
101

**Razones para Oponerse al
Tratado de Libre Comercio
entre Centroamérica y
Estados Unidos**

Henry Ml. Mora Jiménez
Escuela de Economía, UNA

ESE una

Escuela de Economía
Universidad Nacional

Autorizada la reproducción parcial o total del contenido de este libro para fines educativos y divulgativos, con la única condición de que la referencia sea adecuadamente citada.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	III
PARTE I: CONSIDERACIONES GENERALES	1
PARTE II: CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	43
PARTE III: INVERSIÓN	72
PARTE IV: COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS.....	104
PARTE V: LABORAL.....	136
PARTE VI: MEDIO AMBIENTE.....	150
GLOSARIO DE TÉRMINOS UTILIZADOS.....	170

INTRODUCCIÓN

Ya sea que se privilegien argumentos a favor, ya sea que se resalten argumentos en contra, el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y los Estados Unidos (TLC EU-CA, o simplemente, TLC), en caso de ser aprobado, sería sin duda un “parte de aguas” en la historia económica e institucional de Costa Rica; dividiendo esta historia en “un antes y un después”. Esto, porque a pesar de definirse como el establecimiento de una “Zona de Libre Comercio” (Artículo 1.1(1)), en realidad se trata de un proyecto de reforma económica, social e incluso, política y jurídica, que cruza todo el tejido institucional de la Nación. Cuando tirios y troyanos reconozcan este hecho, se aclarará en gran medida la verdadera dimensión del debate.

Ante una propuesta de tal envergadura, el Gobierno de la República, especialmente en su rama ejecutiva, ha eludido hasta la fecha el debate amplio y transparente del texto del tratado, optando por una arrolladora campaña propagandística en los medios de comunicación de masas en los primeros meses del 2004, que resalta la supuestas bondades del acuerdo, al mismo tiempo que se atemoriza a la población –secundado en este punto por las principales cámaras empresariales–, con las también supuestas consecuencias desastrosas que se darían en caso de un rechazo legislativo a la propuesta, y sin posibilidad alguna de enmienda una vez firmado por el señor Presidente. Mientras tanto, quienes dudan o se oponen al acuerdo en los términos en que ha sido negociado, sólo cuentan con el recurso del “trabajo de hormiga” y el poder utilizar intensamente los pocos espacios abiertos para el debate, por ejemplo, en las Universidades públicas y en algunos programas de opinión en los medios de comunicación. La red Internet es otro medio muy utilizado, pero de alcance todavía muy limitado.

Con la finalidad de entregar elementos que contribuyan a promover un verdadero debate nacional sobre el TLC y sus consecuencias económicas, sociales y políticas, hacemos públicas las siguientes reflexiones, dirigidas a precisar puntos de vista y a poner en duda o cuestionar abiertamente las “verdades” del Gobierno, especialmente, las difundidas desde Casa Presidencial y desde el Ministerio de Comercio Exterior (COMEX).

Para la elaboración de este trabajo conté con el apoyo de Greivin Salazar Álvarez, miembro del equipo de Coyuntura de la Escuela de Economía de la UNA. Las razones expuestas en la parte sobre Ambiente, son producto de un diálogo con la Licda. Jeannette Cordero Gamboa, también miembro del equipo de Análisis de la Coyuntura de la ESEUNA. Desde luego, este trabajo también debe mucho a los distintos aportes de profesionales, dirigentes sociales e investigadores que a lo largo de más de un año han venido haciendo señalamientos críticos o proponiendo visiones alternativas al TLC, créditos que se reconocen en su debido momento.

Para facilitar el entendimiento del texto y para provocar la discusión, he elegido el método de presentar “101 razones para oponerse al TLC”. Podrían ser muchas más, pero el número establecido es suficiente para lograr nuestro objetivo de precisar argumentos y ofrecer alternativas. Todos los comentarios –de cualquier signo–, son bienvenidos.

El documento se ha dividido en seis partes. La primera versa sobre aspectos generales del tratado o sobre temas específicos pero sin ir al detalle del capítulo correspondiente. En las otras partes se ha optado por un análisis crítico detallado de cinco de los capítulos del tratado: Contratación Pública, (Capítulo Nueve) Inversión (Capítulo Diez), Servicios

Transfronterizos (Capítulo Once), Laboral (Capítulo Dieciséis) y Ambiental (Capítulo Diecisiete). La escogencia de estos capítulos tiene que ver con nuestra limitada formación profesional, por un lado, y con el hecho de que otros temas han sido suficientemente tratados por otros investigadores y comentaristas (como la apertura en telecomunicaciones y seguros o la propiedad intelectual). Además, hemos optado por privilegiar los temas de impacto global e institucional, dado que cada sector específico de la sociedad y la economía tendrá sus propias razones para apoyar o criticar los resultados de la negociación.

Aunque laboro como académico a tiempo completo en la Escuela de Economía de la Universidad Nacional, aclaro que los puntos de vista que aquí presento son estrictamente personales, y no comprometen en absoluto a la Universidad ni a sus autoridades.

Una versión anterior de éste texto, pero básicamente idéntica, ha sido publicada con el apoyo financiero y logístico de Encuentro Popular, organización a la que agradezco y reconozco su eficaz apoyo en la difusión de estas ideas.

Henry Ml. Mora Jiménez
Heredia, Septiembre de 2004.

PARTE I: CONSIDERACIONES GENERALES

Razón No. 1.

El TLC no es un “Tratado” con igual alcance jurídico para sendas partes.

Según el artículo 7 de la nuestra Constitución Política (CP):

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

Al no existir en la Constitución de los Estados Unidos una disposición semejante a nuestro artículo 7 con respecto a los **Acuerdos Comerciales** (*Trade Agreements*) que ese país firme, EE. UU. no está obligado a aceptar la superioridad de las disposiciones del TLC sobre sus leyes internas (federales y estatales), lo que representa un claro y flagrante trato desigual ante la ley que roza con el artículo 33 de nuestra CP. Los Estados Unidos han negociado un *Free Trade Agreement*¹, un Acuerdo de Libre Comercio, mientras que Centroamérica ha negociado un Tratado, lo que además hará muy difícil cualquier intento de revisión posterior, como lo ha debido reconocer México. No se trata de negar todo tipo de supranacionalidad o de cesión de soberanía en este tipo de acuerdos, posibilidad que queda claramente establecida en los artículos 7, 121.4 y 140.10 de nuestra CP², sino de reconocer que con el TLC estaríamos aceptando un doble rasero sobre el concepto y las implicaciones de la supranacionalidad.

También parece rozar con la Constitución (además de resultar vergonzoso), el que Costa Rica acepte la definición disímil que se le da a los territorios de las Partes en esta propuesta de tratado. Para Costa Rica (similarmente para el resto de países centroamericanos), el territorio comprende :

“... el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía, así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental...” (Anexo 2.1)

Mientras que para EE UU, comprende solamente el territorio aduanero de los 50 estados, el distrito de Columbia y Puerto Rico, así como las zonas de comercio extranjeras ubicadas en Estados Unidos y en Puerto Rico; pero dejando por fuera su espacio aéreo y su mar territorial.

¹ Un *Free Trade Agreement* es un caso especial de los llamados *Executive – Legislative Agreements*, los cuales son aprobados por el Congreso (ambas Cámaras) por mayoría simple; mientras que un *Treaty* debe recibir la aprobación de dos terceras partes del Senado (Artículo II de la Constitución). Aunque ambos – *Treaties* y *Agreements*– crean obligaciones internacionales para los Estados Unidos, no establecen una condición superior a las leyes federales. ¿Y en caso de conflicto entre unas y otras? Aunque tradicionalmente –en opinión de Jeffery Atik de la Universidad Loyola en California–, se ha aplicado la regla “last-in-time” (vigencia de la última disposición aprobada), recientemente (sobre todo con respecto al TLCAN y a la OMC) se ha interpretado que las leyes internas tienen prioridad sobre las obligaciones que crea un tratado, incluso si éste es posterior a la ley. En todo caso, se trata de un peliagudo pero crucial asunto jurídico que debería ser aclarado por los especialistas. Nuestro propósito es llamar la atención al respecto.

² Estos tres artículos de la CP fueron reformados en mayo de 1968 para dar cobijo a los acuerdos de integración, que como el Mercado Común Centroamericano, implican un derecho comunitario. (Agradezco a Jaime Delgado Rojas esta observación).

Quizás podría ser atendible, que por razones de “seguridad nacional”, una gran potencia como los EE UU no permita que su espacio aéreo y marítimo sea parte de este tratado, pero en tal caso, Costa Rica también debería haber excluido su mar territorial y su espacio aéreo. Esta inadmisibles desigualdad no tiene justificación de ningún tipo, y además coloca este tratado a contrapelo de lo establecido en los artículos 6 (exclusividad de la jurisdicción territorial especial) y 33 (igualdad ante la ley) de nuestra CP. Mencionemos de paso, que de aprobarse con menos de 43 votos, este tratado podría estar transgrediendo el artículo 7 de la CP (referente a la integridad territorial del país y a su “organización política”)³.

Por último, es conveniente traer a colación que este tratado entiende por “persona”, “una persona natural o una empresa” (Artículo 2.1 –Disposiciones de Aplicación General), mientras que nuestra Constitución reserva el término persona, exclusivamente para una persona natural, es decir, corporal.

Esta distinción, en apariencia inocente, se ha convertido en punta de lanza de una ideología ajena a nuestra tradición constitucional, ya que hace equivaler los derechos de los seres humanos con los derechos de las empresas, o incluso reduce los primeros a los segundos. ¿Tiene una empresa transnacional derechos humanos en el mismo sentido que los tiene un ser humano corporal? La ideología neoliberal hace esta equiparación, y no es sorprendente que el texto del TLC introduzca esta terminología, contraria también a una buena parte de la tradición cristiana, especialmente a partir del concepto paulino de corporeidad⁴. Profundizaremos sobre este tema cuando se analice el capítulo 10 del texto del tratado y su controversial cláusula de inversionista-Estado.

³ “Artículo 7.- Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, ...”. Para argumentos más amplios sobre este punto, puede consultarse el artículo del Abogado y Asesor Parlamentario, Milton Ruiz Guzmán: “**45 votos para el TLC**”. (Nota: Aunque el Lic. Ruiz habla de 45 votos, tres cuartas partes de 57 son 43 votos, no 45).

⁴ “... el pensamiento de Pablo ... se dirige en contra de los valores eternos, que sojuzgan la vida corporal y que son un obstáculo del cuerpo liberado. ‘El sábado ha sido instituido para el hombre y no el hombre para el sábado’. Esto implica una crítica al pensamiento griego, que tiende a sojuzgar la vida corporal a ideas eternas. En los dos casos –ya sea a partir de valores eternos o de ideas eternas- el cuerpo es denigrado y postergado”. (Hinkelammert, Franz; **Las Armas Ideológicas de la Muerte**, DEI, 1981: 177).

Razón No. 2.

El TLC no es un acuerdo de “libre” comercio

“Los acuerdos de libre comercio no garantizan el libre comercio. Esto se debe a que los EE. UU. utilizan muchas medidas proteccionistas para bloquear las mercancías extranjeras” (Joseph Stiglitz, “Las Trampas de los acuerdos comerciales”, Periódico El Financiero No. 400, 24 de febrero-2 de marzo de 2003, pag. 38)⁵.

En efecto, Centroamérica aceptó negociar este tratado, a pesar de la continuación e incluso profundización de estas “muchas medidas proteccionistas” que aplica Estados Unidos, como los subsidios directos a las exportaciones, las ayudas internas a los productores, las barreras no arancelarias y la aplicación sistemática y hasta unilateral del *dumping* (en sus productos de exportación subsidiados) y de leyes *antidumping* (a los productos importados que amenazan alguna producción interna que se quiera proteger). Esto coloca la “libertad” aludida en un plano estrictamente formal, con el agravante de que se sustenta en una desigualdad real.

Así por ejemplo, en febrero y marzo de 2004, la prensa nacional dio a conocer dos sanciones que la Organización Mundial de Comercio (OMC) aplicó a los Estados Unidos por prácticas proteccionistas. En el 2002, la OMC determinó que los impuestos más bajos que se aplican en Estados Unidos para las exportaciones de empresas gigantes como Boeing y Microsoft son un subsidio ilegal. La UE impuso sanciones a EE UU a partir del 1 de marzo de 2004 (La Nación, *UE sanciona a Estados Unidos*, 02-03-04, p. 13A). El 24 de febrero, la OMC autorizó a la UE a tomar represalias contra Estados Unidos por una ley *antidumping* de ese país, que data de 1916 y que la propia OMC declaró ilegal en septiembre del 2000. (La Nación digital, *Sancionan a EE UU*, 25-02-04). Recuérdese también, de reciente noticia, los aranceles al acero importado que el presidente G. W. Bush impuso para proteger a los productores estadounidenses, caso que los europeos también llevaron a los tribunales de la OMC, con resultados similares.

Pero además, reafirmemos que “libre comercio” no es sinónimo de comercio justo o mutuamente beneficioso para todas las partes, ya que la libertad aludida se refiere a una libertad formal, que ignora las desigualdades reales que existen entre las naciones y que determinan el posible grado de aprovechamiento de las “ventajas del comercio”. Es claro que lo que los defensores del “libre comercio” quieren indicar con este término es más bien, la “liberalización del comercio”, es decir, la eliminación de todo tipo de regulación que limite el tránsito fluido de mercancías, servicios y capitales en el mercado mundial, aunque muchas de esas regulaciones sean necesarias para compensar, al menos parcialmente, las desigualdades reales que existen en el comercio internacional y para proteger los derechos de los ciudadanos (en cuanto productores, consumidores o seres humanos) y el medio ambiente.

⁵ Y agrega el profesor Stiglitz: “... estos acuerdos comerciales frecuentemente son asimétricos: el Norte, que conserva barreras comerciales y subsidia a sus propios agricultores, insiste en que el Sur abra sus mercados y elimine los subsidios”.

Razón No. 3.**El TLC no es un acuerdo de “comercio”.**

A pesar de la engañosa retórica sobre el “libre comercio”, el TLC CA-EU , es mucho más que un simple tratado sobre comercio de mercancías y servicios⁶. Además de implicar normas comerciales liberalizadoras para la compra-venta de los productos y servicios (exportaciones e importaciones); define reglas supranacionales en áreas claves para el desarrollo y el combate a la pobreza, como la propiedad intelectual, el ambiente, la inversión, la agricultura, los temas laborales, las disputas judiciales, las políticas públicas y el papel del Estado (entre otras), con consecuencias políticas, económicas y sociales de largo alcance para todos los pueblos centroamericanos. Afecta, por tanto, no sólo el comercio de bienes, servicios y capitales, sino a todo el tejido institucional de la Nación. Haría que muchas leyes se vuelvan obsoletas, otras sería necesario “adaptarlas” a las nuevas condiciones del “libre comercio”, y otras más no se podrían reformar a futuro⁷.

Para la inmensa mayoría de los críticos, el contenido esencial de estos acuerdos no reside en al ámbito comercial, ni siquiera en el ámbito de la producción material o de las exportaciones e importaciones, sino en los instrumentos necesarios para garantizar la libre operación de las empresas transnacionales sin ningún tipo de obstáculo legal o político. Más aun, muchos de los temas claves que Centroamérica aceptó negociar con los Estados Unidos en el TLC, ni siquiera gozan de aceptación general en el seno de la OMC, como es el caso de la propiedad intelectual y los llamados “temas de Singapur” (Competencia, Compras del Sector Público, entre otros).

Dentro de la lógica de estos acuerdos se delimita lo que los Estados pueden o no pueden hacer. En adelante, y en caso de que el TLC sea aprobado, un amplio espacio de las decisiones fundamentales de la política y las estrategias económicas de nuestros países ya no corresponderían a las instituciones democráticas de cada país, sino que estarían fijadas en una ley supranacional (el texto del tratado); al menos para los centroamericanos. Los tratados de libre comercio sacan del ámbito de las instituciones democráticas representativas la orientación de la economía, y con ello limitan severamente las posibilidades de influir en los niveles y en la calidad de vida de las personas.

⁶ Según el Artículo 1.1(1), las Partes establecen una “zona de libre comercio”. Para la teoría tradicional de la integración económica, una Zona de Libre Comercio (ZLC) es la primera etapa de un proceso de integración, que compromete a los países que lo impulsan a eliminar los aranceles entre sí, manteniendo, sin embargo, su propio arancel ante terceros. Etapas posteriores de tal integración serían, una Unión Aduanera y un Mercado Común. No obstante, el TLC EU-CA es una “ZLC” muy especial, ya que en materia de liberalización va mucho más lejos que la simple reducción o eliminación de aranceles, creando derechos especiales para las empresas (transnacionales) y obligaciones ulteriores para los Estados, tal como tendremos ocasión de evidenciar a lo largo de este trabajo.

⁷ El “Comité Nacional de Enlace”, en su carta a los señores y señoras diputados y diputadas del 19 de febrero de 2004, ha mencionado el caso de la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Pesca.

Razón No. 4.

Porque el tiempo récord en que el tratado fue negociado no permitió un proceso democrático de discusión y búsqueda de consensos

Mientras que otros acuerdos comerciales duran tanto tiempo como una década para ser negociados (Chile-EEUU, por ejemplo), el TLC CA-EU, se negoció en el plazo perentorio y apresurado de un año, entre enero y diciembre de 2003, tiempo absolutamente insuficiente para haber intentado al menos, un proceso democrático de construcción de consensos sobre temas centrales para cada país centroamericano, y que fuera más allá de las simples consultas y la disposición de información “*on line*” a la que sólo una ínfima parte de los centroamericanos tienen acceso. Más tiempo para la negociación no garantiza de por sí un proceso de participación más democrático, pero en este tipo de negociaciones es un ingrediente ineludible.

Además, la fase de negociación entre los equipos de negociadores técnicos de las partes debió ser precedida por una fase de negociación al más alto nivel político, donde se establecieran los derroteros estratégicos en los que debían enmarcarse los negociadores y en los cuales se hiciera explícita la estrategia de país que al menos Costa Rica impulsaría en las negociaciones. Esta omisión debilitó mucho las posiciones centroamericanas de negociación, ya que no se aprovecharon las ventajas geopolíticas que Centroamérica (y particularmente Costa Rica) pudo haber explotado (por ejemplo, en temas de derechos humanos).

Otro error estratégico fue haber apresurado las negociaciones sin antes (o al menos simultáneamente) consolidar la precaria integración centroamericana, ya que ni siquiera el sistema aduanero centroamericano se ha podido cristalizar hasta el momento. Esto pone en serio riesgo el futuro de la integración económica de la región (ver más adelante).

En fin, un proceso de negociación verdaderamente democrático no sólo era necesario para darle credibilidad al mismo, sino también, para potenciar sus posibilidades de éxito. La así llamada “Posición Nacional”, no es otra cosa que la posición del Comex, puesto que ni siquiera abarcó a todas las instancias gubernamentales.

Razón No. 5.

Porque el gobierno de George W. Bush está utilizando estos acuerdos bilaterales como estrategia alternativa para imponer sus objetivos hemisféricos y globales ante el estancamiento del ALCA y la OMC.

Ante la creciente oposición al ALCA en toda América Latina, el gobierno de Bush ha hecho de los acuerdos comerciales regionales y bilaterales una prioridad como medio para lograr por otra vía un acuerdo hemisférico, debilitando la oposición de los países del MERCOSUR y de Venezuela; al mismo tiempo que utiliza y encierra a los países más pequeños en su propia estrategia de negociación, conocida por los expertos como “estrategia secuencial”, esto es, negociar primero con aquellos países más débiles que tienen una urgente expectativa (viable o no), de acceder con sus exportaciones al mercado de los Estados Unidos.

Adicionalmente, la administración Bush, a través de su Oficina del Representante Comercial, aprovecha estos tratados para exigir la incorporación en ellos de su propia agenda de “liberalización”, especialmente de los servicios y del capital financiero y para ligar los temas de comercio con los de seguridad nacional.

El fracaso de la última reunión ministerial de la Ronda Doha de la OMC, celebrada en Cancún en septiembre de 2003, ha sido otro acicate para que el gobierno de los Estados Unidos haya virado su estrategia hacia la firma de acuerdos bilaterales, aunque la meta final sigue siendo la misma: libre acceso de las corporaciones transnacionales a todos los mercados y recursos del planeta.

Basta con recordar las declaraciones del Secretario de Estado Collin Powel, cuando manifestó:

“Nuestro objetivo con el ALCA es garantizar a las empresas norteamericanas el control de un territorio que va del polo ártico hasta la Antártica, libre acceso, sin ningún obstáculo o dificultad, para nuestros productos, servicios, tecnología y capital en todo el hemisferio” (citado en: Osvaldo León, *Movilización continental contra el ALCA*, 24 de enero de 2002, <http://alainet.org/docs/1698.html>)

Sin pudor alguno, en esta declaración, Colin Powell deja claro que la propuesta estadounidense sobre el ALCA es potenciar al máximo los beneficios de los inversionistas, las empresas y los agricultores de EE UU –por lo menos, de los grupos de interés políticamente bien conectados. Y el llamado CAFTA (por su sigla en inglés) no es más que una pieza de este ajedrez geoeconómico.

Pero aun más, es claro que EE UU está utilizando estos acuerdos comerciales para imponer su estrategia mundial de dominación, económica y política. Se trata, como lo ha indicado

Franz Hinkelammert, de un verdadero “asalto al poder mundial”⁸. No olvidemos las palabras del Representante Comercial de los EE UU, el señor Robert Zoellick:

“... los países que buscan acuerdos de libre comercio con los Estados Unidos deben cumplir más que criterios económicos y de comercio, si pretenden ser elegibles. Como mínimo, estos países deben cooperar con los Estados Unidos en su política exterior y en sus metas de seguridad nacional, como parte de 13 criterios que guiarán la selección que haga Estados Unidos de sus potenciales socios en acuerdos de libre comercio. ... Negociar un Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos no es algo a lo que alguien tenga derecho. Es un privilegio. (Cfr: “Zoellick says FTA candidates must support U.S. foreign policy”, Trade Watch, may 16, 2003)

Este asalto de los EE UU al poder mundial lo expresa claramente el mismo presidente Bush cuando proclama:

“Somos una fuerza militar sin paralelo, tenemos el derecho de actuar en todo el mundo para imponer la economía de mercado y garantizar la seguridad energética y podemos atacar a quien consideremos una amenaza o a cualquier país que pueda convertirse en una competencia militar” (Estrategia de Seguridad de los Estados Unidos, 2002, citado en Raúl Kollman: Irak termina en la triple Frontera, attac-informativo@attac.org28.III.2003)

De manera más diplomática lo expone la propia Ley de Autoridad para la Promoción Comercial (TPA), aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 2002:

*“La expansión del comercio internacional es vital para la seguridad nacional de los Estados Unidos ... Los acuerdos comerciales tienen el mismo propósito que el que tuvieron los pactos de seguridad durante la Guerra fría Los acuerdos comerciales maximizan las oportunidades para los sectores críticos y estructurales de la economía de los estados Unidos, tales como tecnología de información, telecomunicaciones y otras tecnologías de punta. ... El comercio creará nuevas oportunidades para estados Unidos y preservará la fortaleza sin paralelo de EEUU en asuntos económicos, políticos y militares” (Ley TPA sección 2110 (1) y (2), citado en: Patricia Rodríguez Holkemeyer, **Cómo optimizar las negociaciones del CAFTA**, pp. 7)*

⁸ Franz J. Hinkelammert; **El asalto al Poder Mundial y la violencia sagrada del Imperio**, DEI, 2003.

Razón No. 6.

Porque el TLC CA-EU pretende extender a Centroamérica las cláusulas del tipo TLCAN: “la constitución de la economía de un sólo mundo”.

Como parte de una estrategia para hacer del ALCA un “TLCAN-plus”, es decir, un ALCA que sobrepase los niveles de desregulación a las inversiones y de los “derechos” a las grandes corporaciones contenidas en la OMC, el gobierno Bush ha lanzado a los países centroamericanos el anzuelo de un mayor acceso potencial al mercado de los Estados Unidos, a cambio de utilizar el TLC con Centroamérica como un precedente importante en la carrera hacia el ALCA, como también lo ha hecho con su Tratado con Chile.

En este tipo de acuerdos, y ello como una exigencia de los EE UU sumisamente aceptada por nuestros gobiernos, se pretende ir más allá de los acuerdos alcanzados dentro de la OMC, que tampoco son los más favorables para los países en desarrollo.

El TLCAN fue un paso muy decisivo en la extensión y consolidación del modelo neoliberal que se ha venido imponiendo en América Latina desde los llamados ajustes estructurales impulsados por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. El ALCA y los TLC que impulsa los EE UU en toda América Latina pretenden garantizar la continuidad de esta estrategia económica, hoy ampliamente considerada como un enorme fracaso.

En efecto, los TLC buscan en el fondo, convertir en ley supranacional el modelo neoliberal, como lo expresó de forma insuperable el ex Director General de la OMC, Renato Ruggiero, cuando afirmó:

“La negociación de acuerdos internacionales de inversión es como redactar la constitución de la economía de un solo mundo” (citado en Anderson y otros, **Lecciones del TLCAN: El Alto Costo del “Libre” Comercio**, Alianza Social Continental, Noviembre 2003, pp. 6)

Así de simple y directo, es decir, una especie de “Constitución” en el sentido legal del término, que garantiza múltiples derechos al capital y prácticamente ninguna obligación. El libre comercio y la competitividad como fines en sí mismos, como valores supremos.

Razón No. 7.

Porque en toda la negociación siempre privó la falta de transparencia y la participación real y efectiva de los sectores sociales y de pequeños productores.

Las negociaciones sobre el TLC tuvieron lugar en sitios cerrados, sin acceso a los borradores de las propuestas, los cuales fueron sistemáticamente negados por el Gobierno, aduciendo “razones estratégicas”, a pesar de que los estadounidenses sí disponían de sus respectivos textos borradores y sus congresistas fueron mucho más beligerantes al hacer públicas sus posiciones y condicionamientos para un eventual apoyo al CAFTA.

En cada ronda de negociación operaba un salón anexo para las partes interesadas selectas, por lo general, representantes de las cúpulas empresariales. Los participantes del salón anexo (cuarto adjunto) recibían información sobre el proceso y eran consultados por los negociadores oficiales, pero nunca hubo un mecanismo formal para que participaran en las negociaciones, excepto quizás, para las elites empresariales bien conectadas y con mayor influencia (con nombres y apellidos)⁹.

Las organizaciones de la sociedad civil (no empresarial) siempre tuvieron un acceso limitado o ninguno a los procesos de negociación, a pesar de que hay temas claves que las involucran directamente (el medio ambiente, los temas laborales, los servicios, la propiedad intelectual). Algunas pocas organizaciones de la sociedad civil trataron de influir en el proceso de negociación, pero con resultados muy limitados. En estas condiciones, resultó imposible sostener un debate informado y en igualdad de condiciones entre los negociadores nacionales y de la contraparte estadounidense, con la sociedad civil y con los sectores que probablemente resulten afectados negativamente por el TLC CA-EU, como los pequeños productores agrícolas y los pequeños y medianos empresarios.

Lo anterior nos permite reafirmar que un acuerdo de integración económica (aun tratándose de un “área de libre comercio”) se debe basar en la participación de todos los sectores interesados, incluyendo movimientos sociales, parlamentos y universidades, y no sólo o no preferentemente, el sector empresarial y gubernamental; al menos si se pretende que estas negociaciones realmente sirvan al objetivo de buscar una solución para la desigualdad social, la pobreza y el desarrollo humano en nuestra región.

⁹ Quizás la única excepción ante tal hermetismo fue el esfuerzo de “Dialogo Nacional” impulsado por la Cátedra Víctor Sanabria de la Universidad Nacional, pero dudamos de la efectividad de este tipo de “consultas”. Recordemos además, que el ofrecimiento hecho por Casa Presidencial a un grupo de sindicatos y organización sociales para incluir el TLC en una “agenda nacional” fue inmediatamente repudiado por las cúpulas empresariales y terminó en un completo fracaso. Para una crítica más general y documentada, véase el documento de Juliana Martínez Franzoni, **Negociación del TLC con Estados Unidos.: Participación ciudadana e implicaciones para la democracia**. Documento preparado para las Jornadas de Reflexión sobre el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, organizadas por el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad de Costa Rica, Mesa “Negociaciones del TLC con EE UU. ¿Qué implicaciones tiene para la democracia?”.

Razón No. 8.**Porque no es cierto que la desgravación arancelaria beneficiará en gran medida a los consumidores¹⁰**

Como parte de la campaña publicitaria realizada por el Gobierno a favor del TLC con los EE UU, se le ha presentado a la ciudadanía como uno de los supuestos grandes beneficios resultantes de su aprobación, la reducción en los precios que pagarían los consumidores. No obstante este argumento es bastante engañoso. Veamos.

En primer lugar, la mayor parte de la desgravación arancelaria que anuncian los promotores del “libre comercio” ya ha sido ejecutada por los países centroamericanos durante los años 80 y 90, con la aplicación de los Programas de Ajuste Estructural. Por esto, el margen existente para una reducción significativa en los aranceles a los productos importados que se traduzca en menores precios para el consumidor es bastante reducido.

Según cifras del Banco Mundial, el promedio de tarifas en 1999 para todas las importaciones en Costa Rica fue de 7.2%, en Honduras de 7.8% y en Nicaragua de 10.9%. La tarifa de 1998 para El Salvador fue de 5.7% y para Guatemala de 8.4% (Banco Mundial, *Trade Policy, Standards and Development in Central America*, 2001). Aunque las tarifas agrícolas son más altas, siguen siendo mucho más bajas que el promedio vigente para los países en desarrollo (cerca del 50%). Datos oficiales (COMEX) más recientes muestran este mismo panorama, con una ulterior reducción del arancel promedio y por sectores, tal como se ilustra en el siguiente cuadro.

Costa Rica: arancel promedio por sectores

Sector/ Año	1995	2002
General	9.9%	4.0%
Agrícola	11.1%	10.2%
Industrial	9.7%	3.3%

Fuente: COMEX (http://www.comex.go.cr/estadisticas/aranceles/arancel_ponderado.pdf)

En otras palabras, sólo unos cuantos bienes finales (como las partes de pollo o la carne de cerdo –por lo demás, autorizadas por la OMC) cuenta en este momento con altas tarifas, que al reducirse en el mediano plazo, podría impactar positivamente, es decir, a la baja, los precios que paga el consumidor (sin considerar en este momento el impacto en los productores).

No obstante, existen dos factores adicionales que impedirían que dichas reducciones arancelarias beneficien al consumidor.

¹⁰ En la redacción de este punto colaboró el master Greivin Salazar Álvarez, funcionario de la Dirección de Planificación Estratégica Institucional del ICE y profesor en la Escuela de Economía de la UNA.

Una parte importante de los importadores y distribuidores en nuestro país ostentan un fuerte poder de mercado, con posiciones monopólicas (importación de acero para varillas de construcción) o bien oligopólicas (grandes cadenas de supermercados, importación de medicamentos).

Lo anterior hace que los beneficios de la desgravación arancelaria sean absorbidos mayoritariamente por los importadores y/o distribuidores, con un efecto muy reducido sobre los precios que paga el consumidor final.

Además, conviene tener presente que los menores impuestos que recibiría el Estado debido a los menores aranceles sobre las importaciones, deben ser sustituidos por impuestos internos, sobre todo, de tipo indirecto (impuestos sobre las ventas o impuestos al valor agregado). Lo contrario significaría una presión adicional sobre el déficit fiscal, la deuda pública y la cobertura y calidad de los servicios públicos.

De ahí la urgencia de transformar el actual impuesto general sobre las ventas en un impuesto al valor agregado, cuya principal función es recaudatoria, al gravar una vasta lista de servicios que actualmente están exentos de obligaciones tributarias.

Las propias autoridades del Ministerio de Hacienda han reconocido esta realidad. Por ejemplo, el director general de aduanas, señor Francisco Fonseca manifestó recientemente lo siguiente:

“Estamos claros en que siempre existe un impacto inmediato en la recaudación pero se espera que se implementen mecanismos de compensación en los impuestos internos que tiene el país: ventas y consumo, para que no exista una rebaja en el ingreso fiscal.”
(La Prensa Libre, 17 de setiembre de 2003, pp. 7)

Este aumento en los impuestos internos incrementará el precio de los bienes y servicios adquiridos por el consumidor, anulando cualquier posible efecto positivo que la desgravación arancelaria pudiera tener sobre el bolsillo de los costarricenses.

Razón No.9.

Porque el TLC no incluyó el Trato Especial y Diferenciado como base de las negociaciones

Aunque el trato especial y diferenciado no garantiza una palanca efectiva para el desarrollo (ver punto 14 más adelante), y puede incluso convertirse en una trampa que impide la diversificación productiva; adecuadamente implementado sí representa un elemento central en toda negociación comercial, especialmente entre países de desarrollo muy desigual, como es el caso de EE UU y Centroamérica¹¹.

El trato especial y diferenciado se originó como una respuesta específica a las preocupaciones e inquietudes de los países menos desarrollados frente a los desafíos que les plantea el comercio internacional. El concepto refleja el reconocimiento de que las economías compiten en condiciones muy desiguales, por lo que no se puede exigir la misma disciplina en el cumplimiento de las reglas a todos los participantes de los acuerdos comerciales multilaterales o bilaterales.

Los orígenes normativos y conceptuales del trato especial y diferenciado se remontan a la Organización Internacional del Comercio (OIC) y a las teorías del desarrollo que predominaron entre 1950 y 1970, que enfatizaban la existencia de un desarrollo desigual y de una “causación circular acumulativa” que impedía la convergencia en los niveles de desarrollo de los distintos países a través del comercio internacional (Myrdal, Kaldor, Hinkelammert). Se plasmó por primera vez de manera específica en el marco legal planteado en la parte IV de Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, 1964). Mediante este marco se otorgaron a los países en vías de desarrollo condiciones de acceso de mercado más favorables y aceptables para algunos de sus productos de exportación. Se afirmó el principio de no reciprocidad en el otorgamiento de preferencias comerciales de los países desarrollados hacia los países en vías de desarrollo (discriminación positiva por la no aplicación del trato de nación más favorecida). Asimismo, se reconoció que en el proceso de negociaciones comerciales, los países no tenían por qué cumplir con obligaciones que no fueran compatibles con sus niveles de desarrollo.

No obstante, la Ronda Uruguay, al influjo de las corrientes de pensamiento neoliberal que ya eran dominantes a mediados de los años 80, y de las presiones de los grandes países desarrollados; modificó el énfasis en el tratamiento especial y diferenciado. En la normativa de la OMC (heredera y prolongación del GATT), dejó de ser un principio genérico para lograr el desarrollo económico y se transformó en un mecanismo de obtener “mayor flexibilidad” y “plazos más largos” para el cumplimiento de las obligaciones específicas y determinadas de la normativa multilateral, acompañados de compromisos de cooperación técnica por parte de los países desarrollados y de desempeño por parte de los países en vías de desarrollo. El 44% de las disposiciones referentes al trato especial y diferenciado de la

¹¹ En realidad, entre EE UU y Centroamérica no existen diferencias cuantitativas en el nivel de desarrollo, sino una enorme diferencia estructural y cualitativa: EE UU es un país “desarrollado”, mientras que los países de Centroamérica son “subdesarrollados”. Ni que decir de la abismal diferencia en el tamaño de las economías: el PIB de los Estados Unidos es casi ciento noventa veces mayor que el de toda Centroamérica junta.

OMC están actualmente relacionados con la flexibilidad en el cumplimiento de las disciplinas y con la extensión en los períodos de tiempo. El concepto original casi ha desaparecido y en la práctica ha sido sustituido por el principio de Trato Nacional (ver más adelante).

Esta es, desde luego, la posición que impulsa la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos, que niega cualquier relevancia y utilidad al trato especial y diferenciado, aceptando solamente excepciones al Trato Nacional y al principio de reciprocidad (conocidas como “Medidas de Disconformidad”). En el caso de Costa Rica, las medidas de excepción al artículo 3.2 (Trato Nacional) contenidas en el Anexo 3.2, Sección B del TLC, sólo incluyen lo siguiente: importación de petróleo crudo y derivados, exportación de madera en troza, exportación de hidrocarburos, exportación de café, importación y exportación de alcohol etílico y rones crudos, así como un precio mínimo a las exportaciones de banano. Como se aprecia, además de RECOPE y la FANAL, los principales beneficiados con estas poquísimas excepciones son los madereros, los cafetaleros y los productores de banano.

El trato especial y diferenciado es uno de los ejes de negociación política que debieron anteceder a las negociaciones técnicas, ya que apunta a reconocer las diferencias estructurales entre los EE UU y los países de la región.

Ejemplos de trato especial y diferenciado han sido la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) y el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP), en los cuales, al menos en el ámbito comercial (no así en el político), EE. UU. amplió unilateralmente el acceso a su mercado a 24 naciones de la Cuenca del Caribe¹².

¹² En la ICC EE UU concedió acceso preferencial a su mercado a las importaciones procedentes de los países beneficiados, sin exigir reciprocidad comercial; pero no olvidemos que se trató de un instrumento utilizado en el marco de la Guerra Fría y sus efectos específicos en la región. Lo que EE UU exigió a cambio fue “no neutralidad”, rechazo a la doctrina de los países “no alineados”, clara definición a favor de su política exterior y de seguridad, como ocurre hasta hoy.

Razón No. 10.

Porque un cronograma de reducción de aranceles debe basarse en metas de desarrollo, no en criterios políticos

Especialmente en el tema agrícola, el reconocimiento del Trato Especial y Diferenciado mencionado en el punto anterior, debe incluir una flexibilidad significativa, no sólo en los plazos de desgravación, sino también, para que en una negociación comercial los países de mucho menor desarrollo puedan incluso elevar los aranceles y aumentar el apoyo interno (en la medida de sus posibilidades y de la cooperación recibida), para lograr la seguridad alimentaria y las metas de desarrollo rural. Esto es muy distinto a la desgravación generalizada que promueven los acuerdos de libre comercio.

Pero además, la realización de cualquier compromiso de reducción de aranceles debe basarse en el logro de objetivos de desarrollo, no en cronogramas arbitrarios negociados con criterios políticos severamente influenciados por el poder de negociación y de presión que los distintos sectores económicos puedan ejercer (importadores, exportadores, grupos empresariales en particular).

Este enfoque sería realmente compatible con un compromiso serio para lograr acercar los niveles de desarrollo entre países muy desiguales, o para evitar que tales divergencias incluso se acentúen.

Al contrario, los plazos de desgravación y otras medidas complementarias como la activación de volúmenes de salvaguardia frente a importaciones masivas en el TLC, no hacen alusión alguna a estos mecanismos alternativos, lo que además hará casi imposible revisar y modificar los términos de desgravación establecidos de antemano, a menos que sea “hacia la baja” (Artículo 19.1.3(b)).

De hecho, el Artículo 19.1(3)(b) establece entre las potestades de la Comisión de Libre Comercio¹³ la siguiente:

Modificar en cumplimiento con los objetivos de este Tratado:

i) las listas de desgravación sujetas al Anexo 3 (Desgravación Arancelaria), a fin de acelerar la reducción arancelaria

Esta autorización para cambiar los niveles arancelarios y/o para acelerar la liberalización es, desde luego, una transferencia de potestades que en principio sólo corresponde a la Asamblea Legislativa (Constitución Política, Artículo 121.13), por lo que su eventual aprobación requeriría, de acuerdo con el artículo 121.4 de la CP, de 38 votos. A este punto se suman otras atribuciones que el texto del tratado asigna a la Comisión de Libre Comercio, como modificar reglas de origen, las directrices comunes (artículo 4.21) y el Anexo 9.1 (Contratación Pública). Además, el hecho de que un “grupo de expertos” pueda cambiar

¹³ Comisión integrada por representantes de cada Parte a nivel Ministerial o por personas a quienes éstos designen.

aspectos centrales del tratado una vez que el mismo empiece a tener vigencia, debe alentarnos sobre la posibilidad de presiones, por parte de Estados Unidos, para acelerar la apertura de los mercados agrícolas, dejando sin efecto los plazos ya acordados para los llamados productos sensibles (carne, leche, arroz, entre otros).

Razón No. 11.

Porque no es cierto que el “libre comercio” se base (no al menos exclusivamente) en “ventajas comparativas” mutuamente favorables.

Uno de los objetivos principales de la teoría del comercio internacional, es analizar el fundamento y el origen de la división internacional del trabajo y del comercio entre países y regiones. La teoría neoclásica de las ventajas comparativas lo explica en función de los costos relativos o comparativos de producción (ventajas de especialización), y el primer eslabón del razonamiento de esta teoría es la *diversidad en las condiciones de producción* entre distintos países. Según el “teorema de Hecksher-Ohlin”, bajo ciertos supuestos, las diferencias en los costos comparativos entre países sólo pueden existir si la dotación de recursos o las proporciones entre factores de las diversas regiones, son diferentes. Por tanto, y si esta teoría fuese válida, de no haber diversidad en las condiciones de producción entre países o regiones, tampoco habría comercio internacional.

No obstante, los avances teóricos más recientes en esta materia sostienen que las ventajas comparativas explican, a lo sumo, una parte del comercio internacional. Esta es la posición del economista estadounidense Paul Krugman, quien en su libro, **Economía Internacional** (escrito junto con M. Obstfeld), sostiene que “el comercio inter-industrial refleja las ventajas comparativas”, mientras que “el comercio intra-industrial se debe a las economías de escala.”¹⁴

Pero incluso esta posición es sólo parcialmente cierta, ya que se puede demostrar que aun en ausencia de ventajas comparativas, las distintas *ventajas de escala* determinarán un ordenamiento en el espacio económico y una división internacional del trabajo (Cfr: F. Hinkelammert y H. Mora, *Una Teoría Básica del Desequilibrio en el Espacio Económico*, DEI-ESEUNA, 2003).

Ahora bien, si lo que realmente cuenta en la determinación del comercio internacional son las “ventajas de escala” y no las “ventajas comparativas”, las asimetrías tecnológicas, las economías de escala-volumen y las economías de aglomeración son mucho más importantes que las diferencias en las “condiciones naturales”. Es decir, se trata de ventajas que “se hacen” y no de ventajas que “están dadas” a partir de las condiciones que supuestamente impone la naturaleza (y en las que –según la teoría de las ventajas comparativas– el ser humano no tendría responsabilidad). Dicho de otra forma: quien tenga la supremacía tecnológica es quien dominará en el comercio internacional. Y hoy en día, supremacía tecnológica es sinónimo de “monopolio del conocimiento”. No en vano el especial interés de los Estados Unidos de imponer su visión y sus intereses en los temas de propiedad intelectual y de comercio de servicios.

¹⁴ Cfr: P. Krugman y M. Obstfeld, **Economía Internacional**, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 158-160.

Razón No. 12.

Porque una producción no-competitiva no debe necesariamente desaparecer, ni siquiera por razones económicas

Los argumentos en defensa del “libre comercio” (libre mercado irrestricto) basados en las ventajas comparativas tienen otra importante debilidad: toman en cuenta las llamadas “ganancias del intercambio”, pero no consideran las “pérdidas del intercambio” ni las “desventajas comparativas”. Para ilustrar el razonamiento tomemos el ejemplo clásico de dos países (Inglaterra y Portugal, según la ilustración original hecha por el economista inglés David Ricardo). Ambos países tienen capacidad de producir dos mismos productos, textil y vino. Inglaterra produce ambos bienes con costos absolutos mayores que Portugal, sin embargo, la relación de costos de cada producto es diferente. Inglaterra produce con ventaja comparativa el textil y Portugal el vino. Por tanto, reza la teoría, conviene que ambos países se especialicen, Inglaterra en la producción de textil y Portugal en la de vino. Al hacerlo así, ambos países aprovechan sus ventajas comparativas y ambos salen gananciosos (mayor disponibilidad de bienes a un precio menor).

