

# ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA APROBACIÓN LEGISLATIVA DEL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE CENTROAMÉRICA, REPÚBLICA DOMINICANA Y LOS ESTADOS UNIDOS

Mauricio Salas<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. El CIADI A. El CIADI es una secretaría, que no tiene competencia para adjudicar casos B. Lo que el CIADI no es II. La norma constitucional: el artículo 121.4 A. Antecedentes de la norma constitucional B. Reforma del artículo 105 de la Constitución Política C. Los supuestos constitucionales 1. Existencia de un ordenamiento jurídico comunitario 2. Transferencia de competencias 3. Objetivos regionales y comunes III. Las disposiciones del TLC no se ubican dentro de los supuestos del artículo 121.4 IV. Los argumentos a favor de la mayoría calificada A. La jurisprudencia constitucional ha evolucionado de forma distinta B. Existen múltiples precedentes constitucionales sobre el caso concreto C. La resolución 1079-93 es contradictoria V. Conclusión.

El Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (TLC) es un instrumento internacional de naturaleza ordinaria, que requiere de mayoría simple para su aprobación legislativa. En fechas recientes, se han esbozado tesis contrarias a esta. Algunas de estas tesis se basan en el contenido del Capítulo 10 del Tratado. Dicho capítulo establece un sistema para resolver controversias en materia de inversión, que se puedan llegar a presentar entre los empresarios de uno de los estados parte y el gobierno de otro estado suscriptor. El capítulo 10 dispone, entre otras opciones, la posibilidad de someter este tipo de disputas a arbitraje.<sup>2</sup>

De conformidad con el TLC, el arbitraje podría tramitarse en forma totalmente *ad-hoc*, según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil (CNUDMI)<sup>3</sup>, o bien por un tribunal arbitral nombrado según las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>4</sup>, el cual funciona bajo la égida del Banco Mundial.<sup>5</sup>

Así las cosas, algunos abogados, incluyendo miembros de la actual Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica, presidida por el Lic. Gilberto Corella Quesada, se

---

<sup>1</sup> Mauricio Salas Villalobos es abogado especialista en Comercio Exterior. Es socio del Bufete Facio & Cañas, y se ha desempeñado como profesor de Comercio Exterior en la Universidad de Costa Rica. Cuenta con una maestría del Georgetown University Law Center, en donde fungió como investigador y ha sido becario del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio.

<sup>2</sup> TLC, Artículo 10.16.

<sup>3</sup> TLC, Artículo 10.16.3.(c).

<sup>4</sup> TLC, Artículo 10.16.2.(a).

<sup>5</sup> Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI), Artículo 2. Véase también, Shihata, Ibrahim. Hacia una Mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones: El Papel del CIADI y del OMGI, Ed. CIADI, pag. 7; Lopina, David. The International Centre for Settlement of Investment Disputes. Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 4, 1988, pag. 108.

ha pronunciado<sup>6</sup> manifestando que el TLC requiere mayoría calificada para su aprobación legislativa. Entre otras cosas, se sostiene que el remitir controversias a arbitraje según las normas modelo de procedimiento del CIADI<sup>7</sup> requiere una votación por mayoría calificada en el Parlamento de Costa Rica. **Las razones esbozadas en sustento del requisito de mayoría calificada son totalmente equivocadas.** Este artículo detallará por qué, en nuestra opinión, la referencia de casos al CIADI no provoca un requisito de mayoría calificada, al tenor de lo dispuesto en el artículo 121.4 de la Constitución Política de Costa Rica.

## I. EI CIADI

El CIADI fue creado en 1965 a iniciativa del Banco Mundial, con el objeto de facilitar la sumisión de diferencias entre gobiernos e inversionistas extranjeros a mecanismos de conciliación y arbitraje.<sup>8</sup> El CIADI es una secretaría que funciona dentro del edificio central del Banco Mundial. No tiene fondos propios, pero goza de autonomía administrativa y legal. El CIADI se crea mediante un tratado internacional que contiene ciertas disposiciones institucionales básicas, y la garantía de los estados parte de que sus sistemas legales reconocerán los laudos firmes dictados según las reglas modelo de procedimiento arbitral que al efecto se han promulgado. Las normas del tratado que regula el CIADI buscan un equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes involucradas, sean entidades públicas y privadas, y en particular el “despolitizar” el arreglo de las diferencias en materia de inversión.<sup>9</sup>

Se entiende que el tratado en cuestión, aquí referido como el “Convenio CIADI” ayuda a despolitizar los conflictos en materia de inversión puesto que se prohíbe al Estado del inversionista respaldar política o diplomáticamente el reclamo pendiente, en el tanto se encuentre sometido a arbitraje.<sup>10</sup> Esto es sin duda un gran atractivo para países en desarrollo como el nuestro, que se han visto en el pasado sometidos a grandes presiones por parte de políticos y diplomáticos de países desarrollados, como los de Estados Unidos. Así por ejemplo, Costa Rica ha enfrentado fuertes presiones de

---

<sup>6</sup> Diario La Nación. Pronunciamento publicado mediante espacio pagado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados el 17 de Agosto del 2004 (“El Pronunciamento”). Además del Presidente, el pronunciamento está firmado por los directores Grettel Ortiz, Iliana Arce, Rocío Cerdas, José Ivan Salas, Fabio León, Patricia Madrigal, y por el fiscal, Carlos Sánchez.

