

Informe de Comisión Especial:

Análisis del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos

Elaborado por:

Magistra Patricia Rodríguez Hölkemeyer
Doctor Manrique Jiménez Meza
Doctor Manuel María Murillo Castro
Doctora Margarita Bolaños Arquín
Doctor Juan Manuel Villasuso Estomba
Magistra Mercedes Muñoz Guillén
Ingeniero Ismael Mazón González
Magistra Xinia Picado Gättgens
Magistra Mercedes Muñoz Guillén
Miguel Ángel Guillén Salazar
Doctora Olimpia López Avendaño (Coordinadora)

Setiembre, 2004

Tabla de Contenidos

Tabla de Contenidos	1
Agradecimientos	2
Introducción	3
Primera Parte: Reflexiones en torno a algunos elementos contenidos en diversos capítulos del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos.	4
Capítulo II. Definiciones generales	4
Capítulo III. Trato nacional y acceso de mercancías	5
Capítulo V. Administración aduanera.....	5
Capítulo VI. Medidas sanitarias y fitosanitarias	6
Capítulo VIII. Defensa comercial	6
Capítulo IX. Contratación Pública	6
<i>En los contratos de obra pública.....</i>	7
<i>Omisión de aspectos básicos de la contratación pública.....</i>	7
<i>El arbitraje.....</i>	7
<i>La imposibilidad del Estado de ser demandante en una controversia.....</i>	8
Capítulo X. Inversión.....	8
Capítulo XI. Comercio transfronterizo.....	9
<i>Materia de seguros</i>	9
Capítulo XII. Servicios financieros	10

Capítulo XIII. Telecomunicaciones.....	10
Capítulo XV. Derechos de propiedad intelectual	11
Capítulo XVI. Laboral.....	11
Capítulo XVII. Ambiental.....	12
Capítulo XVIII. Transparencia.....	13
Capítulo XIX. Administración del Tratado	13
Segunda Parte: Reflexiones generales sobre el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de América	14
1. El papel del Estado costarricense ante el desarrollo de la Nación y la apertura comercial	14
2. El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) como alternativa	15
3. Telecomunicaciones: un valor estratégico para el Estado costarricense	15
4. Propiedad Intelectual: Riesgos y Oportunidades	15
<i>Situación del Sector Privado:</i>	16
<i>Capacidad del Sector Universitario</i>	17
<i>Apoyo del Sector Público</i>	17
<i>Capacidad Sistémica del país</i>	18
<i>Posibles efectos en el consumidor final</i>	18
5. Las distorsiones comerciales a través de subsidios a agricultores de los Estados Unidos	19
6. Algunas implicaciones jurídicas y organizativas sobre el modelo de Estado costarricense presentes en el Tratado.....	20
<i>6.1 Aumento de la burocracia mediante la creación de organismos nuevos e incorporación de elementos jurídicos foráneos</i>	20
<i>6.2 Indeterminación del plazo de caducidad del Tratado</i>	20
7. Posibles repercusiones con la no ratificación del Tratado, debido a la desviación de comercio	21
8. La mayoría calificada como procedimiento legislativo necesario para ratificar el Tratado.....	21
<i>8.1 Arbitraje internacional</i>	21
<i>8.2 Creación de un órgano colegiado supranacional</i>	22
<i>8.3 Supeditación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados partes</i>	23
<i>8.4 Limitaciones a la propiedad</i>	23
<i>8.5 Elemento político-social</i>	24
Tercera parte: Algunas de las eventuales inconstitucionalidades presentes en el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos	24
Sinopsis de algunas eventuales inconstitucionalidades presentes en el Tratado.....	24

Agradecimientos

Los miembros de la Comisión Especial desean hacer un merecido reconocimiento a todas las personas que colaboraron durante el proceso de elaboración de este informe. El aporte de cada una de ellas permitió el enriquecimiento de nuestras reflexiones. El agradecimiento especial:

A nuestros asesores en materia legal, de Propiedad Intelectual y de Salud: el licenciado Warner Cascante Salas, funcionario, Oficina de Contraloría Universitaria; el Doctor Jorge Enrique Romero Pérez, Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas; el Doctor Pedro Suárez Baltodano, Investigador, Instituto de

Investigaciones Económicas; y al Doctor Arturo Robles Arias, Presidente, Colegio de Médicos y Cirujanos de Costa Rica.

A los docentes: Doctor Jaime Ordóñez Chacón, Docente, Facultad de Derecho; la Doctora Alicia Gurdíán Fernández, Docente jubilada; la Doctora Marta Pardo, Docente jubilada.

A la comunidad universitaria en general, por realizar diversos seminarios, foros de discusión, jornadas de reflexión, coloquios sobre el Tratado, pero muy especialmente a las siguientes unidades académicas por los documentos remitidos:

- La Facultad de Ciencias Sociales, las Jornadas de reflexión: TLC con Estados Unidos, organizadas por el Instituto de Investigaciones Sociales.
- La Facultad de Ciencias Económicas, Seminario: El TLC de Centroamérica con los Estados Unidos: Implicaciones para la economía costarricense.
- La Facultad de Ciencias Agroalimentarias (DCA-412-2004, del 2 de junio de 2004).
- La Facultad de Ciencias (DFC-271-04, del 9 de junio de 2004).
- La Escuela de Administración Pública, "Reflexiones y comentarios de la Escuela de Administración de negocios sobre el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos".
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Votación calificada para el TLC".
- La Comisión Institucional sobre Telecomunicaciones en el marco del Tratado, "Estado actual y futuro de las telecomunicaciones en Costa Rica: un análisis de situación en el contexto del Tratado de Libre Comercio".
- La Oficina Jurídica (OJ-1022-2004, del 23 de julio de 2004).
- Facultad de Derecho, comunicado de prensa sobre mayoría calificada.

¡Muchas gracias a todos!

Introducción

La inclusión de Costa Rica en el ámbito de la economía mundial a través de acuerdos comerciales con otras regiones o países, representa un instrumento de política en comercio exterior valioso para impulsar el desarrollo económico y potenciar el desarrollo social de nuestro país. En este marco, el Gobierno costarricense negoció y firmó un acuerdo comercial junto con los países centroamericanos, la República Dominicana y Estados Unidos; acuerdo que procura afianzar los lazos comerciales de la región centroamericana con un socio comercial importante y con una de las principales economías mundiales.

La Universidad de Costa Rica reconoce la importancia de este Tratado para la vida económica nacional, pero, a la vez, advierte sobre la eventual repercusión que el instrumento tendría para la institucionalidad costarricense, así como los costos sociales inherentes. Por tales motivos, en las páginas siguientes, pretende brindar un análisis de carácter general de algunos temas relevantes dentro del Tratado, así como de posibles inconstitucionalidades que este instrumento pueda presentar y que deben ser saldadas para su ratificación. En este sentido, la Institución es consciente de que la Asamblea Legislativa solamente puede aprobar o improbar el Tratado. Sin embargo, este Órgano Legislativo Nacional puede señalar vicios de constitucionalidad en el texto, así como lesiones al interés nacional. Dentro de sus potestades, está hacer los señalamientos que estime pertinentes en esta materia al Poder Ejecutivo, con el fin de que este elabore una posible reserva al texto.

Para cumplir con el objetivo propuesto, el documento se dividió en tres partes: la primera presenta un análisis de elementos incorporados en los capítulos del Tratado que pueden quebrantar lo establecido en nuestra Carta Magna, así como otros aspectos dignos de destacar. En la segunda parte se elabora un esbozo general sobre algunos temas controversiales en torno al Tratado y se desarrolla una argumentación a favor de la votación por mayoría calificada para su eventual aprobación. En la última parte, se presenta un cuadro comparativo resumen de los artículos de la Constitución Política que pueden ser lesionados por el Tratado. De esta manera, deseamos que este documento sea un insumo importante para la discusión legislativa.

Primera Parte: Reflexiones en torno a algunos elementos contenidos en diversos capítulos del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos¹.

A continuación se esbozan algunas reflexiones sobre temas importantes contenidos en los diversos capítulos del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, la República Dominicana y Estados Unidos, y que tienen implicaciones vitales para el acontecer y desarrollo del país.

Capítulo II. Definiciones generales

El capítulo 2, anexo 2.1, del Tratado, define territorio como: *a) respecto de Costa Rica, el espacio terrestre, marítimo, aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre las cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, conforme al Derecho Internacional y a su legislación interna.* Este concepto de territorio resulta limitado y restrictivo, a la luz del artículo 5² de la Constitución Política, así como del concepto moderno de territorio establecido por el Derecho del Mar y su principal instrumento jurídico, a saber, la *Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar* (aún no ratificada por Estados Unidos). El concepto mencionado deja al margen de nuestro territorio el zócalo insular, la Isla del Coco, y por ende afecta la extensión de nuestro mar territorial, lo cual trae como consecuencia una limitación a la soberanía completa y exclusiva que le otorga el artículo 6³ de la Constitución Política al Estado costarricense. En este sentido, el hecho de que un tratado internacional establezca reglas mediante las cuales el concepto de territorio nacional se limite, constituye una clara y abierta infracción no solo a las potestades generales del Estado sobre su soberanía completa y exclusiva (artículo 6), sino que, además, tergiversa o desobedece la enunciación que hace nuestra Carta Magna en el artículo 121, inciso 14⁴, en la que se dispuso que *no podrán salir*

¹ Texto Final del Tratado: En pagina electrónica del Ministerio de Comercio Exterior (www.comex.go.cr).

² **Artículo 5.-** *El territorio nacional está comprendido entre el Mar Caribe, el Océano Pacífico y las Repúblicas de Nicaragua y Panamá. Los límites de la República son los que determina el Tratado Cañas-Jerez del 15 de abril de 1858, ratificado por el Laudo Cleveland del 22 de marzo de 1888, con respecto a Nicaragua, y el Tratado Echandi Montero-Fernández Jaén de 1 de mayo de 1941 en lo que concierne a Panamá.*

La Isla del Coco, situada en el Océano Pacífico, forma parte del territorio nacional.

³ **Artículo 6.-** *El Estado ejerce la 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 baja mar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios del 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.

⁴ **ARTÍCULO 121, INCISO 14)** *No podrán salir definitivamente del dominio del Estado:*

- a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional;*
- b) Los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, y cualesquiera otras sustancias hidrocarburadas, así como los depósitos de minerales radioactivos existentes en el territorio nacional;*
- c) Los servicios inalámbricos;*

Los bienes mencionados en los apartes a), b) y c) anteriores sólo podrán ser explotados por la administración pública o por particulares, de acuerdo con la ley o mediante concesión especial otorgada por tiempo limitado y con arreglo a las condiciones y estipulaciones que establezca la Asamblea Legislativa.

Los ferrocarriles, muelles y aeropuertos nacionales – éstos últimos mientras se encuentren en servicio– no podrán ser enajenados, arrendados ni gravados, directa o indirectamente, ni salir en forma del dominio y control del Estado.

definitivamente del dominio del Estado las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público, los yacimientos de carbón, las fuentes y depósitos de petróleo, otras sustancias hidrocarbúricas, depósitos minerales radiactivos, los servicios inalámbricos, que existan en el territorio nacional. La *enajenación o aplicación a usos públicos de los bienes propios de la Nación* ha sido reservado como una potestad exclusiva del Primer Poder de la Republica; en otras palabras, únicamente la Asamblea Legislativa puede brindar en concesión el uso de estos bienes nacionales.

En este sentido, cabe señalar que si existe reconocimiento pleno de límites con nuestros Estados vecinos, para qué desmejorar nuestra soberanía y jurisdicción con un error como el gestado en el Tratado que desmiembra el territorio insular y sus aguas adyacentes⁵. En síntesis, al hacer un balance constitucional del Tratado, se requiere una *cláusula interpretativa* que aclare en definitiva el concepto que se le impone a Costa Rica; fundamentalmente porque ese concepto de territorio contraviene en principio los artículos 5, 6 y 121, inciso 14 de la Constitución Política.

Capítulo III. Trato nacional y acceso de mercancías

Con respecto al tema de trato nacional y acceso a mercancías, específicamente en lo referente a subsidios agrícolas, el Tratado establece, en caso de que un país tercero introduzca en el mercado nacional un producto agrícola subsidiado que sea competencia de los productos agrícolas no subsidiados de otro Estado Parte, esta 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 interno⁶. La ventaja es para los Estados en competencia en territorio ajeno no así para el Estado en territorio propio. Ello, sin duda, deja margen para la discriminación de trato en perjuicio de la igualdad en un mismo mercado sujeto a las reglas de la oferta y demanda. Lo anterior, contradice en principio el artículo 50⁷ de nuestra Constitución Política y establece una evidente desigualdad contractual entre las Partes. Si bien es cierto estamos en la dinámica del comercio internacional, donde se aplica por igual a los países firmantes del Tratado las limitaciones en suelo propio para subsidiar sus productos con respecto a los productos subsidiados de otros países Parte, se impone una reflexión importante para el caso estadounidense, producto de la denominada ley “Farm Bill”, válida y eficaz en ese país. Es decir, significa que frente a una ley anterior, el Tratado no podría aplicarse retroactivamente en perjuicio del propio Estado, razón por la cual, puede darse la situación de que Estados Unidos intervenga en el mercado local y regional con productos de por sí subsidiados, siendo que la prohibición, conforme al Tratado, sería evitar un subsidio sobre el subsidio, pero no el subsidio primigenio o inicial, lo cual no se podrá evitar, en virtud del acto jurídico dispuesto en su ordenamiento.