Es claro que este tipo de razonamiento toma en cuenta sólo el *producto efectivamente producido*, pero no el *producto potencial no creado o destruido*. Si no todos los productores portugueses que antes se dedicaban a producir textil se pueden trasladar a la producción de vino (o a otra producción alternativa), entonces se destruirá una determinada producción con su correspondiente pérdida de ingresos y de empleos. Ciertamente, Portugal puede ahora comprar el textil más barato de lo que le costaba producirlo internamente, pero lo que gana al comprar el vino más barato, se acompaña de una pérdida de ingresos y empleo que no necesariamente es compensada por su especialización en la producción de vino.

Moraleja: ¡ Comprar barato puede ser la forma más cara de comprar !

En efecto, si el libre comercio destruye ingresos internos superiores a los ahorros derivados de comprar más barato, entonces este libre comercio conlleva a mayores costos que beneficios, por lo que el argumento de la ventaja comparativa conlleva a una pérdida neta para el país, pérdida que, siguiendo con el ejemplo de Ricardo, desde luego se encarnará en los productores de vino portugueses desplazados o desempleados. De manera que una determinada actividad productiva puede ser no-competitiva, pero ello no implica que su desaparición sea una decisión racional, ni siquiera en un sentido estrechamente económico. Una producción no-competitiva es, no obstante, económicamente racional, siempre que las ventajas de la competencia –es decir, el acceso a bienes en el extranjero a menores precios que los internos– se vean más que compensadas por la pérdida de ingresos y empleos ocasionada por la eliminación interna de esa producción (o de una relacionada). Desde luego, podrían darse también argumentos no económicos (seguridad alimentaria, aspectos

culturales, etc.), pero lo que se quiere resaltar es que, incluso en términos económicos, una actividad productiva catalogada como no-competitiva, no por ello debe desaparecer¹⁵.

Por eso, el tema del empleo y de la calidad del empleo es de suma importancia cuando se analizan las “ganancias del comercio”. En el TLCAN, este tema es incluso debatido con respecto a la posición de los Estados Unidos:

*“Quienes apoyan el TLCAN argumentan que el acuerdo ha generado un gran número de trabajos en los EE. UU., basados en el incremento de las exportaciones del país hacia Canadá y México. Sin embargo, también es importante considerar el impacto del incremento en las exportaciones de estos países hacia los EE. UU. El Instituto de Políticas Económicas ha llevado a cabo un extenso análisis de este impacto. La balanza comercial negativa es un problema por numerosas razones. Una de estas es que la mano de obra de EE. UU. Puede perder y ha perdido sus empleos debido a la competencia de las importaciones, y cuando esto no es compensado por un incremento en las exportaciones, el resultado es una pérdida neta de trabajos. La pérdida de empleos debido a la creciente competencia de importaciones ha generado una considerable inestabilidad laboral; y, como veremos más adelante en este reporte, esto frecuentemente significa que muchos trabajadores terminan aceptando empleos con salarios y prestaciones más bajos.”*¹⁶

En el caso de Centroamérica, esta amenaza es inminente, ya que se prevé que el TLC expulse trabajadores del campo y de las Pymes¹⁷ (intensivas en trabajo), al tiempo que, de consolidar el esquema actual de crecimiento económico, podría, eventualmente, aumentar el empleo en el sector maquilador y en el turismo, ambos con una limitada capacidad de generar empleos, sobre todo empleos de “calidad” y de crear encadenamientos productivos al interior de la economía.

¹⁵ Los productores europeos de arroz defienden la importancia “socio-económica” de este cultivo, especialmente en las zonas húmedas, así como su “valor gastronómico” y su relevancia ambiental. Por ello, reiteradamente han insistido en una compensación total de las reducciones de precios y en un rechazo al sistema de almacenamiento privado propuesto por algunas autoridades de la Unión Europea.

¹⁶ David Ranney, *TLCAN a 10 años: una evaluación en EE. UU.* En Carlos Aguilar (compilador), **Los (mal) Tratados de Libre Comercio**, DEI, 2003: 51-52

¹⁷ Tal como lo reconoce un insigne abanderado del “libre comercio” : “Los tratados de libre comercio generan transiciones que obligan a ciertos sectores a reconvertirse o a cambiar de cultivo ... Algunos productores, quizá los pequeños, no puedan seguir compitiendo. Es decir, si hay 100 empresas que producen algún bien, es posible que solamente 50 puedan continuar en el mercado, las 50 restantes tendrán que dedicarse a otra actividad”. Eduardo Liza, declaraciones a Radio América, 6 de febrero de 2004. Cfr: www.radioamerica78oam.com. Recuperado el 06-02-2004.

Razón No. 13.

Porque la “cooperación” no basta para corregir las asimetrías y las diferencias estructurales entre Centroamérica y los Estados Unidos

Se menciona como algo favorable para los países centroamericanos, el que Estados Unidos haya aceptado incluir en el TLC diversos mecanismos de “cooperación”, que en algún grado (con seguridad insuficiente, ver más adelante), permitan tomar en cuenta las abismales asimetrías entre ese país y los países centroamericanos. Medidas de salvaguarda, esquemas de cooperación, plazos y canastas de desgravación más favorables para los sectores productivos sensibles de la región, entre los más importantes.

No obstante, un estudio reciente de la CEPAL señala lo siguiente:

“Los países centroamericanos se han beneficiado del trato especial y diferenciado a través del Sistema Generalizado de Preferencias, la ampliación de los beneficios otorgados por la Iniciativa de la Cuenca del Caribe, la extensión de los plazos para cumplir el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias y mediante la asimetría otorgada en los acuerdos comerciales con socios económicos de desarrollo dispar”.

Pero agrega el estudio:

“Los regímenes preferenciales de exportación a que han tenido acceso estos países no han tenido un impacto significativo en sus economías. ... Esto se debe, en primer lugar, a que su uso ha estado supeditado a necesidades de corto plazo (tales como la generación de divisas) y no se ha enmarcado en objetivos de desarrollo económico de más largo plazo. También ha retardado la transformación productiva en los sectores tradicionales de la actividad económica. Asimismo, habría generado enclaves productivos (como las zonas francas) que se benefician de importantes subsidios fiscales, con la consecuente reducción o no ampliación de la base tributaria que, a su vez, habría limitado la transmisión de beneficios desde esas actividades exportadoras hacia el resto de la economía.

El retraso de las transformaciones económicas necesarias en algunos sectores y el apoyo (mediante subsidios fiscales) a otros sectores que no tienen un efecto de arrastre ha generado economías duales que limitan la capacidad de crecimiento”. (CEPAL, La asimetría en las relaciones comerciales. Sus efectos en el desempeño económico, 2001: 3,4)

Lo señalado por CEPAL no es de extrañar, pero debe ser tomado muy en cuenta en el caso que nos ocupa. El 58% de los productos importados por Estados Unidos desde Centroamérica en 2002 consistieron en textiles. Se trata de una industria maquiladora con poca capacidad de generar crecimiento y desarrollo. Al consolidar este patrón de especialización, que no genera desarrollo, el TLC tendrá a lo sumo efectos neutros, a menos que crearan las bases –junto con toda una agenda de transformación productiva, social e

institucional–, para una renovación de los esquemas de producción y distribución de valor agregado a nivel regional. Pero esto ni siquiera fue planteado. Es parte del debate sobre la “agenda de competitividad pendiente”.

Razón No. 14.

Porque la “agenda de competitividad” y las “leyes complementarias” propuestas no sólo no son suficientes, sino que incluso podrían ser una trampa.

Se está haciendo creer que el TLC crea “oportunidades”, que sin embargo, para ser aprovechadas, deben acompañarse de toda una agenda de competitividad que complemente el “libre comercio”. Es la misma posición del Banco Mundial, que en su último informe de **Indicadores Mundiales de Desarrollo**, reconoce y advierte que:

“... aunque el libre comercio constituye una importante avenida para superar la pobreza, son la educación y la atención médica los que permitirían aprovechar las oportunidades que el mercado global les presenta”. (BM, 2003)

Es decir, el libre comercio, aun como lo concibe el BM, de por sí no es ninguna panacea, y más bien (como vimos en los puntos 12 y 14), puede profundizar patrones de especialización que impidan el desarrollo, basados en estructuras exportadoras altamente concentradas y de escaso valor agregado nacional. Entonces, las preguntas obligadas son las siguientes.

- ¿Qué tan en serio podrá el gobierno tomarse el tema de la “agenda de competitividad” que debería acompañar un tratado de tanta trascendencia para Costa Rica como lo es éste?
- ¿Correrá la misma suerte (magros resultados, corrupción) que otros intentos de “reconversión productiva”?
- ¿Cuáles son los proyectos propuestos más allá de la exigua cooperación que se negocia con los Estados Unidos?
- ¿Serán estos proyectos política y financieramente factibles?

Y lo más importante:

- ¿Cómo compatibilizar una agenda de transformación productiva e institucional con las limitaciones al accionar del Estado que el propio tratado conlleva?
- ¿El énfasis en esta agenda limitará los fondos para el desarrollo social, privilegiando un enfoque economicista (teoría del derrame), tal como ocurre en la propuesta del Plan Puebla Panamá?

Quienes proponen este tipo de “solución” olvidan la siguiente paradoja:

Aprovechar las oportunidades del “libre comercio” requiere de una política de desarrollo y de una amplia y decidida acción estatal, pero esta misma política de desarrollo (al menos como históricamente se conoce que ha dado importantes resultados en países subdesarrollados, por ejemplo en Asia Oriental), es socavada por el “libre comercio” (ver

punto siguiente). Una verdadera solución a los problemas del desarrollo debe invertir los términos del problema: la estrategia de inserción en la economía mundial debe ser uno de los tantos medios para lograr el fin del desarrollo. Dicho de otra forma, la estrategia de desarrollo debe anteceder y orientar a la estrategia comercial y de inserción en la economía mundial (sin olvidar el mercado interno).

Por otra parte, la única forma que creemos realista y efectiva (pero no por ello segura), para que un conjunto de leyes y disposiciones nacionales puedan contrarrestar los efectos nocivos del “libre comercio” y potenciar sus eventuales oportunidades, es que el tratado mismo las incluya como una obligación del Estado costarricense, aunque no se detallen en el mismo tratado¹⁸. Esto hubiera exigido un proceso verdaderamente democrático de discusión de los textos del tratado, proceso que no ocurrió. En todo caso, es uno de los ejes de una eventual renegociación del TLC, en caso de que el mismo no sea aprobado por nuestra Asamblea Legislativa, o por el Congreso de los EE. UU, y haya que comenzar de nuevo.

¹⁸ Algo similar ocurre en el caso de los Estados Unidos, donde el Congreso, paralelo a los acuerdos comerciales aprueba la llamada “*implementing legislation*”, esto es, cambios en la legislación necesarios para implementar el acuerdo.

Razón No. 15.

Porque el principio de “Trato Nacional” limita severamente las posibilidades de impulsar políticas de desarrollo.

La apertura comercial, por sí sola, no sólo puede contribuir a la merma y/o desaparición de sectores productivos no competitivos (lo cual podría o no tener impactos sociales relativamente extensos dependiendo del grado de absorción de fuerza de trabajo de los sectores perdedores y ganadores), sino que también, dicha apertura, en especial cuando se hace a través de acuerdos comerciales vinculantes como el TLC, compromete la capacidad de poner en práctica políticas nacionales de fomento al aumento de la productividad y la inversión de capital, en la medida en que dichos acuerdos imponen “techos duros” a los incentivos gubernamentales o a las formas legítimas de protección. Por lo tanto, a la hora de definir los criterios para considerar “sectores sensibles”, deben ser tomados en cuenta, por lo menos, tres tipos de criterios:

1. Los estrictamente comerciales (existencia de comercio desleal, por ejemplo)
2. Los sociales (cantidad y calidad del empleo que se vería involucrada) y,
3. Aquellos ligados al desarrollo (capacidad competitiva global, encadenamientos sectoriales, acceso a tecnologías, formas de propiedad, etc.).

Si los segundos y terceros son ignorados en las negociaciones, como creemos que como regla general ocurrió con el TLC, la capacidad de poder aplicar políticas de desarrollo por parte de los países centroamericanos podría ser cosa del pasado.

Siendo así, el texto del tratado representaría un tiro de gracia a las políticas comerciales y de fomento productivo de los países centroamericanos, ya que restringe al máximo sus espacios de maniobra para poner en práctica políticas de desarrollo, sobre todo de aquellas vinculadas al comercio (aranceles, subsidios, cuotas, normas de origen) y a las inversiones (requisitos de desempeño, ver más adelante). Por eso, insistimos, era estrictamente necesario que los EE UU reconocieran expresamente las necesidades de un trato especial y diferenciado para las economías de Centroamérica, y no simplemente excepciones o flexibilizaciones al Trato Nacional, tal como indicamos anteriormente.

Además, no se debe limitar genéricamente la capacidad de los países de apelar a criterios de salud, ambientales o de seguridad para condicionar la importación de determinados productos (primacía de criterios de bienestar social nacional). En el TLC, la apelación a este tipo de criterios se expresa generalmente de manera ambigua.

De especial preocupación es la forma en que se establece el otorgamiento del llamado Trato Nacional¹⁹ (artículos 3.2, 10.3, 11.2, 12.2). En el caso de acceso a mercados (capítulo 3, artículo 3.2), teóricamente, su propósito es que las concesiones arancelarias no proporcionen protección directa o indirecta a productos nacionales. Pero implica una

¹⁹La noción de *trato nacional* requiere que los países traten en condiciones de igualdad las mercancías y los servicios nacionales y extranjeros. También se denomina a veces trato “no discriminatorio”.

limitante a la capacidad, por parte de los gobiernos, para aplicar algún instrumento de política económica que les permita fomentar cualquier tipo de actividad productiva, en tanto obliga a homogeneizar (y con ello a hacer inviable) los impuestos internos o cualquier otro tipo de regla o incentivo entre el productor nacional y el extranjero, los que deberán establecerse o concederse en iguales condiciones de trato (de ahí precisamente el nombre “trato nacional”).

El acceso al mercado que EE UU ha otorgado a los productos sensibles exportados por Centroamérica, más que ser definido por un principio de trato nacional, o por una concesión cortoplacista a los productores de la región; debió enmarcarse bajo los planes nacionales de desarrollo de los países y en una “agenda de competitividad para Centroamérica” (como la elaborada por el INCAE años atrás u otra mayor alcance)²⁰, por lo que el principio a regir es el de un trato especial y diferenciado, con el propósito de atender las inequidades de nuestros países y apoyar a los productores nacionales en su ruta de transición a otras actividades y mercados, cuando ello sea necesario por razones de inviabilidad económica de un sector.

²⁰ Cfr: INCAE-HIID (1999), *Central America in the 21st Century: An Agenda for Competitiveness and Sustainable Development*, San José, Costa Rica, and Cambridge, MA. Véase también: Victor Bulmer-Thomas y A. Douglas Kincaid (2000), *Centroamérica 2020: Hacia un Nuevo Modelo de Desarrollo Regional*; y CEPAL (2003), *La Región Norte de América Latina en el Espacio Económico Global*, especialmente el capítulo III.

Razón No. 16.

Es posible decir no a este TLC y seguir negociando

Oponerse al TLC entre Centroamérica y Estados Unidos, es oponerse a la forma antidemocrática en que éste se negoció con los EE UU, y es oponerse a los resultados de la negociación, por sus efectos globales sobre la economía y la sociedad costarricense. No se trata de propugnar por economías aisladas, ni de ser nostálgicos de un “pasado mejor”, anterior a la globalización neoliberal. Es claro que ningún país puede permanecer aislado de la economía mundial ni menos aún pretender ser autosuficiente. El comercio internacional abre oportunidades, tanto para nuestros productos de exportación como para la adquisición de bienes e insumos en el mercado mundial. Debemos integrarnos, pero el “libre comercio” no es la única forma de hacerlo, ni menos aun la más conveniente. Debemos integrarnos desde la perspectiva de un Proyecto Nacional de Desarrollo, democráticamente concertado. Este proyecto ciertamente debe tomar en cuenta las condiciones de la economía mundial y las posibilidades de obtener el mayor aprovechamiento de las mismas, pero a lo que definitivamente hay que oponerse, es a la pretensión de que el mercado mundial modele nuestras economías y sociedades..

Tampoco se trata de un simple rechazo a negociar con los EE UU ni de un supuesto “anti-norteamericanismo”. Centroamérica realiza con los EE UU la mayor parte de su comercio de bienes y servicios, y ese país es el origen de la mayoría de las inversiones externas y del turismo internacional que nos visita. El problema radica en que primero necesitamos ponernos de acuerdo en qué tipo de país queremos ser, qué tipo de desarrollo queremos impulsar, para luego negociar teniendo esos acuerdos como norte. En la práctica, detrás de las negociaciones de este TLC se oculta un proyecto de país que sólo corresponde a los intereses de los sectores política y económicamente más poderosos. Ellos serán probablemente los grandes ganadores de este acuerdo. ¿O es que acaso el COMEX pretende arrogarse la representatividad de todo un pueblo que ha sido marginado de las grandes decisiones? Consenso democrático y consulta son cosas muy distintas.

Hay que negociar, pero de otra forma. En primer lugar, debemos decir no a la integración que propone EE UU, que es una anexión inaceptable. A partir de esto tenemos que negociar en otros términos. La vigencia por tiempo indefinido de la ICC, y la finalización de la CBTPA hasta el 2007, permite rechazar el acuerdo firmado por el Ministro Trejos y el representante Zoellick el pasado 25 de enero en Washington y buscar una renegociación más ventajosa para los intereses nacionales, sin que ello represente ningún trastorno importante para los sectores exportadores, ni menos aun, como se ha insinuado, una catástrofe para Costa Rica²¹.

En teoría, las ramas ejecutivas de los países firmantes del TLC podrían ponerse de acuerdo para enmendar el texto negociado por los equipos técnicos, antes de enviarlo a sus

²¹ El único escenario realmente problemático para Costa Rica en caso de no aprobarse el TLC, sería que el Congreso de los Estados Unidos, en franca represalia, suspenda la aplicación de la leyes de la ICC y la CBTPA, lo que resulta ilógico económica y políticamente; pues en gran medida afectaría, no sólo a intereses costarricenses, sino a los propios capitales estadounidenses localizados en Costa Rica y cuya producción se destina al mercado de los Estados Unidos.

respectivos Congresos. En la práctica, sin embargo, los gobiernos no han mostrado ninguna voluntad política para dar este paso, y en su lugar han sostenido que las disposiciones del texto negociado son favorables y definitivas. En estas circunstancias, cabrían dos opciones para lograr que el TLC sea renegociado: a) que una nueva administración en alguno de los países demande tal renegociación, para incluir nuevas y mejores condiciones (por ejemplo, Estados Unidos, en los capítulos laboral y ambiental, según lo ha sugerido el candidato demócrata John F. Kerry); b) que los poderes legislativos de las Partes rechacen el acuerdo y lo devuelvan para ser renegociado.

Razón No. 17.

Porque la seguridad jurídica para las exportaciones alegada para este tipo de tratados es una verdad a medias.

Tanto los miembros del equipo negociador de Costa Rica, como los más insignes representantes del sector empresarial, han repetido insistentemente, que un logro fundamental de este tratado sería darle al exportador costarricense actualmente amparado a algún régimen preferencial unilateral (SGP, ICC, CBTPA), mayor seguridad jurídica y trato bilateral en igualdad de condiciones (formales). De hecho la “consolidación de la ICC” se presentó desde el inicio como el objetivo fundamental de Costa Rica en materia de acceso a mercados.

“El carácter unilateral del CBI implica que no tenemos capacidad de determinar sus términos ni su forma, ni de controlar sus modificaciones o su duración. Precisamente por ello, una de las principales razones para negociar un Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos es convertir ésta en una relación bilateral, permanente y que establezca reglas y disciplinas y que contenga un mecanismo de solución de diferencias transparente y ágil.” (COMEX, TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CENTROAMÉRICA Y ESTADOS UNIDOS: POSICIÓN NACIONAL, 2003, PP. 5)

Sin embargo, hay que recordar que la Iniciativa de la Cuenca del Caribe es una ley de los Estados Unidos, que por tanto, es tan estable como cualquier otra ley emanada del Congreso de esa nación (incluido un Agreement). No es un simple decreto que en cualquier momento un presidente pueda derogar²². ¿Pero acaso con un tratado podremos “controlar sus modificaciones o su duración”? Sólo en la medida en que la política de seguridad nacional de los Estados Unidos lo permita; ya que así lo acordaron los negociadores según reza en el artículo 21.2 del texto borrador del tratado (Seguridad Esencial).

Ninguna disposición de este Tratado se interpreta en el sentido de:

(a) obligar a una Parte a proporcionar ni a dar información cuya divulgación considere contraria a sus intereses en materia de seguridad; o

(b) impedir que una Parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad.
(subrayado nuestro)

Como se aprecia, especialmente en el punto (b), este artículo representa una cláusula de no aplicación muy conveniente para los Estados Unidos, que en cualquier momento puede

²² Por otra parte, es claro que ningún tratado podrá proteger a las exportaciones centroamericanas de textiles amparadas a la CBTPA (Ley de Asociación Comercial entre los Estados Unidos y la Cuenca del Caribe), de la fuerte competencia de textiles asiáticos que podrán ingresar libremente al mercado estadounidense a partir del 2005.

invocar “razones de seguridad” para dejar de aplicar los términos del tratado; por ejemplo, si un gobierno de izquierda o “populista” se instala en un país centroamericano y el mismo no es del “agrado” del gobierno de los Estados Unidos.

De modo que, la proclamada seguridad jurídica de las exportaciones (y de las inversiones) de Centroamérica a (desde) los Estados Unidos que el TLC traería consigo, es valedera, mientras los Estados Unidos no diga lo contrario.

Razón No. 18.

Porque el TLC CA-EU representa una amenaza para la agricultura y los agricultores centroamericanos.

En América Central, la agricultura es una fuente importante de medios de vida. En Nicaragua, un tercio de la fuerza de trabajo está directamente empleada en el sector agrícola, generando más del 30% del PIB. En Guatemala, el sector agrícola representa 60% del empleo y 22% del PIB. Incluso en Costa Rica, casi el 20% de todo el empleo en ubica en la agricultura, generando cerca de un 10% del PIB.

No obstante lo anterior, Centroamericana ha debido enfrentar en los últimos años una creciente crisis de seguridad alimentaria. De acuerdo con el Programa Mundial de Alimentos, uno de cada cuatro centroamericanos (8.6 millones de personas) sufre hambre. Sequías, huracanes y la crisis cafetalera han agudizado esta situación en la última década. Ante esta situación, el TLC expondrá a miles de familias centroamericanas a perder su empleo y su sustento de vida, pues exceptuando la cebolla y las papas para Costa Rica y el maíz para el resto de la región, todos los productos agrícolas entrarán en un progresivo programa de desgravación, que en menor o mayor plazo expondrá a estos agricultores a una competencia compulsiva y muchas veces desleal y profundamente desigual (subsidios, dumping). Como lo ha expresado el consultor independiente Mario Fernández:

“El pecado de partida de la negociación, ..., es haber aceptado unos términos por los cuales los países centroamericanos se obligaron a negociar todos los sectores sin exclusiones, en tanto que Estados Unidos sacó de la negociación todo lo relacionado con los subsidios a la producción, ... El problema de los subsidios es vital, ya que obliga a entrar en la competencia por los mercados en una situación de desventaja, de abismal desventaja, frente a la producción subsidiada.”²³

No en vano, en su “Resumen del CAFTA”, la USTR de los Estados Unidos presenta como un gran logro el que los aranceles sobre la mayoría de productos agrícolas estadounidenses serán eliminados dentro de un plazo de 15 años, incluyendo: carne de cerdo, res y ave, el arroz, las frutas y hortalizas, el maíz, los productos elaborados y los productos lácteos. Si México es el espejo, la mayor parte de los pequeños (y en casos como la ganadería y el arroz, los grandes también) productores agrícolas y pecuarios de Centroamérica tienen los días contados.

²³ Repercusiones en el Sector Agropecuario, en: Pensamiento Solidario, **REFLEXIONES EN TORNO AL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE ESTADOS UNIDOS Y CENTROAMÉRICA (TLC EUCA) El caso de Costa Rica.**, febrero, 2003, capítulo 3.

Razón No. 19.

Porque los Estados Unidos se negó a discutir el tema de los subsidios en esta negociación e impuso las “exclusiones” que quiso.

Las políticas de liberalización agrícola son un claro ejemplo de la doble moral que existe en el comercio internacional. Mientras los Estados Unidos, el FMI y el BM promueven la liberalización de los mercados agrícolas de los países en desarrollo, los países ricos como Estados Unidos y la Unión Europea mantienen enormes subsidios y medidas de protección. Los subsidios aportados a los productores domésticos en Estados Unidos, la Unión Europea y Japón suman un gasto diario de \$1000 millones.

Según cifras oficiales de la USDA para 2002, los granjeros estadounidenses reciben en promedio \$21 000 al año en subsidios (aunque se estima que el 65% de esos pagos se destinan sólo al 10% de los productores que controlan las mayores operaciones comerciales). En 2002, el Congreso estadounidense aprobó una ley agrícola (Farm Bill) con un apoyo masivo de \$180 millones en 10 años. Esta ley agrícola promueve extensos mecanismos de apoyo interno, que incluyen créditos a la exportación, contra los cuales los países en desarrollo simplemente no pueden competir. Estados Unidos no aceptó que estos temas siquiera se discutieran en las negociaciones del TLC.

Mientras tanto, los agricultores centroamericanos no cuentan con apoyo para enfrentar la competencia externa. Durante los años de aplicación de los programas de ajuste estructural en todos los países centroamericanos se eliminaron la mayor parte de los apoyos para el crédito doméstico, el auxilio tecnológico, la inversión en infraestructura y la logística para la comercialización. Sin tales políticas, no es posible mejorar la productividad de los productores locales. El incremento en la productividad es crucial para que los agricultores obtengan utilidades a un menor precio para los consumidores y una mejor dieta para la población rural y urbana de cada país.

Algunos datos generales sobre el tema de los subsidios en los países del Norte los resume el estudioso filipino Waden Bello, director ejecutivo de Focus on the Global South, citando diversas fuentes:

“El monto total de subsidios provisto por los 30 países de la OCDE subió de US \$ 182 mil millones en 1995 a US \$ 280 mil millones en 1997, a cerca de US \$ 315 mil millones en el 2001, y se estima que a unos US \$ 318 mil millones en el 2002. Según Oxfam Internacional, EEUU y la UE gastaban entre US \$ 9 a 10 mil millones más en subsidios que en la década anterior. Los subsidios representaban un 40% del valor de la producción en la UE y un 25% en EEUU. Mientras que los pequeños propietarios en los países en desarrollo han sobrevivido con menos de US \$ 400 al año, los agricultores estadounidenses y europeos recibían un promedio de US \$ 21000 y US \$ 16000 en subsidios cada año, respectivamente”. (La institucionalización del dumping. El Acuerdo sobre Agricultura, en www.tierraamiga.org)

Razón No. 20.

Porque la extinción de los pequeños productores agrícolas no es algo inevitable, ni siquiera por motivos económicos.

En ciertos círculos intelectuales y empresariales existe la creencia de que con el avance tecnológico la desaparición de los pequeños productores agrícolas es algo inevitable e incluso positivo, de que las propiedades agrícolas, “entre más grandes sean, tanto mejor”. Pero esto no es necesariamente cierto. Como empresas locales, los pequeños agricultores generan actividad económica en áreas rurales que llevan a un crecimiento económico diversificado y más equitativo, a mejores condiciones de vivienda, a servicios de salud y redes comerciales.

Cálculos internacionales demuestran que los pequeños productores crean un 10% más de empleos permanentes, mayores ventas al menudeo y mayores ingresos locales por capita (Peter Rosset, *The Multiple Functions and Benefits of Small Farm Agriculture in the Context of Global Trade Negotiations*, Maastricht, 1999).

Además, con el impulso a las cooperativas rurales se podría enfrentar exitosamente el reto de lograr economías de escala muchas veces necesarias para una productividad aceptable.

El problema es que las políticas de las dos últimas décadas han favorecido expresamente a las grandes agroindustrias de exportación, propiciando una concentración de los beneficios económicos.

En Costa Rica es bien conocido el caso de los pequeños y medianos productores de café, a los que se suele asociar con la mítica “democracia rural” costarricense. Dejando de lado el mito, es claro que su importancia en la democratización de la tenencia de la tierra y, por tanto, en la estabilidad social y política del país, ha sido un aporte invaluable a la democracia y a la gobernabilidad.

Argumentos similares se pueden ofrecer para apoyar a otros productores de pequeña escala que dirigen su producción hacia el mercado interno, como los paperos, cebolleros, frijoleros, cultivadores de hortalizas, etc.

Mientras tanto, la prensa nacional dio a conocer en días pasados que, la “*muy esperada modernización del sector papero y cebollero nacional ya no solo es un fracaso, sino que está a punto de quedar en el olvido, ante la imposibilidad de los sectores involucrados de cumplir con los programas*” (Fracasa modernización papera, **La Nación digital**, 29-02-04).

Razón No. 21.

Porque nuestros productores no pueden competir contra el dumping que aplica sistemáticamente los Estados Unidos.

Dumping es la venta de bienes exportados a precios por debajo de su costo de producción, lo que obliga a bajar los precios en forma artificial. La combinación de políticas estadounidenses que apoyan los bajos precios y medidas como los créditos a la exportación, hace posible exportar granos a un 60% de su costo de producción. Muchos de los productos subsidiados que llegan a los mercados de los países en desarrollo son cosechas básicas de seguridad alimentaria, como el maíz y el arroz.

Desprovistos de protección para sus cultivos locales, los productores centroamericanos no pueden competir con las importaciones de bajo precio. Cerca de 5.5 millones de productores de granos básicos de la región enfrentan este tipo de competencia injusta. La mayor liberalización contenida en el TLC, sólo extiende el plazo de espera para la desaparición de estos productores, pero no considera en absoluto su defensa a largo plazo.

“Si bien en el TLC EUCA se establecen plazos aparentemente largos para la liberalización de los aranceles de importación, que oscilan entre los 15 y los 20 años para la mayoría de los productos agropecuarios, en realidad no lo son tanto desde la perspectiva de los subsidios. Para entender esto es suficiente con revisar la cantidad de los montos de los mismos en la agricultura de Estados Unidos, que hace totalmente imposible que una estructura como esa sea desmantelada en esos plazos, y además, la tendencia general que marca el hecho de la aprobación del “Farm Bill” como subsidio adicional y con vigencia hasta el año 2013” (Mario Fernández, op. cit., p. 14)

La Farm Bill fue aprobada firmada por el presidente Bush el 13 de mayo de 2002, incrementa ciertos subsidios en un 80% y aumenta los precios de soporte para el trigo, el algodón, la soya y el arroz, creando también nuevos subsidios para productos como lentejas, maníes y leche.

Sin embargo, Estados Unidos protege sus propios mercados mediante estrictas leyes contra el *dumping*. Estas leyes contienen medidas para imponer obligaciones y compensaciones *antidumping* a otros países (Sección 310 de la ley comercial de 1974) y concede una capacidad discrecional considerable al Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) para determinar unilateralmente qué cosa es lo que constituye *dumping*.

Razón No. 22.

Porque Centroamérica no puede competir contra el excesivo poder de mercado de las agroindustrias transnacionales.

La liberalización del comercio agrícola coloca a los pequeños productores en competencia injusta y directa con las grandes agroindustrias transnacionales. En Estados Unidos, más de 73% de las unidades de producción agrícola se apropian sólo el 6,8% del valor de mercado de la producción, mientras que 7,2% de estas unidades obtienen 72,1% del valor de mercado de la producción vendida (Oxfam International, *Make Trade Fair in the American Agriculture, Investment and Intellectual Property*, enero, 2003).

Tres agroindustrias, Cargill, Archer Daniels Midland (ADM) y Zen Noh exportan más de 80% del maíz estadounidense. ADM no sólo controla más de 30% del procesamiento de maíz en Estados Unidos, también controla una parte significativa del procesamiento de maíz para tortillas en México mediante la compra de MASECA, el principal fabricante de alimentos de maíz en México. Cuatro compañías empacadoras de carne, Cargill, Tyson ConAgra y Farm Land National Feef Packing Company, controlan el 81% del mercado mundial de la carne.

Más que contribuir al “libre comercio” –insiste Oxfam International–, los dobles raseros de la liberalización agrícola están conduciendo a un creciente control monopólico. Este importante poder de mercado obliga a los compradores dentro y fuera de los Estados Unidos, a aceptar sus términos de negociación.

Los pequeños productores deben vender o competir con agroindustrias que controlan todo, desde la producción hasta la formulación de políticas gubernamentales para su propio beneficio.

Frente al tema de los subsidios y del poder monopólico de las grandes transnacionales agrícolas, se imponía como estrictamente necesario partir en las negociaciones de una postura como la expresada por los sectores campesinos, cooperativos y sindicales en torno al tema de acceso a mercado, la cual obviamente no fue tomada en cuenta por los negociadores²⁴.

²⁴ Cfr: UPANACIONAL, Mesa Nacional Campesina, CONACOOOP, PIAV, ANEP, CTRN, “Nuestra Posición en torno al Acceso a Mercado u otros Temas Directamente Relacionados”,

Razón No. 23.

Porque lo pactado en el TLC no ayudará a impulsar el desarrollo económico y combatir la pobreza rural

Representantes del gobierno de G. W. Bush han expresado que un resultado que se desea del TLC CA-EU es impulsar el desarrollo económico y combatir la pobreza entre las naciones participantes (carta de USTR al senador Robert Byrd, 1 de octubre de 2002, citado en Oxfam Internacional, *Comercio con Justicia para América Central*, 2003).

Estas metas sólo se podrían lograr si se corrige el tema de la doble moral en materia de “libre comercio” y se atienden las diferencias estructurales en materia de desarrollo.

Pero al impulsar una agenda de liberalización agrícola en América Central, es mucho más probable que el TLC desemboque en un mayor desempleo rural, migración del campo a la ciudad y una mayor migración ilegal hacia los Estados Unidos.

El calendario de desgravación propuesto sólo podrá dar un respiro a los mayores productores agrícolas de Centroamérica, pero es harto insuficiente para resolver los enormes desequilibrios estructurales entre las agriculturas estadounidense y centroamericanas. Más aun, condenará a la desaparición a millones de pequeños productores, como ha pasado en México con el TLCAN.

Las causas claves detrás de la crisis de pobreza rural en toda América Latina, son la falta de inversión pública, la conducta monopólica de las agroindustrias transnacionales, la baja de precios y la falta de acceso a recursos productivos. Estas requieren incluso atención y regulación internacionales para que el comercio agrícola pueda contribuir al desarrollo y a la erradicación de la pobreza. Lo negociado dentro del TLC no atiende estos problema fundamentales.

Reglas para un comercio justo para la agricultura en el marco del TLC debieron de haber incluido:

- 1) Medidas de seguridad alimentaria, como eximir de la liberalización comercial cultivos básicos se seguridad alimentaria como arroz, maíz, frijol, hortalizas y lácteos.
- 2) Fin de las prácticas de *dumping*, con mecanismos expresos de defensa contra las importaciones subsidiadas.
- 3) Equidad en el mercado, introduciendo el Trato Especial y Diferenciado por encima de la reciprocidad formal.

Una apertura total en la agricultura, como la planteada a mediano plazo en el TLC, dejaría a los productores centroamericanos a expensas de las agroindustrias transnacionales.

La negociación arancelaria debió tomar en cuenta consideraciones especiales como la seguridad alimentaria, las necesidades de desarrollo rural, los diferentes niveles de desarrollo en cada país centroamericano con respecto a la agricultura y, desde luego, las enormes diferencias estructurales entre los sectores agrícolas de Estados Unidos y Centroamérica.

Nada de esto sucedió, presentándose como un gran logro la obtención de mayores plazos de desgravación para ciertos productos “sensibles”, como si las diferencias no fueran estructurales. Pero lo que más sorprende, es que los únicos productos que quedaron fuera del programa de desgravación (maíz, papas, cebolla), fueron resultado de la exigencia de los Estados Unidos de hacer lo mismo con el azúcar, producto en el cual Centroamérica tiene una clara ventaja absoluta de producción.

Razón No. 24.

Porque la exportación de nuevos cultivos puede ser una alternativa para algunos productores, pero no resuelve el problema de la seguridad alimentaria.

Algunas organizaciones centroamericanas han buscado alternativas a su producción agrícola tradicional como forma de aprovechar el extenso y lucrativo mercado estadounidense. La exportación de flores, nuevos productos tropicales, minivegetales y otros productos con nichos de mercado ha permitido que algunos pequeños productores obtengan sus medios de vida de la producción orientada a la exportación, aunque muchas veces son las grandes empresas extranjeras las que obtienen los mayores beneficios (Pindeco en Costa Rica, por ejemplo).

No obstante, esta práctica no puede ocupar el lugar central de la producción de granos básicos, hortalizas y otros vegetales, si Centroamérica ha de mejorar su seguridad alimentaria, tan deteriorada en los últimos años. La agricultura de exportación debe considerarse un elemento más dentro de un amplio plan para lograr medios de vida sostenibles.

Además, los países centroamericanos tienen necesidades especiales en sus sectores agrícolas que sólo fueron parcialmente reconocidas en el TLC. Estas necesidades incluyen asegurar el acceso de sus ciudadanos más pobres a alimentos a precios accesibles, proporcionar medios de vida sostenibles para sus grandes poblaciones rurales y garantizar el tipo de cambio con el exterior para el pago de sus importaciones esenciales. Estas necesidades especiales fueron reconocidas por los gobiernos del mundo en la Cumbre Alimentaria de 2002, pero las políticas a que obligaría el TLC (desgravación, eliminación de ayudas internas) minan cualquier posibilidad de que los gobiernos centroamericanos puedan atender tales necesidades.

Por otra parte, se aduce que el trigo, el sorgo y la soya no compiten con productos de la región, por lo que su importación a precios subsidiados incluso es una buena opción para Centroamérica, pero se olvida que estas importaciones (subsidiadas) sí tenderán a sustituir productos básicos de la región como el maíz, con su impacto negativo en los pequeños y medianos productores.

Razón No. 25.

Porque una agenda alternativa en materia de agricultura es posible

La liberalización del comercio y de la inversión que persigue la actual forma dominante de globalización (globalización neoliberal), lo mismo que el proceso del ALCA y de los TLCs en curso, seguramente provocará severos problemas sociales y económicos a los pueblos rurales que se dedican a la agricultura y la pesca, tal como lo ha mostrado el caso del TLCAN y sus efectos sobre la vida rural en México. Por ello, es necesario anteponer el **principio de la soberanía alimentaria** en cualquier acuerdo comercial y rechazar la liberalización de los mercados agrícolas bajo los parámetros de la OMC. A continuación, los principios rectores de un visión alternativa²⁵.

- 1) Los países deben asumir la responsabilidad suprema de garantizar la alimentación para su población, lo que significa dar los máximos beneficios financieramente viables y la máxima protección frente a la competencia desleal a los productores nacionales y a los mercados locales, incluso antes de atraer importaciones y/o promover exportaciones agrícolas. En los acuerdos internacionales de comercio, se debe mantener el derecho a proteger o excluir alimentos básicos para la dieta de sus pueblos (como maíz, trigo, papas, frijoles y pescado) de cualquier pacto de liberalización socialmente destructivo.
- 2) Es necesaria una reforma agraria que legitime la propiedad y los derechos territoriales de los pequeños productores, los trabajadores rurales sin tierra, ya sean individuales o colectivos, hombres o mujeres, y respetar los derechos tradicionales de los pueblos indígenas a vivir colectivamente de sus tierras con integridad territorial. Debe revertirse la concentración de tierras agrícolas en cada vez menos y menos propietarios.
- 3) El uso de patentes para controlar semillas agrícolas, hierbas y plantas curativas debe prohibirse en los acuerdos comerciales, no sólo porque los procesos de patentes se han vuelto un ejercicio de robo flagrante por parte de grandes empresarios, sino porque patentar formas de vida no tiene fundamento moral, ecológico o histórico. Se debe respetar a los pueblos agricultores que a lo largo de generaciones han desarrollado las variedades de semillas que se usan actualmente en todo el mundo. En caso de haber beneficios del mercado de semillas, productos pesqueros y medicamentos, éstos deberían llegar primero a los pueblos que, junto con sus ancestros y por generaciones, han tratado y cultivado esas semillas, han protegido a los recursos pesqueros y han cuidado y estudiado los efectos de las plantas medicinales.
- 4) Para impedir las injusticias y los abusos a que frecuentemente se ven sometidos los trabajadores agrícolas, cualquier acuerdo comercial debe garantizar los siguientes derechos: a) derecho a la libre sindicalización, b) derecho a la negociación colectiva de salarios y otras condiciones laborales, c) derecho de las mujeres trabajadoras a un trato especial, tomando en cuenta sus obligaciones en el cuidado de los hijos, la lactancia y la

²⁵ Cfr: Alianza Social Continental, **Alternativas para las Américas**, Diciembre de 2002, pág. 92-95.

educación, d) derecho a niveles especiales de salud y seguridad para prevenir, por ejemplo los efectos de agentes químicos sobre trabajadores del campo.

- 5) La mejor manera de promover el desarrollo sustentable y la protección ambiental es a través de un proceso de democratización que involucre a pequeños productores en la creación de políticas agrícolas, pesqueras y ambientales.
- 6) La no liberalización de ningún sector agrícola que, directa o indirectamente, cubierta o encubiertamente, sea sujeto de cuantiosas ayudas y subsidios en los países desarrollados.

Razón No. 26.

Porque el TLC limita el acceso al conocimiento, a los avances de la ciencia y la tecnología

El acceso al conocimiento, a la investigación y a los avances de la ciencia y la tecnología es esencial para el desarrollo y la reducción de la pobreza. Pero el TLC incrementaría los costos de este acceso en forma sustancial. La gente común sentiría el efecto al pagar más por sus medicinas o libros de texto (CD). Los pequeños negocios pagarán más por el software y los agricultores pagarán más por sus semillas.

Los países centroamericanos ya están obligados a introducir altos niveles perjudiciales de protección a la propiedad intelectual (PI) por el Acuerdo de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) que incrementan el costo de las tecnologías importadas. En el seno de la OMC, los países en desarrollo han solicitado una evaluación del impacto perjudicial del ADPIC y están luchando por una revisión del acuerdo para que el mismo no afecte negativamente el desarrollo futuro. Ofrecido como un medio para incentivar la innovación e impulsar la transferencia tecnológica, el ADPIC más bien ha servido para intensificar el monopolio del conocimiento e incrementar las diferencias entre los países ricos y los pobres. Menos del 10% de los gastos globales en investigación de salud se dirigen hacia el 90% de las enfermedades más comunes sufridas por la mayoría de la población mundial. La investigación agrícola está más enfocada a la apariencia y sabor del producto que a la producción sustentable. Los países industrializados realizan el 90% de las inversiones en investigación y desarrollo (I&D), poseen un porcentaje todavía mayor de todas las patentes y son los mayores exportadores de productos del conocimiento.

El TLC no incluye ninguna disposición para cambiar este panorama, sino que, más bien, lo refuerza, aceptando los términos de la negociación exigidos por los Estados Unidos.

Razón No. 27.

Porque endurece el monopolio sobre PI que ya ofrece el ADPIC a los Estados Unidos y a limita el acceso a medicinas baratas

El ADPIC (Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC) inhibe la transferencia de tecnología a los países en desarrollo al otorgar monopolios sobre todos los procesos y productos por lo menos durante 20 años a los titulares de las patentes. En este limitado monopolio, los tenedores de patentes tienen el derecho exclusivo de producir, copiar, vender o explotar su invención en alguna otra forma. Otros pueden hacerlo sólo con el permiso explícito del tenedor de los derechos, permiso que normalmente se concede a cambio de pago de regalías.