<sup>7</sup> El Pronunciamento no hace distinción entre arbitraje según las normas del CNUDMI y las del CIADI, sin embargo, y a pesar de la ausencia de razonamiento, se deduce que se está haciendo referencia únicamente al CIADI.

<sup>8</sup> Convenio CIADI, Art. 1.2.

<sup>9</sup> Shihata, Ibrahim. *Op cit.* Pag. 6.

<sup>10</sup> Convenio CIADI, Art. 27.1; Shihata, Ibrahim. *Op Cit.* pag. 17. Véase asimismo, Tawill, Santiago, Los tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el caso de la Argentina, que dice: “El CIADI no debe ser considerado únicamente como un mecanismo para el arreglo de diferencias relativas a inversiones. Su objetivo supremo es promover entre los inversionistas y los Estados un ambiente de mutua confianza que favorezca el incremento del flujo de recursos hacia los países en desarrollo en condiciones razonables [...] el CIADI debe considerarse como un instrumento de política internacional para el fomento de las inversiones y el desarrollo económico. Las características principales del sistema que los fundadores del CIADI concibieron para este instrumento comprenden su carácter voluntario, su flexibilidad y su eficacia.”

legisladores, ministros y embajadores norteamericanos, con ocasión de casos de expropiación y de anulación de concesiones.<sup>11</sup>

El Convenio CIADI ha sido ratificado por 136 países, incluyendo Costa Rica, Estados Unidos, y casi cualquier otro estado que de alguna forma exporta o recibe inversión extranjera. Costa Rica aprobó y ratificó el Convenio en el año 1993.<sup>12</sup> En sí, el hecho de ratificar la Convención no obliga a someter ninguna disputa a conciliación o arbitraje según sus reglas.<sup>13</sup> El consentimiento para someter una disputa en particular debe ser expresado libremente por las partes.<sup>14</sup> En este sentido, se ha dicho que el consentimiento del Estado es la *piedra angular* de todo el Convenio CIADI.<sup>15</sup> Este consentimiento usualmente se expresa en tratados bilaterales de inversión o en tratados de libre comercio. Actualmente, existen más de 1000 (mil) tratados en los que se expresa el consentimiento de los estados contratantes de someter sus disputas de inversión a conciliación o arbitraje según las reglas del CIADI.<sup>16</sup> En la doctrina, estudios e informes consultados no hemos encontrado referencia alguna, en el sentido de que se haya requerido algún tipo de aprobación calificada para la aprobación de estos 1000 tratados en los 136 países parte del Convenio CIADI.

#### **A. El CIADI es una secretaría, que no tiene competencia para adjudicar casos**

El CIADI no participa de forma alguna en la adjudicación del caso, ni en la emisión del laudo. No emite normativa o reglas que puedan ser impuestas a algún estado o inversionistas sin su consentimiento previo y escrito.

Al respecto se ha dicho:

“Las dependencias del Centro, en sí mismas, no operan como un tribunal de conciliación o arbitraje, sino que los procedimientos de conciliación y arbitraje son conducidos bajo los auspicios del Centro, de acuerdo con sus reglas. El

---

<sup>11</sup> Los casos que han originado estas controversias son conocidos comúnmente como “Bailey”, “Rancho Gesling”, “Goulet”, “Qualls”, “Titisa”, “Toro Rojo”, “Max Dalton”, “John Brown”, “Santa Elena”, y “Millicom”. Al respecto puede consultarse: Facio, Gonzalo. Reclamación Diplomática de los Estados Unidos contra Costa Rica por expropiación de bienes de sus Nacionales, 11 de enero de 1993. Primera Vicepresidencia de la República. Informe de casos en los que se han presentado conflictos por asuntos de tierras con ciudadanos de los Estados Unidos de América, 28 de julio de 1994. Senado de los Estados Unidos de América. Republican Staff Congress Report to the Committee on Foreign Relations, Confiscated Property of American Citizens Overseas: Cases in Honduras, Costa Rica and Nicaragua, 103<sup>rd</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session, Committee Print, Marzo, 1994. Draper, Theodore. *A Very Thin Line*. Nueva York, Hill and Wang, primera edición, 1991, pag. 98.

<sup>12</sup> Ley 7732-1993. Publicada en el Diario Oficial La Gaceta del 6 de abril de 1993.