Además, el capítulo establece que en plazos que van de 5 a 20 años prácticamente se abren nuestras fronteras a la importación de productos relevantes para la dieta básica y de la tradición cultural de Costa Rica, como lo son el arroz, los frijoles y el maíz blanco. La apertura condenaría a algunas actividades a desaparecer, ya que en algunas no somos “competitivos” por diferentes razones, entre ellas, los subsidios y el acceso a tecnología. Un ejemplo, sería el caso del arroz, por más mejoramiento tecnológico que se logre a escala local, mientras se mantengan los subsidios a la producción en los Estados Unidos, será imposible competir sin aranceles. Lo justo sería permitir un nivel de aranceles equivalente al subsidio recibido por los productores en los Estados Unidos o hacer uso de una salvaguarda especial vía volumen que podría solventar la problemática de los subsidios estadounidenses al arroz (véase capítulo VIII. Defensa Comercial).

Capítulo V. Administración aduanera

En materia aduanera, fundamentalmente en cuanto al tema de la agilidad y probidad de esta actividad, desde el preámbulo del Tratado se estimula el compromiso de los Estados Partes a favor de la transparencia y agilidad de los procedimientos

⁵ Arias Ramírez, Bernal (2004): **TLC-CAUSA: Balance Constitucional**. En: Roces Constitucionales del TLC (CA-USA): Todavía estamos a tiempo. San José, Costa Rica: Universidad De la Salle. Pp. 39-128.

⁶ Trato nacional, Artículo 3.2, inciso 2: *las disposiciones del párrafo 1 sobre trato significarán, con respecto a un gobierno de nivel regional, un trato menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional conceda a cualesquiera de las mercancías similares, directamente competidoras o sustituibles, según sea el caso, de la Parte de la cual forma parte*

⁷ **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 (...)*

aduanales; se fomentan los procedimientos administrativos simplificados y la entrega rápida de los bienes importados (5.2) con respeto a la legislación interna de cada país, y con la aplicación de la confidencialidad entre partes que así lo pidan, sin ser ilegítima. Además, se respeta el principio constitucional de la presunción de inocencia al utilizar la “sospecha razonable” (5.5.3) de la actividad ilegal, para los controles efectivos, y se fomenta el crecimiento de la cooperación de información en los procedimientos y normas entre Estados y entre estos y aquellas partes de los Estados que así lo requieran (5.5).

Capítulo VI. Medidas sanitarias y fitosanitarias

En este capítulo las Partes reafirman los derechos y las obligaciones de cada una, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo MSF), incluyendo la resolución de controversias. Este acuerdo se aplica en Costa Rica desde hace varios años. La única novedad es la introducción de un Comité de Asuntos Sanitarios y Fitosanitarios, el cual es un comité de carácter técnico cuyo propósito es *impulsar la implementación del Acuerdo MSF en cada Parte*, para mejorar el flujo de información y garantizar que se cumpla el acuerdo MSF. Sin embargo, un tema de difícil aplicación en el Acuerdo MSF es el “principio de transparencia”, según el cual todos los países deben brindar información a los demás sobre las plagas presentes en su territorio, a fin de que los problemas fitosanitarios no se conviertan en barreras indebidas al comercio internacional. Esta situación se podría dar, por ejemplo, cuando un país aduce, como argumento para impedir la entrada de un producto agrícola, que el país importador está libre de una plaga que sí existe en el país exportador, cuando, en realidad, la plaga existe en ambos países, pero en uno de ellos la información no se divulga.

Capítulo VIII. Defensa comercial

En cuanto a las medidas de salvaguardia⁸ para evitar la distorsión de los mercados de cada Parte, se da la posibilidad de que los Estados adopten esta medida cuando la eliminación o reducción de aranceles de determinados productos pueda 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). El texto plantea el compromiso de los Estados de crear o incentivar los mecanismos jurídicos (judiciales o administrativos) internos para el dictado de esta medida, 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). Para el caso costarricense, corresponderá ser a la Oficina de Prácticas de Comercio Desleal (Ministerio de Economía, Industria y Comercio), la autoridad investigadora, en coordinación con la Dirección de Aplicación de Acuerdos Comerciales Internacionales (Ministerio de Comercio Exterior). No obstante, el sano principio de evitar 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). Y peor aún: solo se permite la aplicación por única vez de la medida de salvaguardia, en relación con una misma mercadería, independientemente de que se solicite dentro o fuera de los 4 años (8.2.4). Esto, sin duda, confirma la desproporcionalidad e irrazonabilidad, en contradicción con la jurisprudencia constitucional, por la asimetría evidente entre el plazo improrrogable y la limitación radical de la medida cautelar, frente a un Tratado libre en el tiempo, sin fecha de vencimiento. Es decir, el Tratado es un instrumento comercial que tendrá un período de vigencia indeterminado, y las medidas protectoras por emergencias en la producción nacional serán solo aplicables por un lapso de cuatro años o prorrogables de acuerdo con el artículo 8.2, y por única vez. Esta desproporción de plazos contraviene la abundante jurisprudencia constitucional, en cuanto a que toda norma para ser constitucional tiene que ser razonable y proporcional.

Capítulo IX. Contratación Pública

En materia de contratación pública, aunque en términos generales el Tratado utiliza instrumentalmente las mismas figuras que nuestro ordenamiento jurídico incluye, lo cierto es que respecto de algunos contratos especiales, como por ejemplo el

⁸ *Un Miembro de la OMC puede adoptar una medida de “salvaguardia” (es decir, restringir temporalmente las importaciones de un producto) para proteger a una rama de producción nacional específica de un aumento de las importaciones de un producto que cause o amenace causar daño grave a esa rama de producción.* En http://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_s.htm.

de concesión de obra pública y otras contrataciones excepcionales, el Tratado violenta en principio el artículo 182⁹ de la Constitución Política, y se opone al voto 998-98 de la Sala Constitucional, al incorporar una regulación normativa paralela o ad hoc a la establecida, lo cual tiene como efecto que se desconozcan las regulaciones existentes, se minimicen los controles y la capacidad fiscalizadora del Estado costarricense, a la vez que se renuncia al fuero jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia, en los términos que se anotarán.

A continuación desarrollamos algunos de los hitos que consideramos más importantes de ser tomados en cuenta a la hora de la discusión legislativa en este capítulo.

En los contratos de obra pública

Respecto de los contratos de concesión de obra pública, el texto del artículo 9.17 establece que **contrato de construcción-operación-transferencia** y **contrato de concesión de obras públicas** significa cualquier arreglo contractual cuyo principal objetivo es disponer la construcción o rehabilitación de infraestructura física, plantas, edificios, instalaciones u otras obras públicas, bajo el cual, en consideración de la ejecución de un contrato por parte de un proveedor, una entidad contratante otorga al proveedor, por un periodo determinado, la propiedad temporaria, si tal propiedad es permitida por la Parte, o el derecho de controlar, operar, y exigir el pago para el uso de dichas obras durante la vigencia del contrato. Sin duda, el concepto *propiedad temporaria* puede prestarse a confusión ya que el titular del derecho de propiedad por antonomasia es exclusivamente el Estado, el cual no puede transferir dicha titularidad según nuestra Constitución Política en el artículo 121, inciso 14; por lo tanto, el Tratado merece ser revisado para la exactitud conceptual y evitar interpretaciones imprecisas de su texto.

Omisión de aspectos básicos de la contratación pública

El procedimiento de contratación pública en el TLC carece de algunos de los elementos de control y de eficiencia que por definición tienen los sistemas de contratación pública de Occidente, los cuales son recogidos en nuestra Constitución y la Ley de contratación administrativa, entre ellos:

- Obvia lo que se designa y se entiende como “cartel” y, en su lugar, el capítulo denomina una “descripción” de la contratación
- No señala todo lo concerniente al estudio de las ofertas
- Omite garantía la de participación y cauciones
- No establece posibilidad de impugnaciones, ni siquiera después del acto de adjudicación
- No hay control sobre la legalidad y sobre los costos y compromisos financieros
- Se mencionan contrataciones abiertas, sin indicarles el principio de publicidad
- No hay ningún señalamiento sobre audiencias a los oferentes
- No se menciona la materia de vicios (leves, graves, etc.)¹⁰.

El arbitraje

Respecto del procedimiento de arbitraje, el Tratado establece el *arbitraje forzado* para el demandado, en la medida en que si no hay arreglo previo entre las partes en conflicto, a manera de negociación, incluso con la intervención de un tercero, la parte contendiente afectada en su inversión se somete al arbitraje internacional, con obligación de seguimiento por el demandado, en tanto expresamente así lo señala el propio TLC. Con ello se desnaturaliza el instituto del arbitraje, toda vez que este requiere del ejercicio libre y voluntario de las partes, y no por imposición de una sola de ellas. Incluso nuestra Constitución Política (artículo 43¹¹) establece el arbitraje como un derecho fundamental al cual toda persona tiene *libre* acceso sin ningún condicionamiento, como lo sería a través del denominado *arbitraje forzado*.

⁹ **ARTÍCULO 182.-** *Los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los Poderes del Estado, las Municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de esas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo.*

¹⁰ Arias Ramírez, Bernal (2004): **TLC-CAUSA: Balance Constitucional**. En: Roces Constitucionales del TLC (CA-USA): Todavía estamos a tiempo. San José, Costa Rica: Universidad De la Salle. pp. 39-128.

¹¹ **ARTÍCULO 43.-** *Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.*

Por otro lado, se excluye también la posibilidad de dirimir el conflicto en los Tribunales de Justicia establecidos constitucionalmente, en cualquiera de los territorios de las Partes, sin que se puedan activar nuestros Tribunales de Justicia, por la suplantación pura y simple de un tribunal arbitral. Sin embargo, se deja la posibilidad de que los Tribunales de Justicia nacionales o las administraciones públicas tengan competencia, para la ejecución de las medidas cautelares necesarias (actos procedimentales de menor nivel), con “el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el período de espera del arbitraje” (10.18.3 y 10.20.8). Al final sobrepasa la supeditación de los Tribunales de Justicia nacionales al dictado del tribunal arbitral externo.

La imposibilidad del Estado de ser demandante en una controversia

El Tratado omite la posibilidad de que un Estado pueda demandar o ser demandante, lo que muestra una discriminación de trato procesal (artículo 33¹² de la Constitución) en materia de arbitraje internacional, sobre todo si el Estado podría en potencia ser actor ante el eventual incumplimiento contractual de otro Estado o algún inversionista, como podría suceder en materia de contratación administrativa. Lo anteriormente expuesto significa que vía Tratado el Estado no es actor procesal, aun cuando debiera serlo en régimen de igualdad. Frente a ello deberá interpretarse con base en el artículo 49 de la Constitución Política, a fin de que el Estado pueda demandar en la vía contenciosa administrativa interna, a diferencia de cuando el Estado sea demandado en la vía arbitral, por aplicación del mismo Tratado.

Capítulo X. Inversión

Dentro de los temas a los que hace referencia este capítulo, destacamos el de expropiaciones.

En esta materia, tanto en el artículo 10.7 como en el Anexo 10-C, se regula el régimen de expropiación, en relación con las inversiones realizadas en algún Estado Parte del TLC. En términos generales, no existe violación de la Constitución Política ni de la jurisprudencia, excepto que no se regula expresamente la figura del *régimen de urgencia*, que permite al Estado, en circunstancias de guerra o conmoción interna, expropiar propiedades privadas sin que medie el pago previo de la indemnización, sustituyéndolo por un pago indemnizatorio que debe verificarse dentro del plazo máximo de dos años posteriores a la expropiación (artículo 45¹³ Constitución Política).

Con respecto a la denominada “expropiación indirecta” (figura que no existe en nuestro ordenamiento jurídico), puede presentarse una eventual inconstitucionalidad, toda vez que en nuestro ordenamiento no es válido suponer un acto expropiatorio sin los requisitos materiales y formales de la expropiación misma. Pensar en la expropiación sin el traslado formal sobre el dominio (titularidad sobre el bien), es tan grave como pensar en la expropiación simulada o sin el pago indemnizatorio que previamente debe darse, sea por excepción de emergencia o con pago posterior., sin que deba darse un pago parcial previo, según reiterada jurisprudencia. Al respecto ha dicho la jurisprudencia constitucional (en jurisprudencia anterior a la Sala Constitucional) que *la destinación de terrenos de propiedad privada para una finalidad pública, sin que exista transferencia legal de dominio, hace las veces de una expropiación que surte determinados efectos por anticipado, sin la indemnización previa que podría legitimarla; y si bien el artículo 50 de la Constitución Política es de amplios alcances y puede dar respaldo a la actuación de los órganos públicos en una pluralidad de situaciones, no ocurre así en el presente caso, pues lo que está de por medio es un problema de afectación ilegítima de un bien al dominio público que no puede producirse sin expropiación e indemnización, salvo consentimiento del propietario (...) impedir el goce de los bienes equivale, al menos en este caso, a una forma de expropiación sin el requisito de previa indemnización que ordena la Carta Política* (Corte Plena, voto del 6

¹² **ARTÍCULO 33.-** *Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana.*

¹³ **ARTÍCULO 45.-** *La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.*

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

de junio de 1983). Por tanto, el uso de esa figura jurídica puede ser inconstitucional en tanto violenta requisitos legales y la jurisprudencia constitucional.