El monopolio permite que los tenedores de patentes cobren altos precios por sus inventos, ya que tienen asegurada la eliminación de la competencia por lo menos durante 20 años, período que, si consideramos la velocidad actual del avance tecnológico, elimina cualquier acceso real que un país en desarrollo pudiera tener a nuevos bienes y conocimientos. Esto es especialmente riesgoso cuando se aplica a la salud pública y el acceso a las medicinas, ya que un retraso de 20 años en la disponibilidad de medicinas genéricas baratas significa sufrimiento y muerte para millones de personas.

Centroamérica ha aceptado en el TLC restricciones adicionales a la disponibilidad de datos para pruebas clínicas de medicamentos y otras medidas que tienen el efecto de ampliar el período de protección de una patente más allá del período de 20 años establecido por el ADPIC.

Si se llegara a reformar el ADPIC (algo por lo que luchan los países en desarrollo), la región de todas maneras quedaría atada por las cláusulas adicionales que ha aceptado (ADPIC-plus) en el TLC.

Si consideramos los problemas de salud que enfrentan los países centroamericanos, es inadecuado y riesgoso que los negociadores hayan incluido cláusulas de PI que impiden o limitan el acceso a medicinas baratas en el TLC. La industria farmacéutica de Costa Rica ha determinado que estas medidas significarían un incremento de hasta 800% en el costo de las medicinas. América Central tiene la segunda tasa más alta de muertes por enfermedades transmisibles en América latina, y hasta el 2001 se habían reportado en la región más de 28 600 casos de sida (OMS, *Vigilancia del Sida en las Américas*, junio, 2002).

En países con escasos recursos para la salud pública, las medicinas de patente que se venden a precios de monopolio son demasiado caras como para que el sistema de salud pública las entregue a los pacientes, y demasiado caras para que la gente pobre las compre de su bolsillo. La defensa del acceso a medicinas genéricas baratas es un aspecto crucial de la protección de la salud pública en los países pobres, ya que la competencia genérica conduce a bajas significativas de precio, permitiendo que la gente tenga acceso más fácil a tratamientos.

Razón No. 28.

Porque Estados Unidos viola sus propios compromisos a favor del desarrollo establecidos en la Ronda Doha.

En la cuarta reunión ministerial de la OMC en Doha, todos los miembros de la organización aceptaron que las cláusulas de propiedad intelectual contenidas en el ADPIC debían interpretarse “a favor del desarrollo”. Aceptaron que los derechos sobre las patentes y las utilidades no debían tener prioridad por encima de la salud pública, especialmente en los países pobres. A pesar de este compromiso político, la protección global de la PI se está haciendo cada vez más rigurosa mediante una red de tratados bilaterales y regionales (como el TLC CA-EU) que establecen una protección estricta de los derechos de PI, en perjuicio de intereses más amplios de la comunidad, como el acceso a las medicinas.

El gobierno estadounidense alabó públicamente la Declaración de Doha, pero desde entonces ha emprendido una política contraria a este compromiso de apoyar la salud pública y el acceso a medicamentos a precios razonables para los países en desarrollo. Estas normas más estrictas para la protección de la PI se conocen como ADPIC-plus, ya que exceden lo que los países en desarrollo han acordado en la OMC. Como en el caso del ALCA, el gobierno estadounidense logró introducir la adopción de cláusulas ADPIC-plus EN EL TLC.

Puesto que los países centroamericanos ya son signatarios del ADPIC, la única explicación para incluir un capítulo sobre PI en el TLC es forzar la protección de PI a niveles de DPIC-plus. Esto favorece los intereses de Estados Unidos y sus industrias del conocimiento, a costa de los objetivos de desarrollo y las metas de política pública.

Razón No. 29.

Porque una agenda alternativa en materia de propiedad intelectual es posible

Se deben excluir las cláusulas de PI del texto del TLC y de las negociaciones de todo otro acuerdo bilateral o regional (como el ALCA).

Debemos oponernos a los intentos de emplear las negociaciones comerciales como arma para forzar la protección de la PI hasta niveles de ADPIC-plus, en particular en los países pobres, puesto que la protección estricta de las patentes socava el acceso a medicinas baratas y perjudica la salud pública.

Los países centroamericanos y los propios Estados Unidos, deben cumplir con la Declaración de Doha y promover mayores reformas en el acuerdo ADPIC con el fin de mejorar el acceso a medicinas de bajo costo. El objetivo de Doha, “promover el acceso de todos a las medicinas”, refleja el consenso unánime de los miembros de la OMC y no debería restringirse ni cancelarse.

Los objetivos específicos de una agenda alternativa, sobre la base ofrecida por el documento de la Alianza Social Continental (Alternativas para las Américas, diciembre, 2002) incluyen los siguientes:

Excluir de las patentes toda forma de vida, incluidas las especies de plantas y animales, los microorganismos, los materiales biológicos y los procesos y combinaciones que de ellos se deriven. La vida no la inventado nadie y por tanto no debe ser patentada.

Exigir a los dueños de patentes farmacéuticas aceptar licencias obligatorias para productores de medicinas genéricas.

Hacer valer la primacía de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos, salud, higiene alimenticia y biodiversidad en los TRIPs y en otros acuerdos comerciales en el derecho internacional.

Proteger los derechos y los usos y costumbres de los campesinos y las comunidades (especialmente los pueblos indígenas) que actúan como guardianes de la biodiversidad.

Apoyar los derechos de los campesinos de almacenar, usar y vender semillas de granja, así como el libre intercambio del germoplasma libre de patentes que son del dominio público.

Garantizar que las leyes de derecho de autor protejan a artistas, escritores, músicos, productores de artesanías y otros trabajadores culturales, y no sólo a los editores, a los cineastas o a los dueños de industrias discográficas.

PARTE II: CONTRATACIÓN PÚBLICA

Razón No. 30.

Porque el Capítulo de Contratación Pública es una amenaza para las políticas públicas de adquisición ambientalmente responsables, socialmente justas y promotoras del desarrollo.

En Costa Rica, como en el resto de países del mundo, el Gobierno Central, las instituciones descentralizadas y los gobiernos municipales suelen (pueden o deberían) utilizar reglas de adquisición y políticas de compra de bienes, servicios e inversiones para impulsar importantes metas de política pública, tales como la protección al consumidor, el desarrollo económico, el fomento de las micro y pequeñas empresas, la protección ambiental, la salud y seguridad públicas, las prácticas de regulación anti-monopolios, la equidad de género, la justicia social, el combate a la pobreza y el respeto a los derechos humanos y laborales; sólo para mencionar algunas de las áreas más importantes.

Pero las reglas y las prácticas sobre compras del sector público que han sido establecidas en tratados internacionales como el TLCAN, o en acuerdos multilaterales como el GPA (Acuerdo sobre Adquisiciones Gubernamentales de la OMC), lo mismo que las propuestas que actualmente se discuten en el seno del ALCA, afectan la capacidad de las distintas instancias del gobierno para aplicar reglas de adquisición vinculadas con esas importantes metas de política arriba mencionadas. En la medida en que el TLC con los Estados Unidos reproduzca el modelo TLCAN/GPA implicará también una seria amenaza para las políticas de adquisición ambientalmente responsables y socialmente justas. Hacer una indagatoria sobre la posibilidad real de estas amenazas es lo que buscamos con el análisis que realizamos del Capítulo 9 del TLC.

El documento **Alternativas para las Américas** de la Alianza Social Continental enfoca el tema de las compras gubernamentales desde otra perspectiva, que conviene tener presente desde un inicio.

Veamos:

“En un acuerdo internacional, nada debe constituir una renunciación o reducción de la capacidad estatal para alcanzar las demandas económicas y sociales de sus ciudadanos. Este principio debe considerar como precedente el hecho de que la capacidad del Estado para alcanzar tales demandas se haya visto disminuida por dichos acuerdos. [...] Los contratos gubernamentales sobre intercambio y obras públicas tienen una influencia significativa en algunos sectores productivos. Se llevan a cabo con dinero de los contribuyentes y, por tanto, deben seguir siendo instrumentos de política económica para el desarrollo nacional.”
(*Alianza Social Continental, Alternativas para las Américas*, pp. 63)

Lamentablemente, y, tal como era de esperar, los equipos negociadores del TLC EU – CA, han basado la redacción del capítulo correspondiente sobre contratación pública,

mayoritariamente en las disposiciones sobre adquisición de los dos acuerdos internacionales vigentes antes mencionados (el TLCAN y el GPA), así como en las propuestas estadounidenses para el ALCA. Estos acuerdos y propuestas exigen mucho más que los habituales y reconocidos principios de *libre competencia, publicidad y transparencia de los procedimientos* que, entre otros, orientan la contratación pública y las regulaciones sobre compras gubernamentales; ya que, además y sobre todo, restringen las acciones de la política pública que pueden aplicarse por medio de las prácticas de adquisición en los niveles nacional (ministerios), descentralizado (CCSS, ICE) y local (municipalidades) de gobierno.

Aunque los negociadores aseguran que estas reglas son necesarias para resguardar las prácticas de adquisición de los favoritismos y de la corrupción en los entes públicos, objetivo que en principio resulta correcto, el problema es que las reglas que se han esbozado van más allá de tales objetivos, al bloquear la aplicación de casi cualquier criterio no estrictamente comercial en las decisiones sobre compras del gobierno. En lo que sigue, exponemos y comentamos los aspectos más sobresalientes y problemáticos de los principales artículos del Capítulo 9 del TLC.

Nuestro enfoque de análisis es fundamentalmente económico, desde una perspectiva del desarrollo, y no reunimos los requisitos para hacer un abordaje que incluya sistemáticamente la perspectiva legal. Para esto último pueden consultarse los trabajos del Lic. Bernal Arias y del Dr. Manrique Jiménez incluidos en la obra **Roces Constitucionales del TLC**. Universidad la Salle, 2004. Para muestra, las siguientes afirmaciones del Lic. Arias:

“El procedimiento de contratación pública en el TLC es absolutamente contrario al debido proceso, a nuestras normas constitucionales y legales, y a los principios decimonónicos sobre la materia, por:

- *Obviar 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 garantías 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 indicarse el principio de publicidad;*
- *No hay ningún señalamiento sobre audiencias a los oferentes; No se menciona la materia de vicios.*

Como si fuera poco, el artículo 9.15 compromete a cada Parte a establecer al menos una autoridad, administrativa o judicial, imparcial e independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas y emitir las resoluciones y recomendaciones pertinentes. Hay un vacío jurídico de notables proporciones, el órgano es indeterminado, no sabemos mediante qué procedimientoabría de notificarse la competencia del que se elija” (op. cit., pp. 71-72).

Razón No. 31.

El TLC amplía el rango de cobertura de las actividades de adquisición sujetas a las reglas de contratación pública e incluye a las municipalidades y a varias entidades descentralizadas en las disciplinas del tratado.

“Artículo 9.1: Ámbito de aplicación y cobertura

- 1) *Este Capítulo se aplica a cualquier medida²⁶, incluyendo cualquier acto o directriz de una Parte, relativo a la contratación cubierta.²⁷*
- 2) *Para los efectos de este Capítulo, contratación cubierta significa una contratación de mercancías, servicios, o ambos:*
 - (a) *a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción-operación-transferencia y contratos de concesión de obras públicas, y*
 - (b) *listada y sujeta a las condiciones estipuladas en el:*
 - (i) *Anexo 9.1.2(b)(i) que aplicará entre los Estados Unidos y cada una de las otras Partes;*
y
 - (ii) *Anexo 9.1.(2)(b)(ii) que aplicará entre las Partes Centroamericanas;*
 - (c) *que se lleva a cabo por una unidad contratante, y*
 - (d) *que no esté excluida de la cobertura.” (subrayado nuestro)*

Como se desprende de la cita anterior, las reglas de contratación pública del TLC podrán aplicarse a un amplio espectro de actividades contractuales del sector público. El término “medida” se refiere a cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica de adquisición gubernamental. Esto es casi idéntico al Artículo I del GPA que establece que el Acuerdo “se aplica a cualquier ley, regulación, procedimiento o práctica en torno a cualquier adquisición”. Sólo se ha cambiado el término “regulación” por el menos controvertido (y más criticado), “reglamento”, y eso sí, se ha incluido el término “requisito”, muy importante para efectos de lo que establece el artículo 9.7 del TLC (Especificaciones Técnicas). Pero además, en el texto definitivo se ha incluido “cualquier acto o directriz de una Parte, relativo a la contratación cubierta”²⁸.

²⁶ Recordemos que el término “medida”, tal como se define en el Capítulo Dos del texto del tratado “... incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. (Texto del TLC, Capítulo Dos, Artículo 2.1 Definiciones de aplicación general.)

²⁷ “**contratación pública** significa el proceso mediante el cual un gobierno adquiere el uso de o adquiere mercancías o servicios, o cualquier combinación de éstos, para propósitos gubernamentales y no con miras a la venta o reventa comercial, o uso en la producción o suministro de mercancías o servicios para la venta o reventa comercial.” (Capítulo Dos, Definiciones Generales; subrayado nuestro) Por tanto, las empresas públicas (en sus distintas formas jurídicas), quedan excluidas de esta definición.

²⁸ El término “contratación cubierta” no aparecía en el texto borrador del TLC. Su inclusión parece un artilugio para incluir en el capítulo a entidades cuya actividad –particularmente el ICE-, no corresponde con la definición de “contratación pública” que aparece en el Capítulo Dos (Definiciones Generales). El proyecto de ley de modernización del ICE pretende,

Al igual que se establece en el TLCAN, en el GPA y en los borradores del ALCA, el TLC CA-EU contiene disposiciones tanto sobre bienes como sobre servicios (generales y de construcción), el trato que los gobiernos acuerden con los proveedores y los productos que éstos ofrezcan, e incluso, el trato acordado para empresas proveedoras establecidas en el territorio nacional que sean propiedad, total o parcial, de inversionistas extranjeros (artículo 9.2.2). Este es un aspecto importante por destacar, pues abarca un rango mucho más amplio de actividades adquisitivas que el contemplado en el GPA.

Además de cubrir un amplio rango de actividades adquisitivas al nivel nacional (Gobierno Central), las disposiciones del TLC establecen límites sobre la manera en que se contratan los bienes y servicios por parte de los gobiernos municipales y las entidades descentralizadas. El anexo 9.1.2(b)(i) establece que los gobiernos locales y otras entidades descentralizadas estarán sujetos a las reglas de adquisición (enfoque de la lista positiva, excepto para servicios). Así, además del Gobierno Central (Ministerios, Defensoría de los Habitantes, Contraloría General de la República, Instituto Costarricense de Turismo); todas las municipalidades del país, la CCSS, el ICE y otras once entidades descentralizadas, (entre juntas, bancos e institutos) aparecen en la “Lista de Costa Rica” del Anexo 9.1.2(b)(i).

Algunos contratos gubernamentales quedarían fuera de las reglas de contratación pública del TLC, además de que todos los contratos tendrán que exceder un valor definido (umbral) para quedar sujetos a tales reglas. El Capítulo 9 establece cuatro tipos de excepciones generales:

- a) Las contrataciones para las cuales el Capítulo 9 no se aplica: acuerdos no contractuales o de asistencia extranjera, compras financiadas por préstamos y donaciones²⁹, contratación de servicios de agencias o depósitos fiscales, contratación de empleados públicos, las contrataciones de las entidades no listadas en el Anexo 9.1.2(b)(i) (Secciones A, B o C), y las compras efectuadas en condiciones excepcionalmente favorables. Estas “no aplicaciones” aparecen en el artículo 9.1, párrafo 3.
- b) Las excepciones a la contratación contenidas en el Artículo 9.14, que luego comentaremos.
- c) Las contrataciones de las entidades listadas en los Anexos 9.1.2(b)(i) y 9.1.2(b)(ii) que aparecen en las “Notas a la lista de Costa Rica”, que también comentaremos más adelante.
- d) Las contrataciones de las entidades sujetas que no superen los umbrales definidos en cada sección del Anexo 9.1.2(b)(i).

Por ahora adelantamos dos comentarios sobre estas excepciones:

- a) ¿Quiénes decidieron y cómo se decidió acerca de las exclusiones y las inclusiones contenidas en el Anexo 9.1.2(b)(i)?, ¿Fueron consultadas las entidades involucradas? ¿Sobre la base de qué criterios algunas entidades que aparecían listadas en el texto borrador ya no aparecen en el texto definitivo? ¿Bajo qué criterios entidades que no aparecían listadas en el texto borrador (CCSS, ICE) ahora sí aparecen?

entre otras cosas, otorgarle mayor flexibilidad administrativa a esta institución, para que, supuestamente, pueda enfrentar el proceso de apertura a la competencia. Habrá que analizar, hasta que punto, las disciplinas del Capítulo Nueve del TLC también atentan contra este objetivo.

²⁹ Se trata de los préstamos y donaciones “atados”, que como nos recuerda el reciente escándalo en la CCSS (préstamos finlandés y español), quedan fuera de los rigores de la contratación pública estipulados en los acuerdos internacionales sobre comercio e inversión, a pesar de que suelen ser motivo para la realización de prácticas corruptas.

- b) Excepto algunos casos que luego comentaremos (Sección G del Anexo 9.1.2(b)(i)), y a diferencia de algunas propuestas que algunos países han venido haciendo en el seno del ALCA, el Capítulo 9 del TLC no incluye **excepciones sectoriales generales y explícitas**. Se trataría, para mencionar algunos ejemplos, de las compras de bienes y equipo necesarias para suministrar y apoyar los servicios públicos y las funciones sociales del Estado como la educación pública, la salud pública, los servicios de readaptación social, las concesiones públicas, los servicios públicos para los cuales se cobra una tarifa, o medidas que se adopten con respecto a las poblaciones indígenas u otras minorías.

Finalmente, y como es la norma en el texto del tratado, el Artículo 9.1.7 incluye lo siguiente:

“Ninguna disposición de este Capítulo impedirá a una Parte desarrollar nuevas políticas de contratación pública, procedimientos o modalidades contractuales, siempre que no sean incompatibles con este Capítulo.” (subrayado nuestro)

Una vez más, el TLC se revela como lo que realmente es: una meta ley económica que impone un techo a la libertad del país para aplicar políticas públicas en el pleno ejercicio de su soberanía.

Razón No. 32.

Porque los principios de trato nacional y nación más favorecida impiden la utilización de políticas de compras públicas para alcanzar metas explícitas de equidad social o propósitos de desarrollo económico.

“Artículo 9.2: Principios Generales

1) *Con respecto a cualquier medida cubierta por este Capítulo, cada Parte concederá a las mercancías y servicios de la otra Parte y a los proveedores de la otra Parte de tales mercancías y servicios, un trato no menos favorable que el otorgado por dicha Parte o entidad contratante a sus propias mercancías, servicios y proveedores.*

[...]

4) *Con respecto a la contratación cubierta, una entidad contratante se abstendrá de tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones compensatorias especiales³⁰ en cualquier etapa de una contratación.” (subrayado nuestro)*

El Artículo 9.2 del TLC contiene disposiciones sobre trato nacional y trato de nación más favorecida que son virtualmente idénticas a las disposiciones del TLCAN, del GPA y del Artículo III del segundo borrador del ALCA. La regla “trato de nación más favorecida” (NMF) exige que los bienes, servicios y proveedores de cada país tengan acceso al mejor trato que reciban en cualquier otro país. Esta regla impide que los gobiernos apliquen políticas de adquisición que, por ejemplo, prohíban comprar bienes y servicios a compañías de países en donde se violan abiertamente los derechos humanos o laborales de sus ciudadanos³¹.

La cláusula NMF también prohíbe políticas adquisitivas que, aunque no estén hechas para discriminar a ningún país en particular, tengan un efecto discriminatorio. Este sería el caso, por ejemplo, si un gobierno se rehusa a contratar a una empresa determinada porque ésta realice negocios con el gobierno de un país en donde se violen abiertamente los derechos humanos.

Al igual que la NMF, el trato nacional está basado en el principio de la no discriminación. Bajo esta regla, los gobiernos deben conceder a los proveedores foráneos un trato no menos favorable que el acordado para sus proveedores nacionales.

³⁰ “**condiciones compensatorias especiales** significan las condiciones o compromisos impuestos o considerados por una entidad contratante, que fomenten el desarrollo local o mejoren las cuentas de la balanza de pagos de una Parte a través de requisitos de contenido local, licencias para el uso de tecnología, inversiones, comercio compensatorio o requisitos similares”. (Artículo 9.17: Definiciones). El artículo 21.4 acepta, en principio, que un país establezca medidas de balanza de pagos al comercio de mercancías, siempre y cuando la Parte consulte la medida y no menoscabe “los beneficios relativos otorgados a las otras Partes de conformidad con este Tratado”.

³¹ “Si esta regla (NMF) hubiera existido en la década de los ochenta y Sudáfrica hubiese sido miembro de un acuerdo de adquisiciones como el GPA o el TLCAN, muchas de las sanciones anti-apartheid aplicadas por países y comunidades habrían sido una violación directa del tratado” (Alianza Social Continental, **El ALCA al desnudo: críticas al texto borrador del Área de Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002**, enero 2003, pp. 65-66)

Las compañías establecidas localmente que sean propiedad de inversionistas extranjeros, quedan también cubiertas por un trato no discriminatorio. (Artículo 9.2, inciso 2 (a): "... en razón del grado de asociación o de propiedad extranjera" de los proveedores").

El trato nacional garantiza que los proveedores extranjeros obtengan el mejor de los tratos brindados a las empresas nacionales, incluso si este mejor trato a los nacionales pretendiera alcanzar metas de equidad social, combate a la pobreza o para propósitos de desarrollo económico.

Por ejemplo, los mismos Estados Unidos dan preferencia en sus prácticas de adquisición gubernamental a empresas que son propiedad de mujeres, minorías, discapacitados y ancianos. Los gobiernos también suelen dar preferencia a pequeñas empresas o a empresas ubicadas en zonas de menor desarrollo relativo. En general, éstas prácticas son prohibidas bajo el TLC (Luego veremos el alcance de las excepciones a esta cláusula contenidas en el Anexo 9.1.2(b)(i))³².

Finalmente, muchos gobiernos tienen reglas que favorecen la adquisición de proveedores nacionales, al menos para cierto tipo de productos y servicios. Los gobiernos también deberían tener y resguardar la potestad de recurrir a compensaciones especiales en sus políticas de adquisición para estimular el desarrollo local, para mejorar el equilibrio en la balanza de pagos (solicitando a los proveedores la utilización de un nivel mínimo de contenidos nacionales), o bien, para requerir cierta transferencia de tecnologías, o un nivel mínimo de inversión y condiciones adecuadas de empleo. Estas políticas son expresamente prohibidas en el texto del TLC. (Artículo 9.2.4 ya antes citado):

"4. Con respecto a la contratación cubierta, una entidad contratante se abstendrá de tomar en cuenta, solicitar o imponer condiciones compensatorias especiales en cualquier etapa de una contratación."

Ciertamente, podemos estar de acuerdo en que las políticas de compras del sector público deben ser administradas de manera honesta y transparente, pero sin que por ello dejen de ser una importante herramienta para impulsar el desarrollo económico local y nacional. Por tanto, no deben estar sujetas a una prohibición genérica como las planteadas en el TLC. Más aun, las políticas de adquisición del sector público deben poder utilizarse para:

- a) Favorecer la integración productiva de la economía nacional,
- b) Proteger y beneficiar a grupos afectados por la discriminación social, como en el caso de Costa Rica serían las comunidades indígenas,
- c) Fomentar esquemas cooperativos y de economía social en general,
- d) Apoyar a productores en regiones particularmente deprimidas y a familias en situación de pobreza³³.

Pero la preocupación principal del TLC es otorgar a las empresas extranjeras (radicadas o no en el territorio nacional), trato nacional y trato de nación más favorecida. Los objetivos

³² La afirmación de que el principio de trato nacional está contenido en el Artículo 19 de nuestra Constitución Política, tal como sostienen funcionarios de COMEX, no tiene validez. La igualdad de deberes y derechos para extranjeros y nacionales allí contemplada, se refiere a deberes y derechos individuales y sociales, no a lo que se suele denominar (en la jerga neoliberal), "derechos económicos". Además, se refiere a derechos y deberes de personas naturales, no de colectividades o personas jurídicas (empresas, sindicatos, asociaciones, ONG, etc.)

³³ Habrá que ver cómo lo señores diputados y las señoras diputadas que están a favor del TLC pero que condicionan su apoyo a la aprobación de "medidas complementarias", toman en cuenta éstos y otros elementos en sus propuestas.

de desarrollo económico y social (cuando son permitidos), pasan a un segundo plano o son “excepciones”. Algunas de las políticas recién mencionadas se permiten en los acuerdos comerciales internacionales, pero se trata de excepciones de carácter muy limitado, como veremos más adelante para el caso del TLC.

Razón No. 33.

Porque los criterios estrictamente comerciales no deben ser los únicos que prevalezcan en las prácticas de adquisición de los gobiernos

“Artículo 9.7: Especificaciones Técnicas

- 1) *Una entidad contratante no preparará, adoptará ni aplicará ninguna especificación técnica que tenga como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes.*
- 2) *Una entidad contratante establecerá cualquier especificación técnica según corresponda:*
 - (a) *en términos de desempeño y no en términos de características de diseño o descriptivas; y*
 - (b) *basadas en estándares internacionales cuando sean aplicables, de lo contrario, en normas nacionales reconocidas. ...” (subrayado nuestro)*

“Artículo 9.8: Requisitos y Condiciones para la Participación de Proveedores en las Contrataciones

[...]

3) *Cada entidad contratante deberá:*

- (a) *limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas que sean esenciales para garantizar que el proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación.*
- (b) *Reconocer como proveedor calificado a todo proveedor de la otra Parte que haya cumplido las condiciones necesarias para participar ...” (subrayado nuestro).*

Las reglas sobre especificaciones técnicas y requisitos para la participación de proveedores pueden imponer serias limitaciones a las políticas de adquisición gubernamental; si éstas van más allá del principio de la no discriminación que se encuentra en las cláusulas de trato nacional y de NMF. Creemos que este es el caso del TLC. Veamos.

- El artículo 9.7.1 establece que las especificaciones técnicas no deberán tener “...*como propósito o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes*”.
- El artículo 9.7.2 establece que las entidades contratantes establecerán las especificaciones técnicas “*en términos de desempeño y no en términos de características de diseño o descriptivas ...”*
- El artículo 9.8.2 (a) dice que cada entidad contratante deberá “*limitar toda condición para participar en la contratación, a aquellas esenciales para garantizar que el*

proveedor posee la capacidad legal, técnica y financiera para cumplir con los requisitos y las especificaciones técnicas de la contratación". (subrayado nuestro)

- Y en 9.8.2(b), se establece que cada entidad contratante deberá *“reconocer como proveedor calificado a todo proveedor de la otra Parte que haya cumplido las condiciones para participar ...”*

¿Qué significa todo esto? Resaltemos dos aspectos:

- Que los Estados (ministerio, entidad descentralizada, municipalidades) no podrán rehusarse a aceptar una oferta de un proveedor extranjero, ni rehusarse a comprar un bien o servicio importado cuando por ejemplo, no puedan determinar criterios de lo que tenga como efecto “crear obstáculos innecesarios al comercio entre las Partes”; o de lo que resulte “esencial” para garantizar la capacidad del proveedor. Un gran número de entidades públicas y de prácticas de compras gubernamentales no aprobarían esta prueba tan estricta³⁴.
- Que sólo los criterios estrictamente comerciales deben prevalecer en las políticas de compras del sector público, minusvalorando o prohibiendo otros criterios relacionados con metas de desarrollo o de promoción de los derechos humanos.

“Por ejemplo, en los Estados Unidos más de 40 ciudades, condados y estados han lanzado ordenamientos de adquisición que exigen que cualquier bien o servicio comprado por la ciudad, el condado o el estado sea producido por trabajadores que perciban un salario digno. Esta regla garantiza que las empresas que sean contratadas por el gobierno paguen a sus trabajadores un salario que realmente pueda sostener a las familias trabajadoras, o que no contraten bienes elaborados con trabajo infantil forzado. Además, algunas ciudades y universidades públicas en los EE UU han decidido no comprar ni autorizar ningún producto elaborado bajo condiciones de explotación”. (Alianza Social Continental, op. cit., pp. 67).

Si el Capítulo Nueve del TLC es aprobado en su redacción actual, los proveedores estadounidenses que operan en Centroamérica no estarán obligados a cumplir este tipo de ordenamientos que emanen de algún nivel de gobierno en los Estados Unidos³⁵. Podrán rehusarse a seguir tales especificaciones y requisitos, argumentando que los estándares de salarios dignos, el uso de trabajo infantil forzado o los códigos anti-explotación crean un obstáculo “innecesario” al libre comercio y no son “esenciales” para garantizar la capacidad del proveedor. Desde luego, tampoco el Gobierno de Costa Rica podría proceder de manera similar frente a una empresa estadounidense o del resto de Centroamérica.

El Capítulo 9 tampoco contempla la posibilidad de que un Estado pueda rechazar a un proveedor si éste ha violado leyes ambientales o laborales³⁶. Los únicos casos de potestad de

³⁴ La Sección I del Anexo 9.1.2(b)(i) otorga a las Partes dos años de tiempo, a partir de la entrada en vigor del tratado, para que puedan cumplir con algunas de las disciplinas que exige el Capítulo Nueve. Para la gran mayoría de municipalidades y entidades descentralizadas incluidas en la lista de las Secciones B y C de dicho Anexo, ese tiempo es absolutamente insuficiente. Pero lo más problemático es que el “mecanismo de transición” de esa Sección I no incluye a los artículos 9.7 y 9.8 que son los que comentamos en el texto.

³⁵ Por ejemplo, en 1996 el gobierno de Massachusetts aprobó una ley que impedía al estado comprar bienes y servicios de cualquier compañía (estadounidense o extranjera) que hiciera negocios con Birmania, un país donde los derechos humanos y los niveles laborales elementales eran violados reiteradamente. Disposiciones de este tipo fueron impugnadas, no por ser discriminatoria, sino por ser “no esencial” para garantizar que los proveedores puedan satisfacer obligaciones contractuales.

³⁶ Esta es una razón más para que muchas ONG en los Estados Unidos pongan en entredicho la capacidad de las distintas instancias gubernamentales en el marco del TLC, para exigir el cumplimiento de objetivos ambientales, laborales y de desarrollo a los países centroamericanos y a sus gobiernos.

“prohibición” o “declaratoria de inelegibilidad” de un proveedor, contemplados en el Capítulo 9 son los siguientes:

- “... por motivos tales como quiebra o declaraciones falsas” (Artículo 9.8.6),
- porque la adjudicación de un contrato se “contrapone al interés público” (9.10.2), o
- cuando se determine que tal proveedor “haya participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación”. (9.13)

Por tanto, si no se incluyen en el texto del TLC garantías expresas y contundentes, la capacidad de los gobiernos para aplicar protecciones efectivas a favor de los consumidores, los trabajadores y el medio ambiente en sus políticas de contratación con entidades privadas se verá seriamente limitada, como en efecto ocurre con las reglas propuestas en el Capítulo que analizamos.

Razón No. 34.

Porque las excepciones a la estricta competencia comercial pueden ser necesarias en ciertas circunstancias, sobre todo para implementar políticas que promuevan el desarrollo social y local

“Artículo 9.9: Procedimientos de Contratación

1. Sujeto a lo establecido en el párrafo 2, una entidad contratante adjudicará los contratos mediante procedimientos de licitación abiertos.
2. A condición de que los procedimientos de contratación no se utilicen como medio para evitar la competencia o para proteger a proveedores nacionales, una entidad contratante podrá adjudicar contratos por otros medios que no sean los procedimientos de licitación abiertos en las siguientes circunstancias:
 - (a) ante la ausencia de ofertas que cumplan con los requisitos esenciales ...
 - (b) en el caso de obras de arte o por razones relacionadas con la protección de derechos exclusivos de propiedad intelectual ...
 - (c) en el caso de entregas adicionales del proveedor adicional ...
 - (d) en el caso de bienes adquiridos en un mercado de productos básicos...
 - (e) cuando una entidad adquiera prototipos o un primer producto o servicio que se fabrique a petición suya ...
 - (f) en el caso de servicios adicionales de construcción...
 - (g) en la medida en que sea estrictamente necesario, ..., por razones de urgencia ocasionadas por acontecimientos imprevisibles...” (subrayado nuestro)

El texto borrador del TLC contiene reglas muy detalladas sobre la transparencia de las reglas y procedimientos de contratación (Artículos 9.3 y 9.4), sobre los plazos de oferta (Artículo 9.5), el registro de proveedores, sumisión, recepción, apertura evaluación y concesión de contratos (Artículos 9.6 y 9.10); la publicación de concesiones (Artículo 9.11); así como la revisión y apelación de procedimientos de adjudicación de contratos (Artículo 9.15).

Un ejemplo de esto lo es el artículo 9.9, que en sus líneas esenciales hemos transcrito arriba, lo cual nos motiva el siguiente comentario:

La transparencia y la licitación pública son procedimientos importantes para las adquisiciones gubernamentales de bienes y servicios, ya que éstas deben estar sujetas a la competencia abierta y a la transparencia, para evitar prácticas corruptas en su adjudicación. Pero como hemos visto en las páginas anteriores, las excepciones a la estricta competencia comercial pueden ser necesarias en ciertas circunstancias, sobre todo para implementar algunas de las políticas que promuevan el desarrollo económico y social.

En muchos casos, esto puede requerir darle prioridad a los proveedores nacionales por sobre los extranjeros; y para impedir posibles ineficiencias y cargas excesivas sobre los recursos públicos (gastos superfluos, suntuarios o simplemente desmedidos), se puede

exigir a los proveedores locales (además de la estricta fiscalización y rendición de cuentas a las entidades públicas), que su oferta no pueda distanciarse en un determinado margen de la que ofrezcan los concursantes de mejor precio o calidad, que cumplan estrictamente con todos los otros criterios del proceso de licitación, y que el trato especial recibido sólo opere por un tiempo limitado.

Tales términos preferenciales no deben ser, por lo general, permanentes, y pueden ser negociados junto con los apoyos necesarios para conducir a los proveedores nacionales hasta un nivel competitivo aceptable dentro de un período de tiempo determinado.

Pero una política como la sugerida en el párrafo anterior violaría el texto del TLC, porque la misma contradice la cláusula de trato nacional, porque puede ser considerada una “compensación”, o porque los procedimientos utilizados para ejecutar la regla transgreden los requisitos de oferta competitiva. Si bien en sí mismos, muchos de los requisitos de participación establecidos en el Capítulo Nueve del TLC no representan una amenaza para las políticas de adquisición social y ambientalmente responsables, estos requisitos, en combinación con las reglas del TLC que limitan la sustancia de las políticas nacionales de compras del sector público, sí impiden que los gobiernos tomen decisiones de adquisición más allá de las consideraciones meramente comerciales. Nuevamente, entonces, el “libre comercio” se sitúa como un valor por encima de los derechos de los ciudadanos relacionados con el desarrollo humano y ambientalmente sustentable. Pero esta sacralización del “libre mercado” llega a su máxima expresión en el capítulo 9.14, que exponemos y comentamos a continuación.

Razón No. 35.

Porque el artículo 9.14 acepta el libre comercio como un valor supremo, por encima incluso de la vida humana

“Artículo 9.14: Excepciones a la Contratación

1) *Siempre y cuando dichas medidas no se apliquen de modo que constituyan una forma de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes cuando existan las mismas condiciones o una restricción al comercio entre las Partes, ninguna disposición del presente Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas que sean:*

- (a) *necesarias para proteger la moral, la seguridad o el orden públicos;*
- (b) *necesarias para proteger la salud o la vida humana, animal y vegetal;*
- (c) *necesarias para proteger la propiedad intelectual; o*
- (d) *relacionadas con mercancías o servicios de personas discapacitadas, de instituciones filantrópicas o del trabajo penitenciario.*

2. *Las Partes entienden que el párrafo 1(b) incluye medidas medioambientales necesarias para proteger la salud y la vida humana, animal y vegetal. (subrayado nuestro).*

Como se aprecia, este artículo establece una lista de excepciones generales normalmente incluidas en la mayoría de los acuerdos comerciales (también en el GATT y en el GATS de la OMC). El artículo incluye el lenguaje habitual exigiendo que tales excepciones no sean aplicadas de manera que discriminen entre las Partes o distorsionen el comercio. Hasta aquí, una mirada superficial sugiere que todo parece normal e incluso, “positivo”.

Desde luego, desde una perspectiva que busque no impactar negativamente en las funciones económicas y sociales del Estado, la lista de medidas debió haberse ampliado para incluir explícitamente un número mayor de funciones y servicios públicos, como los siguientes: servicios de readaptación social en general; servicios de seguridad social; bienestar social; educación pública; formas de asistencia pública, incluyendo subsidios, ayudas, préstamos, garantías, incentivos fiscales y de otra naturaleza a la economía social; adquisiciones que tengan por objetivo estimular las pequeñas y medianas empresas; y cualquier medida que se adopte o mantenga con respecto a los pueblos indígenas.

Algunas de estas medidas se contemplan en los anexos, pero no de una forma general, sino para ciertas actividades, sectores o instituciones específicas. Otro problema más serio tiene que ver con lo que en los acuerdos internacionales de comercio e inversión se entiende por “necesario”. Veamos:

Necesario: Conforme a la jurisprudencia desarrollada en numerosos casos a lo largo de la última década, el término “necesario” es un código que expresa la aplicación de lo que se denomina la prueba que implique “mínima restricción del comercio”. Así, hay una exención potencial de las reglas de la OMC, que se permite para “medidas necesarias para proteger la salud o la vida animal, vegetal o humana”. En una serie de casos del GATT y de la OMC se ha interpretado que el término “necesario” requiere que un país tiene que demostrar que no podrían existir medios menos restrictivos del comercio para lograr determinado objetivo. (Además, la legitimidad del objetivo, y no sólo los medios empleados para alcanzarlo, tienen que someterse separadamente a una prueba). Es importante que seamos conscientes del uso del término “necesario”, ya que puede, en efecto, anular disposiciones que de lo contrario serían vinculantes. Así tenemos que la limitada “cláusula de exención” del TLCAN para tres acuerdos multilaterales sobre protección del medio ambiente, se despoja casi enteramente de sentido, ya que incluye el requisito de que únicamente abarca políticas necesarias para aplicar esos tres acuerdos. Hasta la fecha, ningún tribunal del GATT ni de la OMC ha aceptado ninguna defensa, alegada por ningún país, relativa a la prueba menos restrictiva del comercio, y siempre ha fallado que el país del caso no ha presentado la prueba negativa de que no existe ninguna política que repercuta menos sobre el comercio. (Global Trade Watch, **El abogado de bolsillo del ciudadano en lo pertinente al comercio**: 12, subrayado nuestro)

Pero lo más grave del artículo que comentamos, ni siquiera es esta “sopa de letras” sobre las palabras con significado especial en los acuerdos económicos internacionales. Lo más grave es la afrenta que representa contra la dignidad humana. Y es que nuevamente, ahora de forma explícita, se acepta que, hasta la defensa de la vida humana queda sujeta a medidas que no representen una “restricción al comercio”³⁷.

Para mayor entendimiento, quizás es conveniente que reescribamos el artículo 9.14 en orden inverso (sin afectar su significado), de la siguiente manera:

“... ninguna disposición del presente Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o mantenga medidas que sean:

(b) necesarias para proteger la salud o la vida humana ...

siempre y cuando dichas medidas no se apliquen de modo que constituyan una forma de discriminación arbitraria ... o una restricción al comercio entre las Parte ...”

Dicho en forma resumida: una Parte podrá adoptar las medidas “necesarias” para proteger la salud o la vida humana, siempre y cuando esas medidas no constituyan una “discriminación arbitraria” o una “restricción al comercio” (encubierta o no).

¿Acaso no es la vida humana el criterio supremo, absoluto, universal? ¿Cómo se pretende condicionar una medida necesaria para salvaguardar la vida humana a que la misma no constituya una “restricción al comercio”?

Después de todo, la vida es la condición absoluta de posibilidad de toda actividad humana, incluyendo, desde luego, el comercio. Por eso, este artículo roza con el 21 de nuestra Constitución Política, que establece clara y tajantemente: **“La vida humana es inviolable”**. Tal inviolabilidad no puede estar sujeta al “libre comercio” ni a los vericuetos de la normativa internacional en materia de comercio e inversión.

³⁷ Una redacción similar, en lo que corresponde a las “excepciones” a las prohibiciones a establecer requisitos de desempeño a las empresas, se encuentra en el artículo 10.9.3, inciso c.

¿Cuántos diputados y diputadas permitirán semejante afrenta a la dignidad humana?

Quienes acepten este artículo 9.14, estarán, conscientemente o no, rompiendo con una milenaria tradición del humanismo (en sus distintas variantes: cristiano, revolucionario, crítico, ético, filosófico, etc.) y permitiendo que el ser humano mismo sea considerado un “valor”, inferior al “libre comercio”.

Pero para que no se diga que la crítica expuesta es puramente “filosófica”, “romántica”, o “ética” (lo que ya de por sí sería, a nuestro juicio, más que suficiente), sin consecuencias prácticas; veamos un ejemplo concreto de lo que podría ocurrir bajo la regencia de este artículo. Ante una epidemia de dengue hemorrágico en el país que tienda a salirse de control, el Gobierno, a través del Ministerio de Salud, estaría en la obligación de hacer todo lo posible para salvaguardar la vida de los ciudadanos, aunque las medidas contempladas afecten el “libre comercio” y aunque discrimine a una empresa extranjera. Ante tal emergencia, podría ocurrir que el Ministerio de Salud deba hacer compras de medicamentos, de implementos médicos y de material de fumigación que supere el umbral de \$58 550 establecido en el Anexo 9.1.2(b)(i). Siendo este el caso las adquisiciones tendrán que sujetarse a las disciplinas del capítulo, aunque ello pueda poner en riesgo la vida de cientos de ciudadanos.

De lo contrario, el país podría ser demandado por infringir disposiciones del tratado³⁸. ¿Acaso nos estamos volviendo locos?

Seguramente (eso queremos pensar), los negociadores del TLC, en sus adentros, no estarían dispuestos a sacrificar la vida humana en pro del sacrosanto “libre comercio”; pero literalmente, eso es lo que han negociado³⁹.

³⁸ Algunas empresas transnacionales proveedoras de estos productos que se consideren afectadas podrían demandar al Estado Costarricense si consideran que ante la emergencia de dengue el gobierno actuó de manera tal que sus intereses fueron afectados. Por ejemplo, si el país declara la situación como “emergencia nacional” y no queda obligado a todos los requisitos habituales de la licitación pública. En su defensa, Costa Rica tendría que demostrar al menos lo siguiente:

- a) la “necesidad” del objetivo,
- b) la “necesidad” de las medidas,
- c) la no “restricción encubierta” al libre comercio.
- d) que la situación de emergencia no era previsible (¡harto difícil en el caso que tomamos como ejemplo!).

El artículo 2 de la Ley de Contratación Administrativa establece ciertas excepciones a los procedimientos de contratación establecidos en la misma Ley, algunos de los cuales aparecen en el artículo 9.9 del tratado; pero tales excepciones (las de nuestra Ley), no están supeditadas a la no restricción del comercio entre las partes. Dadas las reglas de adquisición establecidas en el capítulo 9, no sería difícil, para los experimentados y labiosos abogados de una empresa transnacional que se considere afectada, convencer a los panelistas de un tribunal internacional de que la demanda contra Costa Rica es procedente y “justa”.

³⁹ Las excepciones generales contempladas en el artículo 21.1 no impedirían una eventual demanda contra el Gobierno de Costa Rica. Primero, porque las mismas no se refieren a los Capítulos 9 y 10 del TLC y; segundo, porque los artículos del GATT y del GATS mencionados (XX (b) y XIV, respectivamente), siguen la práctica habitual de condicionar las medidas a la no restricción del comercio.