<sup>13</sup> Convenio CIADI, Art. 25.1; Convenio CIADI, Considerando Séptimo; Véase también: Reporte de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, ICSID doc. 2., 18 de marzo de 1965, pag. 5; Lamm, Carolyn. Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Foreign Investment Law Journal*, vol. 6, no. 2, 1991, pag. 464.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> : Reporte de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, ICSID doc. 2., 18 de marzo de 1965, par. 23.

<sup>16</sup> Schreuer, Christoph. *The ICSID Convention, A Commentary*, ed. Cambridge, 2001, pag. xv. Véase también, Kalil, Mohamed. Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties, *Foreign Investment Law Journal*, vol. 7, no. 2, 1992, pag. 383.

Centro es principalmente una Secretaría, controlada por el Consejo Administrativo”.<sup>17</sup>

Nunca se ha pretendido que el CIADI tenga algún carácter judicial o regulatorio. Esto ha quedado claro desde sus orígenes. Así:

“Durante la redacción del Convenio, se enfatizó repetidamente que el propósito del Centro sería la facilitación de la conciliación y el arbitraje, pero que no emprendería estas actividades directamente. En otras palabras, el trabajo del Centro sería administrativo y no judicial.”<sup>18</sup>

El primer Secretario del CIADI, Dr. Aron Broches expresó esta misma idea en su curso de la Academia de la Haya en 1972:

“Esto sería el Centro, quien, como he dicho antes, administra los procedimientos de conciliación y arbitraje realizados de conformidad con el Convenio. El Centro no concilia ni arbitra casos. Los procedimientos de conciliación y el arbitraje son más bien conducidos por conciliadores y árbitros nombrados de conformidad con el Convenio.”<sup>19</sup>

El CIADI entonces mantiene una lista de árbitros y conciliadores en la materia<sup>20</sup>, y una serie de normas modelo para la conducción de conciliaciones y arbitrajes. A petición de parte, hace nombramientos, y asiste administrativamente en la atención de los casos. Bajo ningún caso, podría imponer normas, ni siquiera procedimentales, sin acuerdo previo del Estado y del inversionista que han acudido al Centro.<sup>21</sup>

El CIADI no podría nunca dirimir una controversia entre dos países soberanos. Es requisito *sine qua non* que una de las partes litigantes sea un sujeto privado.<sup>22</sup> Por ello, no se podría asimilar al CIADI a un tribunal internacional, como la Corte Internacional de Justicia, o la Corte Centroamericana de Justicia.

No existe ninguna formalidad en cuanto a la manera en que debe manifestarse el consentimiento de las partes para someter un caso específico al CIADI. El único requisito es que se exprese por escrito.<sup>23</sup> El consentimiento escrito puede expresarse en uno o varios documentos, e inclusive en un intercambio de cartas.<sup>24</sup> De hecho,

---

<sup>17</sup> Hirsh, Moshe. The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. Ed. Martinus Nijhof, 1992, pag. 26 (traducción libre).

<sup>18</sup> Schreuer, Christoph. Op. cit. Pag. 13. *En el mismo sentido*: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the ICSID Convention, Ed. ICSID, 1968, págs: 103-105, 109-111, 113, 121, 129, 241, 953.

<sup>19</sup> Broches, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. Académie de Droit International, 1972, Vol. II, T.136, pag. 339 (traducción libre). *Véase también*, Lopina, David. Op cit. pag. 109.

<sup>20</sup> Convenio CIADI, Art. 12.

<sup>21</sup> Documents Concerning the Origin and the Formulation of the ICSID Convention, pages 68, 69, 74, 77, 79, 82-83, 135-136, 241, 257-258, 303, 334, 335, 464, 563, 566.

<sup>22</sup> Convenio CIADI, Arts. 25.1. y 25.2.a. *Véase también*: Broches, Aron. Op cit. pag. 340. Schreuer, Christoph, Op. Cit. pag 159.

<sup>23</sup> Convenio CIADI, Art. 25.1.

<sup>24</sup> Laudo Arbitral en *Amco Asia et al. v. Indonesia*. ICSID ARB/81/1, pag. 359. *En el mismo sentido*, Lamm, Carolyn, op. cit., pag. 465.

**Costa Rica ha consentido en someter disputas al CIADI mediante una simple nota del Despacho Presidencial, sin ulterior trámite o sustento legal o reglamentario.**<sup>25</sup>

## **B. Lo que el CIADI no es**

De lo anterior se puede concluir que el CIADI:

- No es un tribunal judicial o arbitral. Es propiamente una secretaría.
- No es un órgano político o deliberativo. No tiene ni adopta normas de fondo.
- No impone obligaciones de derecho internacional.
- No crea normas generales o reglamentarias aplicables en territorio costarricense.
- No persigue ningún objetivo que no sea facilitar la conciliación y el arbitraje.
- No puede variar el ordenamiento jurídico costarricense de ninguna forma.
- No puede actuar sin el consentimiento previo y escrito de los países miembros.
- No puede siquiera sugerir normas procedimentales para un caso concreto sin consentimiento de nuestro país.
- No puede dirimir controversias, ni facilitar arbitrajes entre dos estados soberanos.