Capítulo XI. Comercio transfronterizo

El capítulo no presenta una definición clara y concreta sobre el concepto de servicios, se retoma la del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)¹⁴, cuestionada por su amplitud y ambigüedad, en la cual cualquier servicio puede ser sujeto de comercialización, siempre y cuando no se encuentren dentro de las listas negativas. De este modo, servicios estratégicos para la vida nacional como la educación y la salud quedan reducidos al concepto mercantil de servicios, lo cual conlleva desvirtuar su naturaleza y la función que, históricamente, el Estado le ha asignado a dichas actividades. La educación, la salud, la biodiversidad, etc., son vistas como bienes de consumo. Al ser estos mercantilizados pierden su dimensión de derechos inalienables y el de ser factores estratégicos para nuestra vida democrática e idiosincrásica nacional.

Lo anterior, resulta estratégicamente inconcebible. La participación estatal en las estrategias de control y desarrollo de ejes fundamentales para la vida democrática nacional, tales como la educación, la salud, la protección a la biodiversidad, etc., se ve anulada al impedir su potestad para promover e incentivar actividades productivas de interés nacional, estrategias de desarrollo local, planes nacionales, los cuales deben estar supeditados al marco normativo del Tratado. El Estado no podrá limitar ni el número de proveedores, ni las transacciones comerciales de los servicios, ni obligar a los inversionistas a poseer sucursales en el territorio, lo cual dificulta la fiscalización y el control de calidad de los servicios. Además, el Tratado obligaría a modificar, derogar o no promulgar las leyes y normas nacionales que sean incompatibles con el marco del acuerdo, aun a costa de los intereses nacionales por fomentar ciertos tipos de actividades productivas, de acuerdo con una estrategia de desarrollo nacional. La resolución de conflictos queda fuera de los tribunales nacionales, las controversias serán dirimidas en los tribunales arbitrales internacionales, y solo los inversionistas pueden realizar demandas, no los Estados ni las comunidades afectadas por las operaciones de las empresas dentro de sus territorios.

Por otra parte, la protección establecida a las patentes amenaza con convertirse en un ciclo vicioso, en la cual cada vez que una patente esté por vencerse, ésta puede ser registrada en otro país donde no había sido registrada, retornando al inicio el periodo de disfrute de derechos de propiedad intelectual (20 años), hecho que puede socavar el derecho ciudadano para disfrutar de mejores herramientas científico-tecnológicas en campos tan diversos como el desarrollo de *software*; *hardware*; uso de biotecnología; terapia génica; nuevos medicamentos y técnicas quirúrgicas; entre muchas otras.

Materia de seguros

En la apertura del monopolio de seguros, debe tomarse en consideración para su implementación legal lo siguiente: la debida exigencia de que las empresas competidoras abran oficinas en suelo costarricense y, en segundo lugar, se les exija la constitución de fondos de reserva patrimonial, sin salida de Costa Rica, para la seguridad y tranquilidad del potencial usuario y cliente.

Otro elemento de análisis para la ubicación normativa: si el Instituto Nacional de Seguros (INS) deja de ser institución autónoma, por virtud de la competencia que imponga en principio la configuración de una empresa pública (aun cuando sea de fachada societaria mercantil) debe reformarse la Constitución Política, por la expresa disposición del artículo 189¹⁵.

¹⁴ *La creación del AGCS fue uno de los logros principales de la Ronda Uruguay, cuyos resultados entraron en vigor en enero de 1995. El AGCS se inspiró básicamente en los mismos objetivos que su equivalente en el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT): crear un sistema creíble y fiable de normas comerciales internacionales; garantizar un trato justo y equitativo a todos los participantes (principio de no discriminación); impulsar la actividad económica mediante consolidaciones garantizadas y fomentar el comercio y el desarrollo a través de una liberalización progresiva* (http://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm).

¹⁵ **ARTÍCULO 189.-** *Son instituciones autónomas:*

1) *Los Bancos del Estado;*

Y, en todo caso, si se quiere la transformación jurídica, aun en calidad de institución autónoma, debe oírse previamente a la propia entidad, conforme al artículo 190¹⁶ de la Constitución Política. En caso de no haberse dado esta audiencia, se estaría ante una eventual inconstitucionalidad por omisión en la consulta obligada.

Capítulo XII. Servicios financieros

En cuanto a préstamos, una de las Medidas Disconformes (las cuales son reflejo de legislación ordinaria vigente, pero ahora con rango superior al estar incluida un Tratado internacional), de la lista de Costa Rica, dice: *Los bancos estatales no otorgarán préstamos en una suma superior al diez por ciento del total de la inversión a personas jurídicas con más de un cincuenta por ciento de capital extranjero.* De lo anterior existen dos críticas: la primera en cuanto se faculta a los bancos del Estado a dar hasta un diez por ciento de la inversión total, incluso, claro está, en materia de contratación administrativa, específicamente en lo tocante a concesiones de obras con servicios públicos. Sin duda, debería prevalecer la inversión privada en porcentaje total, a su riesgo y ventura, sin que los bancos del Estado deban prestar para la inversión correspondiente, toda vez que la intención de la figura es o debe ser, que el Estado o los bancos del Estado no asuman gasto, riesgo, financiación o préstamo alguno, para la ejecución de obras y la prestación de servicios derivados, para satisfacer los intereses públicos. En segundo lugar, tratándose de la modalidad de inversión entre sujetos privados, como cualquier otra negociación de esta naturaleza, se violenta el principio de igualdad de trato entre bancos estatales y los bancos privados, por la limitación gravosa a los primeros en beneficio potencial de los otros, en lo relativo a inversiones adentradas en el Tratado. De nuevo, surge la desigualdad de trato con violación del artículo 33 de la Constitución Política.

Capítulo XIII. Telecomunicaciones

El Tratado, en el Anexo 13.III.1, establece que nuestro país permitirá a los proveedores de otra Parte, *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 posible violación del artículo 34 de la Constitución Política, que prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley en perjuicio de persona alguna, de sus derechos o situaciones jurídicas consolidadas. Así, el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) deberá dar los beneficios de manera retroactiva a la fecha de vigencia del Tratado, con lo cual se aplicaría la desproporcionalidad en beneficio de la competencia y en perjuicio del Instituto. Además, se abre la competencia a los servicios de redes privadas; servicio de Internet y servicios inalámbricos móviles que incluyen también los fijos (telefonía fija) (III.a.i.ii.iii). En otros términos, se abre la competencia a lo más rentable, lo que podría afectar la prestación del servicio universal a bajos costos. También se obliga a la entidad (“proveedor importante”) a suministrar servicios a la competencia en términos y condiciones de igualdad *con tarifas basadas en el costo* (IV.5), mientras que, por otro lado, para servicios de información, nuestro país no puede exigir a las otras partes que justifiquen sus tarifas de acuerdo con sus costos, ni registre las tarifas para tales servicios (IV.7). De esa manera, la competencia privada puede lucrar sin aplicar precios al costo, con manejo libre, sin justificación, control, ni regulación. También se obliga a Costa Rica, en *un trato razonable y no discriminatorio*, permitir el acceso a los proveedores autorizados (competencia) al cableado submarino en calidad de servicio público de telecomunicaciones. Sin embargo, nada se dice de limitaciones, costos, formas jurídicas de operación y, en todo caso, la competencia se beneficiará de un bien demanial (propiedad exclusiva del Estado) que el Instituto Costarricense de Electricidad utiliza para sus cometidos en aras del interés público.

Ahora bien, en relación con la indicada apertura, gradual y selectiva, en materia de telecomunicaciones, ésta puede no ser gradual o al menos no tan lenta, en el tanto hay posibilidad de que la apertura se realice en **cualquier momento** antes del vencimiento de los respectivos plazos (Capítulo 13, Anexo 13-III.2.a.i: 1.º de enero de 2006 para redes privadas e Internet y 1.º de enero de 2007 para servicios inalámbricos móviles, que incluyen los fijos por disposición aclaratoria a pie de página). Además, existe una duda de si la “autoridad reguladora” a que hace mención el Anexo XIII.IV.2, será la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP), o acaso se procederá a la creación de un nuevo órgano o

-
- 2) *Las instituciones aseguradoras del Estado;*
 - 3) *Las que esta Constitución establece, y los nuevos organismos que creare la Asamblea Legislativa por votación no menor de los dos tercios del total de sus miembros.*

¹⁶ **ARTÍCULO 190.-** *Para la discusión y aprobación de proyectos relativos a una institución autónoma, la Asamblea Legislativa oír previamente la opinión de aquélla.*

entidad administrativa, con competencia para *incluir jurisdicción sobre la administración del espectro*, siendo que, por disposición constitucional (artículo 121, inciso 14), corresponde exclusivamente al Estado esa jurisdicción, sin que pueda asumirse por un sujeto distinto, sobre esa misma jurisdicción.

Capítulo XV. Derechos de propiedad intelectual

Los aspectos negociados dentro de este capítulo sobrepasan los requisitos mínimos establecidos por los países miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), en la Ronda Uruguay, dentro de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Esto, como estrategia¹⁷ de los Estados Unidos para lograr acuerdos más amplios en materia de propiedad intelectual que los alcanzados en el seno de la OMC.

El Tratado agiliza los procedimientos de protección efectiva, con el compromiso de los Estados de crear e impulsar instrumentos administrativos y judiciales que hagan valer los derechos de propiedad intelectual, con adopción de amplias medidas cautelares (15.11) y con caución suficiente de la parte actora y afectada (15,11.18); además, favorece la publicidad de las decisiones judiciales y de los actos administrativos generales, que incidan sobre el ejercicio y defensa de tales derechos (15,11.3), con un principio sano, pero mal redactado o traducido, para la adopción de medidas de protección en frontera. No obstante, queda una duda cuando se hace referencia a que si algún denunciante afectado reclama la posibilidad de importación de productos alterados, con pruebas al efecto, el Tratado indica *que de acuerdo con la legislación del país de importación, existe una presunción de infracción de su derecho de propiedad*. Así se aduce la presunción de culpabilidad, no de inocencia, lo cual violenta el artículo 39 de la Constitución Política.

Algunos interrogantes con respecto a lo estipulado en este capítulo, son los siguientes:

a) Período de protección de los datos de prueba: Habría que preguntarse de qué manera afecta el hecho de que el TLC haya otorgado un período para la protección de los datos de prueba, a la capacidad de adquisición de genéricos de la CCSS y cómo afecta a los productores de genéricos del país. También habría que pensar en las medidas que podría tomar el Gobierno para que el período de protección de los datos de prueba esté comprendido dentro del plazo de los 20 años de la patente, de manera que no se pueda ampliar este plazo y cuáles consecuencias tendrá también para los agricultores y para los productores de agroquímicos el período otorgado para la protección de los datos de prueba.

b) Protección de las obtenciones vegetales: Obligación de suscribir la convención del International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV). Habría que preguntarse cómo afecta esta obligación a los agricultores. También en qué sentido beneficia a los investigadores de nuestras universidades y de otros sectores del país; ¿cuáles consecuencias tiene para la protección de la biodiversidad?, ¿Qué hubiera sido mejor para el país, suscribir UPOV o el proyecto de ley N.º 15487 Ley de Protección de los Derechos de los Fitomejoradores?, ¿qué impacto va a tener la suscripción de UPOV en la Ley N.º 7788, Ley de Biodiversidad y las Normas de Acceso a los Recursos Bioquímicos y Genéticos?

c) Costo de los compromisos del acuerdo: Habría que preguntarse cuál sería el costo para el país de: 1) Compromiso de realizar proyectos de a) educación y de difusión del uso de la protección de la propiedad intelectual y su observancia; b) cursos de especialización e intercambio de información entre las oficinas de propiedad intelectual, y c) aumentar el conocimiento, desarrollo e implementación de los sistemas electrónicos usados para la administración de la propiedad intelectual a través del Comité sobre Creación de Capacidades relacionadas con el Comercio en el artículo 19.4 (sujeto a la disponibilidad de fondos apropiados) [Artículo 15.1 (16) a) b) y c)]. 2) Y observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (Artículo 15.11).

Capítulo XVI. Laboral

¹⁷ Para Alejandra Castro Bonilla (presidenta de la Asociación Costarricense de Derecho Informático) se busca, al incorporar este tipo de acuerdos en negociaciones bilaterales, *una vía adicional de ampliación en la protección comercial de los IPR, conocida como la “negociación secuencial”, de la cual estamos siendo partícipes en los últimos años. Se trata de una estrategia de negociación regional que pretende imponer una política comercial en materia de IPR para lograr acuerdos más amplios que los logrados en entidades de participación multilateral (...) [la cual] asegura estándares de legislación territorial que en conjunto podrían llegar a aumentar los mínimos internacionales en la materia, ante una negociación multilateral ulterior*. En: Universidad de Costa Rica (2004): *Propiedad Intelectual*. Jornadas de reflexión: TLC con Estados Unidos. Instituto de Investigaciones Sociales.