Razón No. 36.

Porque el artículo 9.16 deja abierta la posibilidad de que nuevas instituciones del Estado, incluso del “sector social” se incluyan en la lista de la Sección C del Anexo 9.1.2(b)(i)

“Artículo 9.16: Modificaciones y Rectificaciones a la Cobertura

- 1) *Una Parte puede realizar (may make) rectificaciones técnicas de naturaleza puramente formal con respecto a la cobertura de este Capítulo, o modificaciones menores a sus Listas para las Secciones de la A a la C de los Anexos 9.1.2(b)(i) y 9.1.2(b)(ii) ...*
- 2) *Una parte puede modificar (may modify) su cobertura en virtud de este Capítulo siempre y cuando:*

(a) *notifique a las otras partes por escrito ...*

- 3) *Las Partes no deberán otorgar ajustes compensatorios en los casos en que la modificación propuesta cubra una o más entidades contratantes en las que las Partes acordaron que el control o la influencia gubernamental han sido eficazmente eliminados.*

[...]

- 4) *La Comisión [de Libre Comercio] modificará la sección correspondiente de los Anexos ... de manera que refleje cualquier modificación acordada, rectificación técnica o modificación menor” (subrayado nuestro).*

Como se aprecia de la redacción anterior, la ampliación de la cobertura que establece el Capítulo 9 queda abierta (por ejemplo, el número de instituciones que deberán registrarse por las disposiciones del Capítulo; o incluso, disminución de los sectores protegidos –no hay ninguna disposición en contrario), y será la Comisión de Libre Comercio la que modificará el Anexo correspondiente.

De manera que instituciones de carácter social como el IMAS o el FODESAF podrían, eventualmente, ser incorporadas posteriormente a la lista (ya el BANHVI, el INFOCOOP y el ICODER están en la lista). Por otra parte, llama la atención que los ajustes compensatorios se eximan cuando “...la influencia gubernamental ha sido eficazmente eliminada”. Es consabido que entre los distintos mecanismos para lograr esta influencia gubernamental (que se asume dañina *a priori* -antiestatismo), se encuentran las distintas modalidades de “desincorporación” y privatización de entidades públicas.

Razón No. 37

Porque lo negociado en las listas y notas a la lista del Anexo 9.1 representa una asimetría a favor de los Estados Unidos

El Anexo 9.1.2(b)(i) consta de nueve secciones (nominadas de la A a la I), en la mayor parte de las cuales se listan las entidades gubernamentales que quedan sujetas a las disciplinas del Capítulo (enfoque de la lista positiva para los distintos niveles de Gobierno); los umbrales para las contrataciones incluidas y las notas a la lista de cada país, en las que algunas clases especiales de contrataciones quedan no cubiertas. En lo que sigue, nos interesa comparar unas y otras tal como han sido establecidas por los negociadores de Costa Rica y de los Estados Unidos.

Es lamentable observar que mientras los EE UU excluye de su lista contrataciones vinculadas a la seguridad nacional, Costa Rica (y el resto de Centroamérica) no haga lo mismo, al menos, con su seguridad alimentaria. Como mínimo, también debió excluirse contrataciones para apoyar la agricultura (con más razón si Estados Unidos lo hace), y haber extendido la no cobertura en contrataciones de productos básicos a los ministerios de salud, de educación, de agricultura, de cultura, de trabajo y de condición de la mujer.

Sección A
Entidades de Gobierno de Nivel Central

Lista de Costa Rica	Costa Rica: contrataciones no cubiertas	Lista de Estados Unidos	Estados Unidos: Contrataciones no cubiertas
Contraloría General de la República, Defensoría de los Habitantes, Presidencia de la República, Instituto Costarricense de Turismo, 18 Ministerios. Además, todas las entidades subordinadas a las entidades listadas.	Contrataciones de <u>productos básicos para la Fuerza Pública</u> ; emisión de timbres de impuestos, <u>servicios de comedores escolares</u> .	79 entidades federales entre ministerios, comisiones, consejos y oficinas.	Contrataciones de mercancías agrícolas para fomentar <u>programas de apoyo a la agricultura o programas de alimentación humana</u> ; construcción naval; materiales, herramientas y equipo para la defensa y la seguridad nacional; metales especiales; contrataciones para salvaguardar materiales nucleares o tecnológicos; contrataciones del Transportation Security Administration y del Federal Aviation Administration,

Umbrales (entre paréntesis los umbrales para los países de Centro América durante los primeros tres años del tratado, ajustables según una fórmula propuesta en la Sección H):
 Para contrataciones de bienes y servicios: \$58,550 (\$117 100)
 Para contrataciones de servicios de construcción: \$6,725,000 (\$8,000,000)

Además, la no cobertura en educación debió ser más amplia (bienes y publicaciones, por ejemplo). Constamos con tristeza, que en este punto, para todos los países centroamericanos, Costa Rica incluida, es más importante la defensa que la salud y la educación. Adviértase que la no cobertura para comedores escolares se refiere únicamente a servicios, no así a bienes (El Salvador si hizo esta exclusión para los Ministerios de Educación y de Salud Pública).

Con respecto a los montos de los umbrales, es sorprendente que ni siquiera en este caso se haya aplicado la cláusula de “trato especial y diferenciado” a favor de los países centroamericanos, de un desarrollo mucho menor al de los Estados Unidos y con Pymes varias veces más pequeñas en volumen de capital y en número de empleados. El único trato “especial” para Centroamérica consiste en un período de tres años a partir de la entrada en vigor del tratado, donde los umbrales serán algo mayores que los aplicados para Estados Unidos, diferencia que pensamos debería ser permanente⁴⁰. ¿Acaso pretenden los negociadores que en tres años las diferencias abismales entre Centroamérica y Estados Unidos van a desaparecer? Como claramente este no es el caso, lo que se ha negociado es una clara asimetría a favor de los Estados Unidos.

⁴⁰ También se incluye (Sección I del Anexo 9.1.2(b)(i) un “mecanismo de transición” de dos años para que los países de Centroamérica puedan ajustarse a ciertas disposiciones del capítulo relacionadas con los procesos de contratación y licitación, en aspectos puramente procedimentales.

Razón No. 38

Porque las municipalidades serán obligadas a cumplir con los principios y procedimientos de contratación estipulados en el tratado

Como se aprecia, las municipalidades quedan totalmente supeditadas a los principios y procedimientos de contratación estipulados en el Capítulo 9. Ninguna reserva, ni siquiera para favorecer el ambiente, las zonas de menor desarrollo o las acciones dirigidas a favorecer a los pueblos indígenas o al sector de economía social (cooperativas, empresas de autogestión, etc.).

Puerto Rico excluye los servicios de construcción y Estados Unidos los programas de desarrollo de áreas en desventaja y empresas propiedad de minorías, veteranos discapacitados y mujeres. ¡ Pareciera que Estados Unidos fuera el país subdesarrollado y Centroamérica el área desarrollada del tratado!

Sección B
Entidades Gubernamentales a nivel Sub-federal o Sub-central

Lista de Costa Rica	Costa Rica: contrataciones no cubiertas	Lista de Estados Unidos	Estados Unidos: Contrataciones no cubiertas
Las 81 municipalidades del país.	<u>Ninguna</u> , excepto las contempladas en las Notas Generales 1/.	Algunos departamentos y oficinas de 23 estados.	Servicios de construcción de Puerto Rico, contrataciones de acero de calidad en 7 estados, restricciones asociadas con los <u>programas que promueven el desarrollo de áreas en desventaja y negocios propiedad de minorías, veteranos discapacitados y mujeres</u> ; medidas para promover la <u>calidad ambiental</u> ; servicios de imprenta.

1/ Se refiere a los “programas de compras dirigidos a la Mipymes, que más adelante comentamos).

Umbrales (entre paréntesis los umbrales para los países de Centro América durante los primeros tres años del tratado, ajustables según la fórmula propuesta en la Sección H):

Para contrataciones de bienes y servicios: \$477,000 (\$650, 000)

Para contrataciones de servicios de construcción: \$6,725,000 (\$8,000,000)

Seguramente los negociadores dirán: “no hay de que preocuparse, los umbrales contemplados para Costa Rica son muy altos”. Pero esto debe considerar tres observaciones:

- a) El umbral es relativamente alto para la adquisición de bienes y servicios, pero no así para la contratación de servicios de construcción, más aun si se toma en cuenta que afectaría la construcción de obras que puedan realizarse mediante alianzas entre varias municipalidades, como sería el caso de un centro de tratamiento de desechos sólidos.
- b) El ajuste a los umbrales considerado en la Sección H sólo considera como parámetro de ajuste la inflación en los Estados Unidos, por lo que tarde o temprano, esos umbrales alcanzarán una mayor gama de adquisiciones, especialmente para las municipalidades más grandes del país (con mayor presupuesto) y
- c) Como ya indicamos, una negociación favorable para Centroamérica debió establecer umbrales diferenciados, tanto entre Centroamérica y los Estados Unidos como entre los propios países centroamericanos.

Razón No. 39

Porque la Sección C del Anexo 9.1.2(b)(i) incluye a entidades del sector salud y del sector social, con eventuales inclusiones adicionales posteriores

COMEX había afirmado durante la fase de negociación que la inclusión de la CCSS y del ICE dependía de que Estados Unidos incluyera más estados en su lista de la Sección B, lo que no ha sucedido. Por lo demás, la lista de EE UU en esta sección es ridículamente pequeña, además de limitado el alcance de las contrataciones contempladas.

**Sección C
Otras Entidades Cubiertas**

Lista de Costa Rica	Costa Rica: contrataciones no cubiertas	Lista de Estados Unidos	Estados Unidos: Contrataciones no cubiertas
<u>Lista A:</u> Consejo de Transporte Público, INCOFER, INCOP, PIMA, ARESEP, BANHVI, INFOCOOP SENARA, BCCR, Imprenta Nacional, ICODER. <u>Lista B:</u> CCSS, ICE.	Emisión de billetes y monedas y timbres de impuestos. CCSS: productos básicos (alimentos, bebidas, textiles) ICE: variantes en algunos plazos establecidos en 9.5.1 y 9.15.6(a).	<u>Lista A:</u> Seis juntas de administración, la mayoría de electricidad. <u>Lista B:</u> Servicios Públicos Rurales.	Recursos federales para proyectos de generación de electricidad de los Rural Utilities Service (trato nacional), y proyectos en aeropuertos y de telecomunicaciones.

Umbrales:

Para las contrataciones de bienes y servicios: \$250,000

Para las contrataciones de servicios de construcción: \$6,725,000 (\$8,000,000)

Razón No. 40.

Porque la Sección E reafirma el enfoque de “lista negativa” en materia de servicios, con exclusiones asimétricas a favor de los Estados Unidos

Sección E, Servicios. Esta Sección inicia con las siguientes aclaraciones:

“Este capítulo aplica a todos los servicios contratados por las entidades listadas en las Secciones A, B, y C, sujeto a las Notas Generales y a las Notas para esta Sección, excepto para los servicios excluidos en las Listas de cada Parte”.

“Todos los servicios cubiertos por esta Sección están sujetos a las medidas existentes listadas en las Listas de cada Parte al Anexo I”.

Acto seguido aparece la lista de los servicios que cada país excluye de la cobertura del Capítulo 9.

En concordancia con lo establecido en el Anexo II del texto del tratado, y dentro de un enfoque de “lista negativa”, los servicios públicos básicos (Educación, Sociales y de salud, seguridad social obligatoria, etc.) son excluidos de la aplicación del Capítulo 9.

Los servicios ambientales, los servicios de seguros y los de telecomunicaciones, entretenimiento y cultura, lo mismo que la generación y comercialización de electricidad, agua y gas, no son mencionados. ¡Ya no son servicios sociales! (La cultura ahora es “industria cultural”).

Por parte de Estados Unidos, llama a atención la amplia exclusión de servicios que ha negociado (y su contundencia), en comparación con los excluidos por Costa Rica: todas las clases de Investigación y Desarrollo, todas las clases de servicios públicos, todas las clases de servicios de transporte. Costa Rica debió hacer la misma exclusión total en el caso de los servicios públicos, dado que en esta Sección se está siguiendo el enfoque de la lista negativa (todo lo que no es expresamente excluido, está incluido).

¿No es una flagrante asimetría a favor de los Estados Unidos que este país excluya todas las clases de servicios públicos y Costa Rica sólo una lista acotada?

Lista de Costa Rica	Estados Unidos: Contrataciones no cubiertas
<u>Investigación y Desarrollo</u> : Servicios de Investigación y Desarrollo.	<u>Investigación y Desarrollo</u> itodas las clases!
<u>Administración de Instalaciones de Propiedad del Gobierno</u> (edificios, campos aéreos, generación de energía, comunicaciones e instalaciones para misiles, carreteras, servicios públicos, etc.).	Servicios de procesamiento de información y servicios de telecomunicaciones relacionados.
<u>Administración y distribución de loterías</u> :	Servicios de mantenimiento, reparación, modificación, reconstrucción e instalación de mercancías/equipo.

<p>Servicios de juegos y apuestas.</p> <p><u>Servicios Públicos</u>: distribución de electricidad, gas y agua; servicios de administración pública y otros servicios para la comunidad en general; servicios de seguridad social de afiliación obligatoria, servicios de educación (educación pública), servicios sociales y de salud, servicios de alcantarillado y eliminación de residuos, servicios de saneamiento y similares.</p>	<p>Operación de instalaciones propiedad del gobierno (NASA, Departamento de defensa, departamento de Energía)</p> <p><u>Servicios Públicos</u>: <u>itodas las clases!</u></p> <p>Servicios de transporte, viajes y reubicación: <u>todas las clases</u> excepto servicios de agente de viajes)</p> <p>Todos los servicios contratados para apoyar a las fuerzas armadas en el extranjero.</p>
---	---

Razón No. 41.

Porque en las Notas Generales de la Sección G del Anexo 9.1.2(b)(i), Costa Rica sólo incluye una vaga referencia a los “programas de compras para favorecer a las mipymes”, mientras que Estados Unidos es contundente en las preferencias que seguirá otorgando a sus pequeñas empresas y empresas de minorías

Esta Sección comienza con la siguiente aclaración:

Excepto se establezca lo contrario, las siguientes Notas Generales en la Lista de cada Parte se aplican sin excepción a este Capítulo, incluyendo a todas las secciones de este Anexo.

Nuevamente nos preguntamos: ¿Cuál es el país desarrollado y cuál es el país en vías de desarrollo? Si bien Costa Rica “salva” sus programas de compras de la Administración Pública para favorecer a las MIPYMES (programas que habría que implementar⁴¹); Estados Unidos es contundente y preciso en sus exclusiones, y se reserva el derecho de dar “cualquier forma de preferencia” a sus pequeñas empresas y a empresas de minorías (aunque no sean pequeñas).

¿En estas condiciones, podrán las Pymes de Costa Rica competir contra las pequeñas empresas de los EE UU por la adjudicación de contratos públicos en los EE UU? En absoluto.

Además, Costa Rica debió haber excluido no sólo los programas de compras públicas para favorecer a las Mipymes, sino además, a empresas y organizaciones de la economía social, o propiedad de minorías (como sí lo hace Estados Unidos), o de madres jefas de hogar, o de discapacitados, sólo para mencionar algunos casos. Lo anterior porque estas empresas no necesariamente deben calzar dentro de la definición de una Mipyme y, además, porque una pequeña o mediana empresa en Costa Rica puede ser de una dimensión mucho menor que una pequeña empresa en los Estados Unidos.

⁴¹ Este es otro caso de “leyes complementarias” que habría que evaluar, tanto en su diseño como en su factibilidad de ser implementada eficazmente.

Sección G
Notas generales

Lista de Costa Rica	Lista de Estados Unidos
<p>Este Capítulo no se aplica a las contrataciones hechas por una entidad costarricense a otra entidad costarricense.</p> <p>Este Capítulo no se aplica a los <u>programas de compras de la Administración Pública</u> para favorecer a las Pequeñas, Medianas y Micro Empresas (empresas de menos de 100 empleados)</p>	<p>Este capítulo no se aplica a las reservas (set-asides) en nombre de la <u>pequeña empresa</u> (menos de 500 empleados) y <u>empresas de minorías</u>. Set-asides incluye <u>cualquier forma de preferencia</u>, tal como el <u>derecho exclusivo de proveer una mercancía o servicio y preferencias en los precios</u>.</p> <p>Este capítulo no se aplica a las contrataciones de servicios de transportes que forman parte de, o son complementarias a, un contrato de licitación.</p>

Razón No. 42.

Porque, en conclusión, el Capítulo Nueve del TLC parte de un enfoque anti estatista y socava las posibilidades de orientar las compras gubernamentales en función de objetivos de desarrollo

1. El texto del TLC sobre Contratación Pública reproduce en lo fundamental las reglas del TLCAN, del GPA y de los borradores del ALCA.
2. El texto parte de la premisa de que, en principio, las compras del sector público deben estar basadas exclusivamente en criterios económicos y comerciales, para sólo posteriormente aceptar algunas “excepciones” (Artículo 9.14). Por tanto, las prácticas de adquisición del sector público no pueden entenderse como un medio para impulsar políticas sociales o económicas de carácter nacional o local; sino únicamente como un proceso para adquirir mercancías o servicios.
3. Los criterios para la sana competencia en la contratación pública son necesarios, pero no tienen que estar basados exclusivamente en razones de precio y calidad. También deben incluir criterios como los siguientes:
 - clases de tecnología utilizada y sus efectos ambientales,
 - disposición a la transferencia de tecnologías,
 - número de empleos generados y de salarios pagados,
 - salvaguardas especiales para minorías, sector de economía social y población en desventaja, entre otros.
4. Si la sociedad civil pretende que se preserve y fortalezca el papel del Estado como promotor del desarrollo económico y la justicia social, el texto del Capítulo 9 del TLC debe ser sustancialmente modificado en tal sentido. Los criterios mencionados en el punto anterior no deben prohibirse.
5. El artículo 9.14 del texto del tratado parece contradecir el Artículo 21 de la Constitución Política, además de constituir una afrenta contra la dignidad humana.
6. El Capítulo Nueve no incluye ninguna exclusión, excepción o no aplicación a favor de las comunidades indígenas, de otras “minorías”, o del sector de economía social.

Razón No. 43.

Porque una “Agenda Alternativa” en materia de contratación pública es posible⁴²

El primero y más importante papel del Estado costarricense debe ser buscar y vigilar el bien común. En tal sentido, y con respecto a los acuerdos económicos internacionales, el Estado debe promover una democracia participativa, fomentar el debate y crear los mecanismos permanentes de consulta sobre políticas nacionales e internacionales.

El Estado debe ser el garante de la soberanía nacional; si bien esta no debe ser entendida como sinónimo de autarquía, aislacionismo o pretexto para encubrir la violación de los derechos humanos universales. La soberanía no excluye regulaciones internacionales siempre y cuando estas sean democráticamente pactadas entre las naciones y con el consenso explícito de los ciudadanos de cada país. Cualquier acuerdo internacional vinculante debe ser sometido a la ratificación de la soberanía popular y no puede anular el derecho de los pueblos a su soberanía ni menoscabar la obligación de los Estados de preservar y fortalecer dicha soberanía.

Las compras gubernamentales y las obras públicas tienen una gran incidencia en sectores específicos de la estructura productiva del país. Dado que se realizan con recursos de las y los costarricenses, deben seguir siendo un instrumento de la política económica para el desarrollo nacional. Por lo tanto deben someterse a los siguientes criterios:

1. Serán sometidas a concurso abierto y transparente para evitar corrupción en su adjudicación, aunque deben aceptarse algunas excepciones que más adelante mencionamos.

2. Los criterios de licitación no serán exclusivamente mercantiles (de precio y calidad). Podrán, además, incluir criterios como los siguientes:

- a) Contenido nacional de un bien o servicio que esté integrado de algún modo a las cadenas productivas nacionales.
- b) Tipo de tecnología involucrada y sus efectos en el medio ambiente.
- c) Transferencia de tecnología.
- d) Número de empleos generados en el país y el salario correspondiente a los mismos.
- e) Garantías especiales de apoyo a la micro, pequeña y mediana empresa nacional: así como a empresas de minorías o del sector de economía social.

3. Los países deben estar en capacidad de establecer listas de proveedores cuyo desarrollo consideren estratégico para la nación (por el desarrollo de tecnología apropiada, el efecto de arrastre sobre otros sectores de la economía, el volumen de empleo que generan o el avance hacia la equidad género o de razas) y darles prioridad sobre un proveedor extranjero. Para que esta prioridad a nacionales no signifique la protección y el encubrimiento de ineficiencias o costos excesivos, se podrán establecer plazos de vigencia de ese trato especial así como márgenes porcentuales de diferencia sobre los concursantes que ofrezcan mejor

⁴² Cfr: **Alternativas para las Américas**, Alianza Social Continental, diciembre de 2002, pp. 59-64.

precio o calidad y una satisfacción al menos similar de los otros criterios establecidos en la licitación. Estos plazos y márgenes preferenciales se combinarán con los apoyos necesarios para que al término del plazo las empresas puedan ser competitivas en el ámbito internacional.

4. Las compras gubernamentales deben ser un instrumento utilizado para favorecer a grupos marginados o afectados por la discriminación y la exclusión, como las comunidades indígenas, las personas discapacitadas, las madres solteras, o los productores de las zonas más pobres del país. También deberán impulsar formas organizativas de la economía social y solidaria, como las cooperativas o las empresas de autogestión.

5. Las controversias sobre compras gubernamentales deberán asumir explícitamente la validez de los criterios anteriores y resolverse primeramente en instancias nacionales y sólo agotadas éstas, podrá recurrirse al arbitraje internacional.

PARTE III: INVERSIÓN

Razón No. 44.

Porque los gobiernos de Centroamérica deben tener el derecho de regular la inversión extranjera y vincularla con el desarrollo.

Al amparo del TLC, el gobierno estadounidense está imponiendo a los gobiernos centroamericanos una liberalización a ultranza de las reglas de inversión y fortaleciendo los derechos de los inversionistas extranjeros, con el supuesto fin de atraer más inversión extranjera directa (IED). La mayor inversión es una de las promesas más atractivas que se han hecho para vender la idea del TLC al pueblo centroamericano. Sin embargo, el vínculo causal entre reglas de inversión más “libres” (para las transnacionales) y una mayor IED es en realidad muy débil.

En sus *Perspectivas Económicas Globales* de 2003, el Banco Mundial indica que otros factores, como la estabilidad política y el acceso al mercado de los países desarrollados, son los determinantes más importantes para atraer la inversión hacia los países en vías de desarrollo. Otro factor muy importante es la oferta de mano de obra disciplinada y calificada o, mano de obra abundante y barata, según el tipo de inversión de que se trate.

Lo anterior queda demostrado en el mismo interior de la región centroamericana, donde El Salvador recibe mucho menos inversión extranjera que Costa Rica, a pesar de ostentar un “índice de libertad económica” más atractivo para las transnacionales.

Las reglas de inversión del TLC CA-EU son similares a las del TLCAN y a las propuestas para el ALCA, limitando la capacidad de los gobiernos para regular la IED y ligarla con metas expresas de desarrollo nacional.

Como lo demuestra el caso mexicano, la atracción de grandes volúmenes de IED no puede considerarse en sí mismo un objetivo, sino un medio que puede impactar o no en el crecimiento de la economía. Y si de inversión de cartera se trata, tal régimen de liberalización no podría responder a las necesidades de financiamiento para el

desarrollo de Centroamérica, ya que más bien ésta incrementaría el riesgo de inestabilidad financiera, debido a la prohibición de establecer controles de capital.

La inversión extranjera tiene el potencial de contribuir a la reducción de la pobreza y al desarrollo sustentable; pero esta contribución depende del tipo y calidad de la inversión y del ambiente regulatorio del país anfitrión. Bien manejados y enfocados para complementar los planes de desarrollo nacional, estos flujos de capital pueden proporcionar recursos muy necesarios para estimular el crecimiento, el empleo y el desarrollo a largo plazo.

A pesar de lo anterior, gran parte de la inversión que ha venido a Centroamérica en los últimos años, en lugar de generar nuevas capacidades u otros efectos agregados, se ha dirigido a la compra de la capacidad existente que resulta de las privatizaciones de

empresas públicas y hacia fábricas de montaje (maquila) con vínculos muy limitados con las economías internas.

Como resultado, a pesar de altos ingresos de capital (como en el caso de México), las tasas de crecimiento son bajas y la pobreza no cede. Por ende, los gobiernos deben asegurarse de que la inversión extranjera sea compatible con las necesidades de la población y con los planes de desarrollo nacional. Las reglas de inversión propuestas en el TLC limitarán la capacidad de los gobiernos centroamericanos para hacer que la IED juegue este papel positivo, como veremos más adelante.

Razón No. 45

Porque el TLC no incluye disposiciones para impedir que la competencia por atraer inversión extranjera se convierta en una “carrera hacia el fondo”.

El TLC obliga a la remoción de los controles de capital (artículo 10.8), y sentencia las débiles regulaciones laborales y ambientales que existen en la mayor parte de los países centroamericanos (capítulos 16 y 17 respectivamente).

No obstante, aunque las corporaciones sí se benefician, los gobiernos desprovistos de recursos fiscales compiten entre sí para atraer la inversión mediante la llamada “carrera hacia el fondo”.

El país con las normas más bajas o los mejores subsidios a la inversión extranjera es el que recibe la inversión, o al menos esa es la promesa, y en esta carrera los países a menudo ni siquiera vigilan sus propias disposiciones legales en relación con la ecología y el trabajo, en su empeño por atraer IED.

Los resultados de esta “carrera hacia el fondo” se pueden ver en la industria textil y de confección de ropa de Centroamérica, una de las industrias más extendidas de la región. La ropa y los textiles representan casi la mitad de todas las exportaciones de El Salvador. Sin embargo, la producción de ropa tiene lugar en zonas de procesamiento para la exportación (zonas francas) donde las fábricas sólo se dedican a la confección, mientras que toda la maquinaria y los principales insumos (tela, hilos, botones, etc.) son importados de los Estados Unidos.

Las corporaciones aprovechan la mano de obra barata, operando como enclaves con vínculos muy limitados con la economía nacional, encerrando a la región en una espiral de bajos salarios, bajo valor agregado e incumplimiento de las normas básicas de trabajo, como la libertad de sindicación y el derecho a la negociación colectiva.

En lo fundamental, el TLC CA-EU reproduce las disposiciones relacionadas con los inversionistas del cuestionado capítulo 11 del TLCAN. Estas disposiciones fueron el punto de partida para las negociaciones del TLC CA-EU (y del ALCA).

Se trata de reglas que incrementan los derechos de los inversionistas más allá de las regulaciones que existen en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), y limitan la capacidad de los gobiernos para regular la inversión en función del desarrollo. Además, se permite a las corporaciones que entablen demandas contra los gobiernos nacionales, estatales y municipales por leyes o regulaciones que según ellas puedan causar pérdidas en sus utilidades actuales o futuras.

En el marco del TLCAN, las corporaciones han usado este mecanismo (resolución de disputas entre inversionistas y el Estado) para cuestionar legislaciones ambientales que protegen la salud y el bienestar de los ciudadanos.

El TLC incluye disposiciones que limitan el objetivo de los gobiernos de canalizar la inversión de manera tal que la misma promueva el desarrollo. Entre estas disposiciones se incluyen:

- Restricciones sobre controles de capital y otros mecanismos para revisar las inversiones y filtrar y eliminar las inversiones dañinas.
- El principio de “trato nacional”, que garantiza que los inversionistas extranjeros sean tratados por lo menos tan favorablemente como los inversionistas nacionales, y el “trato de nación más favorecida”, que busca asegurar que un trato preferencial dado a cualquier país se otorgue a todos. Ambas disposiciones limitan la capacidad de los gobiernos para promover las industrias nacionales en nacimiento e impedir que el capital extranjero se apodere de áreas estratégicas claves para el desarrollo y el bienestar.
- Prohibiciones sobre el uso de requisitos de desempeño, para evitar que los Estados exijan a los inversionistas que compren suministros de fuentes locales, cumplan con niveles mínimos de contenido doméstico, realicen transferencia de tecnología o cumplan con determinadas metas de empleo.

Es irónico hacer notar que los países desarrollados usaron estas mismas medidas para llegar a los niveles donde están en la actualidad. Durante décadas, Estados Unidos tuvo políticas muy restrictivas sobre la inversión extranjera con el fin de proteger áreas estratégicas claves, como los transportes y la banca. También reguló la inversión para promover sus industrias nacientes y utilizó controles para asegurar transferencia de tecnología y limitaciones a la propiedad extranjera. Similarmente procedieron países como Francia, Alemania y Japón. Ha-Joon Chang ha denominado este doble rasero como “patear la escalera para que otros no suban” (*Kicking away the ladder: development strategy in historical perspective*, Anthem Press, Londres, 2002).

Razón No. 46.

Porque el artículo 10.28 (Definiciones) propone una definición de inversión excesivamente amplia y peligrosa.

Conviene comenzar el análisis crítico del Capítulo Diez del TLC por el último de los artículos, el 10.28. Esto por cuanto los debates en torno a la definición de inversión contenida en los acuerdos económicos internacionales son mucho más que un simple ejercicio semántico, ya que en el capítulo de inversión de estos acuerdos se define qué (inversión) y quienes (inversionistas) disfrutarán de las enormes protecciones establecidas en el resto del capítulo.

La definición de inversión que aparece en el artículo 10.28 del TLC EU-CA es tan amplia, que cubre prácticamente todos los tipos de propiedad, ya sean directos o indirectos, reales o contingentes. La definición reza así:

***Inversión** significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión (sic), incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:*

- (a) una empresa;
- (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
- (c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- (d) futuros, opciones y otros derivados;
- (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
- (f) derechos de propiedad intelectual;
- (g) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna; y
- (h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda. (subrayado nuestro)

Obsérvese que el listado anterior no limita el ámbito de la definición, por lo que la misma puede cubrir cualquier tipo concebible de inversión compatible con el enunciado general "... todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente ...". Y a diferencia del TLCAN, la definición incluye a los derechos de propiedad intelectual, lo que indica que la propuesta está diseñada para hacer explícita esta cobertura, que en el TLCAN no ha sido puesta a prueba en disputas inversionista-Estado. También cubre actividades especulativas (*futuros, opciones y otros derivados*), lo cual tampoco está explícito en el TLCAN.

Se trata de una inclusión demasiado peligrosa, pues no es difícil imaginar acciones por parte de un gobierno (incluso de naturaleza macroeconómica) que puedan afectar la valoración de contratos en los mercados de derivados, siendo tales acciones (eventualmente), sujetas al procedimiento de disputa contenido en este capítulo (Sección B).

También se extiende la definición de inversión para incluir “*licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna*”; lo cual significa que si un gobierno revoca una licencia (protegida mediante la legislación interna), por cualquier razón, también quedaría sujeto a ser demandado bajo un proceso de resolución de controversias entre inversionista y Estado contemplado en este capítulo.

En fin, el texto incorpora una definición de inversión que va más allá de lo contemplado en el TLCAN, incluyendo coberturas que estaban presentes en el derrotado Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI)⁴³, lo que sienta un precedente de enorme trascendencia para los intereses de los Estados Unidos y de las corporaciones transnacionales de cara a las negociaciones del ALCA y la OMC (temas de Singapur) y, desde luego, para los futuros tratados bilaterales que negocie Estados Unidos con otros países de la región o del mundo entero.

⁴³ El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) tenía la finalidad de establecer estrictas reglas mundiales que limitaban los derechos y facultades de los gobiernos para regular la especulación con divisas y adoptar políticas de interés público relativas a las inversiones inmobiliarias, fábricas, sectores de servicios, acciones y otros activos. Esta propuesta ampliaba las disposiciones del TLCAN sobre inversiones, incluido un nuevo derecho no comprendido en los acuerdos de la OMC: la capacidad de las empresas para demandar a los gobiernos por perjuicios pecuniarios debidos a cualquier acción reguladora que afectara sus ganancias. Fue negociado secretamente durante dos años en la OCDE bajo la vigilancia de las empresas transnacionales y de los principales grupos empresariales de presión de todo el mundo, y finalmente fue derrotado gracias a la denuncia pública mediante una campaña internacional de ONG’s. Pero si bien se logró cerrar el paso al AMI, su propuesta está siendo renovada en otros acuerdos comerciales en marcha, como el ALCA y los TLC’s, especialmente los que impulsa Estados Unidos.

Razón No. 47.**Porque el artículo 10.1(c) representa una violación de nuestra soberanía**

El artículo 10.1 del texto borrador del tratado se refiere al **Ámbito de Aplicación** del Capítulo Diez.⁴⁴

1. *Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:*

(a) *los inversionistas de otra Parte;*

(b) *las inversiones cubiertas; y*

(c) *en lo relativo a los Artículos 10.9 y 10.11, a todas las inversiones en el territorio de la Parte. (subrayado nuestro)*

Con respecto a Costa Rica, el artículo 10.1(a) se aplica a los inversionistas de EE UU o del resto de Centroamérica (“los inversionistas de otra Parte”). El artículo 10.1(b) se aplica a las “inversiones cubiertas”, es decir, las inversiones de EE UU (o del resto de Centroamérica) que ya existen en Costa Rica; y el artículo 10.1(c), se aplica a las inversiones en Costa Rica de cualquier país del mundo (“a todas las inversiones en el territorio de la Parte”), pero “sólo” en relación a lo que estipulan los artículos 10.9 (Requisitos de Desempeño) y 10.11 (Inversión y Medioambiente)⁴⁵.

Pues bien, es precisamente este artículo 10.1(c) el que a nuestro juicio presenta el primer roce constitucional de este capítulo, porque es una violación a la soberanía nacional el que, al firmarse un tratado bilateral con EE UU, se le imponga al país una especie de subtratado entre Costa Rica y todos los restantes países del mundo, con los cuales el gobierno costarricense no ha negociado ningún tratado comercial, y por supuesto, no existe reciprocidad en el trato a la inversión con esos países (por ejemplo, en materia de requisitos de desempeño).

Este subtratado es, en los hechos, un traslado de soberanía que atenta contra el mandato de los artículos 2 y 3 de la Constitución Política (CP)⁴⁶, relativos a la soberanía de la Nación. Es evidente en este caso, que al firmarse un tratado comercial entre los Estados Unidos y Costa Rica, se está imponiendo otro (sub)tratado relativo “... *a todas las inversiones en el territorio de la Parte*”, arrogándose los propios Estados Unidos, soberanía que sólo corresponde ejercer al pueblo costarricense, y además, por ser una disposición arbitraria y discriminatoria, roza también con el artículo 33 de nuestra Carta Magna^{47,48}.

⁴⁴ Las ideas expresadas en este punto se basan en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el TLC entre Estados Unidos y Chile por el economista chileno Julián Alcayaga.

⁴⁵ En efecto, el artículo 10.9(1) vuelve a reproducir esta amplitud de aplicación: “... *de una Parte o de un país que no sea Parte...*”

⁴⁶ “Artículo 2.- La soberanía reside exclusivamente en la Nación”. “Artículo 3.- Nadie puede arrogarse la soberanía; el que lo hiciere cometerá el delito de traición a la Patria”.

⁴⁷ “Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

⁴⁸ Según un alto funcionario del COMEX (debate en la UCR, 24-03-04) lo indicado con respecto a 10.1.c es correcto, pero iese algo que más bien favorece a Costa Rica! ¿Cómo puede favorecer a Costa Rica el limitar severamente los requisitos de desempeño exigibles a toda inversión extranjera, y no sólo a la procedente de los Estados Unidos? Los efectos de proceder de

Razón No. 48.

Porque el artículo 10.3 (Trato Nacional) implica limitaciones inaceptables a la capacidad de los gobiernos para orientar las inversiones en función del desarrollo.

El trato nacional es una de las obligaciones centrales de los TLC's. Significa que los gobiernos deben tratar a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones cuando menos en forma tan favorable como a los inversionistas nacionales y sus inversiones. Durante las primeras cuatro décadas de la segunda post guerra, el trato nacional en los acuerdos comerciales significó tan sólo que una vez que las mercancías extranjeras entraran a un país, éstas debían de ser tratadas en forma no menos favorable que los productos producidos internamente. El TLCAN fue el primer tratado en aplicar la cláusula de trato nacional a las inversiones, en su definición más amplia de las mismas. Esto aumentó en forma dramática el campo de acción y los impactos de esta poderosa obligación para los Estados (derecho para los inversionistas). Además, se trata de una disposición que tendrá "... autoridad superior a las leyes", según el Artículo 7 de nuestra Constitución Política.

Como ha reconocido la Alianza Social Continental, casi todas las economías exitosas se han desarrollado, entre otros aspectos, al abrirse en forma gradual, selectiva y controlada a la inversión extranjera, lo que demanda que los gobiernos preserven la capacidad de:

- Implementar políticas de desarrollo nacionales viables y apropiadas a las necesidades de la población, permaneciendo abiertas a la economía mundial;
- Promover aquella inversión productiva que aumente los vínculos entre la economía local y nacional y descartar las inversiones extranjeras que no hagan contribuciones netas al desarrollo,
- Hacer que las inversiones extranjeras jueguen un papel activo en la creación de condiciones macroeconómicas para el desarrollo,
- Proteger a las empresas pequeñas, locales, familiares y comunitarias de la competencia extranjera desleal e injusta; y
- Permitir el uso de medidas legales que preserven la propiedad pública o estatal en algunos sectores (por ejemplo petróleo); propiedad exclusivamente nacional en otros sectores (por ejemplo en telecomunicaciones); y participación nacional obligatoria en la propiedad de otros sectores (por ejemplo en el sector financiero)⁴⁹.

Pero al aplicar trato nacional en forma indiscriminada a la nueva y vasta área de inversiones, también contenida en el TLC EU-CA, se interfiere de forma inaceptable con la

una u otra forma depende fundamentalmente de la política interna de atracción de inversión extranjera y no tanto de renunciar de manera general a la potestad de exigir tales requisitos de desempeño.

⁴⁹ Cfr: Alianza Social Continental; **El ALCA al desnudo: críticas al texto borrador del Área de Libre Comercio de las Américas de noviembre de 2002**. Enero 2003, pp. 45-61. En www.asc-hsa.org. Véase también: South Centre/CAFOD, **The Northern Agenda on Investment: Do as we Say, Not as we Do**. June, 2003.

capacidad de los gobiernos de Centroamérica para orientar las inversiones (nacionales y extranjeras) de manera que estas contribuyan a las metas del desarrollo⁵⁰.

Como en el TLCAN, el texto borrador del TLC EU-CA, asume que quedan cubiertas todas las medidas y todos los sectores bajo la cláusula de trato nacional, a menos que explícitamente sean excluidos (enfoque de lista negativa o *top down approach*), lo que restringe el uso de medidas a tomar por todos los niveles de gobierno (nacional, regional, municipal). El Anexo I incorpora las MEDIDAS DISCONFORMES LISTA DE COSTA RICA, las cuales se refieren a medidas que no están sujetas a alguna o a todas las obligaciones impuestas por los artículos 10.3 (Trato Nacional), 10.4 (Trato Nación Más Favorecida), 10.9 (Requisitos de Desempeño) y 10.10 (Altos Ejecutivos y Directorios)⁵¹. Pero se trata de excepciones puntuales y limitadas que además no surgieron de una consulta pública y abierta a los parlamentos, a los gobiernos locales (excluidos de cualquier medida disconforme) y a la ciudadanía en general⁵². Esto es una seria violación a la institucionalidad democrática del país; pero lo más grave de tales “medidas disconformes” se analizará más adelante, cuando expongamos y comentemos el artículo 10.13. Además, no se incluye ninguna medida disconforme con respecto al controversial artículo 10.7 sobre expropiaciones.

Además, repasando la lista del Anexo I, es fácil observar que no han quedado protegidas de la cláusula de trato nacional áreas importantes de la economía y la sociedad, como la administración de centros privados de educación (en todos los niveles). Tampoco será posible que ante una eventual apertura en los servicios de telecomunicaciones, a algunos sectores, como las cooperativas de electrificación rural, se les otorgue cierta prioridad (trato especial) en este campo de inversión. Sólo para mencionar algunos ejemplos. En el fondo, trato nacional es poner a competir en condiciones formales iguales a actores (empresas) con poderes enormemente desiguales, como si se tratara de un juego entre iguales en el que prive el “*fair play*”. El resultado es obvio: en derechos iguales, prevalece la fuerza (i. e., las asimetrías reales)

Esto pone en entredicho las afirmaciones de los funcionarios de COMEX, que aseguran que al normar el comercio internacional mediante este tipo de tratados y acuerdos internacionales se impide que prevalezca “la ley de la selva” y, por tanto, que es algo favorable para los países en vías de desarrollo. Pero trato nacional no significa otra cosa que poner a competir a desiguales en condiciones de igualdad. El resultado sólo puede ser más desigualdad.

⁵⁰ Según funcionarios del COMEX, el Artículo 19 de nuestra Constitución Política ya incorpora el principio de trato nacional, lo cual, creemos, es infundado. Este artículo reza así: “*Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen.*” En primer lugar, se trata de “deberes y derechos” individuales y sociales, no de aquellos que en la jerga neoliberal se denominan “derechos o garantías económicas”. Estos derechos individuales y sociales están claramente establecidos en los Títulos IV y V, respectivamente, de la misma Constitución. En segundo lugar, se trata de derechos y deberes de personas naturales (“los extranjeros”, “los costarricenses”) y no de colectividades (empresas, sindicatos, ONG, etc.).

⁵¹ Los sectores no afectados por la obligación de trato nacional, según el Anexo I son los siguientes (todos a nivel del gobierno central): Servicios Profesionales; Servicios de Transporte por Vía Terrestre – Transporte de Pasajeros – Transporte de Carga – Transporte por Vía Acuática; Zona Marítimo Terrestre; Servicios Aéreos Especializados; Servicios de Transporte Aéreo; Guías de Turismo; Radio y Televisión; Minería y Servicios Relacionados con Minería – Otros Minerales No Incluidos los Hidrocarburos; Servicios Relacionados con la Agricultura, la Caza y la Silvicultura; Servicios Relacionados con la Pesca; Energía Eléctrica; Servicios de Enseñanza Superior; Servicios de Profesionales en Salud Humana; Audiovisuales – Publicidad Servicios de cine, radio y televisión y otros espectáculos; Servicios de Agencias de Noticias; Servicios Deportivos y Otros Servicios de esparcimiento.

⁵² En el caso de Costa Rica, todas las medidas disconformes se refieren al nivel del Gobierno central, lo que significa que los niveles municipales no gozan de ninguna de estas excepciones.

Razón No. 49.

Porque el Artículo 10.5 (Nivel Mínimo de Trato) presenta una terminología ambigua y engañosa.

El texto del TLC, en su artículo 10.5, incluye una obligación abierta e indeterminada para las Partes (y un nuevo derecho para los inversionistas), en cuanto a “niveles mínimos de trato”, obligación que las corporaciones han utilizado con mucho éxito en el TLCAN (artículo 1105)⁵³ en sus alegatos contra los gobiernos, extendiendo el ámbito de la cláusula “inversionista-Estado”.

El término “trato justo y equitativo” incluido en este artículo es engañoso, ya que al parecer se trata de algo enteramente lógico y hasta inocente, pero bajo el TLCAN los abogados de las empresas transnacionales se han valido de la ambigua definición de trato mínimo para aplicar a otros capítulos del TLCAN interpretaciones en principio circunscritas al capítulo 11 de ese tratado. También han citado puntos como la falta de comunicación de un oficio gubernamental como un caso de falta de trato mínimo. Esta obligación es particularmente problemática pues los inversionistas han intentado utilizarla dentro del TLCAN para ampliar el ámbito de la cláusula inversionista-Estado y llevar estos privilegios más allá de las regulaciones estrictamente en torno a inversión extranjera⁵⁴.