## **II. La norma constitucional: el artículo 121.4**

Se ha dicho que la referencia al CIADI, contenida en el TLC, cae dentro de la hipótesis prevista en el segundo párrafo del artículo 121.4 de la Constitución Política, que dice así:

“Los tratados públicos y convenios internacionales que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros.”

### **A. Antecedentes de la norma constitucional**

La norma citada es producto de una reforma del año 1968. Se promulgó como consecuencia inmediata y directa del proceso de integración centroamericana. Es de vital importancia tener claro el contexto en el que se produjo la reforma constitucional para su correcta interpretación. Nuestra Sala Constitucional ha dicho sobre este particular:

“Ante la necesidad de que el Derecho Comunitario que se venía produciendo en la región centroamericana encontrara un adecuado marco constitucional en Costa Rica, por ley N° 4123 del 30 de mayo de 1968 se reformaron los artículos 7

---

<sup>25</sup> “Mediante nota del 21 de marzo de 1995, Costa Rica consintió al procedimiento arbitral ante un tribunal arbitral CIADI”. Laudo Arbitral en *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica*, párrafo 26.

y 121 de la Constitución Política, y más recientemente, por ley 7128 del dieciocho de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, el artículo 105 del mismo cuerpo normativo... Tratándose del Derecho Comunitario la Constitución Política ha previsto, tal y como lo evidencia la simple lectura de las disposiciones transcritas, la transferencia de ciertas competencias nacionales propias a un ordenamiento jurídico distinto - el Comunitario- que de otra manera no podría lograr las metas comunes que los Estados partes del sistema de integración se han propuesto.”<sup>26</sup>

## **B. Reforma del artículo 105 de la Constitución Política**

Por su parte, la reforma hecha al Artículo 105 de la Constitución en 1989 informa y aclara el alcance del Artículo 121.4. El actual artículo 105 reza:

“La potestad de legislar reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa. Tal potestad no podrá ser renunciada ni sujeta a limitaciones, mediante ningún convenio o contrato, ni directa ni indirectamente, salvo el caso de los tratados, de conformidad con los principios del Derecho Internacional.”

Es evidente que la transferencia de competencias prevista en el artículo 121.4 está directamente relacionada con la potestad de legislar y sus posibles limitaciones, detallada en el artículo 105. Ambas normas están interrelacionadas, según lo ha expuesto la misma Sala Constitucional.<sup>27</sup>

## **C. Los supuestos constitucionales**

Una lectura del segundo párrafo del artículo 121.4 permite identificar 3 requisitos básicos de previo a ordenar la aprobación de un tratado por mayoría calificada. Estos son:

- 1. Existencia de un Ordenamiento Jurídico Comunitario.
- 2. Transferencia de Competencias a ese Ordenamiento.
- 3. Prosecución de Objetivos Regionales y Comunes.

La Sala Constitucional ha detallado cuidadosamente la interpretación que deben recibir estos tres conceptos.

### **1. Existencia de un ordenamiento jurídico comunitario**

La jurisprudencia de la Sala Constitucional es clara al indicar que el Derecho Comunitario cuenta con fuentes y órganos legislativos independientes y primarios e impone obligaciones generales a todos los ciudadanos de una región. Al respecto del Derecho Comunitario ha dicho:

---

<sup>26</sup> Sala Constitucional. Sentencia 4638-96 de las 9:03 horas del 6 de septiembre de 1996.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

“Doctrinalmente se le define como un conjunto organizado y estructurado de normas jurídicas, que posee sus *propias fuentes, está dotado de órganos y procedimientos adecuados para emitirlas, interpretarlas, aplicarlas y hacerlas valer*. En tanto el derecho internacional promueve la cooperación internacional, el Derecho Comunitario *promueve la integración* de los países involucrados, y por ello se ha dicho que conforma un nuevo orden jurídico de derecho internacional, caracterizado por su *independencia y primacía, características consustanciales* de su existencia.

El derecho comunitario posee una gran penetración en el orden jurídico interno de los Estados miembros, que se manifiesta en la *aplicabilidad inmediata, su efecto directo y su primacía*. Y es que la Comunidad constituye un nuevo orden jurídico internacional, en cuyo beneficio los Estados parte han limitado, aunque de manera restringida, sus derechos soberanos. Del *Derecho Comunitario surgen derechos y obligaciones, no sólo para los Estados miembros, sino también para sus ciudadanos*.

