento para que las Partes vayan más allá en garantizar y ampliar la justicia ambiental.

Conclusión

El documento de los asesores del Consejo Universitario de la UCR sustenta sus argumentaciones de inconstitucionalidad en interpretaciones erróneas del texto y espíritu del TLC. Asimismo, abunda en criterios de oportunidad y conveniencia de sus autores sobre los supuestos efectos del tratado para el país, las cuales son discutibles y claramente insuficientes para fundamentar, desde un punto de vista jurídico, vicios de inconstitucionalidad.

Desde el primer tratado de libre comercio que le fue consultado, la Sala Constitucional estableció claramente que una cosa es la discusión sobre la conveniencia o no de un tratado y otra el análisis de constitucionalidad.

Dijo la Sala:

*“En el caso del Tratado que ahora analizamos, la cuestión constitucional no se presenta clara, no obstante la profusa literatura y publicaciones generales que acerca de él se disponen. Muchas cosas se leen o escuchan en relación con la materia que regula. Cosas positivas y negativas, ventajas y desventajas, pros y contras. Y no se presenta clara, agregamos, porque **cosas positivas atribuibles a un tratado, no necesariamente significan cosas constitucionalmente legítimas, ni por el contrario, que lo negativo que de él se predique sea a la vez inconstitucional**, para apenas referirnos a dos tipos de criterios aducidos con relación a un mismo tratado como este de Libre*

Comercio con México. La Sala debe centrar su análisis en la materia estrictamente constitucional, de modo que su opinión deje de lado los criterios de mera conveniencia u oportunidad, generalmente envueltos en una sola discusión, cuando se trata de proyectos de tan vasto alcance” (voto 7005-94).

Partiendo de esta y otras consideraciones, la Sala avaló la constitucionalidad del Tratado de Libre Comercio Costa Rica-México y posteriormente avaló la constitucionalidad de todos los demás tratados de libre comercio que ha aprobado el país, los cuales desde el punto de vista jurídico son muy similares al TLC con Estados Unidos (votos 3471-99, 8404-00, 8190-02 y 7428-05). Todo esto confirma que las apreciaciones de los asesores de la UCR en relación con el TLC no son coincidentes con la jurisprudencia constitucional sobre la materia.

* Colaboraron en la elaboración de este documento los abogados Esteban Agüero, Alejandra Aguilar, Irene Arguedas, Marianella Arias, Francisco Chacón Bravo, Francisco Chacón González Roberto Echandi, Luis Adolfo Fernández, Neftalí Garro, Gustavo Guillén, Rubén Hernández Valle, Vicente Lines, Aldo Milano, Fernando Ocampo, Luis Ortiz, Alejandro Pignataro, Eric Scharf, Ronald Saborío, Edgar Tenorio, Alan Thompson, Nelly Vargas, Manuel Ventura y Fabián Volio.