Durante las discusiones del ALCA, Canadá ha propuesto algunas variantes que modifican el uso de esta obligación de nivel mínimo de trato y que aparecen recogidas en el texto del TLC⁵⁵.

La propuesta canadiense dice que un trato justo y equitativo no requiere “*un trato adicional o superior al requerido por el nivel de trato para los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario*”. Además, la segunda versión del artículo 6.3 del ALCA dice: “*una resolución en el sentido de que se ha violado otra disposición contenida en este acuerdo o en otro acuerdo internacional no probará que se haya violado el presente artículo*” El texto del artículo 10.5(2) y 10.5(3) del TLC asume literalmente este enfoque cuando afirma:

⁵³ También incluido en el borrador del capítulo de inversiones del ALCA (artículo 6), con el nombre “Trato Justo y Equitativo”.

⁵⁴ “Esta disciplina establecida por el derecho a niveles mínimos de trato ya ha sido aplicada ampliamente en el TLCAN. Partes del 1105 son encontrados en cada uno de los tres casos del TLCAN que han sido resueltos a favor de las empresas Metalclad, S.D. Myers y más recientemente Pope and Talbot. El lenguaje tan amplio y vago de esta cláusula se presta para que los equipos de resolución de controversias puedan aplicar toda su subjetividad y labia, como lo han hecho recurrentemente, cuando consideran que los gobiernos han interferido con los derechos de los inversionistas” (ASC, op.cit., p. 52). Véase también: *El Ataque contra la Democracia: El historial del capítulo 11 del TLCAN sobre inversiones y las demandas judiciales de empresas contra gobiernos*; Public Citizen, octubre de 2002, pp. 11. En: www.tradewatch.org/ftaa/ALCA_Espanol.

⁵⁵ La observación canadiense ha sido recogida en una “nota de interpretación” (no se trata de una enmienda) del TLCAN firmada por México, Canadá y los Estados Unidos en julio de 2001.

“Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel [el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario. H.M.], y no crean derechos substantivos adicionales.”

“3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Tratado, o de otro acuerdo internacional, no establece que se ha violado este Artículo.”

El problema es que es imposible juzgar si una enmienda de este tipo tendrá o no el efecto de limitar el uso del trato mínimo para extender el ámbito de la cláusula “inversionista-Estado”, y amortiguar los perjuicios de esta disposición sobre las políticas públicas y las leyes nacionales; hasta que haya otros casos donde los abogados saquen a colación este artículo ante los tribunales.

Sería ingenuo pensar que sólo una enmienda de este tipo, que no cambia lo esencial del mecanismo inversionista-Estado, vaya a solucionar el problema.

Razón No. 50.

Porque el artículo 10.8 (Transferencias) representa una limitación casi absoluta al control de los movimientos de capital.

“1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta, se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio.” (Art. 10.8, primer párrafo)

El texto del artículo 10.8 del TLC va incluso más allá del artículo 1109 del TLCAN, e impide a los gobiernos utilizar formas probadas de control de los movimientos de capitales⁵⁶. Esto a pesar del aparente consenso creciente entre funcionarios de gobierno y de instituciones financieras en el sentido de que estas medidas son necesarias para combatir efectivamente las crisis financieras internacionales. El tipo de transferencias permitidas y a las cuales no se les debe poner ningún obstáculo para su inmediata transferencia incluyen: aportes de capital; utilidades, dividendos y ganancias de capital; intereses, pagos por regalías; pagos por expropiación y nacionalización de una inversión y pagos que provengan de una controversia.

Según este mismo artículo, una Parte sólo podrá impedir la realización de una transferencia, “*por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes*”, por los siguientes motivos: quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores; emisión, comercio u operaciones de valores, futuros o derivados⁵⁷; infracciones penales; garantías de cumplimiento. ¡Vaya excepciones! La mayoría de las cuales se refieren al impedimento de transferencias sencillamente fraudulentas.

Así, lo negociado en este artículo 10.8 ni siquiera recupera la única excepción relevante contemplada en el artículo 12.5 del borrador del ALCA, que permitiría a “las economías más pequeñas” limitar en forma temporal la transferencia de capitales en caso de “excepcionales”, dificultades en la balanza de pagos. ¡Ni siquiera eso!⁵⁸

Muy al contrario de estas disposiciones, los gobiernos deberían tener el poder de evitar el efecto desestabilizador de los retiros simultáneos y masivos de capital golondrina de cartera, requiriendo que las inversiones de capital o las inversiones en los mercados de capital permanezcan en su territorio por un período determinado. Una manera de alcanzar esta meta es requiriendo que una porción de las inversiones de capital (por ejemplo de un 20 a un 30%) se deposite por algún tiempo (por ejemplo un año) en el banco central de un país determinado.

⁵⁶ Como los “encajes” utilizados exitosamente por Chile entre 1991 y 1998.

⁵⁷ Sería un punto por aclarar, investigar si en la legislación nacional existen disposiciones relativas a futuros o derivados que permitan impedir una transferencia, y en qué condiciones.

⁵⁸ El artículo 21.4 permite que las Partes adopten medidas de excepción “por motivos de balanza de pagos”, pero sólo en relación con el comercio de mercancías.

Razón No. 51.

Porque el artículo 10.9 (Requisitos de Desempeño) prohíbe establecer requisitos de desempeño a la inversión extranjera y amenaza la formulación democrática de las políticas públicas.

El término “Requisitos de Desempeño” se refiere a las condiciones que se les exige a los inversionistas para asegurar que un país receptor de inversión extranjera se beneficie de la misma. El TLCAN estableció una prohibición muy amplia al uso de tales requisitos, bajo el argumento de que estos “distorsionan el mercado”. Estas disposiciones aparecen también en el borrador del capítulo de inversiones del ALCA y se repiten literalmente en el texto del TLC EU-CA. Concretamente, se prohíben siete tipos de requisitos de desempeño:

- 1) Exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;
- 2) Alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- 3) Comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio;
- 4) Relacionar de cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;
- 5) Restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;
- 6) Transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad⁵⁹;
- 7) Actuar como el proveedor exclusivo desde el territorio de la Parte de las mercancías que produce o servicios que suministre para un mercado regional específico o al mercado mundial.

Recordemos que según el artículo 10.1(c), las disposiciones de este capítulo 10.9 se aplican “a todas las inversiones en el territorio de la Parte (subrayado nuestro)”, lo que se reafirma en 10.9.(1): “... *de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte...*”. Ya hemos comentado antes, en este mismo documento, los posibles problemas de inconstitucionalidad de esta disposición (Artículo 10.1.c).

Además, y según el inciso 2 del artículo 10.9, las prohibiciones a establecer requisitos de desempeño enlistadas antes con los numerales 2, 3, 4 y 5 ni siquiera se pueden condicionar a “*la recepción de una ventaja o que se continúe recibiendo la misma*”. Las únicas excepciones a esta disposición (siempre que haya la recepción de una ventaja o la continuación de su recepción) serían:

⁵⁹ Con respecto a esta prohibición, el texto borrador del ALCA contempla lo siguiente excepción: “... salvo cuando el requisito se imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este tratado.” En el TLC EU-CA, una excepción similar se considera en 10.9(3)(b)(ii).

“... al cumplimiento de un requisito de que ubique la producción (to locate production, según la versión en inglés), suministre servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares, o lleve a cabo investigación y desarrollo, en su territorio.” (Artículo 10.9 (3)(a))

Se trata de una excepción hecha a la medida de las empresas de zonas francas que se localizan en nuestros países, ya que las mismas suelen recibir importantes ventajas (fiscales, por ejemplo) que se “justifican” con supuestos “aportes” como los recién indicados⁶⁰.

Recapitulando, la posibilidad de que un país pueda, a cambio de otorgar ventajas, exigir el cumplimiento de ciertos requisitos como la localización de la producción, se limita a las siguientes áreas: a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios, b) transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad, c) actuar como el proveedor exclusivo.

Pero las siguientes condiciones (las realmente importantes para generar encadenamientos productivos), no podrán establecerse, ni siquiera a cambio de ofrecer una ventaja o que se continúe recibiendo la misma:

- a) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;
- b) comprar, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o a adquirir mercancías de personas en su territorio;
- c) relacionar, en cualquier forma, el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión, o
- d) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios que tal inversión produce o suministre, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas.

Estas prohibiciones tienen, entre otros, los siguientes efectos⁶¹:

- a) se favorece la compra de productos importados, afectando la producción nacional y la generación de empleo;
- b) se pierde la posibilidad de estimular la producción nacional y establecer una articulación entre la inversión foránea y el aparato productivo nacional;
- c) imposibilita incidir en la definición de los flujos transables por los inversionistas extranjeros de manera que se privilegie una relación favorable en los términos de intercambio nacionales, limitando además la inversión local de las ganancias obtenidas por los inversionistas extranjeros.

⁶⁰ Que una empresa “suministre un servicio”, “emplee trabajadores”, “construya instalaciones” o “lleve a cabo investigación y desarrollo” (sin ninguna obligación de transferencia de conocimiento); son tareas propias y normales de cualquier empresa. Si esto se pretende hacer pasar como “contribuciones” de la empresa a cambio de la recepción de ventajas, se trata de poco menos que una burla.

⁶¹ Cfr: Raúl Moreno, comentarios críticos al Capítulo Diez del TLC CA-EU, en: **Por qué decimos NO al TLC**, El Salvador, 2004, pp. 13.

- d) se limita la posibilidad de otorgar un tratamiento preferencial para las inversiones nacionales y facilita la posición dominante en el mercado doméstico de las inversiones extranjeras.

Excepciones a ciertas prohibiciones para establecer requisitos de desempeño se aceptarían “*respecto de programas de promoción a las exportaciones y de ayuda externa*”⁶² y a la contratación pública (en este último caso, el capítulo 9 establece sus propias reglas).

En resumen, las disposiciones en torno a requisitos de desempeño contenidas en el TLC limitan considerablemente el uso de políticas que requieren los países centroamericanos para aprovechar las ventajas que podría ofrecer la inversión extranjera y su eventual aporte al desarrollo económico y social y significan un grave desafío a las formas democráticas de formular políticas públicas⁶³.

Además, no olvidemos que todos los países hoy desarrollados impusieron –cuando ellos fueron receptores netos de esa inversión–, regulaciones a la inversión extranjera con el propósito de asegurar que la misma contribuyera con sus estrategias nacionales de desarrollo a largo plazo. Estas regulaciones incluyeron, desde prohibiciones de entrada a determinados sectores, hasta el establecimiento de condiciones de entrada, como requisitos para establecer alianzas estratégicas o techos para la propiedad extranjera y la contratación de personal.

⁶² La excepción con respecto a la “ayuda externa” es obvia, pues por ejemplo, se refiere a préstamos atados en los que el país cooperante precisamente exige que los recursos donados se utilicen de una manera enteramente condicionada (compra de insumos o equipos a empresas del país cooperante, por ejemplo). Con respecto a los programas de promoción a las exportaciones, cabe recordar que éstos suelen dedicar importantes recursos nacionales para favorecer a las propias empresas extranjeras que se inscriben en estos programas. En todo caso, está por verse qué propone en este caso el grupo de diputados de la Asamblea Legislativa que dice condicionar su apoyo al TLC a cambio de “leyes complementarias” que fomenten la producción nacional.

⁶³ No es un argumento válido el afirmar que “de todas maneras, un país como Costa Rica no utiliza en la práctica estos requisitos de desempeño”. Que la orientación de la política económica dominante (en los últimos veinte años) no haga uso de estos instrumentos no es óbice para sentenciar en un tratado -con rango superior a la ley ordinaria- que en el futuro ningún gobierno, de ninguna ideología, podrá tampoco hacerlo. ¡Esto sería darle a una ideología económica específica –el neoliberalismo– un rango casi constitucional!

Razón No. 52.

Porque el artículo 10.9.3 (c) es un serio peligro a la soberanía en materia ambiental y de salud pública

Un comentario especial exige el punto (c) del inciso 3 del artículo 10.9, según el cual, Costa Rica podría imponer medidas administrativas, sanitarias o ambientales a una inversión de cualquier país del mundo, pero siempre y cuando esas restricciones “*no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y siempre que tales medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales*”.

Al parecer se trata de una potestad que Costa Rica puede ejercer, y que incluso deberíamos aplaudir; pero contiene una peligrosa trampa⁶⁴. En aplicación de este artículo, y no existiendo en el texto del tratado una disposición específica que lo impida, un inversionista de Japón, Rusia, Pakistán o de cualquier otro país, podría comprar un terreno u obtener en concesión una mina abandonada, para depositar en ella residuos nucleares de cualquier planta nuclear del mundo, y el Estado costarricense podría estar impedido para rechazar esta “inversión”, porque podría ser demandado en un tribunal internacional por “*restricción encubierta al comercio o inversión internacionales*”⁶⁵. ¿Quién decide si medidas restrictivas de Costa Rica a este tipo de inversión son arbitrarias o constituyen una restricción encubierta al comercio internacional? ¿El Gobierno de Costa Rica, su Asamblea Legislativa o sus tribunales de justicia? No, ninguna autoridad nacional tendrá poder de decisión en caso de conflicto o incumplimiento por un inversionista extranjero, de alguna disposición contenida en este capítulo. Sólo los tribunales arbitrales internacionales tendrán competencia para resolver estas controversias, que por lo demás, representa otra cesión de soberanía. A esta realidad, se puede agregar una posibilidad aun más peligrosa. Las empresas que se instalen en Costa Rica, y luego de recibir el pago que corresponda por su negocio, podrían después quebrar, simular una quiebra o simplemente desaparecer, dejando depositados los residuos sin que ningún ente privado se haga responsable de su seguridad. En tal caso, Costa Rica no podrá reenviarlos a ningún otro país, ni tampoco podrá demandar a una empresa inexistente, ni a sus países de origen, ni menos aun a los Estados Unidos.

Más grave aun, incluso medidas “necesarias para proteger la vida o salud humana”, quedan supeditadas a que las mismas no se apliquen de manera arbitraria y a que no constituyan una restricción al comercio o inversión internacionales. ¡Ni siquiera la vida humana está por encima del sacrosanto libre comercio!

⁶⁴ Además, no existe alusión a mecanismos de verificación y cumplimiento, y menos aun a sanciones por la inobservancia de lo exigido.

⁶⁵ Las “medidas disconformes” de Costa Rica (ver Anexo I) relacionadas con “Otros Minerales” (incluyendo minerales radioactivos), no son suficientes para evitar este tipo de “inversión” y sus efectos colaterales, pues las mismas se refieren más bien a la exploración de tales minerales.

Razón No. 53.**Porque el artículo 10.11 se burla del artículo 50, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política.**

El artículo 10.11 (**Inversión y Medioambiente**) también concierne a los inversionistas de todo el mundo (según lo establecido en 10.1(c)), y establece que una Parte, es decir Costa Rica o EE UU, podrá mantener o hacer cumplir “*cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo*”, para garantizar que las actividades de inversión en su territorio “*se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental* (subrayado nuestro)”. Se habla de tomar en cuenta “inquietudes” con respecto a las inversiones en el territorio de una Parte; pero no se dice que Costa Rica pueda denegar una inversión que afecte la preservación del medio ambiente⁶⁶. Al no poder el Estado costarricense garantizar el impedimento a una inversión que no respete nuestro medio ambiente, este artículo debilita y es contrario a las disposiciones del artículo 50, párrafo segundo de nuestra CP, que establece:

“Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. “El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”⁶⁷.

Esta inconstitucionalidad es aun más grave, si se tiene en cuenta que la imposibilidad de denegar la autorización a una inversión que afecte nuestro medio ambiente, concierne no solamente a los inversionistas de EEUU, con quien se firma el tratado, sino también a inversionistas de cualquier parte del mundo, con quienes no se está firmando ningún tratado. (recordar lo dicho sobre el artículo 10.1.c).

Además, hay que tener presente que las excepciones generales contenidas en el artículo 21.1, párrafos 1 y 2, sólo abarcan los capítulos Tres al Siete y Once, Trece y Catorce (no así el Diez), y que los artículos del GATT y del GATS allí mencionados, igualmente supeditan las medidas necesarias para proteger la vida humana a la no restricción del comercio de mercancías y servicios.

⁶⁶ Es este tipo de redacción ambivalente y poco certera la que, pretendiendo asumir una posición de defensa de nuestro medio ambiente, en realidad otorga armas a los abogados de las corporaciones para entablar sus alegatos y defender sus posiciones e intereses. Aunque en este caso, el texto del tratado es más bien deprimente.

⁶⁷ El texto completo de los párrafos segundo y tercero del artículo 50 es el siguiente: “Toda Persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes”.

Razón No. 54.

Porque el artículo 21.3 (Tributación), párrafo 6, en su relación con el artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización), lesiona los artículos 2, 3 y 121, inciso 13 de la Constitución Política.

El artículo 10.7 llamado **Expropiación e Indemnización**, establece, en lo que a nuestro país corresponde, que Costa Rica no

“expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización” (subrayado nuestro),

salvo que sea por utilidad pública, se proceda de una manera no discriminatoria, y mediante el pago de una indemnización al valor de mercado y con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.5 (Nivel Mínimo de Trato).

Recordemos que el término “inversión cubierta” se refiere –en lo que aquí interesa resaltar–, a las inversiones de EE UU ya existentes en Costa Rica al entrar en vigencia el tratado, las cuales no podrán ser afectadas por medidas que Costa Rica pueda tomar y que sean consideradas equivalentes a la expropiación (directa o indirecta). Por otra parte, pero en relación con lo anterior, el artículo 3, inciso 6 del capítulo 21 llamado **Excepciones**, establece que:

“El Artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización) y el Artículo 10.16(Inversión – Sometimiento de la Reclamación al Arbitraje) se aplicarán a una medida tributaria que sea alegada como expropiatoria o como una violación de un convenio sobre inversión o una autorización de inversión (subrayado nuestro)”. Este artículo 21.3.6 hace aplicable medidas tributarias en varios otros artículos de diversos capítulos del tratado, incluido el artículo 10.9 que, recordemos, concierne a las inversiones de cualquier país del mundo en territorio nacional.

Lo anterior quiere decir que el Estado costarricense podría quedar imposibilitado de efectuar modificaciones tributarias que afecten a inversionistas de EE UU, so pena de ser demandado en un tribunal arbitral internacional por establecer medidas que pueden ser consideradas expropiaciones (directas o indirectas), además de que los impuestos a la exportación hacia EE UU también están prohibidos por el artículo 3.3 del tratado.

Estas disposiciones impiden que Costa Rica pueda modificar libremente su legislación tributaria, son inconstitucionales porque atentan contra nuestra soberanía, y violan los artículos 2, 3 y 121.13 de la CP⁶⁸. En particular, este último artículo de la Constitución

⁶⁸ “Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: ... 13) Establecer los impuestos y contribuciones nacionales, y autorizar los municipales (subrayado nuestro)”.

establece que sólo la Asamblea Legislativa tiene la atribución de establecer los impuestos y contribuciones nacionales y autorizar los municipales.

No puede entonces un tratado inmiscuirse en la determinación de los tributos en Costa Rica, porque la Constitución reserva dicha facultad exclusivamente a la Asamblea Legislativa, y solamente la Sala Constitucional tiene la potestad de establecer si un tributo es “confiscatorio”.

Razón No. 55.

Porque el artículo 10.7 (Expropiación e Indemnización) otorga privilegios discriminatorios a favor de la inversión extranjera e ignora el artículo 121, inciso 14 de la Constitución Política.

Consideramos que el artículo 10.7 del tratado tiene (ahora en sí mismo) vicios de inconstitucionalidad, al establecer que la indemnización de inversiones cubiertas debe

- a) *ser pagada sin demora,*
- b) *ser equivalente al “valor justo de mercado” ... y*
- c) *ser completamente liquidable y libremente transferible,*

y también, al no excluir a los “bienes propios de la Nación” contenidos en el artículo 121, inciso 14 de la CP. Veamos con detalle.

Según el punto 2 (a) de este artículo 10.7,

“La indemnización deberá: (a) ser pagada sin demora”.

Pero según el artículo 45 de la CP, “en caso de guerra o conmoción interior”, la indemnización por expropiación cuenta con un plazo de hasta dos años para ser cancelada, “después de concluido el estado de emergencia”; por lo que es contrario a la Constitución que un tipo específico de propiedad (por ejemplo, las inversiones cubiertas realizadas por estadounidenses en Costa Rica) no tenga esta limitación a la expropiación y el resto sí (en particular, la propiedad de costarricenses). Se trata de un claro trato desigual a favor de la propiedad en manos de extranjeros⁶⁹.

El punto (d) del inciso 2 de este capítulo 10.7 establece:

“La indemnización deberá: ser completamente liquidable y libremente transferible”.

Esto crea otra desigualdad ante la ley, pues varias resoluciones judiciales han aceptado que no es contrario al artículo 45 de la CP pagar los inmuebles expropiados con bonos del tesoro público, siempre que se tome en cuenta la depreciación que éstos pudieran tener en el momento en que se dicte la sentencia⁷⁰.

⁶⁹ En el “Convenio entre el Gobierno de Costa Rica y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte sobre Promoción y Protección de Inversiones”, suscrito el 7 de setiembre de 1982 y autorizado en octubre de 1997 (Ley 7715), se incluye el siguiente párrafo aclaratorio: La expresión “compensación puntual, adecuada y efectiva” no implica indemnización previa en el supuesto de guerra o conmoción interna; sin embargo, el pago correspondiente se efectuará a más tardar dos años después de concluido el estado de emergencia.” Como se aprecia, en este Convenio de Inversión Costa Rica optó por hacer explícita la salvedad al pago inmediato de una indemnización por expropiación contemplada en el artículo 45 de la CP.

⁷⁰ Cfr: Fernando Castillo Viquez, **Elementos Económicos en la Constitución Política**, Juricentro, 1992, pp. 64 (PAGO EN BONOS).

Otra desigualdad ante la ley es la exigencia contenida en el punto (b) del inciso 2, según la cual, el pago de la indemnización debe corresponder “*al valor justo de mercado*”; cuando el Estado costarricense ha aplicado en muchas ocasiones el criterio de que la indemnización no podrá exceder del valor del inmueble declarado para fines fiscales al momento de la expropiación. Además, la medida contemplada en el TLC lleva al ámbito del mercado la determinación del valor de la indemnización, y con ello, a la posibilidad de acciones especulativas.

En última instancia, este tipo de variaciones a la normativa legal sobre expropiaciones e indemnizaciones, que afectan las disposiciones constitucionales sobre limitaciones a la propiedad privada, debería ser aprobada con 38 votos, ya que introduce un tratamiento específico, y a nuestro juicio discriminatorio, con respecto a un determinado tipo de propiedad: a favor de la propiedad de extranjeros y en contra de la propiedad de nacionales. Pero aunque esto se resolviera mediante una aprobación del tratado con votación calificada, siempre permanecería la violación del artículo 33 de la CP (igualdad ante la ley).

Además, el inciso 1. (a) establece que la expropiación o nacionalización de una inversión cubierta sólo será viable “*por causa de un propósito público*”. Pero el párrafo segundo del artículo 45 de la CP establece claramente que:

“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 (subrayado nuestro)”.

Lo anterior le da armas a los abogados de las transnacionales, para alegar, en una eventual disputa, que el término “propósito público”⁷¹ tiene un menor alcance que el término “interés social”, ignorando éste último⁷².

Entonces, ¿acaso a los nacionales se les puede aplicar este artículo constitucional en toda su amplitud, con su jurisprudencia correspondiente, y a los extranjeros no? Recordemos que al establecer el artículo 45 de la CP “limitaciones de interés social” a la propiedad, fue precisamente la base que permitió impulsar la legislación laboral en Costa Rica, y que ésta no fuese impugnada por inconstitucional⁷³.

Finalmente, debería introducirse de manera clara y tajante en el texto del tratado, la no indemnización por la nacionalización o expropiación de los “bienes propios de la Nación” establecidos en el inciso 14 del artículo 121 de la CP, a saber:

*a) Las fuerzas que puedan obtenerse de las aguas del dominio público en el territorio nacional*⁷⁴;

⁷¹ En relación con el párrafo 10.7.1(a) aparece la siguiente nota al pie: “Para mayor certeza, este término [propósito público] se refiere a un concepto de Derecho Internacional Consuetudinario”. Queda la tarea de seguirle la pista a este concepto.

⁷² Con respecto a este punto, el ya citado Convenio de Inversión entre Costa Rica y Gran Bretaña señala lo siguiente: “La palabra “expropiación” mencionada en el artículo V no se refiere a las limitaciones de interés social que la Asamblea legislativa imponga a la propiedad por motivos de necesidad pública, de acuerdo con el artículo 45 de la Constitución Política.” Como se aprecia, los legisladores que autorizaron este convenio también tuvieron la certeza de salvar esta importante disposición constitucional, lo que no ocurre en el texto del TLC.

⁷³ El punto es que el término “limitaciones de interés social” es más amplio y comprensivo que “por causa de un propósito público”. El primero incluye, por ejemplo, medidas que pueden adoptarse para mejorar las condiciones económicas de las clases sociales de menores recursos, o para “lograr que la convivencia humana se oriente hacia la consecución del bien común y de la justicia social” (Fernando Castillo Víquez, ídem: 66).

⁷⁴ Como se aprecia, aquí cobra gran importancia la definición que el tratado establece del “territorio nacional”, pero es imposible establecer a priori, si esto beneficia o perjudica los intereses y la soberanía nacional. En este caso, si se introdujera en el texto la exclusión que proponemos (con respecto a los bienes propios de la Nación), un concepto amplio de territorio sería beneficioso para Costa Rica.

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.”*

Esta excepción que proponemos la consideramos absolutamente lógica, pues según ese artículo de la Constitución, se trata de bienes que “no podrán salir definitivamente del dominio del Estado” (subrayado nuestro). Sería entonces inconstitucional, que el Estado tuviera que indemnizar por recuperar mediante expropiación, bienes que le pertenecen y que sólo habría entregado en concesión. Pero el artículo 10.7 del tratado no hace estas salvedades, burlando lo establecido en la CP. Para mayor aclaración: estos bienes son del dominio del Estado y una concesión sólo concede un derecho de posesión temporal, no concede la propiedad (ni siquiera temporal). Pero la indemnización contemplada en el artículo 45 de la Constitución Política se refiere claramente a privaciones sobre la propiedad, no sobre la posesión o el usufructo.

Esta salvedad se hace más importante si tomamos en cuenta que la definición de “acuerdo de inversión” contenida en 10.28 incluye los derechos que recibe el inversionista

(a) *con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales ...*

Se trata, efectivamente, de los “bienes propios de la Nación” contemplados en el artículo 121, párrafo 14 de la Constitución Política (carbón, petróleo, minerales radioactivos, servicios inalámbricos, ferrocarriles, muelles, aeropuertos). Y según este mismo artículo constitucional, estos bienes sólo podrán ser explotados 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*”; y nunca mediante un simple “acuerdo de inversión”. Si a esto le agregamos que el 121 aparece varias veces en las “medidas disconformes” del Anexo I, el círculo se cierra: las transnacionales y sus socios internos están al acecho de los “bienes propios de la Nación”.

El Anexo 10-C: Expropiación

El texto de este anexo parece “suavizar” las disposiciones sobre expropiación contenidas, por ejemplo, en el TLCAN, ya que especifica qué es y qué no es una “expropiación indirecta”, y requiere que en toda disputa sobre este tema se levante una “investigación factual”. Esto exige un par de comentarios.

En primer lugar, lo cierto es que el artículo 10.7(1) en efecto amplía la definición de expropiación. Tradicionalmente este término se ha usado para describir la apropiación de una propiedad para satisfacer un propósito público sin el necesario consentimiento del dueño (por ejemplo, un terreno necesario para construir un camino público). Pero en adición a este tipo de expropiación “directa”, el TLC (como el TLCAN) también requiere que se compensen las “expropiaciones indirectas”, así como las “medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización” (10.7(1)).

Estas nuevas disposiciones han permitido a corporaciones extranjeras e inversionistas individuales hacer demandas frente a cualquier acto gubernamental que pueda hacer que las ganancias que esperan obtener disminuyan.

En segundo lugar, y dando por un hecho cierto que el TLC acepta este enfoque (que incluye la expropiación indirecta), hay que reconocer que el mencionado anexo sólo introduce algunas aclaraciones imprecisas que estipulan que el efecto adverso sobre el valor económico de una inversión resultante de un acto gubernamental no es, en sí mismo, sinónimo de una expropiación indirecta; o que en “circunstancias excepcionales” ciertos actos regulatorios no discriminatorios no constituyen expropiaciones indirectas. Pero serán los tribunales arbitrales los que decidan una u otra cosa.

¿Qué ocurriría si, por ejemplo, el SNAA o una municipalidad le niega a una compañía hotelera de Guanacaste toda el agua que ésta demanda para regar su campo de golf? La empresa puede iniciar una controversia por expropiación indirecta, aduciendo que sus ingresos se verán disminuidos por esta disposición. ¿Es este un “caso excepcional” de regulación contemplado en la letra del anexo 10-C? No es algo que podrá discernirse a partir de nuestra legislación, sino que quedará en manos de un tribunal arbitral internacional altamente influenciado por el poderío económico de la empresa involucrada⁷⁵.

⁷⁵ “La expropiación indirecta representa un mecanismo probado en su efectividad al servicio de empresas transnacionales para llevar a juicio a los Estados que a través de sus políticas públicas han establecido regulaciones ambientales, fiscales y sociales a su desempeño, las cuales han sido interpretadas por las empresas transnacionales como acciones del gobierno que interfieren con sus expectativas en inversión, y en consecuencia adquieren la forma de una expropiación indirecta.” (Raúl Moreno, op. cit., pp. 15).

Razón No. 56.

Porque el artículo 10.13 (Medidas Disconformes) es otra violación de la soberanía nacional.

Este artículo establece lo siguiente:

“1. Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10⁷⁶ no se aplican a:

(a) cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte a:

(i) gobierno de nivel central, tal como se estipula en su Lista del Anexo I,

(ii) un gobierno de nivel regional, tal como se estipula en su Lista del Anexo I, o

(iii) un gobierno de nivel local;

...

(b) la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a); o

(c) la modificación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a) siempre que dicha modificación no disminuya la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10.

2. Los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10 no se aplican a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II.

3. Ninguna Parte exigirá, de conformidad con cualquier medida adoptada después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado y comprendida en su Lista del Anexo II, a un inversionista de otra Parte, por razón de su nacionalidad, que venda o disponga de alguna otra manera de una inversión existente al momento en que la medida cobre vigencia. (subrayados nuestros)

....”.

El Anexo I lista “... las medidas existentes de una Parte que no están sujetas a alguna o todas las obligaciones impuestas por: los artículos 10.3 u 11.2 ..., los artículos 10.4 u 11.3..., el artículo 11.5..., el artículo 10.9..., el artículo 10.10..., el artículo 11.4...”

Así, a primera vista el 10.13 parece un artículo que, al menos en lo que respecta a lista del Anexo I, resguarda la potestad soberana de las Partes en los sectores, obligaciones

⁷⁶ Estos artículos se refieren, respectivamente a: Trato Nacional, Trato Nación Más Favorecida, Requisitos de Desempeño, Altos Ejecutivos y Directorios y Acceso a Mercado.

afectadas, nivel de Gobierno y medidas establecidas en cada “ficha de la lista”. Pero se trata de una verdad a medias que oculta severas limitaciones a esta potestad. Veamos por qué.

En primer lugar, y como apuntamos anteriormente, la desaplicación de artículos como el 10.3, 10.4 o el 10.9; sigue el criterio de “lista negativa”, es decir, no se aplica sólo a las medidas, los sectores y los niveles de gobierno expresamente establecidos en la lista. Todo lo demás queda cubierto por tales artículos, con el agravante de que ningún proceso democrático y transparente fue utilizado para la confección de tal lista.

Pero en segundo lugar, y esto es lo más grave, según el inciso 10.13.1(c) antes transcrito, no es posible modificar una medida disconforme del Anexo I, ya sea ley o reglamento, si tal modificación

“... disminuye la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10”.

Para que quede claro: ni la Asamblea Legislativa ni el Poder Ejecutivo podrían modificar ley o reglamento alguno de los estipulados en la lista del Anexo I, en un sentido que pueda afectar los derechos de los inversionistas extranjeros establecidos en tales artículos del capítulo 10 (y también del capítulo 11). No es difícil imaginar leyes que requieran cambios importantes para garantizar el bien común, la salud pública o la protección al medio ambiente (Ley de Hidrocarburos, Ley de Generación Privada de Electricidad, Ley de Pesca, etc.), y contempladas en dicho Anexo, en donde queda severamente comprometida la soberanía de nuestra Asamblea Legislativa para poder realizar tales modificaciones.

Pero como si lo anterior no resultara suficiente, hay en el Anexo I una inclusión que resulta increíble. En lo que corresponde a los siguientes sectores:

- Servicios relacionados con las Telecomunicaciones – Radio y Televisión
- Servicios Relacionados con Minería – Exploración de Hidrocarburos
- Minería y Servicios Relacionados con Minería – Minerales diferentes de los Hidrocarburos
- Energía Eléctrica
- Servicios inalámbricos.

Entre las medidas listadas en estos casos, se encuentra el Artículo 121 de la Constitución Política.

Y en las medidas del sector **Pesca y Servicios relacionados con la Pesca**, aparece el Artículo 6 de la Constitución Política.

¿ Acaso pretenden los negociadores de COMEX que estos Capítulos constitucionales, referidos a las Atribuciones de la Asamblea Legislativa, y al ejercicio de la soberanía en el espacio aéreo, en las aguas territoriales, en la plataforma continental y en el zócalo insular; tampoco puedan modificarse en el futuro si tal modificación *“disminuye la conformidad de la medida, tal y como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 10.3, 10.4, 10.9 y 10.10”*. Al parecer, esto es lo que se pretende. Inaudito, pero así es.

Veamos ahora qué sucede con la Lista del Anexo II a que hace referencia los inciso 2. y 3. de este artículo 10.13. Este Anexo se refiere a *“los sectores, subsectores, o actividades*

específicas para los cuales esa Parte podrá mantener o adoptar medidas existentes, o adoptar nuevas o más restrictivas que sean disconformes con las obligaciones impuestas por los artículos 10.3 u 11.2, 10.4 u 11.3, 11.5, 10.9, 10.10 y 11.4.”(subrayado nuestro).

La lista de este Anexo II incluye materias como: aviación, pesca y asuntos marítimos, a los que no se aplica la cláusula Trato de Nación Más Favorecida; las “industrias culturales” (libros, revistas, diarios, cine, música, radiodifusión) y los “Servicios Sociales”. A estos últimos se restringe la aplicación de las siguientes obligaciones: Trato Nacional, Trato de Nación Más Favorecida, Presencia Local, Requisitos de Desempeño, Altos Ejecutivos y Directorios y, Acceso a los Mercados. Como antes hicimos notar, entre los principios que no se aplican en estos anexos, no se incluye el artículo 10.7, relativo a expropiación e indemnización. Lo anterior denota claramente el interés de los negociadores de salvaguardar los derechos y privilegios de los inversionistas extranjeros incluidos en este capítulo 10: una medida gubernamental puede ser inconsistente con otros artículos, pero nunca con el artículo 10.7.

En primer lugar, nuevamente debemos advertir que no hubo ningún proceso democrático y transparente que decidiera cuáles sectores, además de los “Servicios Sociales” quedaban insertos en esta lista.

En segundo lugar, hay que advertir que el inciso 3. del artículo 10.13 limita el alcance de lo dispuesto en la Nota Explicativa del Anexo II, al proteger en última instancia los derechos de los inversionistas otorgados en este Tratado. Se trata de portillos que podrán ser muy bien utilizados por los abogados de las empresas transnacionales, incluso cuando un país aplique las “medidas a futuro” supuestamente permitidas.

Por último, y según la lista incluida en los “Servicios Sociales” del Anexo II, los negociadores han dejado definitivamente por fuera del concepto “servicios sociales”, áreas como los seguros, las telecomunicaciones, la electricidad, o los servicios ambientales; todos ellos necesarios para cumplir con el mandato constitucional (artículo 74), de que el Estado debe “*procurar una política permanente de solidaridad nacional*”. Pero también, otros servicios como los servicios de saneamiento y similares (disposición de desechos), servicios de esparcimiento, el teatro y la lotería.

Con respecto a la cultura “no están sujetos a las limitaciones u obligaciones de este Tratado” ... “los programas gubernamentales de apoyo a través de subsidios”. El resto de las actividades culturales ahora se denomina “Industrias culturales”. (Anexo 2, pp. 2).

Pero no se crea que con estas disposiciones los “servicios sociales” quedan fuera de todo alcance del tratado. El Anexo 20.2 (Anulación o Menoscabo) permite

1) *Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este capítulo [Capítulo 20], cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado [como las permitidas en 10.13.1(c) y en el Anexo II], consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones:*

- (a) *Capítulos tres al cinco ...*
- (b) *Capítulo siete;*
- (c) *Capítulo nueve;*
- (d) *Capítulo once; o*

(e) Capítulo quince...

Así, si una medida del Gobierno orientada a fortalecer la educación pública, limita las ganancias de las empresas que lucran con centros de educación privados; aun en tal caso una empresa extranjera que se considere perjudicada puede pedir una indemnización por expropiación indirecta.

Supongamos por ejemplo, que una política pública permite transformar en semipúblicos un grupo de colegios públicos (con el consentimiento de los padres de familia) y que eso ocasiona una merma sustancial en la matrícula de los colegios privados de la zona, al grado que estos dejen de operar con ganancias.

Tal política pública podría ser impugnada según 20.2. igual cualquier medida que disminuya significativamente las ganancias de un inversionista extranjero en el sector de servicios.

Razón No. 57.

Porque el artículo 10.16 (Sometimientto de Una Reclamación a Arbitraje) discrimina a favor de los inversionistas y en contra del Estado.

En relación a la **Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado**, del Capítulo 10, el artículo 10.16 establece en el inciso 1. (a) que

“... el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en la que se alegue:

(i) que el demandado ha violado:

(A) una obligación de conformidad con la Sección A;

(B) una autorización de inversión⁷⁷, o

(C) un acuerdo de inversión⁷⁸...” (subrayado nuestro).

Del mismo contenido de este artículo se desprende que el Estado costarricense sólo puede ser demandado, pero nunca podrá ser demandante, aunque considere que un inversionista no respete las disposiciones del tratado.

Más explícito al respecto de esta unilateralidad ante la ley, es el artículo 10.28 (**Definiciones**), que precisamente define demandante como

“el inversionista de una Parte que es parte de una controversia relativa a inversiones con otra Parte”, (subrayado nuestro)

y como demandado:

“...la Parte que es parte de una controversia relativa a una inversión”

Al establecerse en este artículo 10.16, que el Estado costarricense sólo puede ser demandado pero nunca puede ser demandante, se incurre en un vicio de inconstitucionalidad, porque viola la igualdad ante la ley establecida en el artículo 33 de la CP. No puede existir igualdad ante la ley, si el demandado no puede a la vez interponer una demanda.

⁷⁷ “**Autorización de inversión** significa una autorización otorgada por las autoridades de inversiones extranjeras de una Parte a una inversión cubierta o a un inversionista de otra Parte.”

⁷⁸ “**Acuerdo de inversión** significa un acuerdo escrito que comience a regir en el momento o después de la fecha de la entrada en vigor de este Tratado entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte que otorga la inversión cubierta o derechos al inversionista: (a) con respecto a los recursos naturales u otros activos controlados por las autoridades nacionales; y (b) sobre el cual la inversión cubierta o el inversionista se fundamenta para el establecimiento o adquisición de una inversión cubierta diferente del acuerdo escrito mismo.”

Razón No. 58.

Porque la Sección B: Solución de Controversias Inversionista-Estado (artículos 10.15 a 10.27) conlleva a la creación de tribunales arbitrales al margen de las leyes nacionales, en violación de los artículos 2, 3 y 33 de la Constitución Política.

El texto del TLC EE-CA incluye prácticamente una copia fiel de los mecanismos de solución de controversias del TLCAN, “... *que son antidemocráticos y sin ningún balance social pues atienden tan sólo a los intereses de las grandes corporaciones. Estos mecanismos otorgan a las corporaciones extranjeras derechos especiales para el uso de arbitrajes internacionales al margen de verdaderos controles públicos. Este arbitraje internacional sustituye a las legislaciones nacionales y por ende a las cortes jurídicas de los países huéspedes de la inversión extranjera*” (Alianza Social Continental, op. cit., pp. 46)⁷⁹

El artículo 10.15 establece:

“En caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia (should initially seek to resolve, the dispute) mediante consulta y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio, tales como conciliación y mediación” (subrayado nuestro).

Obsérvese que en la versión en inglés se usa el verbo “should” (debería) y no el verbo “must” (tiene que). Esto tiene un significado de gran importancia a la hora de determinar si una cláusula de un acuerdo internacional es vinculante o no⁸⁰. “Must” casi siempre es vinculante, “should” (modo subjuntivo del verbo) indica que no tiene carácter vinculante, sino de consejo, “may” (puede) nunca es vinculante. Tiene sentido enteramente permisivo y discrecional.

Por otra parte, basta con que el demandante así lo considere, para someter a arbitraje una reclamación (Artículo 10.16.1):

“En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:

(a) el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección, en lo que se alegue

(i) que el demandado ha violado

(A) una obligación de conformidad con la Sección A

⁷⁹ Con el TLCAN los inversionistas ya han hecho un uso considerable de estos mecanismos de solución de controversias para desafiar de manera agresiva una serie de leyes y reglamentos que interfieren con sus ganancias, un recuento de las más importantes aparece en Alianza Social Continental, noviembre de 2003: 93-99.

⁸⁰ Algo similar analizamos en nuestros comentarios al capítulo 16 del tratado (laboral).

(B) una autorización de inversión, o
(C) un acuerdo de inversión;

y

(ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de esta; ..." (subrayado nuestro).

Sobre este "arbitraje forzado para el demandado", ha escrito el Dr. Manrique Jiménez:

"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. Con ello se desnaturaliza el instituto del arbitraje, toda vez que éste requiere del ejercicio libre y voluntario de ambas partes, y no por imposición de una sola parte. Incluso nuestra Constitución Política (artículo 43) lo establece como un derecho fundamental sin perjuicio de la existencia de litigios pendientes a nivel judicial."(Análisis jurídico sobre el tratado de libre comercio y algunas de sus implicaciones en la actividad y organización del estado costarricense).

En efecto, en toda controversia relativa a una inversión que se produzca con relación a este tratado, basta con que una de las partes contendientes rechace la posibilidad de solución mediante consultas y negociación, para que los tribunales costarricenses no tengan competencia alguna, sino que ésta residirá en tribunales arbitrales, compuestos por tres árbitros (uno de Costa Rica, otro de la otra Parte y un tercero designado de común acuerdo). El derecho que se aplica en estos juicios es el derecho internacional consuetudinario, y no las leyes nacionales, lo que deroga en forma tácita el artículo 24 del Código Civil que establece:

"Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, aunque pertenezcan a extranjeros, ya se consideren dichos bienes aisladamente en sí mismos, ya en relación con los derechos del propietario como parte de una herencia o de otra universalidad".

Pero si bien este tratado puede modificar tácitamente una ley costarricense (como el Código Civil), no puede modificar o contravenir la Constitución. Establecer que los bienes situados en Costa Rica, cuando pertenezcan a extranjeros, no se someten a las leyes costarricenses, sino a leyes y tribunales internacionales, viola los artículos 2 y 3 de la CP.

Como ha indicado el Lic. José María Villalta:

"En tal caso, los Estados no podrán negarse, ni exigir que el inversionista acuda primero a los tribunales locales –como sí lo tienen que hacer sus propios ciudadanos–, pues en el acuerdo asumen el compromiso de aceptar dicha exigencia (artículo 10.17)⁸¹. De esta forma, el Estado costarricense renuncia de manera genérica a su facultad soberana de que sus decisiones y actuaciones en aplicación de la legislación

⁸¹ "Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado."

nacional sobre las actividades que individuos particulares realizan en su territorio, sean discutidas en los tribunales nacionales”⁸².