En materia de derechos laborales, la *Declaración de Compromisos Compartidos* (16.1) reafirma los derechos derivados de las disposiciones mínimas de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), no pudiéndose dar, en la legislación interna de cada país parte, el debilitamiento, disminución o eliminación de los derechos sociales reconocidos, sin que se diga nada (16.2) a favor de su aumento, tal y como quedó dispuesto en materia ambiental; sin embargo, el capítulo insta a respetar las Constituciones Políticas, lo que, para Costa Rica, no deja de ser significativo por virtud de su artículo 74, que declara irrenunciables los derechos y garantías sociales. Asimismo, se fomentan los procedimientos ágiles, *justos, equitativos y transparentes* (16.3.2) con respeto del debido proceso, la publicidad de actuaciones con información normativa, y la justicia pronta y cumplida. Se dispone la creación de un “Consejo de Asuntos Laborales”, compuesto por funcionarios designados por los Ministerios de Trabajo, a fin de implementar y revisar el avance de los acuerdos adoptados en el TLC; sin embargo, dicho Consejo adolecerá de representación de los sectores de trabajadores para poder tutelar sus derechos.

Por otra parte, el país puede quedar sujeto a una imposibilidad de revisión en materia laboral al existir discriminación de trato en materia laboral, toda vez que se imposibilita la revisión o reapertura de las resoluciones administrativas firmes o fallos judiciales o “cuasi judiciales” (16.3.8) Ello contradice en esencia lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política y los parámetros del debido proceso en régimen de igualdad procesal, en cuanto a la procedencia de los recursos extraordinarios de revisión, o acaso el Recurso de Casación. Sin embargo, en el mismo texto existe contradicción, cuando en el artículo 16.3.4 se establece la posibilidad de solicitar la revisión. Esta evidente contradicción viola el principio constitucional de la seguridad jurídica.

Capítulo XVII. Ambiental

La Universidad considera que no es posible determinar a priori si la relación entre comercio y ambiente es positiva o negativa; esto dependerá de los tipos de actividades productivas llevadas a cabo, de la gestión preventiva y de la respuesta institucional, de la capacidad de los ambientes naturales y sociales de adaptarse, de las actitudes *pro natura* de empresas, comunidades, organizaciones ecologistas, entre otras. Por tanto, la incorporación de un capítulo propio en esta materia en los tratados de libre comercio es vital. Sin embargo, en virtud de los principios constitucionales de protección al ambiente, es indispensable la supeditación de lo comercial y lo lucrativo a las normas y acciones de protección ambiental, y no lo contrario.

El Tratado, destaca la protección al ambiente, más allá de la concepción antropocéntrica (el ser humano como medida de las cosas); es decir, con inclusión de la vida y salud animal y vegetal (17.13.1). No obstante, la materia ambiental no se agota en este capítulo; atraviesa varios otros (inversiones, servicios, agricultura) y algunos temas controversiales como el de propiedad intelectual, entre otros.

En materia de protección, el Tratado encuentra apoyo en el artículo 50 de la Constitución Política y la abundante jurisprudencia constitucional. En el artículo 17.1, con respeto de la legislación interna de cada país, surge el compromiso de los Estados de estimular, a través de políticas y leyes, *altos niveles de protección ambiental* y la *protección de los recursos naturales y medio ambiente* (17.4.3), sin perjuicio de su permanente mejoramiento positivo. También se incluye el principio constitucional de la interpretación *in dubio pro natura*, ante la duda, en caso de conflicto, se procederá a favor del ambiente (17.2.3). Se incorporan las medidas precautorias o cautelares, siendo que la parte eventualmente afectada por otra parte, en su esfera patrimonial, pueda pedir la protección inmediata en caso de afectación a la salud humana y al medio ambiente (17.3.c). Se garantiza la transparencia de actuaciones y se fomenta el compromiso de los Estados de atender las recomendaciones y comentarios del público en la protección de los bienes y derechos ambientales (17.6). Queda plasmado en el Tratado la nueva tendencia de fomentar el desarrollo sostenible con protección del ambiente, *junto al fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión* (17.9). No obstante una estrategia básica, para todo lo anterior, es la cooperación entre las Partes, materia que no queda tan fuerte como debería dentro del texto del Tratado; la cooperación técnica, la transferencia de tecnología y la difusión de información es fundamental en este sentido. La simple aplicabilidad de multas no es suficiente para evitar la transgresión de la legislación ambiental y de la flagelación de los ecosistemas. Además, en materia de solución de conflictos, propone la existencia de árbitros ambientales (17.11) y la creación del Consejo de Asuntos Ambientales, integrado por representantes de los respectivos Ministerios de cada Parte, o su equivalente (17.5), lo cual parece positivo en principio; no obstante, este Consejo no tiene dentro de sus funciones la de evaluar el impacto del intercambio comercial sobre el ambiente, función que consideramos trascendental.

Una situación relevante con respecto a la materia de ambiente paralela a la ratificación del Tratado es la aplicabilidad de la jurisprudencia y de la gestión y tutela ambiental, ya que en los países centroamericanos la legislación nacional *no se cumple o se cumple a medias*¹⁸. No obstante, el Tratado exige el acatamiento obligatorio de estándares superiores contenidos en su normativa. De acuerdo con los especialistas en los sistemas de gestión de los recursos naturales y del

¹⁸ Universidad de Costa Rica (2004): *Implicaciones ambientales del TLC*. Jornadas de reflexión: TLC con Estados Unidos. Instituto de Investigaciones Sociales.

ambiente, la región presenta dispersión y fragmentación de las políticas ambientales; falta de planificación estratégica a largo y mediano plazo; falta de capacidad técnica y financiera, así como carencia de mecanismos efectivos de prevención. Razón por la cual, Costa Rica, aunque ha avanzado en esta materia, debe llevar a cabo cambios institucionales para invertir más eficientemente sus recursos en acciones interinstitucionales (Ministerio del Ambiente y Energía, Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia y Gracia, Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Instituto nacional de Vivienda y Urbanismo, entre otros) y de instrumentos jurídicos que conduzcan al fiel cumplimiento de las normas del derecho ambiental, so pena de las sanciones estipuladas en el capítulo 17, de los costos económicos de la legislación actual y de la responsabilidad por el daño ambiental.

La Institución comparte el anhelo por la protección del ambiente, sin embargo, lo cierto, es que el país presenta, actualmente, limitada capacidad de respuesta y de control para las acciones ejercidas en contra del ambiente. Razón por la cual, se debió prever una medida transitoria para adecuar el sistema nacional al internacional, con el fin de evitar sanciones por incumplimiento de estándares ambientales.

Capítulo XVIII. Transparencia

Este capítulo da pie a una injerencia permanente de los estadounidenses interesados en la formulación previa de leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de los países centroamericanos, con el fin de que estas no interfieran con el ingreso de productos y el suministro de servicios de su país en el mercado costarricense.

Este tema está contemplado en la normativa de la OMC de una manera casi idéntica a la del TLC, por lo que Costa Rica ya se comprometió en este sentido. Sin embargo, un TLC con Estados Unidos le da más fuerza a esa posible injerencia, ya que las empresas y las embajadas de ese país estarán más interesadas y ejercerán presión en cómo son las reglas del juego en un país con el que existe un acuerdo comercial. En este sentido, el Tratado establece una “atenuante” a dicha situación, en el artículo 18.2 sobre la publicación adelantada y consulta de leyes, reglamentos, procedimientos, y resoluciones, administrativas de aplicación general, en la cual señala que dicha consulta se realizará “*en la medida de lo posible*”. No obstante, este atenuante puede no ser justificante para los Estados Unidos, ya que esta Parte podría exigir cuál es la imposibilidad para el país de realizar la publicación.

Capítulo XIX. Administración del Tratado

El Tratado establece una Comisión de Libre Comercio, la cual está conformada por los Ministros de Comercio Exterior, o su equivalente, de los Estados Partes (Anexo 19.1), siendo que las decisiones se toman por consenso, salvo disposición en contrario (19.1.5). Entre sus competencias está la supervisión de la ejecución del Tratado; supervisar su posterior desarrollo; resolver controversias o buscarles solución; supervisar la actividad de los comités y grupos; conocer de cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento del Tratado (19.1.2). Asimismo, tendrá competencia para modificar (19.1.3) los objetivos del Tratado, en concordancia con este, en punto a la desgravación arancelaria; las reglas de origen específicas; las directrices comunes; materia de Contratación Pública; dictar las interpretaciones sobre las disposiciones del Tratado; solicitar asesorías no gubernamentales; adoptar cualquier medida para el ejercicio de las funciones, conforme lo acuerden las Partes. Lo grave consiste en que esta Comisión tendrá amplias potestades de interpretación y ejecución del Tratado. Esto genera el peligro latente de que un órgano colegiado adopte medidas o resoluciones aun en contra de la voluntad de los Estados. De esa forma, un órgano internacional puede supeditar la voluntad del Estado costarricense, en función de la voluntad expresa de esta Comisión. Las decisiones que adopte tal Comisión, para Costa Rica, tendrán el grado de protocolo de menor rango, conforme lo dispone el artículo 121, inciso 4, párrafo tercero, por lo que formaría parte del desarrollo y ejecución del Tratado, sin que se requiera aprobación legislativa (Anexo 19.1.3 (b)). En otros términos, un órgano colegiado, representado por funcionarios de los distintos Poderes Ejecutivos, tendrá amplias potestades en la interpretación, modificación, ejecución y control sobre el Tratado, sin que lo resuelto deba ser aprobado por la Asamblea Legislativa, por su naturaleza de Protocolo de menor rango. Empero, al ser derivación consecuente del propio Tratado, las decisiones o resoluciones tendrán carácter vinculante, siendo que la disposición y voluntad de otros pueda subordinar y vencer la voluntad decisoria del Estado costarricense, en la cabeza del respectivo Ministro del ramo. Sin duda, la posible determinación de esta Comisión, por mayoría o unanimidad, quedaría por encima de la voluntad y control legislativo, en lo tocante al desarrollo, control y ejecución del Tratado, previamente aprobado por el mismo Parlamento.

Otro aspecto de importancia se enmarca en las amplias potestades que el Tratado otorga a la referida Comisión, más allá de materias estrictamente procedimentales, con incorporación de elementos sustanciales, lo cual contradice en esencia lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional para que sus decisiones o

resoluciones lleguen a tener el grado de "Protocolo de menor rango". La posibilidad que tiene la Comisión de prescribir directrices comunes, sin mayor delimitación objetiva, o la de implementar materia de contratación pública, sin parámetros prefijados, deviene en potencial regulación sustancial y no ya simplemente procedimental. Y así, a través de una disposición sustancial, quedaría esta incorporada al Tratado, por encima de la ley ordinaria, sin aprobación legislativa.

La voluntad de los miembros de otros Estados podría supeditar la voluntad y control legislativo, o simplemente la voluntad y disposición del Estado costarricense, en caso de ser voluntad minoritaria o contraria a la voluntad de la mayoría. Y podríamos agregar otra gravedad: si la citada Comisión ostenta potestades ya no solo procedimentales, sino sustanciales, como podrían ser para el dictado de "directrices comunes" (sin restricción objetiva) o la materia de "contratación pública" (sin especificación procedimental), el panorama se vuelve más complejo y antijurídico. En efecto, ello no solo violenta la jurisprudencia constitucional, como se determinará en el apartado de la justificación de la mayoría calificada para la aprobación legislativa del Tratado, sino que se dejaría margen de legislarse vía comisión, por la eventual incorporación de material sustancial, sin requerir aprobación legislativa, y con rango superior a la ley ordinaria por su inclusión en la normativa de fondo del Tratado. Es decir, se supeditaría a la Comisión el ejercicio de funciones constitucionalmente otorgadas a la Asamblea Legislativa.

Segunda Parte: Reflexiones generales sobre el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos de América

1. El papel del Estado costarricense ante el desarrollo de la Nación y la apertura comercial

En la segunda mitad del siglo XX, la sociedad costarricense definió, con un importante grado de consenso político, una estrategia de desarrollo en los ámbitos cultural, económico, político y social de nuestro país. Por ello, la Constitución Política otorgó un valor privilegiado a la democracia, la libertad de sufragio, la educación pública, la salud, la defensa de los recursos naturales y el acceso generalizado a la electricidad, al agua potable y las telecomunicaciones, que han permitido y permiten colocar a nuestro país en una destacada posición en los índices del desarrollo humano. La activa participación del Estado y de la sociedad civil fue determinante para el logro de estas conquistas.