Es precisamente por la trascendencia que tienen las normas que se pretenden aprobar,- que como se indicó pueden transferir competencias-, que resulta deseable que especialistas en el tema analicen, de previo a la firma de los tratados que se pretenden suscribir en este campo, los alcances y la compatibilidad de esos instrumentos, con el orden y el sistema interno. Ello es especialmente importante si se toma en cuenta que la consulta preceptiva llega a la Sala una vez que se ha negociado el tratado y cuando ya ha sido aprobado en primer debate, amén de que este Tribunal limita su análisis a aspectos de relevancia constitucional.

Sin ninguna duda, el centro medular de la integración son los tratados, que pueden ser de dos clases: los de carácter institucional, que articulan y estructuran el sistema y sus instituciones, y aquellos que las desarrollan de una manera uniforme, clara, concreta y que usualmente contienen las normas en las que los Estados transfieren competencias a la organización comunitaria, para el cumplimiento de los fines que les resultan de interés. En opinión de la Sala el convenio consultado es de carácter institucional. Valga indicar que la *transferencia de competencias al ordenamiento jurídico comunitario debe ser expresa* y mediante tratado, de modo que la atribución de la potestad reglamentaria (que en este caso se hace) a órganos comunitarios, sólo puede ejercerse sobre materias expresamente definidas o trazadas en un tratado. *En el de naturaleza institucional aquella potestad no podría ejercitarse en tanto no se produzca una transferencia expresa de competencias* mediante convenio que deberá ser aprobado por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de miembros de la Asamblea Legislativa (artículo 121 inciso 4 de la Constitución Política), y sometido a consulta preceptiva de constitucionalidad (artículo 10 ibídem). Consecuentemente, resulta importante acotar que todas las normas aprobadas en el proceso de integración van constituyendo un *auténtico ordenamiento jurídico*, que por su naturaleza y los fines que persigue encuadra dentro de lo que se ha definido como Derecho Comunitario.”<sup>28</sup>

<sup>28</sup> Ibídem. Véase también: Sentencia 4640-96 de las 9:09 horas del 6 de septiembre de 1996.

## 2. Transferencia de competencias

En nuestra jurisprudencia constitucional se ha indicado que la transferencia de competencias se da cuando se atribuyen a organismos internacionales competencias públicas, particularmente cuando se *impongan nuevas obligaciones al Estado costarricense, sin su voluntad, por órganos extranacionales, más allá de las pactadas, por ejemplo, mediante decisiones tomadas por mayoría.*<sup>29</sup>

Así, la Sala maneja un criterio de delegación expresa y restrictiva de competencias. Además, para la Sala, la delegación siempre ha estado asimilada al proceso de legislar a nivel supranacional, es decir, de emitir obligaciones generales aplicables dentro de Costa Rica y los demás países de la región.

“La delegación de competencias produce una modificación muy importante al orden jurídico interno...Para la Sala el presente convenio es de carácter *institucional, y en el no aparecen, estrictamente hablando, delegaciones concretas de competencias.* Tiene por objeto contribuir con la formación de la Unión Económica Centroamericana, en aras de alcanzar el desarrollo económico y social equitativo y sostenible de los países centroamericanos...Los actos administrativos del subsistema de Integración Económica se expresará en resoluciones, reglamentos, acuerdos y recomendaciones. Los *reglamentos tendrán carácter general obligatorio* en todos sus elementos, serán directamente aplicables en todos los Estados partes...”<sup>30</sup>

## 3. Objetivos regionales y comunes

Para la Sala, este requisito debe interpretarse en armonía con los dos anteriores, y sirve como limitación al tipo de delegación de competencia que puede validamente realizarse. Sin duda, el objetivo regional o común (inter-estatal) debe estar presente:

“Resulta preciso indicar que ésta delegación encuentra su primer límite en "el propósito de realizar objetivos regionales y comunes", es decir, no podría existir una delegación de competencias para propósitos y objetivos que no sean los que el constituyente ha indicado. Por otra parte, debe darse un absoluto respeto a los principios y valores que recoge la Constitución Política, que permea el resto del ordenamiento jurídico y los diversos campos del quehacer humano; social, económico, cultural, religioso, político etc. Para la Sala la Asamblea Legislativa no podría válidamente aprobar tratados internacionales que reduzcan los niveles de protección de los derechos fundamentales...”<sup>31</sup>

En conclusión, el artículo 121.4 se aplica para aquellos casos en los que el país expresamente delega competencias relacionadas con la creación de normas generales (potestad legislativa), a un órgano supranacional, que está en capacidad de imponer nuevas obligaciones al estado o sus nacionales con efecto directo, y aún en contra de su voluntad, con el fin de alcanzar un objetivo regional o inter-gubernamental.

---

<sup>29</sup> Sala Constitucional. Sentencia 1079-93 de las 14:48 horas del 2 de marzo de 1993.

<sup>30</sup> Sala Constitucional. Sentencia 4640-96 de las 9:09 horas del 6 de septiembre de 1996.