El Lic. Villalta enfatiza en su comentario, la renuncia del Estado costarricense a la soberanía en materia de conflictos entre el Estado y los particulares, lo que contraviene los artículos 2 y 3 de la Constitución.

Lo que se desprende de este análisis, es que, según lo negociado por el equipo costarricense del COMEX, el artículo 24 del Código Civil debería reformarse de la siguiente manera:

“Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, siempre y cuando sus dueños no sean inversionistas extranjeros, ...”

en clara violación del artículo 33 de la Constitución Política.

⁸² Pensamiento Solidario, **Reflexiones en torno al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Centroamérica (TLC EUCA). El caso de Costa Rica**, febrero de 2004: 10

Razón No. 59.

Porque una agenda alternativa en materia de inversión es posible⁸³

A continuación se propone un código para las inversiones basado en principios contrapuestos a los acuerdos de inversiones de los TLC's y la OMC.

1. La inversión extranjera es bienvenida en los países en desarrollo, siempre que se adhiera a las regulaciones que vigilan el cumplimiento de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, así como la sustentabilidad ambiental.
2. La inversión extranjera directa (IED) puede jugar un papel positivo cuando se dirige a actividades productivas más que especulativas, cuando transfiere tecnología apropiada y cuando facilita el acceso a mercados y genera empleos congruentes con la sustentabilidad y los planes nacionales de desarrollo determinados democráticamente.
3. Las regulaciones a la IE deben ser determinadas democráticamente por los gobiernos, en consulta con los habitantes de la Nación. Sin embargo, un mínimo de regulaciones básicas deben ser acordadas multilateralmente para prevenir la competencia compulsiva e injusta entre los mismos países en desarrollo. Por ejemplo, a través de exenciones fiscales exageradas o de la reducción de los estándares laborales y ambientales.
4. En caso de un conflicto, los derechos humanos, laborales y ambientales internacionalmente reconocidos deben quedar por encima de los derechos de los inversionistas. Como mínimo, los firmantes de un TLC deben ratificar los siguientes tratados y acuerdos internacionales: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; los convenios de la Organización Internacional del Trabajo relativos a la libertad sindical, la negociación colectiva, el trabajo infantil, el trabajo forzado y la discriminación laboral; el Convenio de las Naciones Unidas para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo de San Salvador; y los acuerdos ambientales internacionales, incluyendo el protocolo de Montreal sobre Sustancias que dañan la Capa de Ozono, la Convención Basel sobre el Control de Traslados Transfronterizos de Desechos Peligrosos y el Protocolo de Kyoto sobre emisiones de gas que causan el efecto invernadero.
5. Los acuerdos internacionales sobre regulación de inversiones deben tener en cuenta las asimetrías de poder y los distintos niveles de desarrollo que existen entre los países. Los acuerdos deben incluir concesiones no recíprocas por parte de las partes más poderosas y el reconocimiento de asimetrías y diferencias. Esto es particularmente importante para economías pequeñas como las centroamericanas que necesitan un trato especial y diferenciado.
6. Los acuerdos también deben respetar la diversidad de jurisdicciones políticas, como estados, provincias, municipalidades y gobiernos indígenas; que existen en algunos países.

⁸³ Cfr: **Alternativas para las Américas**; Alianza Social Continental, diciembre de 2002, pp. 75-80.

PARTE IV: COMERCIO TRANSFRONTERIZO DE SERVICIOS

Razón No. 60.

Porque el Capítulo 11 de TLC se inscribe en el marco general del AGCS, pero incluso lo sobrepasa.

Los servicios (banca, seguros y finanzas, transporte de personas, animales y objetos, telecomunicaciones, correos, salud, turismo, adaptación social, distribución y tratamiento de agua, educación, electricidad, etc.); tienen una enorme importancia no sólo para la economía y el comercio (aspecto que privilegia el AGCS –Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la OMC), sino también para los seres humanos, ya que son productos (“valores de uso”) que satisfacen necesidades humanas, muchas de ellas básicas y vitales para la vida.

Tradicionalmente, los servicios han presentado dos características distintivas, con respecto de las mercancías tradicionales:

1. Ha sido de aceptación general que el suministro de algunos de esos servicios no debe basarse (al menos no preponderantemente) en el lucro como su razón de ser, diferenciándose así de los otros bienes o mercancías que en su inmensa mayoría son ofrecidos por el sector privado.
2. Además, se entiende que la prestación o venta de un servicio implica, en la mayoría de los casos, la presencia de la persona o empresa que proporciona el servicio en el acto del intercambio.

Dadas estas características propias, tanto la producción de servicios, como su consumo o suministro son actividades que tienen lugar fundamentalmente a nivel nacional, esto es, en el interior de los países (mercado interno). Esto, independientemente de si la empresa prestadora de servicios es local o extranjera, o de si algunos servicios se exportan o se importan en mayor o menor grado. No deja de sorprender, por tanto, que hoy se hable con tanta insistencia del “comercio internacional de servicios” y que proliferen los acuerdos que promueven este supuesto comercio internacional. Este es también el caso del TLC EU-CA⁸⁴.

El tema de los servicios en el TLC se inscribe en el marco general de liberalización que se establece en el AGCS, pero en algunas áreas va incluso más allá. Fundamentalmente, porque el mecanismo de liberalización propuesto no es “de abajo hacia arriba” (enfoque de la lista positiva), sino “de arriba hacia abajo” (enfoque de lista negativa).

Por eso, una vez introducido el tema de la inversión extranjera en un acuerdo de liberalización de servicios, se aborda también el acceso a los mercados por parte de las

⁸⁴ No obstante, una forma de evitar la presencia *in situ* del proveedor en la prestación de un servicio es posible mediante la revolución de la telemática que permite el suministro de algunos servicios *on line* (educación a distancia, por ejemplo). Otra forma es mediante la materialización de un servicio, a través, por ejemplo, de la digitalización de sus contenidos (música en CD, por ejemplo).

empresas transnacionales y su libertad y protección al interior de los países. Para ello se recurre a los tres grandes principios que tiene el AGCS:

- a) la no-discriminación,
- b) la liberalización progresiva,
- c) la transparencia y la reciprocidad.

Esto es, resumidamente, que la apertura de los mercados (liberalización) debe hacerse de manera gradual y transparente, asegurando además, que las empresas extranjeras no sean discriminadas y que reciban el mismo trato que las empresas nacionales.

Las distintas modalidades de prestación de servicios y los tres principios básicos que establece el AGCS, son adoptadas por el TLC (artículos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.7). y en lo que corresponde a la inversión, el tema es parte de las disposiciones del capítulo 10.

El Capítulo Once (Comercio Transfronterizo) contiene un total de 14 artículos y dos importantes anexos:

Artículo 11.1: Ambito de aplicación

Artículo 11.2: Trato Nacional

Artículo 11.3: Trato de Nación más Favorecida

Artículo 11.4: Acceso a los Mercados

Artículo 11.5: Presencia Local

Artículo 11.6: Medidas disconformes

Artículo 11.7: Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de las Regulaciones

Artículo 11.8: Reglamentación Nacional

Artículo 11.9: Reconocimiento Mutuo

Artículo 11.10: Transferencias y Pagos

Artículo 11.11: Implementación

Artículo 11.12: Denegación de Beneficios

Artículo 11.13: Compromisos Específicos

Artículo 11.14: Definiciones

Anexo 11.9: Servicios Profesionales

Anexo 11.13: Compromisos Específicos.

A continuación analizamos los más importantes de estos artículos, poniendo énfasis en sus riesgos e implicaciones. Comenzamos con el artículo de definiciones, el 11.4.

Razón No. 61.

Porque el Artículo 11.14 del TLC va más allá del principio de “liberalización progresiva” de los servicios contemplado en el AGCS.

“Artículo 11.14: Definiciones

Para los efectos de este Capítulo:

Comercio transfronterizo de servicios o suministro transfronterizo de un servicio significa el suministro de un servicio:

- (a) del territorio de una Parte al territorio de otra Parte;*
- (b) en el territorio de una Parte, por una persona de esa Parte, a una persona de otra Parte, o*
- (c) por un nacional de una Parte en el territorio de otra Parte pero no incluye el suministro de un servicio en el territorio de una Parte por un inversionista de otra Parte, tal como está definido en el Artículo 10.28 (Definiciones) o por una inversión cubierta ...” (subrayado nuestro)*

A partir de esta “definición” (en ningún momento se aclara que se entiende por “servicio”)⁸⁵, hay cabida para todas las formas imaginables de prestación de servicios, sin distinguir entre personas y profesionales o entre grandes y pequeñas empresas, ya sean locales o extranjeras.

Entonces, este capítulo se refiere a todos los modos de suministro de un servicio, excepto los suministrados por un inversionista extranjero (“presencia local”), que están contemplados en el capítulo 10.

¿Cuáles son los modos de suministro de un servicio?

Hoy en día, la mayoría de los servicios se provee internacionalmente a través del establecimiento de las empresas en el extranjero; de manera que se trata de un asunto de inversión y no de comercio. Así, el AGCS es en realidad un marco para un acuerdo multilateral de promoción y protección de la inversión en servicios. Esto queda definitivamente claro en el TLC, donde Estados Unidos ha dado un paso importante en su tesis de sobreproteger a los inversionistas, también en el campo de los servicios. En el cuadro siguiente se coteja las modalidades de prestación de un servicio, tal como estas se han definido en el marco del AGCS y tal como aparecen en el TLC.

⁸⁵ “La ausencia de una definición precisa de lo que se considera “servicios”, implicará que cualquier actividad –que eventualmente pueda ser objeto de una explotación comercial, sin importar su régimen jurídico actual–, podrá ser sometida a las regulaciones contenidas en este capítulo [capítulo 11]. De hecho, si se analiza el texto del acuerdo, se podrá constatar que se consideran como “servicios” aspectos tan sensibles como la bioprospección sobre la biodiversidad nacional, la caza y la pesca deportiva, las concesiones de la zona marítimo terrestre o la exploración petrolera”(José María Villalta, *Sobre el capítulo de servicios*, en: **Reflexiones en torno al tratado de libre comercio. Razones para el rechazo**, San José, Costa Rica, 2004: 132-133).

Modalidades de prestación de un servicio en el marco del AGCS y en el TLC EU-CA		
En el AGCS (Art. I.2)	En el TLC EU-CA	Comparación
<u>Movimiento del proveedor</u> : el proveedor (persona física) se desplaza al extranjero a prestar servicios; por ejemplo, una asesoría informática (I.2.d)	Suministro de un servicio por un <u>nacional</u> de una Parte en el territorio de otra Parte.	Se trata de modos de suministro equivalentes, pero en el TLC el proveedor se limita a un <u>nacional</u> , es decir, a una <u>persona natural</u> (nativo o residente permanente), por lo que <u>no incluye el caso de que el proveedor sea una empresa</u> .
<u>Movimiento del consumidor</u> : el consumidor se desplaza al país proveedor del servicio; por ejemplo, un paciente que viaja a someterse a una operación quirúrgica (I.2.b).	Suministro de un servicio en el territorio de una Parte, por una <u>persona</u> de esa Parte a una <u>persona</u> de otra Parte.	Estos modos de suministro son totalmente equivalentes, ya que persona se refiere tanto a una persona natural como a una persona jurídica (empresa).
<u>Comercio transfronterizo</u> : donde no hay desplazamiento físico de personas; por ejemplo, una conversación telefónica de larga distancia o una transferencia bancaria internacional (I.2.a).	Suministro de un servicio del territorio de una Parte al territorio de otra Parte.	También se trata de modos de suministro equivalentes: el típico comercio transfronterizo.
<u>Presencia comercial</u> : el proveedor de servicios se establece en el territorio de otro país, por ejemplo, una empresa de seguros o una empresa eléctrica (I.2.c).	Suministro de un servicio en el territorio de una Parte por un inversionista de otra Parte (según Artículo 10.28) o por una inversión cubierta.	En el caso del TLC este modo de suministro no se regula por las disposiciones del Capítulo 11, sino por las del Capítulo 10 (Inversión). Abarca también el “movimiento del proveedor”, cuando este es un inversionista y no un “nacional”.

Es decir, cuando quien suministra el servicio es un proveedor-empresa de otra Parte (ya sea mediante la modalidad de movimiento del proveedor o de “presencia comercial”), esta modalidad de suministro no queda cobijada por el Capítulo 11, sino por las disposiciones del Capítulo 10 (Inversión).

Gracias a este artilugio, los negociadores del “CAFTA” han evitado la molesta discusión (en el seno del ALCA, por ejemplo) sobre la “presencia comercial” (inversión extranjera en el campo de los servicios), de modo que la inversión extranjera en el campo de los servicios ha sido trasladada al ámbito del Capítulo 10 (Inversión), con todos los derechos que los inversionistas allí reciben (TN, NFM, NMT, RD, T, expropiación indirecta, cláusula inversionista-estado, régimen especial de expropiación/indemnización)⁸⁶.

⁸⁶ No obstante, al parecer, todo el campo de las inversiones y los servicios financieros se traslada al capítulo 12, según la aclaración en 10.2.3.

De paso, el principio de “liberalización progresiva” del AGCS (Parte IV), que al menos reconoce las diferencias de capacidades entre países para liberalizar sus mercados, es burlado en el TLC, ya que en el Capítulo 10 (Inversión) no se incluye nada semejante, ni hay un trato especial y diferenciado para los países centroamericanos, excepto algunos aspectos muy puntuales relacionados con plazos de acatamiento y umbrales. Si los Estados Unidos pretende –como es de esperar- utilizar los resultados de la negociación con Centroamérica, como un precedente en sus negociaciones en el ALCA, este sería un aspecto claro en el cual el ALCA sería un AGCS Plus.

Esta “progresividad” se ha definido, supuestamente, para los servicios de seguros y telecomunicaciones, pero en ambos casos se trata en realidad de una apertura atropellada. Lo grave es que no se resguarda ninguna progresividad en servicios sociales como salud y educación, cuando éstos son suministrados por empresas privadas.

Razón No. 62.

Porque el Artículo 11.1 amplía significativamente el ámbito de aplicación de los servicios

Dado lo extenso de este Artículo, lo comentaremos párrafo por párrafo.

“Artículo 11.1: Ambito de Aplicación

1. *Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte que afecten el comercio transfronterizo de servicios por un proveedor de servicios de una Parte. Tales medidas incluyen las medidas que afecten a:*

- (a) la producción, distribución, comercialización, venta y suministro de un servicio;*
- (b) la compra o uso de, o el pago por, un servicio;*
- (c) el acceso a y el uso de sistemas de distribución y transporte, o de redes de telecomunicaciones y los servicios relacionados con el suministro de un servicio;*
- (d) la presencia en su territorio de un proveedor de servicios de otra Parte; y*
- (e) el otorgamiento de una fianza u otra forma de garantía financiera, como condición para la prestación de un servicio.*

Recordemos que según el Artículo 2.1, el término “medida incluye cualquier ley, reglamento, procedimiento, requisito o práctica”. En este caso, tales medidas se refieren a aquellas aplicadas en todos los sectores de servicios, ya que se ha adoptado en enfoque de lista negativa.

En principio, entonces, este capítulo cubre todo el proceso de suministro de un servicio: la producción, la distribución y el comercio de servicios, así como todos los modos de suministro de este comercio de servicios (según vimos en el artículo 11.14)

2. *Para los efectos de este Capítulo, “medidas adoptadas y mantenidas por una Parte” significa las medidas adoptadas o mantenidas por:*

- (a) gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales; y*
- (b) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.*

Como se aprecia, las disposiciones de este capítulo afectan también a las municipalidades y a las ONG que reciban fondos del gobierno

En general, pero de manera contundente, la aplicación del acuerdo se orienta a restringir o modificar todas las acciones gubernamentales relativas a su institucionalidad que supuestamente restringen “innecesariamente” el comercio/inversión extranjera en servicios, incluyendo las medidas tomadas por autoridades locales

Así, la cobertura universal del capítulo es un punto de partida (enfoque lista negativa), no un punto de llegada, como en el enfoque de lista positiva que se aplica en el AGCS.

3. *Los Artículos 11.4 (Acceso a los Mercados), 11.7 (Transparencia) y 11.8 (Reglamentación Nacional) también se aplican a las medidas de una Parte que afecten el suministro de un servicio en su territorio por un inversionista de otra Parte, tal como se define en el Artículo 10.28 (Definiciones) o por una inversión cubierta.*

Es decir, además de las protecciones establecidas en el capítulo 10 para los inversionistas extranjeros, las tres anteriores deben agregarse cuando se trata de inversiones en el área de los servicios. Con esto, queda aun más claro que las disposiciones de este capítulo, en unión con las del capítulo 10, se refieren a medidas que afecten el comercio/inversión en el área de los servicios.

4. *Este Capítulo no se aplica a:*

(a) los servicios financieros ...

(b) los servicios aéreos ...

(c) la contratación pública; o

(d) los subsidios o donaciones otorgadas por una Parte...

Los servicios financieros y la contratación pública se norma en otros capítulos.

Nuevamente se excluye de las disposiciones del tratado (como en el capítulo 9), los préstamos “atados” que los países desarrollados suelen otorgar a los subdesarrollados.

5. *Este Capítulo no impone a una Parte ninguna obligación respecto a un nacional de otra Parte que pretenda ingresar a su mercado de trabajo o que tenga empleo permanente en su territorio, ni de conferir ningún derecho a ese nacional, respecto a dicho acceso o empleo.*

Ningún derecho para los inmigrantes es reivindicado, ni siquiera cuando estos tengan un trabajo permanente.

6. *Este Capítulo no se aplica a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales. Un “servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.*

La realidad es que estos servicios ya se han reducido a su mínima expresión (correos, seguridad social obligatoria, lotería, banca central), pues en la gran mayoría de los casos los servicios públicos, como la educación y la salud, coexisten con servicios similares brindados por empresas privadas con fines de lucro.

Por lo anterior, entre otras cosas, ha sido tan importante para EE UU romper el monopolio del INS (seguros) y del ICE (telecomunicaciones). Estos servicios dejan de ser “servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales”.

En estos dos casos (seguros y telecomunicaciones), queda claro que el TLC se involucra directamente en las actividades y regulación de servicios que se suministran internamente

y bajo la soberanía institucional costarricense, estableciendo plazos e imponiendo leyes para la apertura. Aquí queda claro el carácter “invasor” del TLC.

Por lo demás, es llamativo el carácter residual y negativo de la definición: “todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”.

En suma, la aplicación del capítulo adquiere un carácter comprensivo y universal en cuanto abarca a todas las medidas gubernamentales relativas al suministro de servicios (producción, distribución, venta y comercialización), y a todos los sectores de servicios (salvo las no aplicaciones en 11.1.3 y en 11.1.6). En cuanto a los modos de suministro, la presencia local se ha incorporado en el Capítulo 10, pero dejando claro que los artículos sobre acceso a mercados (11.4), transparencia (11.7) y reglamentación nacional (11.8) también se aplican a la inversión extranjera en el área de los servicios.

El siguiente comentario sobre el texto borrador del ALCA es también pertinente para la comprensión del capítulo 11 del TLC:

“Al considerar la “presencia comercial” de empresas extranjeras en el territorio de cualquier otro país junto a “la prestación de servicios comerciales por parte del sector público”, que por lo general se dan en el ámbito local, regional o nacional; se hace evidente que la propuesta tiene que ver más con el comercio interno de servicios en las actividades y regulación de servicios que ocurren al interior de los países” (ASC, 2003, pp. 38).

Este punto es fundamental. Admitiendo las incongruencias que presenta la modalidad de “presencia comercial”, que en realidad se refiere a inversión extranjera en el área de los servicios, los negociadores del TLC han considerado más oportuno que la misma quedara abarcada en el capítulo 10, con las aclaraciones y ampliaciones del caso que establece el capítulo 11. Con esto, tales inversiones y el respectivo suministro de servicios, de hecho “competirán” con la prestación de servicios del sector público “*que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios*” (11.1.6, subrayado nuestro). [neither on a commercial basis, nor in competition, según la versión en inglés]. O sea, para poner un ejemplo, un servicio de salud pública no suministrado comercialmente pero en donde existan otros proveedores en competencia (prácticamente todos), sí debe ajustarse a las disposiciones del capítulo 11 (y el capítulo 10, en lo que a la inversión se refiere). Lo mismo vale para un servicio de educación pública. De hecho, quedan ya muy pocos servicios públicos que cumplan con la condición de ser “servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales” (las funciones de un banco central o de un ministerio de hacienda en materia de recaudación de impuestos, por ejemplo). Pero este no es el caso de la inmensa mayoría de los servicios públicos en las áreas de salud, educación, vivienda, suministro de agua potable, etc.

Como veremos, esto abre un portillo para que los inversionistas extranjeros impugnen políticas y programas de gobierno que, orientados a mejorar la cobertura o la calidad en el suministro de un servicio público, afecte las ganancias de un inversionista privado en el mismo ramo (expropiación indirecta, anulación o menoscabo).

Razón No. 63

Porque en el TLC, el trato nacional en materia de servicios se transforma en una obligación general

“Artículo 11.2: Trato Nacional

1. *Cada parte otorgará a los proveedores de servicios de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios proveedores de servicios...”*

“Artículo 11.3: Trato de Nación más Favorecida

Cada Parte otorgará a los proveedores de servicios de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte.”

Como hemos señalado anteriormente, estos principios buscan asegurar condiciones favorables para la inversión extranjera y para las actividades de las empresas transnacionales, en este caso, en el área de los servicios. Para lograr mejor este fin se convierten en obligaciones generales.

La definición de Trato Nacional que aparece en 11.3 ha sido adoptada del GATS. Sin embargo, en el GATS el Trato Nacional es un “compromiso específico” que adquiere un país, y que debe ser aplicado sólo en un sector específico de servicios que se ofrece liberalizar (incluido en la lista de compromisos). El GATS solo reconoce como obligación general el principio de Nación mas Favorecida (Artículo II). En el TLC (como en la propuesta del ALCA) se pretende que ambos principios sean aceptados como una “obligación general” aplicable a todos los países y a todos los sectores proveedores de servicios. Las excepciones (además de las mencionadas en 11.1.4 y en 11.1.6) se norman en el artículo 11.6 y se listan en los Anexos I y II.

En este, como en otros puntos (enfoque de lista negativa, concepto omnicompresivo de servicios), el TLC se convierte en un GATS plus, y allana el camino para enfoques similares en el ALCA (de hecho ya contemplados en el texto borrador).

Razón No. 64.

Porque el Artículo 11.4 generaliza la apertura de los servicios como norma.

“Artículo 11.4: Acceso a los Mercados

Ninguna Parte adoptará o mantendrá, sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, medidas que:

(a) impongan limitaciones sobre:

- (i) el número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas,*
- (ii) el valor total de los activos ...*
- (iii) el número total de operaciones de servicios ..., o*
- (iv) el número total de personas naturales que puedan emplearse en un determinado sector...*

(b) restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.”

El Trato Nacional y el Trato de Nación más Favorecida son insuficientes, en sí mismos, para asegurar una efectiva liberalización que favorezca a las empresas transnacionales de servicios. De allí la necesidad de introducir disciplinas relativas al acceso a mercados que también se convierten en una obligación general.

Este libre acceso a los mercados se complementa con lo que establece el artículo 11.5 (Presencia Local) y el artículo 11.10 (Transferencias y Pagos). Pero veamos los puntos más importantes del 11.4:

- Se eliminan ciertas opciones de políticas que tienen los gobiernos para regular los servicios, disminuyendo absoluta e incondicionalmente su autoridad democrática.
- Se generaliza la apertura como norma, sustituyendo una decisión que debe estar supeditada al análisis de cada caso concreto, en función de objetivos sociales, económicos y culturales.
- Se anula la potestad del Estado de regular y limitar el número de proveedores que pueden prestar un determinado servicio (según 11.4.a.i), salvo las excepciones contempladas en los Anexos.
- Se impide regular el tipo de personas jurídicas mediante las cuales pueden organizarse los proveedores de servicios (según 11.4.b).
- Ya no sería posible fortalecer (sin aumentar su disconformidad con el tratado), la actual división regional del mercado de electricidad que se da a las cooperativas eléctricas.

- Tampoco sería posible asignarle a una cooperativa el suministro en exclusiva de algún servicio, ni siquiera en una región determinada (transporte, telecomunicaciones, correos, salud, turismo, distribución y tratamiento de agua, educación, electricidad, etc.)
- Las excepciones a lo anterior dependerán de las medidas disconformes contempladas en los Anexos I y II. (¿Son las cooperativas y el sector de economía social “salvados” en esos Anexos?)
- Como vimos que en el Capítulo 9, no hay ningún trato especial para estos sectores, a menos que sean mipymes.

En síntesis, en el TLC (cap. 10 y 11), la inversión extranjera y las empresas transnacionales encontrarán el mejor de los mundos posibles: el Trato Nacional y el Acceso a mercados como obligaciones generales aplicables a todos los países comprometidos, a todos los subsectores y proveedores de servicios y a todas las formas de suministro.

En este sentido, una vez más, el TLC iría mucho más allá que el GATS, ya que este último reconoce como obligación general sólo al principio de la Nación más Favorecida.

Razón No. 65.

Porque el Artículo 11.5 dificulta el establecimiento de responsabilidades a las empresas transnacionales por sus actos.

“Artículo 11.5: Presencia Local

Ninguna Parte exigirá a un proveedor de servicios de otra Parte que establezca o mantenga una oficina de representación u otro tipo de empresa, o que resida en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio.”

Este artículo refuerza los principios generales de trato nacional, trato de nación más favorecida y Acceso a Mercados, ya que impide que el Estado requiera a los proveedores extranjeros de servicios que cuenten con una representación en el país, a fin de poder exigirles responsabilidad por sus actos (salvo las excepciones contempladas en el Anexo I).

Razón No. 66.

Porque las medidas disconformes que norma el Artículo 11.6 son un arma de doble filo.

“Artículo 11.6: Medidas disconformes

1. *Los Artículos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.5 no se aplican a:*
 - (a) *cualquier medida disconforme existente que sea mantenida por una Parte a:*
 - (i) *gobierno de nivel central, tal como se estipula en el Anexo I.*
 - (ii) *Un gobierno de nivel regional, tal como se estipula en su lista del Anexo I; o*
 - (iii) *Un gobierno de nivel local⁸⁷;*
 - (b) *la continuación o pronta renovación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a); o*
 - (c) *la modificación de cualquier medida disconforme a que se refiere el subpárrafo (a) siempre que dicha modificación no disminuya el grado de conformidad de la medida, tal como estaba en vigor inmediatamente antes de la modificación, con los Artículos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.5.*
2. *Los Artículos 11.2, 11.3, 11.4 y 11.5 no se aplican a cualquier medida que una parte adopte o mantenga, en relación con los sectores, subsectores o actividades, tal como se indica en su Lista del Anexo II.” (subrayado nuestro)*

El mandato de este artículo es contundente: una medida disconforme con los artículos mencionados que no sea mantenida como tal en los Anexos I y II, puede considerarse derogada, o al menos, es cuestión de tiempo para que ello ocurra⁸⁸.

Según 11.6.1(c) las medidas (leyes y decretos) mantenidas (*maintained*: mantenidas, afirmadas, sostenidas), tampoco podrán modificarse si tal modificación aumenta su disconformidad con los artículos mencionados ¿quién decide sobre esto? En última instancia, un tribunal internacional privado.

Es sorprendente que entre las medidas disconformes del Anexo I aparezca el artículo 6 y el artículo 121 de la Constitución Política. ¿Acaso se pretende que ni siquiera una norma constitucional se pueda reformar si esta reforma contradice los citados artículos sobre trato nacional y acceso a mercados, entre otros? Tal parece que este es el caso. Con un agravante: el artículo 121 es, con mucho, el artículo central del Capítulo II del Título IX de la Constitución: *Atribuciones de la Asamblea Legislativa*. En este caso, el TLC pretende

⁸⁷ En el Anexo I, los negociadores de Costa Rica no han hecho ninguna excepción a favor de los gobiernos locales.

⁸⁸ “Mantener: Esta palabra, aparentemente inocua, es una de las más importantes y más subestimadas en los textos del TLCAN y de los acuerdos de la OMC. Un ejemplo lo tenemos en el acuerdo de la OMC que dice que los países no deberán establecer ni mantener leyes, reglamentos ni procedimientos incompatibles con las reglas de la OMC. Esta expresión significa que los países del caso se comprometen específicamente a abolir leyes y políticas vigentes que no cumplan el requisito mencionado. Generalmente, los pactos comerciales de otras épocas se han aplicado únicamente a leyes posteriores, es decir, que un país se obligaba a no establecer nuevas políticas no conformes con los requisitos de tales pactos.” (Global Trade Watch, *El abogado de bolsillo del ciudadano en lo pertinente al comercio*, pp. 12)

situarse abiertamente por encima de la misma Constitución y del Primer Poder de la República.

Razón No. 67.

Porque el Artículo 11.8 profundiza la desregulación estatal y refuerza la supuesta auto-regulación del mercado.

“Artículo 11.8: Reglamentación Nacional

[...]

2. *Con objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, cada Parte procurará asegurar, como sea apropiado para cada sector específico, que cualquiera de tales medidas que adopte o mantenga:*

(a) se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio;

(b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio; y

(c) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.” (subrayado nuestro)

Este es uno de los temas de mayor controversia, ya que la naturaleza del tratado apunta a restringir o modificar todas las medidas gubernamentales relativas a los servicios, incluidas las que tienen que ver con la regulación. Lógicamente, a mayor liberalización menor será la regulación. Como tal, este artículo se complementa con los artículos 9.7 y 9.8 (limitaciones a la contratación pública).

Se establecerán las limitaciones a las medidas que adopte una Parte con el fin de asegurar que no existan “restricciones al suministro del servicio”. Al mismo tiempo, los gobiernos tendrán que demostrar que sus regulaciones son limitadas a lo necesario y que son compatibles con las disciplinas exigidas por el tratado.

“Es decir, no se está en contra de la regulación, sino que se estipula el tipo de regulación que debe garantizarse: una que proteja a los oferentes (empresas) y promueva tanto la competencia como la utilización de mecanismos de mercado para alcanzar sus objetivos. En verdad, esta otra regulación busca reemplazar en el mediano plazo al Estado por el mercado como agente regulador. El primero deja de regular y la empresa comienza a auto-regularse. Así, la regulación estatal se va haciendo innecesaria, va perdiendo su razón de ser y desaparece progresivamente.”(ASC, 2003, pp. 40-41)

Este tipo de regulación a favor de las empresas supone la mercantilización de los servicios, su transformación en mercancías. Sólo así podrán operar las fuerzas del mercado y la pretendida autoregulación en el sector servicios.

Finalmente, en este como en otros campos, el tratado renuncia a introducir expresamente disposiciones sobre trato especial y diferenciado para las economías centroamericanas. EE UU impuso totalmente su visión sobre la “reciprocidad”.

En realidad, el objetivo último del capítulo 11 del tratado es el intento de profundizar los procesos de liberalización y desregulación económica (servicios) que se impusieron en la región después de la denominada crisis de la deuda externa. En el caso de Costa Rica se da la estocada a los servicios suministrados por el ICE y por el INS, que de ahora en adelante serán privatizados (aunque el ICE y el INS se mantengan como empresas propiedad del Estado).

El artículo 11.8 y los servicios gubernamentales

Vimos antes el carácter residual y negativo de la definición de “servicios suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales”: “todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios”

Por simple lógica, lo anterior quiere decir que los servicios gubernamentales ofrecidos de manera comercial quedarían sujetos a las disposiciones del TLC, como también los brindados en competencia con otros proveedores. Hay servicios que son suministrados exclusivamente por el Estado (seguridad social obligatoria, por ejemplo) pero hay muchos que son suministrados de manera mixta (Estado y sector privado), como la educación, la salud, la vivienda y la seguridad ciudadana, entre otros. Siendo así, podría argumentarse que, en estos casos, el servicio público ofrecido por el Estado es de carácter comercial (correos de Costa Rica, RECOPE, FANAL) o compite con otros proveedores privados (educación y salud públicas) y, en consecuencia, ambas áreas de suministro de servicios quedan cubiertas el TLC.

En el caso en que los servicios sean proporcionados exclusivamente por el Estado, no cabe duda que se aumentarán las presiones para que los gobiernos los privaticen o permitan la competencia del sector privado local y empresa extranjeras (FANAL, RECOPE), cuando no se privatizan por obligación del mismo tratado (ICE, INS).

Debe tenerse presente que una vez privatizado un servicio público (aun parcialmente) deja de ser un servicio exonerado del TLC, pues no califica como “suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales”.

En el caso de los servicios públicos que coexisten con su suministro privado (educación, salud), es fácil interpretar que los mismos son suministrados en “condiciones de competencia”, lo que los hace presa fácil de los privilegios otorgados a las empresas transnacionales en el capítulo 10 (expropiación indirecta, por ejemplo) y en el Anexo 20.2.

Razón No. 68.**Porque con el TLC Centroamérica acepta pasar de un enfoque de compromisos específicos a uno de listas negativas.**

En este punto queremos puntualizar una crítica adelantada en párrafos anteriores pero que amerita un análisis especial: la aceptación del enfoque de listas negativas. Nos basamos en un comentario del Lic. José María Villata.

“Según el Gobierno de los Estado Unidos entre los principales logros obtenidos en la negociación del tratado se destaca que:

... los países centroamericanos acordarán acceso considerable al mercado de toda la gama de los servicios, sujeto a muy pocas excepciones, usando como guía el enfoque de la llamada "lista negativa" ("negative list").⁸⁹

Ciertamente, uno de los aspectos más delicados de este capítulo es el cambio radical que se implanta en el procedimiento para determinar cuáles actividades o servicios de cada país quedarán sujetos a la aplicación del tratado y –correlativamente- cuáles sectores quedarán excluidos del deber de cumplir con las obligaciones que en el mismo se imponen. Este procedimiento, a su vez, implica definir cuáles normas o disposiciones nacionales que resulten incompatibles con las obligaciones del tratado (“medidas disconformes”) podrán subsistir y cuáles deberán ser modificadas o derogadas.

El sistema vigente en la actualidad es el contemplado en el GATS (arts. XVI, XVII y XVIII) según el cual los países asumen “compromisos específicos” de apertura y desregulación únicamente para aquellos sectores o actividades que de forma expresa incluyan en las listas anexas al acuerdo, de manera que no se le aplicarán estos compromisos a ningún otro servicio o actividad que no estén allí mencionados. Sin embargo, con el tratado se cambia este sistema al denominado “enfoque de listas negativas”, que consiste en asumir que las obligaciones de este capítulo y el capítulo de Inversiones, son aplicables a todos los servicios –independientemente de si son mencionados o no en el tratado- con la única excepción de aquellos que explícitamente se encuentren en las listas anexas y únicamente para aquellas obligaciones sobre las que se diga, también de forma explícita, que no son aplicables (art. 11.6). Es decir, ahora se trata de listas cerradas. Si un servicio no está contenido allí, se asume que debe cumplir con las obligaciones de apertura y desregulación que el tratado impone. Si está contenido en las listas, únicamente se le eximirá de la aplicación de las obligaciones sobre las que expresamente se haga mención.⁹⁰

⁸⁹ Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos. “Free Trade with Central America. Summary of the U.S.-Central America Free Trade Agreement”. p. 3. En: www.ustr.gov.

⁹⁰ En relación con este último punto, también se modifica el sistema vigente, pues en la actualidad, los países todavía cuentan con un margen un poco mayor de flexibilidad para dictar leyes nacionales que respondan a sus propias necesidades, ya que se les permite dejar “sin consolidar” las medidas que eventualmente podrían resultar incompatibles, abriendo la posibilidad de que se implanten nuevas medidas en el futuro. Ver en este sentido Ley No. 7475, Anexo “Lista de compromisos de específicos”.

Las implicaciones de esta modificación son profundas. Quiere decir que todas aquellas normas nacionales relativas a un determinado servicio que no estén expresamente listadas, deberán ser "conformes" con las obligaciones que el tratado impone pues de lo contrario, podrían ser denunciadas por las otras partes como violatorias del acuerdo.

Además del impacto difícil de prever en la capacidad regulatoria del Estado, se promueve una situación de gran inseguridad jurídica en las autoridades nacionales y en la población en general sobre las implicaciones reales que podría tener el tratado, ya que la interpretación de si una norma nacional es o no incompatible con el tratado, le corresponderá definirlo a los órganos supranacionales de solución de disputas que se crean en el marco de este acuerdo." (Villalta, op. cit, pp. 134-135).

Razón No. 69.**El caso UPS vs. CANADA POST y el Artículo 11.13 del TLC.**

El siguiente comentario, a propósito de la demanda interpuesta por la empresa estadounidense de mensajería United Parcel Service (UPS) contra la empresa pública postal canadiense (Canada Post); es también enteramente pertinente para el análisis crítico del TLC y de sus eventuales consecuencias.

*“Hay algunas empresas que ni siquiera alegan expropiación cuando inician una causa bajo el capítulo 11 del TLCAN. Al parecer, más bien están utilizando otras cláusulas del TLCAN sobre inversiones para mejorar su posición estratégica en el mercado. Un ejemplo notorio de estas maniobras estratégicas es el caso de UPS contra el servicio postal canadiense. UPS alega que como Canada Post ya opera servicios públicos de entrega de cartas y correos, no debería permitírsele competir en la prestación de servicios integrados de mensajería y entrega de paquetes. UPS reivindica que la vasta infraestructura de Canada Post representa un subsidio –ilegal bajo las reglas del TLCAN- para sus servicios de mensajería y entrega de paquetes, que le dan una ventaja injusta a Canada Post en el mercado. En esta época en que la prestación pública y comercial de servicios a menudo conviven y se entremezclan, muy pocos servicios públicos –inclusive los de salud y educación- estarían exentos de impugnaciones similares a manos de empresas extranjeras privadas. El caso UPS entraña una de las facetas más preocupantes del conjunto de casos elevados ante tribunales del TLCAN, esto es, que las empresas parecen estar abandonando una postura defensiva (de protegerse contra eventuales expropiaciones) para adoptar en cambio una ofensiva, que les reporte condiciones o cuotas de mercado más favorables o mayores.” (Public Citizen, **El Ataque Contra la Democracia: el historial del capítulo 11 del TLCAN sobre inversiones y las demandas judiciales de empresas contra gobiernos**. Octubre de 2002. www.tradewatch.org/ftaa/ALCA_Espanol)*

Pues bien, los negociadores del TLC han dispuesto en el artículo 11.13 (Compromisos Específicos), todas las facilidades para la expansión y control del mercado de las empresas estadounidenses de “servicios de envío urgente”, como la misma UPS.

“Artículo 11.13: Compromisos Específicos*1. Servicios de envío urgente*

(a) Las Partes afirman que las medidas que afecten a los servicios de envío urgente están sujetas a este Tratado.

[...]

(c) Las Partes expresan su deseo de mantener al menos el nivel de apertura de mercado que otorguen a los servicios de envío urgente existente a la fecha de suscripción de este Tratado.

(d) Ninguna Parte de Centroamérica adoptará o mantendrá ninguna restricción a los servicios de envío urgente que no se encuentre vigente en la fecha de suscripción de

este Tratado. Cada Parte de Centroamérica confirma que no tiene intención de destinar los ingresos de su monopolio postal para beneficiar los servicios de envío urgente, tal como se definen en el subpárrafo (b). ...

(e) Cada parte asegurar

(f) á que cuando su monopolio postal compita, ya sea directamente o a través de una empresa afiliada en el suministro de servicios de envío urgente fuera del alcance de sus derechos monopolísticos, tal proveedor no abusará de su posición monopolística para actuar en su territorio de forma inconsistente con las obligaciones de las Partes conforme los Artículos 11.2, 11.3, 11.4, 10.3, 10.4 ...”

Como vemos, UPS ha aprendido de su experiencia en el TLCAN, y los negociadores estadounidenses han cerrado cualquier portillo para que el servicio de envío urgente pueda ser suministrado en calidad de servicio público social por parte de las empresas estatales de correos de Centroamérica.

Razón No. 70.

Las “Medidas disconformes” de los Estados Unidos: Asimetrías a favor de la potencia del norte.

En el Anexo I, Lista de Estados Unidos, aparece la siguiente ficha:

Sector: Todos los sectores

Obligaciones afectadas: Trato Nacional (Artículos 10.3 y 11.2) Trato de Nación Más Favorecida (Artículos 10.4 y 11.3) Presencia Local (Artículo 11.5) Requisitos de Desempeño (Artículo 10.9) Altos Ejecutivos y Juntas Directivas (Artículo 10.10)

Nivel de Gobierno: Regional

Medidas:

Descripción: Todas las medidas existentes disconformes de todos los estados de los Estados Unidos, el Distrito de Columbia y Puerto Rico.

Como vemos, todos los estados de los Estados Unidos han “salvado” sus leyes y otras medidas disconformes a fin de obviar las obligaciones afectadas. En otras palabras, todas estas obligaciones, en todos los sectores, no se aplican a ninguno de esos estados. Si unimos esto con medidas proteccionistas similares establecidas en el Anexo 9.1.2 (b)(i), queda claro que, entre otras cosas, el acceso de la pymes costarricenses a las compras públicas de estos estados es prácticamente imposible.

Veamos ahora el Anexo II, Lista de Estados Unidos. Allí aparece la siguiente ficha:

Sector: Todos los sectores

Obligaciones

Afectadas: Acceso al mercado (Artículo 11.4)

Descripción: Comercio transfronterizo de servicios e inversión

Estados Unidos se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que no sea incompatible con las obligaciones de Estados Unidos de conformidad con el Artículo XVI del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (subrayado nuestro).

¿Qué dice el Artículo XVI del AGCS (GATS)?

Es un artículo muy parecido al 11.4 del TLC (Acceso a los mercados), e impide el establecimiento de limitaciones en aspectos como: número de proveedores de servicios, valor total de los activos, número total de operaciones de servicios, número total de

personas físicas que pueden emplearse, tipos específicos de persona jurídica y limitaciones a la participación de capital extranjero.

La pequeña gran diferencia, es que en el XVI del AGCS se toman en cuenta únicamente los sectores en que cada país ha contraído compromisos de acceso a los mercados (apertura); mientras que en el TLC es una obligación general (lista negativa).

Entonces, ¿qué salva EE UU en la ficha del Anexo II recién transcrita? Para todos los sectores, EE UU se reserva el derecho de permitir o no permitir el acceso a sus mercados de servicios a la competencia extranjera, más allá de sus compromisos adquiridos en el GATS.

Lo anterior quiere decir que el TLC es un GATS plus para Costa Rica, pero no para los Estados Unidos, ya que este país sólo queda obligado a liberalizar los servicios de su lista de compromisos en el GATS.

Razón No. 71.

Análisis de las medidas disconformes (Lista de Costa Rica) relacionadas con la Educación Privada.

Educación privada a nivel preescolar, escolar, secundaria,: NINGUNA MEDIDA DISCONFORME

Educación privada universitaria: NINGUNA MEDIDA DISCONFORME

EDUCACIÓN PRIVADA SUPERIOR (PARAUNIVERSITARIA):

“**Sector:** Servicios de enseñanza superior

Obligaciones afectadas: Trato Nacional (10.3 y 11.2) Altos Ejecutivos y Juntas Directivas

Nivel de Gobierno: Central

Medidas: Decreto Ejecutivo No. 3031 del 23 de abril del 2002 – Reglamento de la Educación Superior Parauniversitaria – Arts. 6 y 61, párrafo (d)

Descripción: Servicios Transfronterizos e Inversión

No menos del 85% del personal docente, personal docente administrativo y personal de alta dirección de un instituto privado de educación superior deberá ser costarricense.”