Sin embargo, en los dos últimos decenios, con la introducción de nuevos esquemas individualistas y economicistas, que promueven visiones ajenas a nuestro sistema de derecho social y a nuestra idiosincrasia, han quedado relegados a segundo plano los postulados universales de solidaridad y los principios en que se sustenta la conservación del patrimonio natural, cultural y científico, que tanto ha defendido y ha puesto en práctica nuestro país. En los albores del siglo XXI, esas visiones promueven la subasta de ese patrimonio en el mercado mundial, con el argumento de potenciar el avance tecnológico y el crecimiento económico. Así, el recurso agua, la generación eléctrica, la educación, las telecomunicaciones, la seguridad social, entre otras, consideradas como obligaciones irrenunciables de los Estados desde la posguerra, son trasladadas a los mercados mundiales para su regulación y explotación.

En este sentido, la Universidad de Costa Rica cree firmemente que, por principio, la competencia económica es saludable, siempre y cuando el Estado mantenga firme el ejercicio y control de sus potestades jurídicamente asignadas, sin que por ello sea, o pase a ser, el simple guardián de intereses económicos supranacionales o privados, con desatención de las legítimas aspiraciones de los pueblos, abocados a satisfacer sus necesidades en el Estado social, democrático y ecológico de derecho. Por el contrario, el fortalecimiento de las potestades del Estado debe ir acompañado de la eficiencia y eficacia, en el cumplimiento de sus fines, con satisfacción del principio de legalidad.

El Tratado tiene ventajas para el Estado costarricense, pero también tiene desventajas. Sobre todo cuando estamos ante un tratado que no se restringe a la apertura comercial, toda vez que su sustancia reguladora lo hace ser un "megatratado", que impulsa las inversiones privadas en múltiples perspectivas, con el compromiso estatal de dictar y ejecutar un conjunto de reformas institucionales y legales, con plazos predeterminados, más allá del simple "libre comercio". Sobre esta misma base, quedan algunos aspectos sobre los cuales la ciudadanía merece tener información y claridad, como por ejemplo:

- el compromiso de Costa Rica para la aprobación de nuevas leyes con plazos relativamente cortos, sin que Estados Unidos se haya comprometido a aprobar el Tratado en plazo determinado.
- tampoco existe claridad sobre el tipo de sanciones que se le aplicarían a Costa Rica en caso de incumplimiento en tiempo, ante la aprobación estadounidense. Sin duda aquí, desde el principio, falta reciprocidad obligacional.

2. El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) como alternativa

Nuestro país, como miembro de la Organización Mundial del Comercio, ha aceptado diversos acuerdos comerciales que regulan la actual economía mundial. Dado que el ALCA es otro instrumento estratégico mediante el cual los Estados Unidos, Costa Rica y el resto de América Latina podrían interactuar comercialmente, de acuerdo con una dinámica de mayor apertura, consenso y multilateralidad, hace que la eventual firma del Tratado de Libre Comercio no fuera la única oportunidad que tiene Costa Rica para integrarse a los bloques comerciales de la región y a la economía mundial. Sin embargo, la posibilidad de que este acuerdo se materialice en el corto plazo parece remota, en razón de las posiciones encontradas en algunos temas entre Estados Unidos y países suramericanos, como el caso de Brasil.

3. Telecomunicaciones: un valor estratégico para el Estado costarricense

En este controversial tema incorporado en las últimas negociaciones del Tratado, la Universidad de Costa Rica tiene una clara conciencia acerca de la importancia de las telecomunicaciones como agente impulsor del desarrollo social, educativo, económico, científico y tecnológico, en la socialización del conocimiento y como soporte a la creación de una ciudadanía con acceso al conocimiento global. No obstante, cuando las telecomunicaciones son tratadas como simples mercancías, reguladas exclusivamente por las fuerzas del mercado, se limita el papel del Estado como promotor del desarrollo humano sostenible, se crean brechas que quebrantan la justicia social y económica en un Estado de Derecho, en el que los principios de solidaridad y universalidad están implícitos en todas las acciones que impulsa el Estado. Esta concepción de las telecomunicaciones como agente impulsor del desarrollo integral solo puede perdurar si el Estado continúa desempeñando las responsabilidades como rector y gestor del sector de telecomunicaciones, tal y como han sido definidas constitucionalmente.

El futuro de las telecomunicaciones debe verse en el contexto de la Internet y de las comunicaciones móviles. En unos pocos años, gran parte de la telefonía fija se transmitirá mediante voz sobre IP y el resto de las comunicaciones tenderá hacia las tecnologías móviles. Ello implica que el país debe prepararse para enfrentar este reto mediante la incorporación de nuevas tecnologías y la capacitación de los recursos humanos, en cuyo caso es posible que la tecnología supere cualquier obstáculo de tipo legal o regulatorio.

Es importante que la sociedad costarricense tome conciencia de que el esquema de gestión de las telecomunicaciones, propuesto en el Tratado, va más allá de la *apertura* de algunos segmentos de las telecomunicaciones como Internet, las comunicaciones corporativas y móviles. Al amparo de ese nuevo esquema de gestión de las telecomunicaciones y en ausencia de un marco regulatorio en manos del Estado, los operadores particulares podrían hacer uso de cualquier medio a su alcance para satisfacer a sus clientes. El Tratado erróneamente concibe las telecomunicaciones como “mercancías” reguladas por la oferta y la demanda; así, solo aquellos que paguen su precio podrán tener acceso al servicio. Sin embargo, en Costa Rica ha existido una visión diferente: los servicios de telecomunicaciones se ven como un “derecho” esencial de acceso a la educación y la información, lo cual explica los subsidios internos que han existido y existen en el ICE (v.gr. telefonía fija).

La Universidad de Costa Rica considera su responsabilidad advertir que la apertura del sector de telecomunicaciones, tal y como se establece en el Tratado, resulta inconveniente para Costa Rica, en razón de que es contrario al texto y el espíritu de la Constitución Política.

4. Propiedad Intelectual: Riesgos y Oportunidades

La inclusión de capítulos sobre propiedad intelectual en los acuerdos comerciales sostenidos por Estados Unidos, responde al interés por aumentar los estándares de protección de la propiedad intelectual a escala mundial. La razón fundamental de ello es que los activos en propiedad intelectual representan una proporción cada vez mayor de los activos de las empresas de dicho país. Su protección en los mercados internacionales es una condición básica para que dichas empresas puedan mantener el nivel y volumen de negocios internacionales. Lo mismo ocurre en otros países desarrollados.

En esta materia, dada esa condición internacional, el país necesita generar estrategias claras para incentivar la invención y el patentado de productos, recursos y otros elementos que nos permitan incrementar el desarrollo tecnológico y la capacidad económica del país de competir a escala mundial. En este sentido, planteamos que una mayor protección como instrumento de política industrial permitiría potenciar los beneficios y reducir las consecuencias que implicaría la firma

del presente Tratado. El objeto de este apartado es analizar las modificaciones al marco básico del ADPIC que busca implantar el Tratado y sus posibles efectos en nuestra economía, desde una perspectiva proactiva; a veces no solo es importante el qué, la norma en sí, sino, más aún, la estrategia que se pueda implementar para llevar los efectos de dicho nuevo marco legal a un balance positivo.

En todos los países, el sistema de propiedad intelectual constituye una condición necesaria para incentivar la investigación y la creación, ya que dadas las características de los bienes inmateriales, de ser bienes públicos de consumo no rival, estos pueden ser reproducidos fácilmente por los usuarios en el mercado, sin necesidad de pagar o retribuir de alguna manera a quien hizo las inversiones en recursos humanos y económicos para generarlos. Además, es una condición necesaria para la transferencia de la tecnología vía contratos de licenciamiento, ya que generalmente estos contratos suponen el reconocimiento de la propiedad intelectual objeto de estos.

Por esa razón, la propiedad intelectual es absolutamente necesaria para incentivar la creación y transferencia de tecnología. Esto justifica la creación de un derecho de exclusión a favor del creador o inventor, que permita al titular de la propiedad intelectual impedir que otros fabriquen o utilicen comercialmente el objeto de protección, sin su permiso. Desde el punto de vista económico, la propiedad intelectual crea un derecho sobre los mercados de usuarios, para excluir la competencia. Este derecho de exclusión tiene que balancearse con limitaciones, a efecto de garantizar una condición de justicia entre los usuarios de esta y sus tenedores. Esto porque este tipo de propiedad puede fácilmente crear situaciones de monopolio que permiten a su titular aumentar sus precios y disminuir su oferta para obtener la renta del monopolista.

En este sentido, para el país la propiedad intelectual constituye un costo, el costo de tener que pagar derechos a los tenedores extranjeros de esta. No obstante, el beneficio estaría dado en función de las siguientes condiciones, que son las mismas que se deben presentar en el país desarrollado cuando se utiliza la PI para incentivar el desarrollo:

Situación del Sector Privado:

El sector empresarial es el principal usuario y generador de la tecnología. El sistema de patentes le permite proteger la tecnología desarrollada, de manera que se convierte en un instrumento para mejorar su competitividad. Por otra parte, es el principal usuario, ya que debe adquirir la tecnología no inventada en casa a través de la compra de equipos, materiales y licenciamiento. En general, el sistema de patentes será más beneficioso para el país según los siguientes atributos de su sector privado:

1. Capacidad de los empresarios para generar propiedad intelectual local, de manera que la esta sea un instrumento para incentivar las artes y las ciencias útiles del territorio donde se genera.
2. Capacidad para aprovechar los inventos patentados, a efectos de constituir empresas dedicadas a su explotación comercial, lo cual permite a la propiedad intelectual convertirse en un instrumento para financiar la investigación y el desarrollo.
3. Capacidad de los empresarios para adquirir propiedad intelectual, a través de contratos de licenciamiento, en términos ganar/ganar.
4. Capacidad de los empresarios y profesionales de estudiar patentes como un sistema de transferencia de tecnología per se, y de patentar sus inventos.

En términos generales, el Tratado incide directamente en dos sectores: la necesidad de dar una protección efectiva a las obtenciones vegetales y la protección de la información no divulgada. Por eso, entre los sectores de mayor impacto está el sector de la biogenética y el sector farmacéutico. Toda vez que el país cuenta con empresa privada y pública trabajando en el mejoramiento genético, se espera que la protección de obtenciones vegetales pueda motivar esta actividad y crear a escala centroamericana un mercado de especies mejoradas. En cuanto al sector farmacéutico, es vital que el país busque que la protección de la información no divulgada (5 años para farmacéuticos y 10 para agroquímicos) se inicie al mismo tiempo en EE.UU. y Costa Rica, de forma que no constituya un medio para retardar la entrada al mercado de genéricos nacionales más baratos. Se producen además posibilidades de realizar datos de prueba en el país, para el uso de medicamentos y agroquímicos mejor adaptados a las necesidades de la región, ya que estos estarían finalmente protegidos para hacer rentables esas inversiones.

Para el caso costarricense, el país presenta una base suficiente para generar tecnología; esto lo ha demostrado el desarrollo de varios sectores donde se produjo tecnología de punta a escala mundial, en la agroindustria, el manejo del banano. En el sector turístico, el desarrollo de canopies, el sector de software es un ejemplo en materia de derechos de autor. El problema fundamental está en el poco uso del patentado de

los avances tecnológicos generados, y la falta de visión sobre las oportunidades de comercializar dichas patentes. Solo a través de un esfuerzo consciente y focalizado para facilitar el patentado y capacitar sobre las posibilidades de licenciamiento, puede el país aprovechar las ventajas del sistema. Para ello, el Estado y sus universidades juegan un papel esencial en la creación de un sistema nacional y centroamericano de protección y difusión de la tecnología, ya que estamos hablando de la creación de mercados para esos bienes inmateriales.

Capacidad del Sector Universitario

El sector universitario juega un papel muy importante en la generación del conocimiento, tanto en el campo de las ciencias como en la tecnología. Generalmente, en los países en vías de desarrollo, el Estado dedica una parte importante de sus ingresos al financiamiento de la investigación y desarrollo en las universidades. A partir de los años ochentas, ante la crisis en los Estados Unidos generada por la mayor competitividad de la industria automotriz japonesa, este país diseñó una política para fomentar el patentado de la tecnología generada en las universidades, en aras de promocionar la difusión de esta a través de licenciamiento y creación de empresas basadas en nuevas tecnologías. En los países en desarrollo, la situación es más crítica porque las oficinas de patentes no tienen capacidad de peritazgo, por lo que las universidades son también llamadas a suplir la capacitación en materia de patentes, peritazgo y aprovechamiento de las bases de datos en esta materia. De esta manera, las capacidades más importantes del sector universitario son:

- 1. Capacidad para focalizar sus proyectos de investigación a áreas tecnológicas que le permitan obtener patentes y conocimientos sujetos a su difusión a través de la propiedad intelectual.*
- 2. Capacidad para proveer de peritos imparciales y calificados.*
- 3. Capacidad de crear economías de escala a través de oficinas de transferencia de tecnología encargadas de buscar recursos para patentar, investigar y comercializar la tecnología protegida.*
- 4. Capacidad para vincularse con el sector productivo, para investigar y desarrollar tecnología en áreas prioritarias, y brindar la capacitación necesaria para su aprovechamiento en el sector productivo.*

En esta materia, la Universidad de Costa Rica ha hecho esfuerzos a través de la oficina de transferencia de tecnología para trasladar a la sociedad el resultado de sus investigaciones, pero estos esfuerzos requieren un nivel mayor de atención, lo mismo la necesidad de coordinar todo el sector universitario, a efecto de que se den las economías de escala necesarias para que un programa tecnológico pueda surtir efecto y ser rentable. En este sentido, el Tratado establece la posibilidad de generar cooperación para fortalecer el sector, por tanto, si el país diseña una buena estrategia, puede obtener recursos para fortalecer dicho sector, y quizás asumir el reto de generar la capacidad institucional y tecnológica para modernizarlo a escala centroamericana, obteniendo recursos para ese efecto.