<sup>31</sup> *Ibídem.*

### **III. Las disposiciones del TLC no se ubican dentro de los supuestos del artículo 121.4**

De lo expuesto, resulta muy claro que el TLC requiere aprobación legislativa por mayoría simple, por lo menos en cuanto al arbitraje se refiere. El requisito de mayoría calificada establecido en el artículo 121.4 no resulta aplicable, pues ninguno de los criterios establecidos en dicha norma constitucional es aplicable al CIADI, y menos al consentimiento expresado en el TLC. Veamos:

**El TLC no crea, ni somete casos, a un Ordenamiento Jurídico Comunitario.** El CIADI no crea obligaciones internacionales, no tiene órganos creadores de Derecho independientes ni primarios, procesos deliberativos, no impone derechos y obligaciones a ciudadanos costarricenses, o de región alguna, mucho menos de forma directa o automática. El CIADI tampoco es un tribunal. Aún si fuera un tribunal, no se puede comparar la potestad legislativa con la competencia para adjudicar sobre un caso concreto, a raíz de un arbitraje voluntario y consentido. Ni el CIADI, ni los laudos producto de un arbitraje tramitado según las reglas modelo de procedimiento del CIADI, crean normas de fondo o comunitarias. Aún si estuviera autorizado para tomar cualquier medida de este tipo, no podría implementarse o imponerse sin el consentimiento del Estado de Costa Rica.

Los estados miembros del CIADI pertenecen a todos los continentes del planeta, y representan casi la totalidad de estados independientes en existencia. Por ello, tampoco podría decirse que estamos en presencia de un órgano *regional* o comunitario.

Los árbitros del CIADI tampoco conforman un órgano comunitario o supranacional, y en su función no se distinguen de los árbitros nacionales que ordinariamente resuelven controversias en Costa Rica. Un arbitraje del CIADI no podría adjudicar casos entre Costa Rica y otro país signatario del TLC, y por lo tanto, tampoco se podría decir que se asemeja a un tribunal internacional con actividad supranacional.

El Artículo 121.4 de la Constitución fue adaptado para enfrentar el proceso político de integración centroamericana. Ese es el contexto histórico y la finalidad de la reforma, que debe tomarse en cuenta a la hora de cualquier interpretación. Bajo esta perspectiva, el consentir a un arbitraje claramente no está dentro de las intenciones del legislador

**Ni en el Convenio CIADI, ni en el TLC, existe una delegación concreta de competencias,** en el sentido constitucional del término, hacia el CIADI, o a los tribunales arbitrales nombrados según sus reglas modelo de procedimiento. La Sala Constitucional ha aclarado que este tipo de delegaciones debe ser expresa. El CIADI sencillamente facilita un mecanismo de conciliación y arbitraje, y el TLC simplemente expresa el consentimiento del Estado para acudir a él en ciertos casos concretos. No hay delegación alguna de una potestad soberana, entendida como la facultad de legislar, o imponer nuevas obligaciones a lo interno del país. Es claro que nuestra Constitución, en su artículo 43, así como la Ley General de la Administración Pública y la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, respaldan lo negociado en el TLC en el tanto facultan expresamente al Estado para someter disputas a arbitraje.

**No Hay Objetivos Regionales o Comunes.** La remisión de casos a un arbitraje no persigue un objetivo regional o común. Los supuestos que el artículo 121.4 tiene como base son totalmente distintos, y resulta claro que no se aplican al caso en estudio.

#### **IV. Los argumentos a favor de la mayoría calificada**

Entiende el autor que las personas que han abogado por una mayoría calificada para el TLC sustentan su tesis, sin mayor explicación, en los votos 7006-02 y 1079-93 de la Sala Constitucional. Este proceder es totalmente equivocado, según se verá.

**La Sentencia 7006-02:** Esta sentencia versa sobre un caso de extradición, y no se refiere para nada al caso en estudio. Por ende, tal precedente no añade ningún valor al análisis.

**La Sentencia 1079-93:** La segunda sentencia evacuó la consulta de constitucionalidad planteada con ocasión de la aprobación del Convenio CIADI hace 11 años, en marzo de 1993. En el último párrafo de esta sentencia se indicó que el Convenio CIADI debía aprobarse por mayoría calificada, aprobación que en efecto se le dio. La Junta Directiva del Colegio toma ese párrafo final como una indicación de que el TLC también debe aprobarse por mayoría calificada. Esto no es correcto por los siguientes motivos:

##### **A. La jurisprudencia constitucional ha evolucionado de forma distinta**

Según se analizó en esta nota, las sentencias constitucionales 4638-96 y 4640-96, detallan cuidadosamente el entendimiento que maneja actualmente la Sala sobre los alcances del artículo 121.4 de la Constitución Política. Estas dos sentencias son más recientes, y mucho más detalladas que la sentencia 1079-93. Esos dos precedentes, según se ha visto, son claros en cuanto a los requerimientos contenidos en la norma: facultad legislativa primaria, capaz de imponer nuevas obligaciones de tipo general y reglamentario a los ciudadanos de Costa Rica, de forma automática, para un propósito general y común. Esto es suficiente para determinar que el Capítulo 10 del TLC no cae dentro de los supuestos de mayoría calificada, y que el razonamiento del voto 1079-93 se ha visto ampliado y superado con los años.