La anterior transcrita, es la única medida disconforme en el campo de la educación privada que aparece en el texto del tratado, de manera que cualquier disposición gubernamental que intente regular este campo podrá ser impugnada por un inversionista o suministrador de servicio extranjero, si la misma se opone a la liberalización que se propugna en el capítulo 11. Esto fomentará la “extranjerización” y la desregulación a ultranza de la educación privada.

Con ello, la capacidad regulatoria del Estado sobre la educación privada queda en entredicho.¿Qué pasará con CONESUP y con las leyes reguladoras de la educación privada? En el texto borrador del tratado se salvaba el art. 6 de la Ley de Creación del CONESUP, pero no así en el texto definitivo.

La medida disconforme sobre educación privada que aparece en Anexo I aplica solamente a institutos parauniversitarios, no a las universidades privadas, para las cuales hay total libertad de acceso e igualdad de condiciones. (TN, NFM, RD, AE&JD, AMS, PL) ¿cómo opera en este momento?

Así, los centros privados parauniversitarios entran a competir, en condiciones de casi total igualdad con aquellos financiados con inversión extranjera (sólo se los defiende del trato

nacional y presencia local). Por otro lado, y a manera de ejemplo, una política de fortalecimientos de los colegios universitarios públicos que reste mercado a los privados (extranjeros) podría conllevar a una demanda por indemnización (expropiación indirecta, competencia desleal, anexo 20.2). En cuanto a la educación privada primaria y secundaria, ésta deberá competir, en igualdad de condiciones, con eventuales competidores extranjeros.

En general, se refuerza el principio de que la educación no es un “servicio suministrado en el ejercicio de facultades gubernamentales”, por lo que se fortalece la condición de que se trata de un servicio suministrado “en condiciones de competencia”.

Chile y la privatización de la educación superior

El siguiente comentario debe hacernos reflexionar sobre las implicaciones de una mayor liberalización y desregulación de la educación privada.

“Chile, como es sabido, fue el país pionero del proceso privatizador (desde 1974) y hoy día las empresas transnacionales dominan casi todos los sectores importantes de servicios. Han penetrado incluso en la educación superior, presionando al alza el “precio” por obtener enseñanza universitaria. En efecto, entre 1996 y 2002, el costo de cursar una carrera universitaria aumentó 41,7% (34,9% en las universidades públicas y 44,1% en las universidades privadas). Eso implica que los aranceles se incrementaron anualmente en un 6% real, prácticamente el doble de lo que sucedió en las costosas casas de estudios de Estados Unidos, y muy por encima del alza del PIB per cápita y del costo de vida del país. La mensualidad promedio de las universidades chilenas supera la media de los países latinoamericanos. Este aumento de los precios ha generado también un alto nivel de deserción que va de 30% hasta 50% de los alumnos que se matriculan. De continuar esta tendencia la gran mayoría de los jóvenes del país se verán privados de ingresar a la educación superior. Baste considerar que si hoy una familia media destina un tercio de sus ingresos a la educación superior, la proyección puede ser alarmante: al 2020 puede llegar a ser dos tercios. Y eso para financiar un solo hijo.” (ASC, 2003, pp. 42).

Razón No. 72.

La Cultura, las Actividades Culturales y las “Industrias Culturales”.

En el Anexo II aparece la siguiente ficha relacionada con el ámbito de la Cultura:

“Sector Industrias Culturales

Obligaciones Afectadas: *Trato de Nación Más Favorecida (Artículos 10.4 y 11.3)*

Descripción: *Comercio Transfronterizo de Servicios e Inversión*

Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue trato preferencial a países conforme a cualquier tratado internacional bilateral o multilateral existente o futuro con respecto a industrias culturales, tales como acuerdos de cooperación audiovisual. Para mayor certeza, los programas gubernamentales de apoyo a través de subsidios para la promoción de actividades culturales no están sujetos a las limitaciones u obligaciones de este Tratado.”

Esta ficha aparece en el Anexo II, Lista de Costa Rica. Como la “cultura” no aparece en la ficha de “Servicios Sociales” de este mismo Anexo II, todo lo que se diga aquí es lo único comprendido sobre este sector.

En esta ficha del Anexo II, las “industrias culturales” son exceptuadas de la cláusula de NMF, no así del Trato Nacional. Industrias culturales abarcan actividades como: publicación, distribución o venta de libros, revistas, publicaciones periódicas, o diarios impresos o electrónicos; producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de películas o video, o música, entre otros.

Queda claro que sólo los programas gubernamentales de apoyo a través de subsidios para la promoción de actividades culturales no quedan cubiertas por el tratado.

Definitivamente, quedan establecidos dos preocupantes precedentes: a) que la cultura pasa a entenderse como “industria cultural”, y b) que la cultura, en general, ya no es considerada como un servicio social.

Razón No. 73

Los Servicios de Bioprospección (biopiratería): total liberalización.

En su lista del Anexo I, los negociadores han incluido la siguiente ficha, relativa a la bioprospección.

Sector: Servicios Científicos y de Investigación

Obligaciones afectadas: Presencia Local (Artículo 11.5)

Nivel de Gobierno: Central

Medidas: Ley No. 7788 del 30 de abril de 1998 –Ley de Biodiversidad – Art. 63.

Descripción: Servicios Transfronterizos

Los nacionales extranjeros o las personas jurídicas con domicilio en el exterior que suministran servicios de investigación científica y bioprospección, con respecto a la biodiversidad en Costa Rica, deberán designar un representante legal con residencia en Costa Rica.

Se incluyen las siguientes dos notas a pie de página:

“La bioprospección incluye la búsqueda sistemática, clasificación e investigación para propósitos comerciales de nuevas fuentes de compuestos químicos, genes, proteínas, microorganismos u otros productos con un valor económico real o potencial, encontrado en la biodiversidad.”

“La biodiversidad incluye la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, encontrados en la tierra, el aire, ecosistemas acuáticos o marinos, o en cualquier otro ecosistema ecológico, así como la diversidad entre especies y entre las especies y los ecosistemas de los que forman parte. La biodiversidad también incluye los elementos intangibles tales como: el conocimiento, la innovación y las prácticas tradicionales – individuales o colectivas- con valor económico real o potencial, asociados con recursos genéticos o bioquímicos, protegidos o no por derecho de propiedad intelectual o por sistemas de registro *sui generis*.”

La apertura es total a los llamados servicios de bioprospección, que con demasiada frecuencia son en realidad actividades de biopiratería por parte de las grandes empresas transnacionales y sus ONG socias. Nuestra enorme riqueza en biodiversidad será vendida al mejor postor.

Razón No. 74**El TLC y los Servicios Sociales.**

La siguiente Ficha es la última que aparece en el Anexo II, Lista de Costa Rica. Muchos concordarán en que se trata de la más importante, ya que se refiere a los “servicios sociales”.

“**Sector** Servicios Sociales

Obligaciones afectadas: *TN (10.3 y 11.2), NMF (10.4 y 11.3), PL (11.5), RD (10.9), AL&JD (10.10), AM (11.4).*

Descripción: Comercio Transfronterizo de Servicios e Inversión:

Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social así como los siguientes servicios, en la medida en que sean servicios sociales que se establezcan o mantengan por un interés público: seguro o seguridad de ingreso, servicios de seguridad social, bienestar social, educación pública, capacitación pública, salud, atención infantil, servicios de alcantarillado público y servicios de suministro de agua.”

Lo primero que salta a la vista es que la “definición” de “servicios sociales” deja definitivamente por fuera servicios públicos que otrora han sido considerados servicios sociales, pero que hoy son presa de la liberalización y privatización: la cultura, el deporte, la recreación y el esparcimiento, los seguros, la electricidad, las telecomunicaciones, los servicios ambientales, los servicios postales. Así, con el TLC se intenta gravar en piedra qué son y qué no son servicios sociales.

Lo segundo es que “reservarse el derecho” de mantener cualquier medida respecto a la ejecución de leyes y al suministro de servicios de readaptación social; no implica que el Gobierno de Costa Rica no prosiga con su intento de privatizar estos servicios, como lo ha intentado hacer la presente administración del presidente Abel Pacheco (administración de los EBAIS, por ejemplo)

Lo tercero es la ambigüedad en la definición de lo que es o no es un servicio social. Se trata de una definición por enumeración y cuyo único criterio de clasificación es el siguiente: “en la medida que sean servicios sociales que se establezcan o mantengan por un interés público”.

En cuarto lugar, no es cierto que estos servicios queden fuera del tratado (como si ocurre con los “servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales”, según 11.1.6).

Inquietudes o cuestionamientos particulares son los siguientes:

No es claro qué se entiende por “seguridad social” (¿incluye los regímenes de pensiones? En la lista de EE UU ambos aparecen listados separadamente); qué se entiende por “bienestar social”: ¿incluye medidas relacionadas con la calidad del empleo, las condiciones de vivienda, la redistribución del ingreso, la administración de la justicia? El caso más problemático parece ser el de la vivienda, ya que el Estado suele recurrir a contratistas privados a los que debe exigir determinadas condiciones.

Uno de los puntos más problemáticos, es que mientras la referencia a la salud no se reduce a la salud pública sino a la salud en general; en el caso de la educación sólo se refiere a la educación pública. Así, la desregulación de la educación privada será total, con la única e ínfima salvedad con respecto a los institutos parauniversitarios. ¿que es “seguro o seguridad de ingreso”?

Razón No. 75**El TLC y la Educación Pública: atando cabos.**

ATANDO CABOS: Aunque como vimos en el punto anterior, la educación pública es “salvada”, el TLC contiene varios portillos que representan una amenaza para la educación pública en todos sus niveles. Veamos:

1. Puerta abierta para la desregulación de la educación privada. Cualquier regulación que se oponga a TN, NMF, RD, PL, AM, puede ser impugnada por un inversionista extranjero.
2. Puerta abierta para la penetración de inversionistas extranjeros en el campo de la educación (posible interés inicial en el campo de la educación superior). Transnacionalización de la educación privada.
3. Vigencia del mecanismo de expropiación indirecta. Los inversionistas privados velarán por su cuota de mercado y su margen de rentabilidad.
4. Existencia de una prestación mixta del servicio (público/privado) (11.1.6). Se consolida un sistema de educación mixto donde la “competencia” es inevitable.
5. El Anexo 20.2 (Anulación o Menoscabo)⁹¹.
6. Aceptación amplia del término “medidas” (11.1.2). Cualquier medida de política pública que amenace o tenga por efecto disminuir las condiciones de rentabilidad en el sector de educación privada, podría ser impugnado.
7. Anexo II: Costa Rica sólo incluye la educación pública, no la educación en general (a diferencia de la salud)
8. La educación pública no queda excluida del tratado (sólo se establece una reserva de derecho).

Analícemos algunos ejemplos hipotéticos:

- 1) En un cantón un colegio público se transforma en semi-público (comprometiéndose a dedicar los recursos de las mensualidades a mejorar la enseñanza del inglés y de la computación); lo que ocasiona una merma considerable en la matrícula del colegio privado de inversionistas extranjeros que hay en ese mismo cantón. Los inversionistas de este colegio privado podrían convencer al Gobierno de su país para que este entable una demanda contra el Estado costarricense y exigir una indemnización millonaria, o la suspensión de la medida disconforme o de menoscabo.
- 2) Costa Rica decide aumentar sustancialmente los recursos que dedica a la educación pre escolar pública, lo que hace quebrar varios de estos centros. Estos podrían interponer una demanda por tal motivo.

⁹¹ “Anexo 20.2 Anulación o Menoscabo. 1. Las Partes podrán recurrir al mecanismo de solución de controversias de este capítulo, cuando en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga al Tratado, consideren que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudieron haber esperado recibir de la aplicación de las siguientes disposiciones: capítulos tres al cinco ..., capítulo once ...”. Esta disposición le permite a las empresas extranjeras, incluso defender una cuota de mercado dada en actividades que compitan con un servicios público, como los servicios postales o la educación.

- 3) Una reforma integral de la educación secundaria hace a ésta más atractiva, restando mucha matrícula a los colegios privados o a algunos en particular. Otra vez los inversionistas extranjeros podrían interponer una demanda a través de su gobierno.
- 4) Si un colegio público recibe fondos adicionales para impulsar una mejora sustancial de la enseñanza del inglés, y tiene éxito en su propósito, esto podría restar rentabilidad a un colegio privado adyacente, el que podría demandar al estado por ello.

Con estos ejemplos queda claro lo siguiente: cualquier reforma radical o integral de la educación pública que haga menos rentable la educación privada podría ser impugnada por otra Parte como violatoria del anexo 20.2. Costa Rica debería pagar una multa, recibir un trato de suspensión de beneficios o verse obligado a suspender la medida.

En conclusión, figuras como la expropiación indirecta o la anulación o menoscabo podrían sentenciar las asimetrías existentes entre la educación pública y la privada en Costa Rica.

Razón No. 76

¿Si ya existe el GATS. Para qué un capítulo de servicios en el TLC?

Obviamente, lo que el TLC pretende es ir mucho más allá de los compromisos de liberalización adquiridos en el GATS. Veamos:

- El capítulo 11 se aplicaría a todas las medidas adoptadas por los gobiernos relativas a los servicios.
- Conceptos claves como TN, NMF y el Acceso a Mercados no sólo adquieren un significado mucho más amplio sino que, además, se impondrán como obligaciones generales aplicables a todos los países que firmen el tratado, a todos los subsectores y proveedores de servicios y a todas las formas de suministro.
- Este sistema de obligaciones generales no adopta el mecanismo de liberalización de la lista positiva, sino el mucho más agresivo de la lista negativa. Esto significa compromisos en todos los sectores y modos de suministro –a menos que estén explícitamente incluidos en listas de excepciones-, lo que amplía y acelera enormemente el proceso de liberalización de los servicios.
- Con lo anterior se sobrepasa el principio de flexibilidad del GATS (artículo XIX) que permite a los países en desarrollo abrir menos sectores y liberalizar menos transacciones de acuerdo con su grado de desarrollo.
- Además, según las nuevas disposiciones, la gran mayoría de los servicios gubernamentales podrán ser comprendidos en el acuerdo. Igual o más preocupante es el tema de la regulación que se limita severamente.

Razón No. 77.

Porque una agenda alternativa en materia de servicios es posible⁹²

Esta agenda puede construirse a partir de los siguientes principios u objetivos:

1. Garantizar, por parte de los Estados nacionales, el derecho de los ciudadanos al acceso a los servicios básicos. En el caso que una negociación o acuerdo de libre comercio atente contra ello, los servicios deben ser excluidos de esos acuerdos.
2. Reconocer el derecho que tienen todos los gobiernos tanto para dejar fuera de las negociaciones a ciertos servicios vitales como para introducir medidas temporales de salvaguardias en algunos de ellos.
3. Reformar y fortalecer las políticas regulatorias y de competencia con el fin de ayudar a controlar de manera efectiva el comportamiento de las grandes empresas (extranjeras y nacionales, estatales y privadas) suministradoras de servicios públicos. Estas regulaciones deben salvaguardar el derecho de los Estados nacionales de mantenerse como proveedor exclusivo de servicios esenciales cuando así lo aconseje el bien común.
4. Mejorar y/o establecer una efectiva regulación nacional y hemisférica de los flujos financieros, especialmente los de tipo especulativo.
5. Los estados nacionales deben proteger los derechos de los ciudadanos y consumidores. Las leyes de protección al consumidor deben aplicarse a todos los sectores de servicios. Estas leyes deben tener preeminencia sobre cualquier acuerdo comercial.
6. Todo acuerdo de comercio/inversión y de integración debe basarse en el respeto irrestricto a la soberanía nacional y la democracia. Los principios de “trato nacional” y de “acceso al mercado” que se incorporan en las negociaciones sobre servicios, no son aceptables debido a que no hacen más que buscar el libre acceso de las empresas extranjeras a los servicios locales, restringiendo o prohibiendo las políticas gubernamentales que supuestamente distorsionan el mercado.
7. La transparencia en toda negociación es esencial. Las negociaciones de todo acuerdo comercial se llevan a cabo lejos del control público, a pesar de que la gran mayoría de los habitantes se verán afectados.

⁹² Cfr: **Alternativas para las Américas**, Alianza Social Continental, diciembre de 2002, pp. 102-103.

PARTE V: LABORAL

Razón No. 78.

Porque el artículo 16.8 restringe y degrada el ámbito de lo que se entiende por “legislación laboral”.

“Artículo 16.8: Definiciones

Para los efectos de este Capítulo:

Legislación laboral significa leyes o regulaciones de una Parte, o disposiciones de las mismas, que estén directamente relacionadas con los siguientes derechos laborales internacionalmente reconocidos:

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

Para mayor certeza, el establecimiento de normas y niveles por cada una de las Partes respecto de salarios mínimos no estará sujeto a obligaciones en virtud de este Capítulo. Las obligaciones contraídas por cada Parte conforme a este capítulo se refieren a la aplicación efectiva del nivel del salario mínimo general establecido por esa Parte” (subrayado nuestro)

La definición de “legislación laboral” recién transcrita es el resultado de un acuerdo entre los negociadores sobre un grupo reducido de derechos laborales según los define la OIT en su Declaración sobre Principios y Derechos Laborales Fundamentales; con el efecto de que restringe y degrada el ámbito de la legislación laboral costarricense, al no incluir temas como: seguridad social, contrato de trabajo, derechos como aguinaldo, vacaciones, pensión o indemnización por despido. El alcance de esta definición es crucial, ya que delimita cualquier curso de acción o disputa

referida a una infracción de esta reducida normativa denominada “legislación laboral”. Además, da cuenta de que los negociadores obviaron cualquier discusión sobre el tema de la convergencia o armonización de estándares laborales.

Pero además, deja por fuera derechos laborales cruciales contenidos en nuestra Constitución Política y que su artículo 74 obliga a legislar y reglamentar “...a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional”:

- a) el derecho al trabajo y a la libre elección del trabajo (artículo 56),

- b) el derecho a la libre sindicalización (artículo 60)
- c) el derecho a la huelga (artículo 61),
- d) el derecho a la negociación de convenciones colectivas de trabajo (artículo 62),
- e) el derecho a organizarse en cooperativas (artículo 64),
- f) el derecho a no ser discriminado respecto al salario (artículo 68),
- g) el derecho de las mujeres a una protección especial (artículo 71),
- h) la protección a los desocupados (artículo 72) y
- i) el derecho a la preparación técnica y cultural de los trabajadores (artículo 67).

Es notorio y lamentable que la citada definición excluye lo relativo a la Convención 111 de la OIT *Sobre la discriminación en el empleo y la ocupación* y la Convención 100 *Sobre la igualdad en la remuneración*. ¿Será porque ninguna de ellas ha sido ratificada por los Estados Unidos?

De especial interés para la defensa de los derechos de nuestras mujeres trabajadoras, es el hecho de que la definición de legislación laboral no incluye lo relativo a la no discriminación con respecto al salario y a las condiciones de empleo y la ocupación; con lo cual, creemos, se viola el artículo 71 de nuestra Constitución Política, que establece claramente:

“Las leyes darán protección especial a las mujeres y a los menores de edad en su trabajo” (subrayado nuestro)⁹³

Y dado que un tratado como el propuesto tendría incluso rango superior a la ley, este mandato constitucional debería estar incorporado en el texto mismo del tratado. No hacerlo es una burla a dicho mandato claramente establecido.

Pero la definición adoptada de legislación laboral no sólo es muy restrictiva, sino que además degrada los logros y derechos adquiridos por los trabajadores costarricenses:

- Habla genéricamente del “derecho de asociación”, pero no expresamente del derecho de sindicalización (Convención 87 de la OIT, no ratificada por EE UU)
- Habla genéricamente del “derecho a negociar colectivamente”, pero no expresamente del derecho a negociar convenciones colectivas de trabajo (Convención 98 de la OIT, no ratificada por EE UU)
- No prohíbe expresamente el trabajo realizado por los menores de edad, sino sólo la “eliminación de las peores formas de trabajo infantil” (Convenciones 138 y 182 de la OIT; la primera no ratificada por EE UU).

Por todo lo anterior, parece claro que el resultado inmediato de tal definición de legislación laboral, restrictiva y degradada, es una estandarización “hacia abajo” de las normas laborales que, al menos en el papel, ya existen en la legislación laboral costarricense y con respecto al marco del tratado. Esto sería particularmente grave en el sector transnacional de la economía (zonas francas, por ejemplo).

⁹³ La única referencia vaga y sin fuerza de ley, con relación a una “protección especial a las mujeres”, aparece en el Anexo 16.5, en el subapartado de Prioridades de Cooperación: “género: temas de género incluyendo la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y ocupación.” Pero sobre este Acuerdo de Cooperación Laboral el mismo Capítulo 16.5 establece: “...las Partes procurarán asegurar que los objetivos del mecanismo de Cooperación Laboral ... sean consistentes con los programas nacionales, estrategias de desarrollo y prioridades de cada Parte”.

Razón No. 79.

Porque el artículo 16.1 establece disposiciones ambiguas y no contundentes en materia de respeto y mejora de los derechos laborales.

“Artículo 16.1: Declaración de Compromisos Compartidos

1. *Las Partes reafirman sus obligaciones como miembros de la OIT y sus compromisos asumidos en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998)...*
2. *Las Partes afirman pleno respeto por sus Constituciones. Reconociendo el derecho de cada Parte a establecer sus propias normas laborales ...”. (subrayado nuestro)*

Lamentablemente, este artículo establece disposiciones ambiguas y no contundentes en materia de derechos laborales. Veamos por qué.

“Cada Parte procurará asegurar que tales principios laborales (OIT) y los derechos laborales internacionalmente reconocidos en el Artículo 16.8 sean reconocidos y protegidos por su legislación”.

“... cada Parte procurará garantizar que sus leyes establezcan normas laborales consistentes con los derechos laborales internacionalmente reconocidos, establecidos en el Artículo 16.8 y procurará mejorar dichas normas en tal sentido.” (subrayado nuestro).

Como se aprecia, de este tipo de redacción,

- No resulta ninguna obligatoriedad de cumplimiento,
- Tampoco ninguna obligatoriedad de incorporar mejoras en la legislación
- No hay seguimiento de las acciones a seguir para “procurar ”
- No hay sanciones por incumplimientos (excepto las mencionadas más adelante, cuando el comercio entre las Partes se vea afectado).

Este artículo contiene una nota al pie que dice:

“Las Partes reconocen que el párrafo 5 de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (1998) establece que los estándares laborales no deben ser utilizados (should not be used) para fines comerciales proteccionistas. (subrayado nuestro).

La versión en inglés emplea el verbo “should” (debería) y no el verbo “must” (tiene que). Estas distinciones tienen un significado de gran importancia a la hora de determinar si una cláusula de un acuerdo internacional es vinculante o no:

“*Must*” casi siempre es vinculante, “*should*” (modo subjuntivo del verbo) indica que no tiene carácter vinculante, sino de consejo, “*may*” (puede) nunca es vinculante. Tiene sentido enteramente permisivo y discrecional.

Por tanto, se reafirma nuestra preocupación sobre una redacción ambigua y poco contundente.

Razón No. 80.

Porque el artículo 16.2 coloca al comercio, en sí mismo, como un valor superior a los mismos derechos laborales.

“Artículo 16.2: Aplicación de la Legislación Laboral

1) Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación laboral, por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente de una manera que afecte el comercio entre las partes...

[...]

2) Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación laboral interna...

3) Ninguna disposición este capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación laboral en el territorio de la otra Parte.(subrayado nuestro)

De nuevo, este artículo nos presenta una redacción ambigua o incluso, contraproducente:

- “...un curso de acción sostenido o recurrente”
- “...cada Parte procurará asegurar...”
- “... es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento...”

Por tanto, y según este artículo:

- Una Parte no puede exigir a otra Parte el cumplimiento de su respectiva legislación laboral.
- Con el tratado, el cumplimiento de la legislación laboral se daría estrictamente dentro de los marcos nacionales, sin ninguna orientación expresa para reducir las asimetrías existentes.

Estos elementos se pretenden hacer pasar como un respeto a la soberanía de cada país, pero debilitan toda intención de evitar el llamado “dumping social” mediante prácticas que reducen o cercenan los derechos de los trabajadores.

Pero lo más preocupante es que el comercio se coloca como un valor superior a la defensa de estos derechos: sólo se penalizarían infracciones a la legislación laboral que entorpezcan el comercio (y que incumplan la “legislación laboral” según 16.8).

No se trata de favorecer un mecanismo que establezca una condicionalidad en la que los Estados Unidos lleve la iniciativa (monitoreo, sanciones, como en la ICC), pero es claro que

el enfoque sobre normas laborales favorecido en el TLC le hace un flaco favor al fortalecimiento de los derechos laborales en Centroamérica.

Razón No. 81.

Porque el artículo 16.3 no ofrece garantías procesales adecuadas para el efectivo cumplimiento de su legislación interna.

“Artículo 16.3: Garantías Procesales e Información Pública

1. Cada Parte garantizará (shall ensure) que las personas con un interés jurídicamente reconocido conforme a su legislación, tengan en un determinado asunto adecuado acceso a los tribunales para el cumplimiento de la legislación laboral de la Parte.
2. Cada Parte garantizará que los procedimientos ante dichos tribunales ... sean justos, equitativos y transparentes...

[...]

5. Cada Parte garantizará que los tribunales que realizan o revisan tales procedimientos sean imparciales e independientes...”

En realidad, y a pesar de su aparente redacción en modo imperativo, con este artículo se promueve, pero no se garantiza, que los países adopten “garantías procesales” para el adecuado cumplimiento de la legislación laboral interna. Esto por cuanto:

- Las disposiciones contempladas no tienen suficiente “fuerza de ley”, ya que si un país deja de cumplirlas, y si ello no afecta el comercio entre las Partes o su ámbito no queda contenido en la definición de legislación laboral (Art. 16.8), ese país no se enfrentaría a ninguna multa o sanción en el marco del TLC.
- Tampoco se controla el incumplimiento de la legislación laboral, a menos, nuevamente, que afecte el comercio entre las Partes.
- Tampoco las Partes (Estados, Gobiernos) son obligadas a remover los múltiples obstáculos que impiden llegar a soluciones adecuadas frente a los abusos cometidos en contra de los derechos de los trabajadores; como las fallas para supervisar y atender las infracciones a la legislación de trabajo y seguridad social, o las debilidades de la jurisdicción laboral, incluso cuando se trata de hacer cumplir derechos consagrados en la Constitución.

Razón No. 82.

Porque el artículo 16.4 establece una “estructura institucional” sin representación laboral.

Este artículo establece la siguiente “estructura institucional”:

- Un Consejo de Asuntos Laborales: conformado por representantes a nivel ministerial; con la función de supervisar la implementación y revisar el avance del tratado.
- Un Punto de contacto: se trata de una unidad dentro de cada Ministerio de Trabajo, que coordina el Mecanismo de Cooperación y atiende las comunicaciones.
- Un Comité Nacional de Trabajo Consultivo: opcional (Each Party may convene...), el cual podrá opinar sobre cualquier asunto relacionado con el capítulo 16.

Como se observa, no hay representación laboral en los órganos supervisores contemplados en este artículo, sino sólo en materia consultiva (y opcional), lo cual representa un retroceso en relación con la práctica costarricense de considerar los temas laborales y sociales desde una óptica tripartita (trabajadores, empresarios, gobierno).

Razón No. 83.

Porque el artículo 16.6 (Consultas Laborales Cooperativas) desjudicializa el derecho procesal laboral.

Este artículo norma la solicitud de “consultas” entre las Partes y la forma en que éstas deben de proceder, según el siguiente procedimiento:

a) Cuando se trate de un asunto que no afecte el comercio entre las Partes (ejemplo: aspectos relacionados con el Mecanismo de Cooperación):

1. La solicitud por escrito es entregada al “punto de contacto” de la Parte
2. Si la “consulta” no alcanza una solución, el asunto se pasa al Consejo de Asuntos Laborales, quien necesariamente deberá llegar a una solución.

b) Cuando se trate de un asunto que afecte el comercio entre las Partes

(16.2.1(a)):

1. La solicitud por escrito es entregada al “punto de contacto” de la Parte
2. Si la “consulta” no alcanza una solución, el asunto se pasa al Consejo de Asuntos Laborales
3. Si el Consejo no logra resolver, el asunto puede ser transferido a la Comisión de Libre Comercio
4. Si la Comisión tampoco logra resolver se podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias, siempre y cuando el asunto esté en relación con 16.2.1(a).

Entonces, según este artículo:

“16.6.7 Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al Artículo 16.2.1(a)” (que afecte el comercio entre las Partes)

Es decir, queda claro que el incumplimiento de la legislación laboral, sujeto a multas o pérdida de beneficios, no se controla, a menos que afecte el comercio entre las Partes. Con esto, el comercio en sí mismo se coloca por encima de los derechos laborales.

“16.6.8 Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por un asunto que surja en relación con el Artículo 16.2.1(a) sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo.” (subrayado nuestro)

Este párrafo amerita los siguientes comentarios:

- Mientras que la cláusula Inversionista-Estado (Capítulo 10) permite un acceso prácticamente directo de los inversionistas al mecanismo de solución de controversias, en el caso de incumplimiento de la legislación laboral, se establece un “mecanismo de filtro” para intentar resolver las controversias de otra manera. Esto resulta improcedente cuando se trate de violaciones generadas por las propias Partes (las Partes son juez y parte).
- Sólo los “puntos de contacto” pueden iniciar una “consulta”. Sólo las Partes se pueden llegar a demandar entre sí.
- En el marco del tratado, las empresas quedan libres de toda responsabilidad.
- En el marco del tratado, ni los ciudadanos, ni las organizaciones laborales o de defensa de los derechos humanos pueden iniciar consultas o entablar demandas.

Además, una parte importante de la actividad jurisdiccional en materia laboral (derecho procesal laboral) sería regulada al margen del Poder Judicial, lo que podría establecer un roce con el artículo 153 de nuestra Constitución Política, que dice textualmente:

“Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como las otras que establezca la ley ...”. (subrayado nuestro)

Al menos, y en caso de no existir roce constitucional, si creemos que al resultar en una cesión de soberanía de nuestro Poder Judicial a un ente arbitral internacional privado, denota una razón más para que el tratado deba ser aprobado con mayoría calificada de votos (38 votos).

Razón No. 84.

Porque el artículo 20.17(5) es un artilugio para la impunidad en materia de derecho laboral.

Este artículo, en su inciso 5, norma lo relativo a incumplimientos en materia laboral y ambiental.

“Artículo 20.17: Incumplimiento en ciertas controversias

.....

1. *Si en un informe final el panel determina que una Parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 16.2.1(a) (Cumplimiento de la legislación Laboral) o del Artículo 17.2.1(a) (Cumplimiento de la legislación Ambiental)...*

dicha Parte reclamante podrá, ... solicitar que el panel ... imponga una contribución monetaria anual a la Parte demandada. ...

El monto de la contribución monetaria no superará los 15 millones de dólares de Estados Unidos anuales, reajustados según la inflación ...
[....]

4. *Las contribuciones se depositarán en un fondo establecido por la Comisión (de Libre Comercio) y se utilizará, bajo su dirección, en iniciativas laborales o ambientales pertinentes...*

5. *Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar una contribución monetaria, la parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar dichas acciones pueden incluir (may include) la suspensión de beneficios arancelarios ...”*
(subrayado nuestro)

Los incisos 4 y 5 del artículo 20.17 contienen una serie de artilugios que socavan la efectividad del mecanismo planteado de resolución de controversias. Veamos:

- No hay garantía de que los fondos de las “contribuciones” sean utilizados en programas o acciones que directamente procuren subsanar la infracción cometida.
- Ausencia de un mecanismo de rendición de cuentas en relación con el uso de tales fondos.
- Sólo si una multa no es pagada puede (may) la parte reclamante suspender beneficios arancelarios.
- Por tanto, una Parte puede optar por pagar indefinidamente una multa (sobre todo si esta es pequeña) e incumplir sistemáticamente su legislación laboral, incluso en el marco del tratado.
- Como ya apuntamos, se demanda a los Estados, no a las empresas.

Razón No. 85.

Porque el Mecanismo de Cooperación Laboral propuesto se reduce, a lo sumo, a un listado de buenas intenciones.

¿Qué se ha afirmado sobre este Mecanismo de Cooperación? (Anexo 16.5)

“A groundbreaking mechanism to promote labor rights through specialized consultations and targeted training programs” (Un mecanismo fundamental y novedoso para promover los derechos laborales a través de consultas especializadas y programas de entrenamiento focalizados)

“A tool to improve labor laws and enforcement and build the capacity of Central American nations to monitor and enforce labor rights” (Un instrumento para mejorar la legislación laboral y desarrollar la capacidad de las naciones centroamericanas para monitorear y hacer cumplir los derechos laborales)

(Fuente: USTR, Free Trade with Central America: Summary of the U.S. – Central America Free Trade Agreement, December 17, 2003, <http://www.ustr.gov>)

El problema central estriba en que los objetivos el Mecanismo de Cooperación propuesto no pueden lograrse sin financiamiento adecuado, el cual no queda establecido en el acuerdo. Creemos que Estados Unidos debería comprometerse con la mayor parte de este financiamiento.

De hecho, mientras el presupuesto de la administración Bush para favorecer programas de apoyo a los derechos laborales alrededor del mundo, fue de \$99.5 millones en 2004, el proyecto de presupuesto para este mismo ítem en el año fiscal 2005, apenas alcanza los \$18 millones (Fuente: Human Rights Watch).

Con estas cifras, y si el TLC iniciara en el 2005, como ha sido propuesto por los gobiernos, el Mecanismo de Cooperación Laboral nacería desfinanciado.

Razón No. 86.

Porque una agenda alternativa en materia laboral es posible.

A continuación presentamos los principios rectores básicos de un “Proyecto Nacional” o “Visión Alternativa” en materia laboral en todo acuerdo comercial internacional o de integración económica:

- Reconocer el derecho de los trabajadores a participar en la toma de decisiones en las negociaciones comerciales internacionales y en el seguimiento de los respectivos acuerdos.
- Incluir el compromiso de aplicar y respetar los derechos laborales básicos y un mecanismo apropiado y efectivo de cumplimiento.
- Incluir un mecanismo apropiado de “ajuste y protección”, para garantizar nuevas oportunidades a quienes pierdan su empleo con la apertura de mercados (desarrollo de infraestructura, programas de creación de empleos, capacitación en habilidades)⁹⁴.
- Incluir mecanismos que promuevan y mejoren los niveles de vida de los trabajadores por medio de normas legales y programas sociales (uniformar estándares sociales hacia arriba).
- Cualquier acuerdo comercial debe garantizar el respeto de los derechos humanos y laborales de los migrantes, independientemente de su condición migratoria, e incorporar acciones que limiten la aplicación de políticas migratorias discriminatorias.
- Reconocimiento explícito de que los niveles laborales básicos y otras medidas para incrementar el bienestar de los trabajadores no pueden quedar, ni exclusiva ni preponderantemente, en manos del mercado.

⁹⁴ ¿Incluirá la “agenda paralela” que se discute en la Asamblea Legislativa proyectos y recursos para enfrentar este tipo de situaciones críticas por parte de los trabajadores que pierdan su empleo a causa del TLC?

Razón No. 87.

Porque el Capítulo 16 del TLC debe ser renegociado, al menos en los siguientes aspectos.

- 1) Exigir explícitamente que la legislación laboral de las Partes cumpla con las normas internacionales, considerando toda violación a esta disposición como un hecho punible, sujeto a multas y sanciones comerciales.
- 2) No obstante lo anterior, se debería favorecer un mecanismo de incentivos positivos para mejorar los estándares laborales. Así por ejemplo, condicionar reducciones de aranceles y suministro de recursos para el desarrollo institucional a la mejora comprobada de los estándares laborales o de su efectivo cumplimiento.
- 3) Redefinir qué se entiende en el tratado por “legislación laboral”, para que incluya aquellas leyes y regulaciones directamente relacionadas con la eliminación de la discriminación en el trabajo y en las ocupaciones (Convenciones 100 y 111 de la OIT).
- 4) Garantizar que las actuales deficiencias que impiden establecer adecuadas garantías procesales para hacer cumplir la legislación laboral de cada país sean corregidas.
- 5) Exigir explícitamente que las multas recaudadas por incumplimientos de la legislación laboral sean utilizadas sólo en iniciativas que directamente procuren subsanar la infracción cometida.
- 6) Incluir el compromiso de las Partes, pero especialmente de los Estados Unidos, de asegurar financiamiento adecuado al Mecanismo de Cooperación Laboral y Desarrollo de capacidades.
- 7) Incluir medidas de protección, programas de ayuda y mecanismos efectivos de cumplimiento, a favor de los trabajadores que pierdan su empleo como consecuencia de la apertura en determinados sectores.
- 8) Incluir un mecanismo imparcial de seguimiento para verificar el cumplimiento y la mejora de la legislación laboral (OIT).
- 9) Incluir representación laboral en los órganos supervisores (en materia laboral) contemplados en el tratado.

PARTE VI: MEDIO AMBIENTE

Razón No. 88.

Porque el Capítulo 17 (Ambiental), confirma la “doble moral” de parte de los negociadores del TLC.

Los Capítulos Laboral y Ambiental del TLC⁹⁵, y sus correspondientes acuerdos de cooperación, son presentados como ejemplo de los serios compromisos por la defensa de los derechos de los trabajadores y por la conservación y protección del medio ambiente que, supuestamente, los negociadores y el texto del tratado han tomado en cuenta. Pero un análisis minucioso de ambos capítulos demuestra todo lo contrario. Aparte de algunas buenas intenciones que aparecen en ambos capítulos, especialmente en sus respectivos “acuerdos de cooperación”; en realidad, los negociadores han sentenciado las asimetrías en materia de legislación laboral y ambiental y en la diferenciada capacidad de su respectivo cumplimiento entre las Partes, es decir, entre los países centroamericanos y los Estados Unidos. Al no haber un compromiso explícito con la elevación de las normas ambientales, y menos aun con la responsabilidad por el medio ambiente que derivaría de la ratificación de Convenios Internacionales como el Tratado de Kioto; de hecho se consolidan las asimetrías existentes que muy probablemente seguirán ensanchándose.

Pero esta estrategia no es válida en todos los casos. Así por ejemplo, en el Capítulo sobre Propiedad Intelectual, los Estados Unidos sí ha exigido que Centroamérica ratifique un amplio conjunto de convenios internacionales que tienen como objetivo explícito eleva las normas de protección a la propiedad intelectual. Pero no aplican lo mismo cuando de elevar las normas laborales y ambientales se trata. Este doble rasero (doble moral) deja claro, una vez más, que el TLC es, ante todo, un tratado para garantizar los mayores

derechos, privilegios y protecciones posibles a las grandes empresas transnacionales que dominan el comercio mundial y que dirigen y moldean, de acuerdo a sus intereses, la llamada globalización.

En lo que sigue hacemos un análisis detallado de los principales artículos del Capítulo 17, puntualizando críticas y desnudando las verdaderas intenciones de este Capítulo.

⁹⁵ Las elaboraciones de las razones 89 a 99 debe mucho a un trabajo de equipo realizado en la Escuela de Economía de la Universidad Nacional sobre el TLC, y especialmente, al diálogo mantenido con la Licda. Jeannette Cordero Gamboa, quien es miembro del mismo y encargada del tema ambiental.

Razón No. 89.

Porque el Artículo 17.13 establece una definición de legislación ambiental sumamente restrictiva y degradada.

“Artículo 17.13: Definiciones

1. Para los efectos de este Capítulo:

legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal mediante:

- a. la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;
- b. el control de sustancias o productos químicos,...desechos tóxicos...
- c. la protección o conservación de flora y fauna silvestres, incluso las especies en peligro de extinción...

... pero no incluye ningún estatuto o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

Para mayor certeza, **legislación ambiental no incluye** ninguna disposición de ley ni reglamento, o disposición cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o recolección indígena.” (subrayado nuestro)

El texto parte de una definición tradicional y relativamente amplia (aunque ambigua) de legislación ambiental, pero que acto seguido se circunscribe a **tres ámbitos**:

- a) los contaminantes ambientales (control, prevención, reducción);
- b) los productos químicos y desechos tóxicos peligrosos; y
- c) la protección o conservación de la flora y fauna silvestre.

Obsérvese que no se hace ninguna referencia a la prohibición de contaminantes, productos químicos o desechos tóxicos, sino tan sólo a su control.

Lo anterior restringe severamente el ámbito de lo que se entiende por “legislación ambiental” en el marco del TLC y con respecto a nuestra propia legislación, dado que en la Ley Orgánica del Ambiente (Ley # 7554), se incluyen aspectos como los siguientes:

- a) Protección y mejoramiento del ambiente en asentamientos humanos;
- b) Criterios para el ordenamiento territorial;
- c) Criterios para determinar áreas silvestres protegidas
- d) Protección de recursos marinos, costeros y humedales

- e) Soberanía sobre diversidad biológica
- f) Conservación, protección y administración de los recursos forestales
- g) Protección del aire
- h) Conservación y uso del agua
- i) Protección y aprovechamiento del suelo
- j) Administración de los recursos energéticos
- k) Prevención y control de la contaminación ambiental (entendida como toda alteración o modificación del ambiente que pueda perjudicar la salud humana, atentar contra los recursos naturales o afectar el ambiente en general). Incluyendo disposición de residuos, importación de desechos, contaminación visual y conservación del paisaje.

Como se aprecia, la definición del TLC deja por fuera temas cruciales contemplados en la legislación ambiental costarricense, como la conservación y uso del agua, la protección y aprovechamiento del suelo y la administración de los recursos energéticos. Además, la noción de “contaminantes ambientales” es mucho más amplia en nuestra legislación que en el TLC.

Más preocupantes aún son las exclusiones expresas que se plantean:

- a) Las regulaciones ambientales relacionadas directamente con la seguridad o salud de los trabajadores (que tampoco son expresamente consideradas en el capítulo 16). **Que quede claro: los problemas socio-ambientales no son parte de este tratado!**
- b) La administración o explotación comercial de recursos naturales. Esto último deja por fuera el ámbito de leyes como la Ley Forestal, Ley de Hidrocarburos, Ley de Regulación del uso racional de la energía, Ley de Biodiversidad, Ley de aguas, Ley de uso, manejo y conservación de suelos, entre otras. **Que quede claro: los recursos naturales son una mercancía!**

Por lo demás, es particularmente chocante que se compare la explotación comercial de los recursos naturales con la recolección de los mismos con propósitos de subsistencia o recolección indígena⁹⁶.

El efecto de esta severa restricción de lo que se entiende por legislación ambiental es evidente: sólo una infracción o violación que calce dentro de esta definición será, eventualmente, sujeto a un proceso de “consultas” y “solución de controversias” según lo establecido en el Capítulo 20 para las materias laboral y ambiental (artículo 20.17). Así, en el marco del tratado, el ámbito de posibles infracciones y violaciones a la legislación ambiental (en especial por parte de las empresas), es sustancialmente menor que en la propia legislación interna.

⁹⁶ Con respecto a Costa Rica, este parece ser el único pasaje del tratado en el que se hace referencia a las comunidades indígenas.

Razón No. 90.

Porque el artículo 17.1 renuncia a la aspiración (necesaria) de elevar y estandarizar los niveles de protección ambiental entre los países firmantes, consolidando las asimetrías existentes.

“Artículo 17.1: Niveles de Protección

Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer internamente sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.” (subrayado nuestro)

Del texto anterior se deriva que hay un punto de partida muy claro: el reconocimiento de los derechos de cada Parte a establecer internamente sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades. Por tanto, los niveles de protección se establecen sin ninguna pretensión expresa de estandarizar hacia arriba tales niveles. En resumen:

- No hay obligatoriedad de estandarizar hacia arriba los niveles de protección ambiental
- No hay obligatoriedad de mejoramiento de las leyes (...deberán esforzarse...);
- No hay seguimiento a tal tipo de compromisos, por lo demás ambiguos;
- No hay sanciones para quienes incumplan sus propios compromisos.