Apoyo del Sector Público

El sector público juega un papel decisivo, ya que es a través de su política industrial que se crea y se maneja el sistema de protección a la propiedad privada, como mecanismo para el desarrollo del país. Este papel se inicia con la creación de una oficina de patentes ágil, que facilite la protección de la tecnología generada en el país y a la vez que brinde un servicio eficiente de protección a la tecnología en manos de extranjeros. Al respecto, la definición de los derechos de propiedad intelectual debe, en principio, ser regulada a efecto que estos se adopten a las necesidades específicas del país y a los requerimientos de la política industrial. Adicionalmente, el sistema de balance de la propiedad intelectual, a través de las limitaciones de esos derechos juega un papel importante en reducir el costo del sistema de propiedad intelectual imponiendo licencias obligatorias y demás medidas necesarias para proteger la sana competencia y los derechos de los usuarios a impedir el abuso de los derechos de propiedad intelectual.

Finalmente, tal y como lo demuestra la experiencia norteamericana de los años ochentas, el Estado puede jugar un papel muy importante al financiar la investigación de las universidades y definir políticas para que los avances tecnológicos de las universidades puedan ser aprovechados por el sector privado y a la vez generar recursos adicionales para ulteriores investigaciones.

Podemos resumir estas funciones de la siguiente manera:

1. Capacidad del Estado de tener una oficina de patentes ágil, que pueda realizar los estudios correspondientes, autofinanciarse, y generar técnicos nacionales con la capacidad de entender el sistema y utilizarlo.
2. Capacidad del país y los empresarios para minimizar los efectos monopolísticos de la propiedad intelectual, a través de las limitaciones de estos derechos (licencias obligatorias, etc.)
3. Capacidad del Estado para apoyar la generación de empresas basadas en tecnologías nuevas, especialmente en tecnologías generadas en el país a través de un sistema de financiamiento.
4. Capacidad del Estado para financiar los proyectos de investigación de las universidades.
5. Capacidad del país de motivar inversiones extranjeras que requieran para estas estándares más altos de propiedad intelectual.

Al respecto, si bien existe una política tecnológica a cargo del Ministerio de Ciencia y Tecnología, esta política no está focalizada al fortalecimiento de la propiedad intelectual para crear un mercado de tecnología. El registro público debe complementarse con ser entidad técnica-gubernamental especializada en el manejo de la propiedad intelectual dentro del marco de una política industrial nacional, que incluya las medidas correctivas para evitar el abuso de la PI (en el desarrollo de esta oficina las universidades estatales pueden jugar un papel central, por las economías de escala que presentan).

El Tratado de Libre Comercio abre la puerta a una reforma en ese sentido. Este presenta la ventaja que mantiene el sistema de limitaciones existente en ADPIC para controlar el abuso de propiedad intelectual, por lo que el país cuenta con elementos suficientes para ello. Adicionalmente, como parte de las obligaciones del Tratado, el país deberá invertir recursos en fortalecer el régimen institucional para la observancia de la propiedad intelectual. De esta manera, se hace necesario aumentar el presupuesto que el país asigna al sector de propiedad intelectual. Lo más importante es que se haga la inversión institucional necesaria para que el sistema sea un instrumento para promocionar a lo interno la creación y transferencia de la tecnología. Sin esa inversión, el sistema será principalmente para beneficio de tenedores de propiedad intelectual extranjeros.

Capacidad Sistémica del país

Esta capacidad es función de la posibilidad de articular todos los sectores descritos anteriormente, de forma que se generen en el país las economías de escala suficientes para permitir que el sistema de propiedad intelectual pueda generar un sistema de mercado de estos bienes. Desde este sistema, se facilita la difusión de la tecnología a través de su licenciamiento o la venta de productos que la incorporen. Este proceso de difusión a su vez permite financiar los programas de investigación y desarrollo necesarios para generar dichas tecnologías de forma continua.

El resultado de este proceso es aumentar directamente las capacidades tecnológicas del país, aumentando su competitividad internacional. Desde este esquema, el aumento de los estándares de protección de la Propiedad Intelectual conllevarían beneficios para el país, donde el mayor costo en pagar tecnología extranjera, sea superado por la creación de propiedad intelectual local que de su aporte al desarrollo tecnológico y el valor de los activos del país, y por el aumento de la competitividad general del sector a través de una transferencia de tecnología de acuerdo con esquemas ganar-ganar.

Para que se pueda dar un sistema de promoción de la tecnología, es importante coordinar los sectores antes descritos. Si bien el país presenta un marco institucional base para ese efecto, los aspectos dinámicos de coordinación deben realizarse a través de un esfuerzo focalizado.

El país podría beneficiarse de las economías de escala generadas por la integración centroamericana, ya que el mercado de propiedad intelectual se amplía. Este beneficio sería de mucha importancia si consiguiera fortalecer su oficina de patentes y sistema de transferencia de tecnología para que brinde sus servicios a escala centroamericana. Costa Rica podría negociar para que el sistema de patentado y transferencia de tecnología a nivel de la región se asiente en el país, que, dicho sea de paso, es el que tiene actualmente mejores condiciones para ello, y para su éxito, las economías de escala son esenciales.

Posibles efectos en el consumidor final

Con respecto a los usuarios de la tecnología, los efectos negativos de la propiedad intelectual se minimizan de acuerdo con las siguientes condiciones:

1. Amplia oferta de bienes alternativos a los requeridos por la propiedad intelectual. Cuanto más subdesarrollado sea un mercado, mayor será el poder monopolístico de la propiedad intelectual. Dentro de estos

elementos esta la capacidad de generar bienes alternativos locales y realizar importaciones paralelas de dichos bienes.

2. Marco institucional ágil de protección al consumidor y a la competencia, que pueda detectar y neutralizar el abuso de la propiedad intelectual.

Al respecto, es importante mencionar que el Tratado permite el régimen existente de importaciones paralelas, y el país cuenta ya desde hace algunos años con un régimen de protección al consumidor, que deberá adaptarse y especializarse a la materia de propiedad intelectual.

En razón de todo lo anterior, el Tratado abre importantes oportunidades, las cuales podrían más que compensar sus costos para la región. Todo esta en función de que diseñemos e implementemos una estrategia nacional y centroamericana en ese sentido, de acuerdo los lineamientos antes indicados. Igualmente, para reducir los posibles abusos de la propiedad intelectual, es imprescindible que desarrollemos capacidades para aplicar el régimen de limitaciones a esta, el cual no fue afectado por el Tratado.

5. Las distorsiones comerciales a través de subsidios a agricultores de los Estados Unidos

De acuerdo con expertos en el tema de comercio agrícola internacional, los subsidios introducidos en la nueva Ley Agrícola de los Estados Unidos podrían tener efectos muy negativos para nuestros productores, ya que aún la Asamblea Legislativa no ha aprobado una nueva ley para modernizar el sector agropecuario costarricense y no se han tomado medidas que contrarresten los posibles efectos de la legislación aprobada en Estados Unidos.

La nueva Ley Agrícola del 2002 reemplaza a la Ley Agrícola de 1996. Esta supone cambios importantes en los programas agrarios y en los presupuestos; continúan los pagos directos basados en superficies y rendimientos históricos y crea nuevos sistemas de pagos contracíclicos, basados en la relación de los precios de mercado y unos precios de objetivo, así como revisa y reequilibra los "loan rates". Además, incluye, por primera vez, un programa de energías renovables (biocombustibles), así como mayores inversiones en investigación, sanidad vegetal y animal, usos energéticos, seguridad alimentaria y desarrollo rural. Incrementará sustancialmente las garantías de precio para cosechas como la de maíz, trigo, avena, cebada y sorgo; también, creará nuevos subsidios para otras como la de soya. Otros productos, como legumbres, arroz, algodón, miel, azúcar, leche, maní, frutas y vegetales, verán incrementados los precios mínimos. A los tradicionales productos a los cuales Estados Unidos otorga subsidios, se han incorporado las leguminosas. La Ley garantiza a los agricultores estadounidenses un ingreso más estable al aumentar los subsidios para los granos y el algodón, además de restaurar los incentivos a la producción de lana y miel, leche, maní y lentejas. Estos subsidios a productos agrícolas que sirven como materia prima para los agroindustriales representarán también una competencia desleal para las exportaciones regionales de productos agrícolas elaborados.

La promulgación de esta nueva ley ha generado una ola de indignación en muchos países de América Latina, exportadora neta de productos agrícolas, cuyo desarrollo depende en gran medida de las exportaciones de ese sector al mercado estadounidense. La Ley Agrícola de los Estados Unidos, ampliamente conocida como el "Farm Bill", ha sido, además, objeto de críticas por parte de muchos países en vías de desarrollo alrededor del mundo, por aumentar drásticamente las subvenciones al sector agrícola. El Grupo CAIRNS, integrado por exportadores agrícolas de diferentes continentes, condenó inmediatamente la nueva ley, ya que *su impacto será especialmente dañino para los agricultores de los países que dependen fuertemente para su desarrollo de las exportaciones agrícolas*. Además, añade que la nueva ley *"podría socavar los esfuerzos para conseguir la reforma global de este sector masivamente subvencionado y distorsionado."*

Recientemente, en la última reunión de la OMC, en Qatar, Estados Unidos defendió fuertemente el libre comercio agrícola; muchos analistas estiman ahora que la nueva Ley Agrícola va exactamente en la dirección contraria a la retórica de libre comercio del Gobierno estadounidense. Adicionalmente, estiman que estas nuevas medidas proteccionistas podrían contribuir a deteriorar el ambiente negociador en la OMC dentro de la Ronda de Desarrollo (Doha). Además, para muchos países latinoamericanos, el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) no será una prioridad si Estados Unidos no se compromete a eliminar los subsidios agrícolas.

De todos los problemas de la globalización que afectan a los países pobres de mundo, pocos son tan ampliamente condenados como los subsidios que los países ricos suministran a sus agricultores, relativamente prósperos, para aumentar la producción. Estos subsidios alejan a los productores de los países desarrollados de las señales del mercado e implican una sobreoferta de productos agrícolas que aumenta dramáticamente la inestabilidad de precios en los mercados internacionales, ya que transfiere a estos los ajustes de oferta y demanda que deberían hacerse dentro de los mercados domésticos de esos países.

6. Algunas implicaciones jurídicas y organizativas sobre el modelo de Estado costarricense presentes en el Tratado

6.1 Aumento de la burocracia mediante la creación de organismos nuevos e incorporación de elementos jurídicos foráneos

En el Tratado se dispone la creación de varias comisiones u órganos, que bien podría aumentar el grado de burocracia e inercia institucional: 1) Comisión de revisión agrícola (3.17); 2) Comité de Comercio Agropecuario (3.18); 3) Comité de Comercio de mercancías (3.30.1); 4) Comité de Creación de capacidades relacionadas con el Comercio (3.30.2,c); 5) Comité de asuntos sanitarios y fitosanitarios (6.2); 6) Comité de obstáculos técnicos al comercio” (7.8); 7) Autoridad Reguladora de Seguros (II); 8) Consejo de Asuntos Laborales (16.4.1); 9) Comité Nacional de Trabajo (16.4.4); 10) Consejo de Asuntos Ambientales (17.5); 11) Comisión de Libre Comercio (19.1). A todos ellos podría agregarse un órgano colegiado regulador y supervisor en materia de telecomunicaciones, así como para el caso del recurso hídrico, en infocomunicaciones, en salud, en el espectro radioeléctrico, entre otros.

En cuanto a los reglamentos técnicos, 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 (LGAP), nunca una disposición extranjera puede nacionalizarse, sin antes cumplir con el ejercicio de la potestad reglamentaria en manos del Poder Ejecutivo (artículo 140.3 Constitución Política¹⁹) o acaso sean 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 solo la definición normativa de los reglamentos contenida en la citada Ley General de Administración Pública (Ley principista o Ley General) al tenor de la jurisprudencia constitucional), 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 adopción de esta posible normativa desconoce el procedimiento nacional y a los órganos competentes para dictarlos; además establece un cuerpo normativo que proviene de un sistema jurídico incompatible en muchos de sus elementos con nuestro sistema, los descontextualizaría, y queda entredicho su aplicabilidad al ámbito nacional por haber sido elaborados para otros contextos.

6.2 Indeterminación del plazo de caducidad del Tratado

En el Tratado no se contempla un plazo determinado para su finalización. Este instrumento plantea la posibilidad de que un Estado haga acto de denuncia del TLC (artículo 22.7.1.2), para lo cual surtirá efectos seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo; sin embargo, se crea la condición de que no exista un acuerdo en contrario de los otros Estados Partes. En otros términos, aun con denuncia, cabría la posibilidad de su no ejecución por voluntad ajena al Estado costarricense. De esa forma, existe la potencial sumisión del ejercicio soberano de la voluntad estatal y unilateral, a la voluntad y decisión de los otros Estados.