##### **B. Existen múltiples precedentes constitucionales sobre el caso concreto**

Como se ha indicado, existen más de 1000 tratados internacionales en el mundo que contienen una referencia al arbitraje de disputas de inversión según las reglas del CIADI, similares o idénticas a las contenidas en el Capítulo 10 del TLC.<sup>32</sup> De hecho, es difícil encontrar tratados de libre comercio, o de inversión, firmados por cualquier país del mundo en los últimos 10 años que no contengan normas de arbitraje similares a la del TLC.

<sup>32</sup> Véase *supra* nota 15.

Costa Rica no ha sido la excepción en este proceso. Nuestro país ha aprobado previamente tratados de libre comercio con México, República Dominicana, Canadá y Chile. Los de México y República Dominicana contienen normas sobre arbitraje casi idénticas al TLC.<sup>33</sup> Los de Canadá y Chile no contienen normas de inversión puesto que nuestro país tiene tratados específicos sobre este tema con los dos países. En estos dos tratados de inversión si se incluye una referencia expresa al CIADI, casi igual a la del TLC.<sup>34</sup>

Adicionalmente, Costa Rica tiene otros 14 tratados de inversión vigentes, y debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, en los que se dispone un sistema de solución de controversias que incluye arbitraje según las reglas del CIADI.<sup>35</sup>

Estos tratados han sido oportunamente remitidos a consulta constitucional. A pesar de que las disposiciones son casi idénticas a las del TLC, *la Sala Constitucional no dispuso la necesidad de aprobación por mayoría calificada* en estos 18 casos.<sup>36</sup> Esto es especialmente relevante, pues cuando un instrumento ha requerido de mayoría calificada según la Sala, esto se ha indicado de manera expresa en la sentencia respectiva.

Los 18 precedentes citados también sirven para apoyar la tesis de que el criterio expuesto en la parte final de la resolución 1079-93 se circunscribió al tratado en que Costa Rica se incorporó como parte contratante al sistema CIADI, pero no al uso o participación en el sistema de arbitraje respectivo. En ese sentido, *cabe resaltar que Costa Rica ha consentido en remitir disputas de arbitraje al CIADI mediante una simple carta, sin oposición de entidad alguna en nuestro país.*<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos, Ley No. 7474 del 19 de diciembre de 1994, publicada en la Gaceta No. 244 del 23 de diciembre de 1994, artículo 13.24. Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, Ley No. 7882 del 9 de junio de 1999, publicado en la Gaceta No. 132 del 8 de julio de 1999, Art. 9.20.

<sup>34</sup> Acuerdo entre la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Ley 7870, publicada en La Gaceta número 100 del 25 de mayo de 1999, Artículo XII.4. Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Ley 7748, publicada en La Gaceta número 57 del 23 de marzo de 1998, Artículo IX.2.b.

<sup>35</sup> Costa Rica ha suscrito y aprobado Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones con los siguientes países: Alemania, mediante la ley número 7695 del 9 de septiembre de 1997; Argentina, mediante la ley número 8068 del 14 de febrero del 2001; China (Taiwán), mediante la ley número 7994 del 21 de febrero del 2000; Corea mediante la ley número 8217 del 8 de marzo del 2002; España mediante la ley número 7869 del 13 abril de 1999; Francia mediante la ley número 7691 del 3 de octubre de 1997; Holanda mediante la ley número 8081 del 14 de febrero del 2001; Paraguay mediante la ley número 8069 del 14 de febrero del 2001; Reino Unido e Irlanda del Norte mediante la ley número 7715 del 31 de octubre de 1997; República Checa mediante la ley número 8076 del 14 de febrero del 2001; Suiza mediante la ley número 8218 del 8 de marzo del 2002, que sustituyó el acuerdo suscrito mediante la ley número 3725 del 26 de julio de 1966; Venezuela mediante la ley número 8067 del 14 de febrero del 2001.

<sup>36</sup> Así por ejemplo, la Sala Constitucional se ha referido a la constitucionalidad de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en los siguientes votos: Alemania, Voto No. 4708-97; Argentina, Voto No. 10092-2000; Canadá, Voto No. 01307-99; Chile, Voto No. 0019-98; China (Taiwán), Voto No. 2000-01270; Corea, Voto No. 2001-12494; España, Voto No. 01202-99; Francia, Voto No. 4726-97. En ninguno de ellos se requirió mayoría calificada para la aprobación del tratado en segundo debate.

<sup>37</sup> *Ver Supra* nota 24.

