

Comisión Especial Interdisciplinaria de la Rectoría

Resumen del documento titulado

“Inconstitucionalidades en el TLC, a pesar del dictamen de la Sala IV”

Elaborado por Luis Baudrit Carrillo, Catedrático, Director de la Oficina Jurídica de la Universidad de Costa Rica, publicado por SIEDIN, setiembre de 2007.

1. La resolución de la Sala IV sobre el TLC no es una sentencia

La Sala Constitucional, al evacuar las consultas de la Defensoría de los Habitantes y de un grupo de Diputados sobre el proyecto de TLC, llegó a la conclusión de que “... *no se observan vicios de constitucionalidad...*”

Este dictamen no es una sentencia porque no resolvió algo de modo definitivo. Carece de efectos de *cosa juzgada*. No impide que la Sala IV pueda volver a conocer del tema, ni que en otra ocasión sí encuentre vicios y declare la respectiva inconstitucionalidad.

Sin embargo, el análisis posterior que llegara a hacer tendría especiales connotaciones. La inconstitucionalidad declarada obligaría a los tribunales costarricenses a no aplicar el Tratado, pero tal declaratoria no podría ser invocada ante tribunales arbitrales internacionales, en los que está excluido el derecho interno de los países.

En el pronunciamiento de la Sala IV sobre el TLC se insistió varias veces en que constituía un dictamen *no vinculante*. Al no ser vinculante cabe entonces disentir de sus conclusiones y cuestionar sus consideraciones. Tal dictamen es una simple opinión jurídica, carente de obligatoriedad. El valor de cualquier opinión jurídica depende de la calidad de su fundamentación.

La Sala IV no declaró que el TLC fuese constitucional, porque no es función suya hacer tal declaratoria. Lo que expresó fue que “... *no se observan vicios de constitucionalidad...*” No expresó que no existieran, sino que no los había visto. Es preciso analizar el valor o peso de los razonamientos expuestos por la Sala IV para arribar a tal conclusión.

aplicada a cada caso singular. Es un derecho que corresponde a *toda persona*, incluido el Estado.

Para apoyar su opinión, citaron una resolución de la propia Sala IV del año 2000, que estimó que nadie puede ser obligado a arbitraje, a menos que hubiese consentido previamente en una cláusula contractual compromisoria. También citaron otra resolución del año 2005 que calificaba al arbitraje como un derecho fundamental: ninguna persona puede ser compelida ante un tribunal arbitral, porque se trata de uno de los derechos de la libertad.

A la vez, mencionaron una resolución más antigua, de 1995, referida a la Ley del Instituto Nacional de Seguros. Esta ley establece un arbitraje obligatorio. La Sala IV resolvió que la norma cuestionada no era inconstitucional, si se interpretaba que, en toda cuestión que surja entre el INS y el asegurado, el arbitraje es un medio alternativo para resolver la disputa, si las partes lo pactan voluntariamente. La Sala IV carece de atribuciones para supeditar la denegatoria de inconstitucionalidad a determinados supuestos no previstos en la norma cuestionada. Esto no es *interpretación*, sino *creación* de una norma. De cualquier modo, mantuvo la tesis de que el arbitraje no puede ser obligatorio, y debe ser consentido en cada caso concreto por las partes.

Luego los Magistrados de mayoría también citaron otro pronunciamiento del año 2000 que declaró inconstitucional un artículo de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, que establecía la irrenunciabilidad a la jurisdicción ordinaria. En esta otra ocasión, la Sala IV no estaba analizando el arbitraje, ni tampoco su carácter voluntario. De modo tangencial y sin que viniera al caso, hizo algunas sorpresivas consideraciones estimando legítimo que la ley remitiera determinadas situaciones a la jurisdicción

Muestra representativa de la pésima fundamentación de esta resolución se constata al estudiar unos pocos temas: procedimiento, arbitraje y Comisión de Libre Comercio. Queda pendiente la tarea de examinar otros temas tales como propiedad intelectual, telecomunicaciones, regulaciones laborales, armas, contratación pública, territorio, y todos los otros comprendidos en el TLC.

2. Vicios de procedimiento constitucional

En el procedimiento de convocatoria a referéndum se omitió la *consulta preceptiva de constitucionalidad*, establecida por el artículo 10 de la Constitución. No es un mero trámite. Lo que procura es un análisis profundo que garantice que el proyecto carece de vicios. El incumplimiento de este requisito constitucional invalida el procedimiento.