En todo caso sería absurdo suponer que el Estado que denuncie el Tratado a su vez contradiga su voluntad en asocio con los otros Estados partes para un fin distinto a la denuncia misma. A lo más podría suponerse la aceptación compartida de todos los Estados partes para que la eventual salida estatal sea en un plazo distinto

¹⁹ **ARTÍCULO 140.-** Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)

3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento; (...)

al estipulado. El peligro latente, sin embargo, estaría en la posibilidad de que no pueda salirse a pesar de la denuncia por la imposición de la voluntad de los otros Estados partes.

7. Posibles repercusiones con la no ratificación del Tratado, debido a la desviación de comercio

Al formarse regiones integradas comercialmente, sobre todo en torno a países con gran potencial de mercado, los países que se encuentran fuera de estas regiones sufren desviación de comercio y de la inversión. Es decir, los flujos comerciales y las inversiones se dirigen a países que están dentro de estos acuerdos preferenciales, y los países que están fuera pierden gran parte de esos mercados, así como las inversiones que van dirigidas a estos. Esto hace pensar que si Costa Rica no ratifica el Tratado, muchos otros países sí establecerían tratados con Estados Unidos debido a la política dinámica del presidente Bush para suscribir este tipo de instrumento comercial. Por esta razón, cuando Estados Unidos dice que va a realizar un TLC con ciertos países, a estos no les queda otra alternativa que aceptar, porque, de otra manera, sufrirían la desviación del comercio y de la inversión con relación a los que sí acepten. Esto es lo que se ha de llamar *el efecto Baldwin* o efecto dominó porque todos van cayendo como las fichas de un dominó.

Esta situación coloca a los países en desventaja a la hora de negociar. Se negocia bajo el modelo que Jagdish Bhagwati ha llamado *negociación secuencial*, la cual consiste en tratar de incorporar primeramente a los países más vulnerables y moverse de país en país hasta abarcar suficientes países, los cuales, a cambio de la apertura del mercado del país hegemónico, están dispuestos a adoptar los cambios en las legislaciones y regulaciones. Bhagwati opina que este tipo de negociación no les conviene a los países en desarrollo, sino que solamente deben negociar multilateralmente donde pueden buscar alianzas con países con intereses similares.

El país debe tomar en cuenta no solo cuántas empresas se moverían hacia los países que están dentro del esquema de integración comercial con Estados Unidos, sino cuántas inversiones potenciales de países desarrollados se perderían y cuánto significaría esa pérdida potencial. No solo las empresas extranjeras se moverían, sino las empresas nacionales se irían a producir a Guatemala o a Nicaragua para poder entrar al mercado de Estados Unidos. Desgraciadamente, el efecto de la desviación del comercio y de la inversión tiene consecuencias imponderablemente adversas para nuestro país.

Es importante señalar también que en el caso de que no se ratifique el Tratado, Estados Unidos podría recurrir a la legislación 301 del Trade Act de 1974 y del Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1984 para alcanzar objetivos comerciales y lograr modificar la legislación de varios países como sucedió en el 2001 en Costa Rica, cuando la Oficina del USTR ([Office of the United States Trade Representative](#)) nos colocó en la Priority Watch List –lo cual significaba eliminarle al país las ventajas concedidas en la Cuenca para el Caribe– con el fin de que promulgáramos una ley más estricta con respecto a la observancia de los derechos de propiedad intelectual.

La anterior, estrategia amenazante puede continuar presentándose independientemente de sí se acepta o no el Tratado.

8. La mayoría calificada como procedimiento legislativo necesario para ratificar el Tratado

En razón de las materias que contiene el Tratado de Libre Comercio y dado que en este momento se encuentra suscrito por el Poder ejecutivo y presentado a la Asamblea Legislativa para su aprobación o no, es necesario referirse al respectivo procedimiento legislativo en punto al tipo de mayoría requerida para dicho acto aprobatorio, aspecto que, de no cumplirse, convertiría inconstitucional el procedimiento legislativo empleado para una eventual aprobación. A continuación esbozaremos sucintamente algunos de esos elementos que contiene el Tratado que hacen necesaria y obligatoria la cantidad de 38 votos de las señoras diputadas y los señores diputados.

8.1 Arbitraje internacional

El Tratado establece que en caso de una controversia una de las partes (el demandante), que nunca puede ser el Estado costarricense, tiene la potestad de obligar al demandado a supeditarse a un arbitraje internacional. Sin embargo, se deja la posibilidad de que los Tribunales de justicia nacionales o las

administraciones públicas internas, tengan competencia para la ejecución de las medidas cautelares necesarias, con el único fin de preservar los derechos e intereses del demandante o de la empresa durante el periodo de espera del arbitraje, sin demérito de las medidas dictadas por el Tribunal arbitral (10.18.3 y 10.20.8).

Visto lo anterior, se debe indicar que desde la perspectiva de la Constitución Política, si bien el artículo 121 inciso 4)²⁰ hace referencia a los *tratados públicos o convenios internacionales que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario*, lo cierto del caso es que por disposición de la jurisprudencia constitucional, no debemos entenderlo solo desde el ángulo del “Derecho comunitario” centroamericano, sino en la dinámica uniforme del Derecho “supranacional”, cuando el Estado transfiera parte de sus potestades jurisdiccionales a un arbitraje internacional. La jurisprudencia constitucional ha dicho, con relación a ello, *que esta norma (artículo 121 inciso 4) suscita tres tipos de dudas importantes, a saber: a) qué significado tiene los conceptos de “atribuir” o “transferir”, en relación con el de “competencias”; b) qué se entiende allí por “ordenamiento comunitario”; y c) qué alcance debe darse a los “objetivos regionales y comunes” que en el texto constituyen el fin mismo del ordenamiento (...)*. Por tanto, consideramos: a) En lo que se refiere a la primera cuestión, la Sala observa que en el contexto del Derecho de la Constitución, la norma transcrita tiene el claro propósito de agravar el procedimiento de aprobación de tratados o convenios internacionales, cuando en ellos se atribuyan a organismos extraestatales competencias públicas que de otro modo corresponden al Estado costarricense en ejercicio de su soberanía; b) Lo anterior obliga a reconocer la expresión “ordenamiento comunitario”, aunque no feliz, solo adquiere sentido en el contexto de ese inciso. Es cierto que la inclusión del concepto “ordenamiento comunitario” en dicha norma constitucional se hizo por la Asamblea Legislativa (por Ley 4123 de 30 de mayo de 1968), teniendo en mente el proceso de integración o Mercado Común Centroamericano, pero resultaría contradictorio y, por ende, inconstitucional deducir de ahí que la Constitución imponga un procedimiento agravado para la aprobación de los instrumentos de ese proceso querido por Costa Rica y más cercano y natural, por darse en el ámbito geopolítico o histórico de la Patria Grande Centroamericana, que en otros supuestos más lejos y menos intensos en que también se asignen o se transfieran competencias del Estado costarricense a un ordenamiento extranacional (...). En conclusión, la Sala considera que al autorizar el sometimiento a procedimientos de arbitraje internacional, de cuestiones que de otro modo se ubicarían en sede del Derecho interno, y de los tribunales nacionales – judiciales o arbitrales, da lo mismo– el Convenio consultado requiere para su aprobación la mayoría calificada (S.C.V. 1079-93) En similar sentido, también se expresa el voto de la Sala Constitucional número 7006-02). Por lo anterior, mientras la jurisprudencia constitucional sea válida y eficaz, debe respetarse.

8.2 Creación de un órgano colegiado supranacional

El Tratado –como ya se indicó - propone la creación de una Comisión de Libre Comercio, conformada por los distintos Ministros de Comercio Exterior – o su equivalente – de los Estados Partes. Esta Comisión por expresa disposición del Tratado, tendrá potestades para interpretar, modificar, controlar y ejecutar sus términos, siendo así que sus decisiones se adoptarán POR CONSENSO, que podría ser por mayoría (consenso democrático); por unanimidad, o acaso por mayoría sin oposición, en la dinámica del Derecho Internacional. Al no quedar claro cómo debemos entender el “consenso”, sobre todo cuando se otorga potestad expresa a la Comisión para disponer otra forma de votación, el panorama genera incertidumbre jurídica con alto riesgo de ambivalencia justiciera. De esa manera, la constitución de un órgano colegiado supranacional, podría obligar al Estado costarricense, aun en contra de su voluntad decisional, en caso de que ésta sea minoría. También por disposición del Tratado, los acuerdos o resoluciones que adopte tal Comisión tendrán el grado de Protocolo de menor rango, sin que por ello se requiera de la aprobación legislativa, todo de conformidad, y por mandato expreso del artículo 121 inciso 4) párrafo tercero de la Constitución Política. Es decir, sus resoluciones o disposiciones forman parte de la ejecución e implementación de un Tratado Internacional sin control aprobatorio legislativo.

Dos argumentos salen a flote, a favor de la tesis de mayoría calificada: a) la formación de un órgano supranacional cuyas decisiones o resoluciones son vinculantes a los Estados Partes, en relación con los

²⁰ **ARTÍCULO 121.-** Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: (...)

4) Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos (...)

términos y alcances del Tratado, siempre que sean tomadas por consenso, salvo que las Partes dispongan otra cosa; b) El grado de "Protocolo de menor rango", que se les da expresamente a las disposiciones o resoluciones dictadas por la referida Comisión, hace que sus actos no requieran de la aprobación legislativa.

En todo caso, también es preocupante que la citada Comisión, a diferencia de otros Convenios de Libre Comercio, podrá dictar resoluciones que no se quedan en el ámbito procedimental, tal y como lo exige la jurisprudencia constitucional, para su engarzamiento con los protocolos de menor rango. Destaquemos lo dicho por la jurisprudencia constitucional: *Los protocolos de menor rango son aquellos que, sin añadir compromisos o limitaciones sustanciales a la actividad de los Estados, desarrollan e 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 previstas en el tratado principal* (Sentencia 03388-98). Y en el Tratado se incorporan materias sustanciales a favor de la determinación resolutoria, interpretativa y ejecutoria de la Comisión de Libre Comercio: por ejemplo, el dictado de Directrices comunes (no limitadas expresamente al procedimiento) y la materia de Contratación Pública, así en general, sin ostentar carácter restrictivo.

8.3 Supeditación de la voluntad estatal a la decisión de otros Estados partes

Un elemento complementario al anterior surge con la posibilidad práctica de que los Estados puedan imponer su voluntad a otro "Estado Parte", que quiera denunciar el Tratado, ante la falta de plazo expreso de vencimiento. En efecto, en caso de darse la denuncia del TLC (artículo 22.7.1.2), surtiría efectos "seis meses después de notificar, por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo"; empero –y aquí está lo grave– se crea la condición de que no exista un acuerdo en contrario de los otros Estados Partes. En otros términos, aun con denuncia, cabría la posibilidad de su no ejecución. Esta potencial subordinación del Estado costarricense a la voluntad decisional de los otros Estados, convierte a estos en unión supranacional, que limita e impide el ejercicio de la voluntad estatal. Y aquí, sin duda, también, aun sin ser arbitraje, estamos ante una transferencia de potestades soberanas de nuestro Estado, a favor de la voluntad decisional de los otros Estados Partes, en caso de conflicto.

8.4 Limitaciones a la propiedad

El Tratado establece su propio régimen de expropiación o nacionalización de las inversiones, que es una modalidad de la propiedad privada, para lo cual se da un mecanismo sustancial y procedimental que en esencia no varía de lo dispuesto en el artículo 45²¹ de la Constitución Política, ni en la Ley de Expropiación Forzosa, ni en las jurisprudencias de la Sala Constitucional y Sala Primera, sobre todo en lo que respecta al pago y a la determinación del "justiprecio", con pago pronto y cumplido. Sin embargo, no se hace mención en el TLC a la expropiación por emergencia (guerra-conmoción interna), tal y como lo dispone expresamente el propio artículo 45, sin que por ello deje de aplicarse en tal hipótesis, por imposición constitucional, para el pago posterior al acto expropiatorio en el plazo máximo de 2 años. No hay duda de que la existencia de un régimen expropiatorio, para un tipo de propiedad (inversiones), legitima la limitación en el uso y disfrute de la propiedad privada; es decir, en el Tratado se establecen límites y mecanismos tasados para su procedencia con su regulación autónoma sin remisión a la legislación ordinaria. En esto, la normativa constitucional es determinante, pues dice: *Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social*. Además, en materia de inversiones, para la nacionalización o expropiación, se dice al texto del Tratado, que puede ser por "utilidad pública", lo que en modo alguno excluye el "interés social". En efecto, la Sala Primera

²¹ **ARTÍCULO 45.-** *La propiedad es inviolable; a nadie puede privarse de la suya si no es por interés público legalmente comprobado, previa indemnización conforme a la ley. En caso de guerra o conmoción interior, no es indispensable que la indemnización sea previa. Sin embargo, el pago correspondiente se hará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.*

Por motivos de necesidad pública podrá la Asamblea Legislativa, mediante el voto de los dos tercios de la totalidad de sus miembros, imponer a la propiedad limitaciones de interés social.