Pero la crítica de fondo es la siguiente: No es posible garantizar altos niveles de protección ambiental si, entre otros compromisos y actitudes, los países participantes en un acuerdo comercial, no establecen el compromiso de disminuir y eventualmente eliminar las asimetrías existentes en la legislación de cada Parte al momento de que el acuerdo entre a regir. De lo contrario, el efecto más probable será la consolidación de tales asimetrías e incluso, su ampliación.

Razón No. 91.

Porque el artículo 17.2 no obliga a una aplicación sistemática de las leyes ambientales y crea una dualidad en la legislación ambiental.

Artículo 17.2: Aplicación y Observancia de las Leyes Ambientales

1. (a) *Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes...*

(b) *Las Partes reconocen que cada Parte mantiene el derecho de ejercer su discrecionalidad respecto de asuntos indagatorios...*

En consecuencia, las Partes entienden que una Parte está cumpliendo con el subpárrafo (a) cuando un curso de acción o inacción refleje un ejercicio razonable de tal discrecionalidad, o derive de una decisión adoptada de buena fe respecto de la asignación de recursos.

2. *Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna.... Cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará ... dicha legislación ... como forma de incentivar el comercio.... o como un incentivo para el establecimiento, adquisición o retención de una inversión en su territorio.*

3. *Ninguna disposición en este Capítulo se interpretará en el sentido de facultar a las autoridades de una Parte para realizar actividades orientadas a hacer cumplir la legislación ambiental en el territorio de la otra Parte.”*

Como se aprecia, la pretendida aplicación y observancia de las leyes ambientales queda relativizada en función de la “discrecionalidad razonable” y de los actos de “buena fe” de las Partes. Pero sobre todo, en función de que, la no aplicación efectiva de la legislación ambiental afecte el comercio entre las Partes. Nuevamente, aparece el libre comercio aparece como el valor supremo, en este caso, por encima de la protección al medio ambiente.

Además, se aplica una redacción ambigua y engañosa:

- ...un curso de acción sostenido o recurrente ...
- ...cada Parte procurará asegurar...
- ... es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento...

Por último, una Parte no puede exigir a otra Parte el cumplimiento de su respectiva legislación laboral. “Que nadie se meta con nadie”.

Esta severa restricción establecida en 17.2.(1)(a) (la afectación del comercio entre las Partes), en conjunto con una definición severamente limitada de legislación ambiental, implican una “estandarización hacia abajo” de las normas ambientales que rigen en el marco del tratado y consecuentemente, en el sector transnacional de las economías.

En resumen, lo que este capítulo hace (lo mismo el 16 en materia laboral), es crear un dualismo entre la “legislación ambiental en el marco del tratado” y la “legislación ambiental interna”. La primera es sumamente restrictiva y puede dar origen a un proceso de disputa y a eventuales multas y sanciones (en última instancia), siempre y cuando se afecte el comercio entre las Partes. Con respecto a la segunda es que se establece un conjunto de exhortaciones vagas y sin fuerza de ley orientadas a proteger el ambiente y a lograr su debido cumplimiento.

Razón No. 92.

Porque el artículo 17.3 establece reglas de procedimiento sin fuerza de ley.

“Artículo 17.3: Reglas de Procedimiento

1. Cada Parte garantizará que los procedimientos judiciales... de acuerdo con su derecho interno se encuentren disponibles, de conformidad con la legislación interna para sancionar o reparar las infracciones a su legislación ambiental...

a) Dichos procedimientos serán justos, abiertos, equitativos y transparentes...y deberán cumplir con el principio del debido proceso [...]

c) Cada Parte establecerá sanciones y reparaciones apropiadas y efectivas para las infracciones de su legislación ambiental ... [...]

4. Cada Parte otorgará derechos apropiados y efectivos de acceso a reparaciones de acuerdo con su legislación...

5. Cada Parte garantizará que las instancias que conocen o revisan dichos procedimientos sean imparciales e independientes y no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto en cuestión. [...]

Este artículo profundiza la diferencia tácita entre la “legislación ambiental” tal como ésta se define en el artículo 17.13 (la que cuenta en el marco del tratado) y la “legislación ambiental interna” de cada una de las Partes; ahora en lo que corresponde a “reglas de procedimiento”. Se refuerza la dualidad entre ambas legislaciones, con implicaciones económicas, sociales y jurídicas que habría que considerar⁹⁷.

De hecho, todas las reglas de procedimiento listadas, se refieren a la segunda acepción de legislación ambiental (la “interna”), procurando que cada Parte garantice reglas de procedimiento adecuadas y efectivas (“debido proceso”, “adecuado acceso”, “derechos apropiados y efectivos”, “procedimientos justos, abiertos y equitativos”, “debida consideración”, etc.).

En suma, el artículo pretende “tranquilizar conciencias”, a través del establecimiento de reglas de comportamiento y un marco de sanciones y reparaciones en defensa del medio ambiente.

No obstante, lo establecido en este artículo promueve, pero no garantiza, a pesar de su retórica, que los países adopten “garantías de procedimiento” para el cumplimiento efectivo de la legislación ambiental interna; al menos por las siguientes razones:

⁹⁷ En el plano jurídico, sería conveniente que los especialistas analizaran tales implicaciones, así como su consistencia o inconsistencia con la normativa legal y constitucional.

- 1) Las disposiciones contempladas no tienen suficiente fuerza de ley, ya que si un país deja de cumplirlas, y si ello no afecta el comercio entre las Partes (17.2.1 (a)), o su ámbito de aplicación no queda contenido en la definición de legislación ambiental del artículo 17.13, ese país no enfrentará ninguna sanción en el marco del tratado.
- 2) Tampoco las Partes son obligadas a remover los múltiples obstáculos y a superar las muchas debilidades que impiden llegar a soluciones adecuadas frente a los abusos cometidos en contra del medio ambiente (que a la postre repercuten en las condiciones y posibilidades de vida en todo el planeta).
- 3) Para el caso de Costa Rica (que se supone tiene la mejor legislación ambiental del área centroamericana), abundan los casos de infracciones o violaciones a la legislación ambiental interna que quedan en la impunidad (por ejemplo, en días recientes la prensa nacional dio a conocer la práctica ocupación y secuestro de nuestra zona marítima terrestre por parte de grandes compañías hoteleras transnacionales, así como la noticia de una nueva matanza de peces en uno de nuestros ríos).
- 4) No hay referencia a la desigualdad en las “reglas de procedimiento” según las diversas legislaciones de cada una de las Partes, ni la obligación de al menos disminuir esta desigualdad. Ni siquiera el Acuerdo de Cooperación Ambiental (Anexo 17.1) promueve explícitamente la remoción o disminución de estas asimetrías⁹⁸.
- 5) Se reafirma la tesis de que las Partes no se demandan entre sí.

⁹⁸ Así, mientras en la Sección I del Anexo 9.1.2(b)(i) se crea un “mecanismo de transición” para que los gobiernos de los países centroamericanos se ajusten a las disciplinas de ese capítulo en materia de contratación pública, en los capítulos Laboral (16) y Ambiental (17); bien pudo haberse planteado algo semejante: plazos, incentivos y exigencias para subsanar las muchas fallas en materia de jurisdicción laboral y ambiental. Otro ejemplo de la doble moral con que se ha negociado este proyecto de tratado.

Razón No. 93.

Porque el artículo 17.4 confirma un enfoque de “promoción” (incentivos, mecanismos flexibles y voluntarios), pero no de compromiso responsable y forzoso con el medio ambiente.

“Artículo 17.4: Mecanismos Voluntarios para Mejorar el Desempeño Ambiental.

1. Las Partes reconocen que los incentivos y otros mecanismos flexibles y voluntarios pueden contribuir al logro y mantenimiento de la protección ambiental... Según sea apropiado y de conformidad con sus leyes, cada Parte estimulará el desarrollo y uso de incentivos y mecanismos voluntarios, los cuales pueden incluir... (a) asociaciones (b) Incentivos para estimular la protección de los recursos naturales y el ambiente, incluyendo mecanismos basados en el mercado siempre que sea apropiado...

2. Según sea apropiado y viable y de acuerdo con sus leyes, cada Parte estimulará: (a) el mantenimiento, desarrollo o mejora de las metas e indicadores utilizados para medir el desempeño ambiental; y (b) la flexibilidad en los medios por los cuales dichas metas se logran...” (*subrayado nuestro*).

- *Se mantiene la ambigüedad de vocabulario y el carácter no obligatorio de las medidas contempladas: “se estimulará”, “según sea apropiado y viable...”*
- Además, se mantiene el criterio “*de acuerdo con sus leyes, cada Parte...*”, lo cual refuerza la falta de voluntad de elevar las normas de protección ambiental y disminuir las asimetrías entre las partes en la capacidad de su efectiva aplicación⁹⁹.
- Lo anterior puede restringir y degradar, no solo la ley 7554 que contiene explícitas referencias a medidas para el mejoramiento del desempeño ambiental, sino otras leyes como la Ley de Protección Fitosanitaria, la Ley de Sanidad Animal, la Ley de uso, manejo y conservación de suelos, entre otras. Esto por cuanto en el texto aparece el término ambiguo de “según sea apropiado y viable”, además del sacrosanto mandato: “de manera que no afecte el comercio entre las Partes”.

⁹⁹ Esto contrasta radicalmente con las disposiciones del Capítulo 15 (Propiedad Intelectual), donde si se plantea una explícita y perentoria exigencia de elevar (para todos los países) las normas de protección a la propiedad intelectual. Los derechos de los inversionistas y de la inversión están por encima de los derechos en materia de protección al medio ambiente, lo mismo que sobre los derechos laborales (recordemos que tampoco en el Capítulo 16 (Laboral) se plantea exigencia alguna para elevar (“estandarizar hacia arriba”) las normas laborales).

Razón No. 94.

Porque el artículo 17.5 relega la participación ciudadana en la toma de decisiones a un segundo plano, privilegiando un enfoque burocrático.

“Artículo 17.5: Consejo de Asuntos Ambientales

- 1) *Las Partes establecen un Consejo de Asuntos Ambientales, compuesto por representantes de las Partes de nivel ministerial o su equivalente...*
- 2) *El Consejo se deberá reunir ... para supervisar la implementación de este Capítulo y revisar su progreso y considerar el estado de cooperación desarrolladas de acuerdo con el ACA ... Cada reunión del Consejo incluirá una sesión pública ... a menos que las Partes acuerden lo contrario.*
- 3) *El Consejo tendrá su propia agenda. ...*
- 4) *... el Consejo asegurará que exista un proceso para promover la participación pública ... y*
- 5) *... buscará oportunidades adecuadas para que el público participe ... Todas las decisiones del Consejo serán tomadas por consenso, excepto lo dispuesto en el artículo 17.8 ..*

El Consejo excluye de su seno a la representación ciudadana en general y de las organizaciones ambientales en particular. Esto puede interpretarse como un retroceso con respecto a la Ley # 7554, que en su capítulo II establece la participación ciudadana y crea incluso Consejos Regionales Ambientales¹⁰⁰.

La participación ciudadana contemplada va en la línea de la “consulta” y el “diálogo”, sin efectivos poderes reales en la toma de decisiones. Esto incluye al “consejo nacional consultivo” que se menciona en 17.6.3)

A pesar de que se establece que el Consejo debe procurar y promover “oportunidades adecuadas para que el público participe”, no hay ninguna obligación en este sentido, ni menos aun sanciones por incumplimientos de este ambiguo compromiso.

Como mínimo, el Consejo de Asuntos Ambientales debería incluir la participación de un “fiscal” nombrado por las organizaciones de la sociedad civil que luchan en defensa del medio ambiente.

¹⁰⁰ Agradezco a la Licda. Jeannette Cordero la comunicación de esta información.

Razón No. 95.

Porque los artículos 17.6, 17.7 y 17.8 son, en materia de participación pública, poco menos que una burla.

“Artículo 17.6: Oportunidades para la Participación Pública.

1. Cada Parte establecerá disposiciones para la recepción y consideración de las comunicaciones del público relacionadas con este Capítulo. [...]

4. Las partes deberán tomar en consideración los comentarios del público y las relacionadas con las actividades de cooperación ambiental emprendidas bajo el artículo 17.9 y el ACA.” (subrayado nuestro)

“Artículo 17.7: Comunicaciones relativas a la aplicación de la legislación ambiental.

1. Cualquier persona de una Parte podrá remitir comunicaciones que aseveren que una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Dichas comunicaciones serán dirigidas a un secretario u otro organismo apropiado (“secretaría”), según lo designen las Partes. [...]

4. Cuando considere que una comunicación cumple con los requisitos estipulados, ... el secretariado determinará si la comunicación amerita solicitar una respuesta de la Parte. ...” (subrayado nuestro)

“Artículo 17.8: Expediente de hechos y cooperación relacionada

1. Cuando el secretariado considere que, a la luz de la respuesta por la Parte, la comunicación amerita que se elabore un expediente de hechos, el secretariado lo informará al Consejo e indicará sus razones.

2. El secretariado elaborará el expediente de hechos, si el Consejo le ordena hacerlo mediante el voto de cualquiera de sus miembros. [...]

5. El secretariado presentará al Consejo un proyecto del expediente de hechos. ..

6. El secretariado incorporará las observaciones que proceden en el expediente final de hechos y la presentará al Consejo...

8. ... El Consejo proveerá, según sea apropiado, recomendaciones a la Comisión de Cooperación Ambiental relacionadas con asuntos abordados en el expediente de hechos, incluyendo recomendaciones relacionadas con el ulterior desarrollo de los mecanismos de la Parte referentes al monitoreo de la aplicación de la legislación ambiental”

En su conjunto, los artículos 17.6, 17.7 y 17.8 pretenden concretar y operacionalizar la “participación” pública (de ciudadanos y empresas), en los procesos de seguimiento y denuncia por infracciones a la legislación ambiental.

En 17.6.3 se crea un “consejo nacional consultivo”, con participación ciudadana, pero como su nombre lo indica, sólo con propósitos “consultivos” o de “asesoría”.

Todo comienza con una “comunicación del público”, cuyo trámite es normado en el artículo 17.7 y queda en manos de un “secretariado” con absolutas potestades para decidir sobre su curso de acción.

Y todo termina, una vez elaborado el respectivo expediente de hechos, en una eventual recomendación (17.8.8) a la Comisión de Cooperación Ambiental. ¡Tanto trámite y papeleo para una simple recomendación! En esto consiste el poder de la participación ciudadana en este capítulo.

Razón No. 96.

Porque el artículo 17.9 crea un mecanismo de cooperación ambiental que nace desfinanciado.

“Artículo 17.9: Cooperación Ambiental

1. Las Partes reconocen la importancia de fortalecer la capacidad para proteger el ambiente y de promover el desarrollo sostenible junto con el fortalecimiento de las relaciones comerciales y de inversión.[...]

Las Partes han negociado un ACA...han identificado ciertas áreas prioritarias en cooperación ambiental y ... han establecido una Comisión de Cooperación Ambiental ...para el desarrollo de los programas, proyectos y las actividades de cooperación.”
(subrayado nuestro)

Como de costumbre, la redacción incluye una retórica de buenas intenciones: “*Las Partes reconocen la importancia ...*”.

El problema es que los objetivos planteados en el ACA no pueden lograrse sin financiamiento adecuado.

Pero el texto del tratado no garantiza recursos para su funcionamiento, pues no incluye ningún compromiso serio (en especial de los EE UU), para asegurar el financiamiento requerido:

“Todas las actividades de cooperación bajo el Acuerdo quedarán sujetas a la disponibilidad de fondos y recursos humanos ... de las Partes participantes. (ACA, Artículo VIII – Recursos).

Esto es la puntilla de un enfoque de protección ambiental puramente cosmético.

Razón No. 97.

Porque el artículo 17.10 crea un marco de impunidad para las empresas infractoras

“Artículo 17.10: Consultas Ambientales Colaborativas

1. Una Parte podrá solicitar la realización de consultas con otra Parte respecto de cualquier asunto que surja de conformidad con este Capítulo, mediante la entrega de una solicitud escrita al punto de contacto que la otra Parte haya designado ...
2. Las consultas iniciarán sin demora, una vez entregada la solicitud.
3. Las Partes consultantes realizarán todos los esfuerzos para alcanzar una solución mutuamente satisfactoria del asunto, ...
4. Si las Partes consultantes no logran resolver el asunto de acuerdo con el párrafo 3, una Parte consultante podrá solicitar que el Consejo sea convocado para examinar el asunto, ...
5. El Consejo será convocado sin demora y procurará resolver el asunto ...
6. Si el asunto se refiere a si una Parte está cumpliendo [*o más bien incumpliendo, H.M.*] con sus obligaciones de conformidad con el artículo 17.2(1)(a), ... la Parte requirente podrá solicitar la realización de consultas en virtud del artículo 20.4 (Consultas), o una reunión de la Comisión ...
7. Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja de conformidad con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al Artículo 17.2 (1)(a).
8. Ninguna parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias ... por un asunto que surja de conformidad con el Artículo 17.2 (1)(a) sin haber intentado previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo. [...] (*subrayado nuestro*).

“Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por ningún asunto que surja en relación con lo dispuesto en este Capítulo, salvo respecto al Artículo 17.2.1(a).”

Es decir, el incumplimiento de la legislación ambiental, eventualmente sujeto a multas o a pérdida de beneficios, no se controla, a menos que afecte el comercio entre las Partes.

“Ninguna Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme a este Tratado, por un asunto que surja en relación con el Artículo 17.2.(1)(a) sin haber intentando previamente resolverlo de acuerdo con este Artículo.” (subrayado nuestro)

Es decir, mientras que la cláusula inversionista-Estado (siendo el inversionista el demandante y el Estado el demandado) permite un acceso prácticamente directo de los inversionistas al mecanismo de solución de controversias, en el caso de incumplimiento de la legislación ambiental (cuando el “requerido” –más no “demandado”- puede ser una empresa, y lo mismo se aplica en materia laboral), se establece un “mecanismo de filtro” para intentar resolver las controversias.

Sólo las Partes, pero no los ciudadanos ni las organizaciones ambientalistas, podrán solicitar la realización de consultas, que son las que, eventualmente, darán pie a un proceso de disputa por incumplimiento de obligaciones ambientales. Queda claro la diferencia entre una “consulta” y una “comunicación”.

Las consultas nunca podrán ir dirigidas a corroborar si una empresa está incumpliendo la legislación ambiental (para eso están las “comunicaciones” que podrán terminar en una recomendación), sino, a si una Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación ambiental. Así, sólo las partes podrán ser demandadas.

La asimetría entre los capítulos 10, 16 y 17 salta a la vista: en el capítulo 10 (Inversión), en presencia de una controversia, las empresas son demandantes y el Estado es el demandado. Además, el acceso al mecanismo de solución de controversias es prácticamente directo (basta que una de las partes contendientes así lo decida).

En cambio, en los capítulos 16 y 17, cuando las empresas pueden estar involucradas en una “consulta” por incumplimiento, son las Partes las que se demandan entre sí. Y además, se establece un mecanismo de filtro para que el procedimiento de solución de controversias, lo mismo que las eventuales multas y sanciones comerciales sean una última, última instancia.

Razón No. 98.

Porque el artículo 20.17 socava la efectividad de cualquier mecanismo de solución de controversias en materia ambiental (y laboral).

“Artículo 20.17: Incumplimiento en ciertas controversias

1. Si en un informe final el grupo arbitral determina que una Parte no ha cumplido con las obligaciones asumidas en virtud del Artículo 16.2.1(a) (Cumplimiento de la legislación Laboral) o del Artículo 17.2.1(a) (Cumplimiento de la legislación Ambiental)...

cualquier Parte reclamante podrá, ... solicitar que el grupo arbitral ... imponga una contribución monetaria anual a la Parte demandada. ...

El monto de la contribución monetaria no superará los 15 millones de dólares de Estados Unidos anuales, reajustados según la inflación ...

4. Las contribuciones se depositarán en un fondo establecido por la Comisión (de Libre Comercio) y se utilizará, bajo su dirección, en iniciativas laborales o ambientales pertinentes...

5. Si la Parte demandada no cumple la obligación de pagar una contribución monetaria, la Parte reclamante podrá adoptar otras acciones apropiadas para cobrar dichas acciones pueden incluir (may include) la suspensión de beneficios arancelarios ...” (subrayado nuestro)

El procedimiento descrito es en realidad un conjunto de artilugios que socavan la efectividad del mecanismo de resolución de controversias, cuando las “requeridas” (más nunca demandadas), son las empresas.

- No hay garantía de que los fondos de las “contribuciones” sean utilizados en programas o acciones que directamente procuren subsanar la infracción cometida.
- Ausencia total de un mecanismo de rendición de cuentas en relación con el uso de tales fondos.
- Solo si una multa no es pagada puede (may) la Parte reclamante suspender beneficios arancelarios.
- Una Parte puede optar por pagar indefinidamente una multa (sobre todo si esta es pequeña) e incumplir sistemáticamente su legislación ambiental en el marco del tratado.
- Como ya hemos puntualizado, se demanda a los Estados (por no hacer cumplir la legislación), no a las empresas (que la incumplen).

Razón No. 99.

Porque el Capítulo Ambiental del TLC deja por fuera temas cruciales para los países centroamericanos.

En el TLC, ¿dónde y cómo se abordan los ecosistemas y/o los recursos naturales de la región?

Los extendidos problemas socio-ambientales de la región y su alta vulnerabilidad a sufrir desastres son ignorados. Haciendo a un lado cualquier visión ecosistémica, despreciando valoraciones sociales y culturales del medio ambiente así como su potencial productivo, por el arte de alguna magia del neoliberalismo los negociadores han convertido la naturaleza en mercancía, y sus componentes han sido fraccionados artificialmente según la conveniencia, rentabilidad económica o nivel de competitividad.

No es casual que la problemática ambiental ni el destino de los ecosistemas de la región; o si se quiere enfatizar, los bienes naturales de propiedad pública y de su uso común, no se aborden en el Capítulo Ambiental ni sean el centro de preocupación del ACA.

En ese marco, si se quiere conocer la suerte que les depara en este tratado hay que buscarlos en los artículos medulares ya transformados en mercancías: como campo de inversiones (Capítulo 10), como servicios a liberalizar (Capítulo 11), como contrataciones públicas (Capítulo 9), o en lo referido a los Derechos de propiedad Intelectual (Capítulo 15).” (Angel María Ibarra Turcios, en **Por qué decimos NO al TLC Análisis crítico del texto oficial**, Bloque Popular Centroamericano, Alliance for responsible Trade y Alianza Social Continental, El Salvador, 2004).

Razón No. 100.

Porque las conclusiones del análisis del Capítulo 17 deben llevarnos, como mínimo, a exigir una renegociación de este capítulo.

Las principales líneas de argumentación para una eventual renegociación de este capítulo serían las siguientes:

- 1) Exigir explícitamente que la legislación ambiental de las Partes cumpla progresivamente con las normas internacionales, considerando toda violación a esta disposición como un hecho punible, sujeto a multas y sanciones comerciales. Incluir disposiciones e incentivos para mejorar las leyes actuales. Obligar a una “estandarización hacia arriba”, respetando las realidades socioeconómicas de los países centroamericanos en relación con los EE.UU.
- 2) Redefinir qué se entiende en el tratado por “legislación ambiental”, para que incluya aquellas regulaciones directamente relacionadas, contempladas en diversas leyes ya mencionadas en este documento y todas referidas a temas ambientales y al derecho de los costarricenses a un ambiente sano (agua, suelo, energía, entre otros).
- 3) Garantizar que las actuales deficiencias que impiden establecer adecuadas “reglas de procedimiento” para hacer cumplir la legislación ambiental de cada país sean corregidas. Incluir disposiciones e incentivos para fortalecer el cumplimiento de las leyes ambientales.
- 4) Exigir explícitamente que las multas recaudadas por incumplimientos de la legislación ambiental sean utilizadas sólo en iniciativas que directamente procuren subsanar la infracción cometida. Fortalecer al Ministerio de Ambiente y Energía presupuestariamente.
- 5) Eliminar del texto del tratado la odiosa excepción de que “legislación ambiental no incluye ninguna disposición de ley ni reglamento, o disposición cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales” (17.13.1).
- 6) Exigir una verdadera participación ciudadana en la toma de decisiones en materia ambiental en el marco del tratado.
- 7) Incluir en el Acuerdo de Cooperación Ambiental un conjunto de temas ausentes que son de especial importancia para Centroamérica (problemas socio-ambientales, alta vulnerabilidad a los desastres)
- 8) Incluir un compromiso explícito de las Partes, pero especialmente de los Estados Unidos, de darle financiamiento adecuado y seguro al Acuerdo de Cooperación Ambiental.

Razón No. 101.

Porque una Agenda Alternativa en materia ambiental, en los acuerdos económicos internacionales, es posible¹⁰¹

- 1) Los principios de negociación comercial para Costa Rica deben partir del reconocimiento del derecho a la vida, por tanto deben prevalecer los artículos 21 y 50 de la Constitución Política que señalan, el primero la disposición de que “*La vida humana es inviolable*” y el segundo que otorga al Estado la misión de procurar el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza. Además, concede el derecho de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.
- 2) Un principio básico en toda negociación comercial internacional es el reconocimiento de los límites de la utilización de los recursos naturales (de los países participantes) para la producción de bienes y servicios.
- 3) La estrategia de desarrollo en una visión de proyecto nacional debe considerar, en el largo plazo, el uso de la biodiversidad de tal forma que impulse un modelo productivo y de comercio en el que prevalezca la prevención del impacto al ambiente y por sobre la mitigación o la compensación del daño.
- 4) La dimensión de “libre comercio” se considera en la lógica de restricciones (límites) en la producción en los países de origen. Por tanto, los países participantes tendrán como norma general un modelo de producción, que utiliza medios e instrumentos no destructivos de las condiciones de vida del planeta.
- 5) Como principio general debe prevalecer un estilo de negociación que se fundamente en una utilización de los recursos naturales en que las partes garanticen el bienestar de las futuras generaciones, tanto de los seres humanos como de las demás especies.
- 6) Cualquier negociación o acuerdo internacional sobre comercio o inversión debe establecer la preeminencia de los acuerdos ambientales internacionales, por encima de los tratados de inversión y comercio. La dimensión ambiental y de sustentabilidad no debe limitarse a un tema más dentro de los acuerdos económico-financieros, sino que debe ser una dimensión y perspectiva que atraviese la totalidad de esos acuerdos.
- 7) Los gobiernos participantes en negociaciones o tratados de comercio o inversión deben reconocer la deuda ecológica entre naciones. Tal deuda es producto de que los países ricos ocupan un espacio ambiental exagerado, o sea, explotan recursos ambientales en forma desmedida en relación con su población o territorio.

¹⁰¹ Cfr: **Alternativas para las Américas**, Alianza Social Continental; “*Principios de negociación del TLC en materia ambiental: una visión alternativa*”, Jeannette Cordero Gamboa, Escuela de Economía, UNA.

- 8) Los países participantes en negociaciones o tratados deben establecer condiciones para que las asimetrías de normas y leyes entre las partes se equiparen, de tal forma que las condiciones no normadas de una de las partes, en materia ambiental, no se convierta en un instrumento de ventaja para el comercio de productos que dañan el ambiente.
- 9) Los países participantes de una negociación o tratado comercial deben establecer plazos para impedir la comercialización, de alguna de las partes, de productos que dañan el ambiente, estableciendo en un período de transición medidas impositivas que desestimulen la comercialización de dichos productos.
- 10) Las legislaciones nacionales deben ser adecuadas para impedir que empresas internacionales se beneficien de mecanismos a través de los cuales los costos sociales y ambientales no estén incorporados a los precios de sus productos.
- 11) En la negociación de comercio e inversión debe establecerse que las empresas y los inversionistas extranjeros deben compartir con los países participantes tecnología que favorece la protección del ambiente.
- 12) Los acuerdos de comercio y la inversión no deben impedir la regulación y el control de las empresas y los inversionistas, para que cumplan con los objetivos del desarrollo nacional sustentable. Los países deben mantener su soberanía en cuanto a la restricción de aquellas inversiones que pudieran agravar problemas sociales y ambientales y sus impactos desproporcionados sobre los sectores más vulnerables de la sociedad, como son las mujeres, los niños y las comunidades indígenas.

Glosario de Términos Utilizados

Acceso Preferencial de Mercado: política a través de la cual una economía (por lo general “desarrollada”) brinda acceso preferencial a los productos de otra nación en comparación con los demás socios comerciales, especialmente en términos de aranceles y/o cuotas a la importación.

Acuerdos Preferenciales de Comercio: se refiere a los acuerdos firmados entre dos o más economías para facilitar el comercio mutuo de bienes y servicios. Tales acuerdos pueden ir desde las Uniones Aduaneras (aplicación de un arancel común a las importaciones desde el resto de mundo) hasta el Mercado Común, el cual incluye la libre movilidad del trabajo.

Apertura Comercial: proceso mediante el cual se eliminan las barreras y restricciones al libre flujo de bienes y servicios entre las economías.

Arancel: Impuestos que pagan los bienes que son importados a un país. Son derechos de aduana que pueden ser *específicos* o *ad valorem*: los primeros obligan al pago de una cantidad determinada por unidad del bien importado; los segundos se calculan como un porcentaje o tasa sobre el valor de los bienes.

Barrera de Entrada: mecanismo a través de cual una país hace más difícil el ingreso de bienes importados desde otra economía. A nivel de mercado, se refiere a cualquier práctica que impide a una empresa entrar a una determinada industria.

Barreras no Arancelarias: cualquier método (excluidos los aranceles) que utilizan los gobiernos para limitar las importaciones. Dentro de las barreras no arancelarias más comunes se encuentran: a) prohibiciones, que impiden por completo las importaciones de ciertos bienes; b) cuotas o contingentes, que fijan límites a la cantidad de bienes que es posible importar; c) otros controles. Las prohibiciones y cuotas son llamadas *restricciones cuantitativas*, las cuales comprenden también las *licencias previas*, autorizaciones específicas que dan los gobiernos para importar. Los controles se aplican por lo general a la calidad técnica o sanitaria de los bienes; aunque tienen, por lo tanto, otros propósitos no ligados a la restricción de las importaciones, actúan de hecho muchas veces como efectivas barreras para la penetración de los mercados nacionales.

Bien Público: los bienes públicos son aquellos donde no es posible aplicar el principio de exclusión y exclusividad que si es posible en un bien privado. Por no exclusión se entiende que el bien o servicio no pueden ser disfrutados por un individuo sin que otros también tengan acceso a este. La no exclusividad se refiere a que el consumo que una persona haga de tales bienes no disminuye el consumo de las restantes personas. Cuando estas dos características se dan de un modo completo se habla de bienes *públicos puros*.

Bienes no Transables: son aquellos bienes o servicios que no son objeto del intercambio comercial entre países

Bienes Transables: son aquellos bienes o servicios que son objeto del intercambio comercial entre países

Bioterrorismo: acción de cometer actos terroristas utilizando armas biológicas.

Cadenas Productivas: conjunto de actividades productivas que se interrelacionan ya sea de forma vertical u horizontal para la elaboración / prestación de un bien o servicio.

Canasta de Desgravación: conjunto de bienes para los cuales se establecen un periodo determinado de desgravación arancelaria. Se suelen utilizar las siglas A, B, C y D para identificar el periodo de desgravación, siendo la Canasta de Desgravación A la de menor plazo (inmediata) mientras que la D la de mayor plazo (de 10 a 15 años inclusive).

Carga Tributaria Interna: tributos que se aplican a las transacciones que se realizan al interior de una economía, como por ejemplo el impuesto sobre las ventas.

Carga Tributaria: monto de recursos que obtiene el Gobierno a través de impuestos, por lo general se calcula como porcentaje de la producción nacional (PIB) (véase también Producto Interno Bruto)

Comercio Electrónico: se refiere al comercio transfronterizo de mercancías por medios electrónicos. En términos generales, es la producción, publicidad, venta y distribución de productos a través de las redes de telecomunicaciones. Los ejemplos más evidentes son los libros, la música y vídeos transmitidos a través de líneas telefónicas o de Internet.

Competitividad Espúrea: competitividad que se fundamenta o basa en factores que por su naturaleza no se pueden mantener en el largo e incluso mediano plazo, como por ejemplo las reducciones salariales o bien la explotación irracional de los recursos naturales.

Competitividad Sistémica / Auténtica: competitividad que se fundamenta o basa en factores sostenibles en el largo plazo, que resultan de la interacción eficiente de varios sistemas: microeconómico, macroeconómico, mesoeconómico y el metaeconómico.

Compras del Gobierno: compras que realiza el Gobierno así como las empresas públicas para su funcionamiento normal

Dependencia Comercial: se refiere cuando una economía tiene un alto porcentaje de sus exportaciones y/o importaciones concentradas en un solo país o bloque económico.

Dependencia Financiera: se refiere cuando una economía tiene un alto porcentaje de sus intercambios financieros concentrados en un solo país o bloque económico.

Derechos de Propiedad Intelectual: derecho que es asignado al creador de un producto, proceso productivo o procedimiento para que solamente éste pueda hacer uso comercial de dicho invento.

Distorsión: en el lenguaje de la economía neoclásica, una interferencia de cualquier unidad económica que impida al mercado funcionar de forma eficiente, frecuentemente asociada con el accionar del Estado y su intervención en los mercados.

Dumping: práctica utilizada en algunas ocasiones en el comercio internacional a través de la cual una empresa o agente económico vende su producto por un precio relativamente inferior en los mercados internacionales en comparación al mercado local, esto con el objetivo de desplazar parte de los competidores.

Dumping Social: extensión del término tradicional de “dumping” a la esfera laboral. El “dumping social” consiste en todo aquel conjunto de políticas que buscan el abaratamiento del costo laboral con el objetivo de lograr una mayor “competitividad” en los mercados internacionales. (véase también Dumping)

Economías de Escala: Existen economías de escala en la producción de un bien cuando el costo medio del mismo disminuye, en el largo plazo, al aumentar la escala en que se lo produce.

Empresas Públicas: empresas propiedad del Estado encargadas de brindar un bien o servicio, el cual puede ser de carácter público o bien privado. En otras palabras es la propiedad de la empresa y no la naturaleza del bien lo que determina el concepto de la empresa.

Encadenamientos Fiscales: capacidad que tienen las actividades de una economía para afectar positivamente a través de sus negocios las finanzas del sector público.

Encadenamientos Productivos: capacidad que tiene una empresa o sector de involucrar a otras empresas o sectores en su proceso productivo a través de la compra de insumo, materias primas o demanda de servicios de apoyo.

Estabilidad Macroeconómica: se refiere al control de los principales macroprecios de la economía dentro de ciertos márgenes aceptables, concretamente la inflación, las tasas de interés y el tipo de cambio.

Externalidad: también recibe el nombre de efectos externos, economías externas y utilidades (o desutilidades) externas. Son efectos económicos colaterales de las acciones de agente económico sobre otros que no se expresan en un precio, es decir, que son externos al mercado.

Finanzas Públicas: temática relacionada con los ingresos, gastos, déficit y financiamiento del sector público así como de sus efectos sobre la economía.

Inversión: acto mediante el cual una economía incrementa su capacidad productiva a través de un aumento en su stock de capital físico. La inversión es la variable flujo de la formación bruta de capital fijo. Más recientemente también se ha asociado con el stock de conocimientos y habilidades de las personas o inversión en capital humano.

Libre Comercio: política de no intervención gubernamental en el flujo comercial internacional.

Modelo de Heckscher–Ohlin: modelo utilizado en Teoría del Comercio Internacional, que a través de la curva de la frontera máximas de producción, la de bienestar social y la de los precios relativo, trata de demostrar los beneficios que traer consigo el libre comercio entre las naciones. (Véase también Curva de la Frontera de Posibilidades Máximas de Producción, Curva de Indiferencia Social y Precios Relativos)

Modelo de Industrialización por Sustitución de Importaciones: modelo implementado en América Latina entre 1950-1980 aproximadamente e impulsado por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL), el cual abogaba por una política pública expresa que fomentará el crecimiento del sector industrial nacional, como forma de sustituir las importaciones industriales desde los centros y romper las relaciones centro – periferia que impiden el desarrollo de los economías latinoamericanas. Dentro de sus políticas se encuentra el suministro de servicios e infraestructura necesarios para la industrialización por parte del Estado, así como la protección comercial del naciente sector industrial.

Modelo de Promoción de Exportaciones: modelo que se consolida durante la década de los ochenta en gran parte de América Latina a través de los llamados Programas de Ajuste Estructural (PAE). El mismo aboga por un aumento de las exportaciones como mecanismo para promover el crecimiento económico. Dentro de las políticas económicas que contempla dicho modelo se encuentra la reducción del tamaño del Estado, la liberalización y apertura de los mercados.

Monopolio: estructura de mercado que se caracteriza por la presencia de un único oferente del bien o servicio

Normas de Origen: conjunto de normas comerciales que buscan que los países cumplan con un cierto porcentaje de componente nacional en sus exportaciones para poder ingresar al mercado de destino de las mismas. En principio trata de evitar la triangulación comercial. (Véase también triangulación comercial)

Patrón de Comercio: concepto utilizado para describir las relaciones comerciales en términos de bienes entre dos o más economías.

Pequeña y Mediana Empresa (PyME): organización empresarial que se caracteriza ya sea por la poca cantidad de empleados que utiliza o un bajo nivel de ventas. El criterio a utilizar así como el valor de mismo para catalogar una empresa como pequeña y mediana depende de la legislación de cada país.

PIB per Cápita: cociente entre el Producto Interno Bruto de un periodo determinado y la población total de un país. Suele utilizarse como una medida del ingreso de los habitantes de una determinada nación. (Véase también Producto Interno Bruto)

Políticas de Competencia: conjunto de políticas que busca promover la competencia entre los diferentes agentes que actúan en el mercado.

Producto Genérico: producto que no goza de la patente comercial que le es entregada al inventor original del producto. Por lo general su precio es menor que el del producto de “marca” o “patentado”

Producto Interno Bruto: es la cantidad de bienes y servicios finales producidos dentro de los límites geográficos de una determinada economía sin importar la propiedad de los factores. Contablemente existen varias formas de medirlo; puede ser mediante el valor agregado de cada una de las actividades económicas (oferta), a través del destino de los bienes finales y su clasificación en consumo, gasto, inversión y exportaciones netas (demanda) o bien según la retribución de los factores en remuneraciones, excedente neto de explotación e impuestos.

Producto Nacional Bruto: es la cantidad de bienes y servicios finales producidos por los factores productivos propiedad de una determinada economía. Contablemente es igual al Producto Interno Bruto menos el pago neto a los factores de producción

Progresividad (Sistema Tributario): cuando en un sistema tributario los contribuyentes que proporcionalmente pagan más son los que cuentan con mayores niveles de ingreso.

Proteccionismo Comercial: política utilizada para proteger a los productores nacionales de la competencia de los productores de otras naciones. Dicha política incluye la utilización de aranceles, el establecimiento de cuotas de importaciones, utilización de un tipo de cambio real subvaluado, entre otras.

Regresividad (Sistema Tributario): cuando en un sistema tributario los contribuyentes que proporcionalmente pagan más son los que cuentan con menores niveles de ingreso.

Remesas: recursos financieros enviados por las unidades familiares radicadas en el extranjero hacia su país de origen, lo cual no implica una contrapartida por parte de los receptores de dichos recursos.

Repatriación de Utilidades: acción mediante la cual las empresas transnacionales transfieren parte o la totalidad de sus utilidades a su casa matriz ubicada en el extranjero (íntimamente relacionado con la cuenta “Pago Neto a los Factores Productivos”)

Requisitos de Desempeño: conjunto de normas que establecen los gobiernos a la inversión extranjera directa radicada en el país para su accionar, como por ejemplo un porcentaje de compras internas en los insumos y materias primas utilizados.

Resolución de Controversias: mecanismo mediante el cual se trata de encontrar solución a cualquier tipo de divergencias entre inversionistas y/o productores de dos o más países.

Salvaguardia Agrícola: mecanismo utilizado frecuentemente en las negociaciones comerciales entre países para incrementar los aranceles a las importaciones agrícolas en caso de ser necesario.

Servicios Ambientales: conjunto de servicios que son brindado por la naturaleza, especialmente asociado con el recurso bosque. Dentro de dichos servicios se encuentran la generación de agua, de oxígeno (fijación de CO₂), belleza escénica, entre otros.

Servicios Transfronterizos: se define como “la prestación de un servicio desde territorio de una Parte a territorio de otra Parte; en territorio de una Parte a un consumidor de otra Parte; y por un prestador de servicios mediante la presencia de personas físicas de una Parte en territorio de otra Parte. (Dicho concepto no aplica a) la prestación de un servicio en territorio de una Parte mediante una inversión, en ese territorio”. (Extraído del Capítulo XI, Artículo 11.01 del texto del TLC entre Chile y Centroamérica, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, 2001, pp. 11-1, texto entre paréntesis agregado propio)

Sistema Generalizado de Preferencias: mecanismo a través del cual los países desarrollados (especialmente los Estados Unidos y la Unión Europea) brindan a una cantidad considerable tanto de países como de productos un acceso preferencial a sus mercados, al estar exentos de impuestos y derechos aduaneros.

Socio Comercial: país con el cual existe algún tipo de intercambio comercial, ya sean exportaciones, importaciones o ambas.

Subsidio a la Exportación: transferencia monetaria que realizan los gobiernos a los productores nacionales para que exporten sus productos en condiciones más competitivas.

Transferencia Tecnológica: proceso mediante el cual uno o varios agentes económicos transfieren a otros sus conocimientos en el área de la tecnología.

Tratado de Libre Comercio: acuerdo entre dos o más países para facilitar el comercio de bienes y servicios, así como los flujos de inversión entre los mismos.

Tratados Bilaterales: Intercambio de bienes y servicios entre dos países mediante negociaciones o acuerdos gubernamentales

Tratados Multilaterales: cuando varias naciones definen un área de libre intercambio entre ellas aunque no necesariamente hacia el resto de los países

Trato de Nación más Favorecida: disposición que suele aparecer en los tratados comerciales, según la cual cada una de las partes contratantes garantiza a la otra un tratamiento tan favorable como el que haya otorgado a terceras naciones.

Trato Nacional: disposición que suele aparecer en los tratados comerciales, según la cual cada una de las partes contratantes garantiza a la otra un tratamiento tan favorable como el que haya a sus productores nacionales.

Trato no Discriminatorio: disposición que suele aparecer en los tratados comerciales, según la cual cada una de las partes contratantes garantiza a la otra un tratamiento tan favorable como el otorga u otorgará a las empresas nacionales.

Triangulación Comercial: acción mediante la cual un país importa un producto determinado de un país que no forma parte de un acuerdo preferencial de comercio para posteriormente exportarlo a un país que sí forma parte de dicho acuerdo. Este proceso es efectivo cuando el precio del producto más el costo de transporte – re exportación es todavía suficientemente bajo como para competir en el mercado de destino final.

Umbral Monetario: monto monetario que se establece para las compras gubernamentales, por debajo del cual quedan reservadas dichas compras para fomentar la industria nacional.

Valor Agregado Nacional: diferencia entre el valor total de los bienes que produce una empresa y/o economía y el valor de los insumos utilizados para su producción que efectivamente se queda en el país.

Valor Agregado: diferencia entre el valor total de los bienes que produce una empresa y/o economía y el valor de los insumos utilizados para su producción. Esencialmente, es la suma del ingreso de los factores de producción que la misma emplea.

Ventaja Absoluta: principio económico elaborado por el economista clásico Adam Smith para defender el libre comercio. Dicho principio establece que cada país para disfrutar de los beneficios del libre comercio debe especializarse en la producción de aquellos bienes o servicios en los que su costo absoluto sea relativamente menor

Ventaja Relativa: principio económico elaborado por el economista clásico David Ricardo para defender el libre comercio. Dicho principio establece que cada país para disfrutar de los beneficios del libre comercio debe especializarse en la producción de aquellos bienes o servicios en los que su costo comparativo sea relativamente menor.