Por otra parte, no existe concordancia entre lo que el Poder Ejecutivo propuso como objeto del referéndum y lo que aprobó la Asamblea Legislativa. La Sala IV omitió analizar este importante punto, aduciendo que correspondía hacerlo al Tribunal Supremo de Elecciones, que tampoco lo examinó. El Poder Ejecutivo propuso el referéndum para conocer del TLC y la Asamblea Legislativa aprobó conocer del dictamen de una comisión legislativa.

Además, mientras la Sala IV estudiaba las consultas, el Directorio de la Asamblea Legislativa, sin tener atribuciones para ello, *rectificó* el acuerdo que había tomado el plenario legislativo, a fin de que coincidiera con el Decreto Ejecutivo de convocatoria a referéndum. Esta rectificación fue puesta en conocimiento de la Sala IV que, extrañamente, no observó vicio alguno en ello.

El Tribunal Supremo de Elecciones, al hacer la convocatoria a referéndum, incorporó como objeto de la consulta popular el TLC y *las cláusulas acordadas por la respectiva comisión legislativa*, lo que no había sido propuesto por el Ejecutivo, ni acordado por el Legislativo.

3. El arbitraje obligatorio

En el Tratado de Libre Comercio se somete al Estado costarricense a tribunales arbitrales a requerimiento de inversionistas de otros países, violando la potestad del Estado para decidir si acude o no, lo mismo que para indicar qué asuntos someterá al proceso arbitral propuesto.

En el dictamen, los Magistrados de mayoría aceptaron inicialmente que el arbitraje, por su naturaleza, no podía ser impuesto de modo forzoso, ni de manera generalizada. Constituye un *derecho*, una facultad que puede ser ejercitada libremente, que debe ser

arbitral, si ello no provoca estado de desventaja para los interesados, puesto que existen medios para garantizar la igualdad de las partes, la objetividad del tribunal, el respeto a los principios procesales y la ejecutoriedad y fuerza vinculante del laudo.

La genérica invocación de la razonabilidad y la proporcionalidad, no puede ser base suficiente para excluir el derecho fundamental a la tutela judicial. La declaración de la inconstitucionalidad eliminó el obstáculo que impedía el arbitraje en tema de representantes de casas extranjeras. Pero ello nunca podría significar que el arbitraje, en esta materia, pasara a ser obligatorio ni a opción del representante de empresas extranjeras. Tampoco es argumento valedero para aceptar como compatible con la Constitución Política la imposición del arbitraje al Estado costarricense en el TLC.

4. Interpretaciones vinculantes de la Comisión de Libre Comercio

Dentro de las funciones atribuidas a la Comisión de Libre Comercio se encuentra la de *emitir interpretaciones* sobre el TLC, con carácter *vinculante* para los tribunales arbitrales que conozcan de las controversias inversionista-Estado. El carácter obligatorio significa que se está otorgando *rango normativo* a tales interpretaciones. Tienen un valor igual, o incluso superior al de las disposiciones del TLC. A esta Comisión se le están transfiriendo facultades para modificar el TLC.

Por otra parte, la Sala IV argumentó una gran similitud entre el Tratado con Chile y este TLC, para decir que las consideraciones hechas al primero eran de *plena aplicación* al segundo. Tal razón es falsa. A la Comisión de Libre Comercio del Tratado con Chile no se le confirieron facultades interpretativas vinculantes.

La Sala IV sostuvo no encontró inconstitucionalidad en las atribuciones de la Comisión, debido a que no son impuestas más allá de la voluntad de los Estados, por ser adoptadas por *consenso*. *Consenso* no significa unanimidad en el acuerdo. Consenso es una forma de aprobación sin oposición expresa. La aprobación de una interpretación por consenso obliga a todos los Estados parte del TLC.

En una ocasión anterior, la Sala IV había analizado el TLC con los países del Caribe, en el cual al Consejo Conjunto (semejante a la Comisión de Libre Comercio) no se le había facultado para emitir interpretaciones obligatorias, como sí sucede con la Comisión de Libre Comercio.

La Constitución impide que puedan ser delegadas funciones propias de los Poderes de la República. No es posible delegar estas funciones en una Comisión integrada mayoritariamente por funcionarios extranjeros.

(El texto puede ser consultado en la página web de la Rectoría o adquirido en la Oficina Jurídica).