(supracitado) dispuso que el término “utilidad pública” es más amplio que el de “interés social” y que el de “interés público”. Además, se incorpora, vía Tratado, a nuestro ordenamiento jurídico la figura de la expropiación indirecta. Así mismo ha insistido la jurisprudencia: *La Sala Constitucional ha manifestado que la naturaleza y régimen jurídicos son diferentes tratándose de propiedad privada o de propiedad pública o del Estado, ello por cuanto la primera es regulada de conformidad con el artículo 45 Constitucional y la normativa del Código Civil pertinente, de manera que se protege la inviolabilidad de la misma, introduciéndose el concepto de función social de manera que no se puede privar a nadie de la suya sino es motivado en un interés social y mediante ley aprobada por la Asamblea Legislativa con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. Por su parte, la regulación de la propiedad demanial se fundamenta en el inciso 14) del artículo 121 Constitucional, de modo que su naturaleza jurídica es virtualmente diferente (voto 3793-94).*

8.5 Elemento político-social

Sin ser un argumento estrictamente jurídico, se procede a dar un sucinto análisis desde la perspectiva sociológica y política, más adentrada al principio ético en el ejercicio de la función pública. En efecto, siguiéndose los parámetros de la democracia activa y participativa, destacados desde el Preámbulo de la Constitución que, sin ser norma positiva, no deja de constituir una proclama valorativa que irriga la totalidad de su texto y contexto, la representación política forma parte de la legalidad y legitimidad del Estado Constitucional de Derecho. Por ello, la aprobación legislativa de un Tratado de Libre Comercio que incide de una u otra forma en el devenir de la actividad y organización del Estado en su conjunto (“megatratado”), sin plazo de vencimiento; con potencial alargamiento temporal y sustancial en la historia patria, impone la amplia participación aprobatoria legislativa. La razón es simple: que un Poder Legislativo, por mayoría absoluta o relativa, decida el futuro nacional en proyección abierta, sin serlo por mayoría calificada y sin consulta popular previa, por algún referéndum, afecta principios básicos de la legitimidad estatal democrática, aferrada a la voluntad general de los ciudadanos, libremente expresada. Si no hay referéndum, al menos debe darse la mayoría calificada legislativa, en un marco de tesis política y sociológica.

En síntesis: el artículo 119 de la Constitución establece el principio prevaleciente de la mayoría absoluta, incluso con presunción de darse, salvo para aquellos casos en que la Constitución disponga una votación mayor. Y sobre esta misma tesis, no sólo debemos estar a lo que dice la Constitución, sino también la jurisprudencia constitucional, en relación con el artículo 121 inciso 4) sobre el “derecho comunitario” (término “poco feliz” a decir de la jurisprudencia) y sobre los órganos supranacionales, en relación con el ejercicio soberano del Estado. Asimismo, el artículo 45 exige la mayoría calificada para imponer límites al ejercicio de la propiedad privada (limitaciones y expropiaciones), por interés público o social. Y todos estos extremos quedan incorporados al contenido del Tratado.

Tercera parte: Algunas de las eventuales inconstitucionalidades presentes en el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y Estados Unidos

A continuación presentamos algunos elementos de síntesis de los vicios de constitucionalidad planteados en las páginas precedentes:

CUADRO N.º 1
Sinopsis de algunas eventuales inconstitucionalidades presentes en el Tratado

Artículo de la Constitución	Capítulo del Tratado	Posible razón de inconstitucionalidad
Artículo 5, 6 y 121	Capítulo 2 anexo 2.1, definición de territorio	El concepto de territorio establecido por el TLC resulta limitado y restrictivo frente al artículo 5 de la Constitución Política y el concepto moderno de territorio que establece el derecho del mar, en razón de que deja al margen de nuestro territorio el zócalo insular, la Isla del Coco, y por ende la extensión de nuestro mar territorial y la zona económicamente exclusiva.
Artículos 33 y 50	Capítulo 3, Trato nacional y acceso de mercancías	El Tratado (3.13.4) establece que en caso de que un país tercero introduzca en el mercado nacional un producto agrícola subsidiado, que sea competencia de los productos agrícolas no subsidiados de otro Estado Parte del TLC, esta 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

Artículo de la Constitución	Capítulo del Tratado	Posible razón de inconstitucionalidad
		los Estados en competencia en territorio ajeno no así para el Estado en territorio propio. Ello, sin duda, deja margen para la discriminación de trato en perjuicio de la igualdad en un mismo mercado sujeto a las reglas de la oferta y demanda. Sobre todo cuando por virtud de la ley "Farm Hill" de Estados Unidos, ya de por sí existen los subsidios agrícolas en ese país y por extensión aplicable a mercados ajenos. No podría aplicarse retroactivamente el Tratado en perjuicio de la legislación vigente con anterioridad en Estados Unidos.
Artículo 140,3	Capítulo 7, Obstáculos al Comercio, reglamentos técnicos	En cuanto a los reglamentos técnicos, 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 (LGAP), nunca una disposición extranjera puede nacionalizarse, sin antes cumplir con el ejercicio de la potestad reglamentaria en manos del Poder Ejecutivo (artículo 140.3 Constitución Política) o acaso sean 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 solo la definición normativa de los reglamentos contenida en la citada LGAP (Ley principista) al tenor de la jurisprudencia constitucional), 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).
Artículo 182	Capítulo 9, Contratación Pública	En lo que respecta a algunos contratos especiales, como, por ejemplo, el de concesión de obra pública y otras contrataciones excepcionales, así como el tratamiento que da al procedimiento de arbitraje, el Tratado violenta el artículo 182 de la Constitución Política, y se opone al voto 998-98 de la Sala Constitucional, al incorporar solapadamente una regulación normativa paralela o ad hoc a la establecida, lo cual tiene como efecto que se desconozcan las regulaciones existentes, se minimicen los controles y la capacidad fiscalizadora del Estado costarricense.
Artículo 43	Capítulo 9, contratación pública	El Tratado, con la vía de arbitraje forzado, según lo disponga el demandante, contraviene el artículo 43 de la Constitución Política. Este artículo establece el arbitraje como un derecho fundamental al cual toda persona tiene <i>libre</i> acceso sin ningún condicionamiento.
Artículo 9, 11, 33 y 49	Capítulo 9, Contratación Pública y capítulo 10, Inversiones, imposibilidad del Estado costarricense de convertirse en demandante	El Tratado omite la posibilidad de que un Estado pueda demandar o ser demandante contra un inversionista privado, lo que muestra una discriminación de trato procesal (artículo 33 de la Constitución) en materia de arbitraje internacional, sobre todo si el Estado sobre todo si el Estado debe ser actual ante el eventual incumplimiento contractual, como podría suceder en materia de contratación administrativa, lo que confirma nuevamente una discriminación de trato constitucionalmente prohibida (artículo 33 de la Constitución Política).
Artículo 189	Capítulo 11, Comercio Transfronterizo, apertura de monopolio en seguros	Si el INS deja de ser institución autónoma, por virtud de la competencia que imponga en principio la configuración de una empresa pública (aun cuando sea de fachada societaria mercantil) debe reformarse la Constitución Política, por expresa disposición del artículo 189. Y, en todo caso, si se quiere la transformación jurídica, aun en calidad de institución autónoma, debió oírse previamente a la propia institución, conforme al artículo 190 de la Constitución Política.
Artículo 33	Capítulo 12, servicios financieros,	En cuanto a préstamos, una de las Medidas Disconformes de la lista de Costa Rica, versa: " <i>Los bancos estatales no otorgarán préstamos en una suma superior al diez por ciento del total de la inversión a personas jurídicas con más de un cincuenta por ciento de capital extranjero</i> ". De lo anterior existen dos críticas: la primera en cuanto se faculta a los bancos del Estado a dar hasta un diez por ciento de la inversión total, incluso, claro está, en materia de contratación administrativa, específicamente en lo tocante a concesiones de obras con servicios públicos. Sin duda, debería prevalecer la inversión privada en porcentaje total, a su riesgo y ventura, sin que los bancos del Estado deban

Artículo de la Constitución	Capítulo del Tratado	Posible razón de inconstitucionalidad
		prestar para la inversión correspondiente, toda vez que la intención de la figura es o debe ser, que el Estado o los bancos del Estado no asuman gasto, riesgo, financiación o préstamo alguno, para la ejecución de obras y prestación de servicios derivados, para satisfacer los intereses públicos. En segundo lugar, tratándose de la modalidad de inversión entre sujetos privados, como cualquier otra negociación de esta naturaleza, se violenta el principio de igualdad de trato entre bancos estatales y los bancos privados, por la limitación gravosa a los primeros en beneficio potencial de los otros, en lo relativo a inversiones adelantadas en el TLC. De nuevo surge la desigualdad de trato con violación del artículo 33 de la Constitución Política.
Artículo 34	Capítulo 13, Telecomunicaciones, suministro privado	Lo estipulado en el Anexo 13.III.1, en el cual establece que nuestro país permitirá a los proveedores de otra Parte, <i>suministrar servicios de telecomunicaciones en términos y condiciones no menos favorables</i> a los establecidos conforme a la legislación nacional vigente al 27 de enero de 2003, con posible violación del artículo 34 de la Constitución Política, que prohíbe la aplicación retroactiva de la Ley en perjuicio de persona alguna (pública o privada).
Artículo 121, inciso 14	Capítulo 13, Telecomunicaciones, creación de una autoridad reguladora en materia de telecomunicaciones	Existe la duda acerca de si la “autoridad reguladora” a que hace mención el Anexo XIII.IV.2, será la ARESEP, o acaso se procederá a la creación de un nuevo órgano o entidad administrativo, con competencia para <i>incluir jurisdicción sobre la administración del espectro</i> , siendo que, por disposición constitucional (artículo 121, inciso 14), corresponde exclusivamente al Estado esa jurisdicción, sin que pueda asumida por un sujeto distinto, sobre esa misma jurisdicción.
Artículo 39	Capítulo 15, Derechos de Propiedad Intelectual	Si algún denunciante afectado reclama la posibilidad de importación de productos alterados, con pruebas al efecto, se dice al texto: “que de acuerdo con la legislación del país de importación, exista una presunción de infracción de su derecho de propiedad”. Y aquí la presunción es de culpabilidad, no así de inocencia, lo que violenta el artículo 39 de la Constitución Política.
El artículo 42	Capítulo 16 en materia de derechos laborales	Existe discriminación de trato en materia laboral al imposibilitar la revisión o reapertura de las resoluciones administrativas firmes o fallos judiciales, lo que contradice el artículo 42 de la Constitución Política y el debido proceso en cuanto a los recursos extraordinarios de revisión.
Artículo 121, inciso 4	Artículo 19, Administración del Tratado, Creación de la Comisión	Un órgano internacional puede supeditar la voluntad del Estado costarricense, en función de la voluntad expresa de los otros. Y, además, las decisiones que adopte tal Comisión, para Costa Rica, tendrán el grado de protocolo de menor rango, conforme lo dispone el artículo 121, inciso 4, párrafo tercero, por lo que formaría parte del desarrollo y ejecución del TLC, sin que se requiera aprobación legislativa (Anexo 19.1.3 (b)). En otros términos, un órgano colegiado, representado por funcionarios de los distintos Poderes Ejecutivos, tendrán amplias potestades en la interpretación, modificación, ejecución y control sobre el TLC, sin que lo resuelto deba ser aprobado por la Asamblea Legislativa, por su naturaleza de Protocolo de menor rango, lo cual únicamente es viable en tanto la materia dispuesta sea estrictamente procedimental. Sin embargo, se incluye en la normativa del Tratado materia sustancial como el poder dictar directrices comunes y disposiciones en materia de contratación administrativa. Ello violaría en principio la jurisprudencia constitucional (votos de la Sala Constitucional N.º 03388-98 y N.º 0819).
Artículo 40	Capítulo 22, Disposiciones finales, denuncia	En el Tratado no se contempla un plazo determinado para su finalización. Este instrumento plantea la posibilidad de que un Estado haga acto de denuncia del TLC (artículo 22.7.1.2), para lo cual surtirá efectos “seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo”; sin embargo, se crea la condición de que no exista un acuerdo en contrario de los otros Estados Partes. En otros términos, aun con denuncia, cabría la posibilidad de su no ejecución por voluntad ajena al Estado costarricense. De esa forma, existe la potencial sumisión del ejercicio soberano de la voluntad estatal y unilateral, a la voluntad y decisión de los otros Estados. Ello podría dar pie a una sanción perpetua contra el Estado costarricense, en caso de imposibilitarse su salida, lo que contraviene en principio el artículo 40 de la Constitución Política.
Artículo 45	Capítulo 10,	Si con la <i>expropiación indirecta</i> no existe indemnización a falta de darse el traspaso del

Artículo de la Constitución	Capítulo del Tratado	Posible razón de inconstitucionalidad
	Inversiones	título, derecho o dominio del bien, ello violentaría el sentido y alcance del artículo 45 de la Constitución Política.