En resumen, existen 18 sentencias de la Sala Constitucional, posteriores a la 1079-93, sobre casos casi idénticos al TLC en lo que a inversión se refiere, que soportan firmemente la tesis de que la aprobación debe hacerse por mayoría simple.

### **C. La resolución 1079-93 es contradictoria**

Una lectura honesta de la resolución 1079-93 permite concluir que los considerandos de la sentencia no sustentan su parte dispositiva. El párrafo final de la sentencia es sorpresivo, en el tanto la parte expositiva pareciera demandar un resultado contrario.

Así, se indica en la resolución 1079-93 que la:

“Sala no encuentra reparos de tipo constitucional en el instrumento que pretende aprobar la Asamblea Legislativa y más bien considera que no solamente por estar ya vigente para otras partes (Estados) que lo han suscrito, sino porque es uno más de los que en pasado se han suscrito y aprobado de similar porte jurídico, en materia cada día más necesaria de ser manejada de esa manera, dado que las relaciones económicas mundiales son cada día más intensas.”

Se indica también en esta resolución que un ordenamiento jurídico es comunitario:

“en cuanto que es capaz de imponer a los Estados Partes obligaciones, deberes, cargas o limitaciones *más allá de las pactadas y aún contra su voluntad por ejemplo, mediante decisiones adoptadas por una mayoría*; cosa esta completamente diferente que la de los órdenes meramente internacionales, en que los Estados se comprometen solamente a los que se comprometen por tratado, o, si éste crea, además, algún tipo de organismo internacional, las decisiones en ese organismo, o no son vinculantes, o si lo son deben tomarse por unanimidad, es decir, con la aceptación expresa del Estado costarricense, mediante sus legítimos representantes competentes al efecto”

Según se visto anteriormente, un arbitraje ante el CIADI no podría nunca imponer cargas o limitaciones más allá de las pactadas, sean en el CIADI, en el TLC, o en un acuerdo de inversión con un empresario extranjero. Todo el sistema se basa en el principio de consentimiento, sea en el de libre voluntad, y no hay decisiones de mayoría que puedan ser impuestas al país. Obviamente la función arbitral no puede asimilarse a la de creación de nuevas obligaciones, pues en la primera lo que se hace es interpretar o aplicar normas existentes, mientras que en la segunda se dictan nuevas normas vinculantes. Es decir, la misma diferencia que hay entre una sentencia y una ley, o entre el Poder Judicial y el Legislativo.

La confusión que yace en la resolución 1079-93 podría explicarse en la premura que se tuvo durante el trámite de aprobación del Convenio CIADI a principios del año 1993. El 1 de diciembre de 1992, nuestro Embajador en Washington fue notificado de la decisión de los Estados Unidos, de bloquear un empréstito de US\$100,000,000 que el BID estaba por otorgar al Programa Sectorial de Inversiones de Costa Rica.<sup>38</sup> Fue bajo esa presión que se reactivó el trámite legislativo del Convenio CIADI, el cual estuvo en

<sup>38</sup> Facio, Gonzalo. Litigando en Washington, Ed. UNA, pag. 34.

trámite de consulta constitucional tan solo unos pocos días.<sup>39</sup> Probablemente el sentido de urgencia con que se tramitó esta ley afectó el razonamiento de la Sala, quien normalmente analiza los tratados de forma muy cuidadosa.

No obstante, en las sentencias posteriores sobre el artículo 121.4 de la Constitución, la Sala Constitucional ha precisado y desarrollado en detalle los alcances de la norma, produciendo criterios bastante claros para su correcta interpretación.

## V. Conclusión

Según se ha comprobado, las disposiciones sobre conciliación y arbitraje contenidas en el Capítulo X del TLC no trasladan competencias públicas a un ordenamiento jurídico comunitario, como lo podría ser el Sistema de Integración Centroamericana. Las características del CIADI y su sistema para la solución de controversias tienen una naturaleza totalmente distinta. Los precedentes citados como sustento para una mayoría calificada no son atinentes, y han sido superados por numerosas sentencias posteriores de la Sala Constitucional, que precisan, de forma consistente, la correcta interpretación del artículo 121.4 de la Constitución, y que han permitido la aprobación, por mayoría simple, de numerosos tratados que son análogos al TLC en términos jurídicos.

## BIBLIOGRAFÍA

Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, Ley 7748, publicada en La Gaceta número 57 del 23 de marzo de 1998.

Acuerdo entre la República de Costa Rica y el Gobierno de Canadá para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Ley 7870, publicada en La Gaceta número 100 del 25 de mayo de 1999.

Broches, Aron. The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States. *Académie de Droit International*, 1972, Vol. II, T.136

CIADI. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the ICSID Convention, Ed. ICSID, 1968.

Draper, T. (1991) *A Very Thin Line*. Nueva York: Hill and Wang

Facio, G. *Litigando en Washington*, San José: Editorial UNA

Facio, G. *Reclamación Diplomática de los Estados Unidos contra Costa Rica por expropiación de bienes de sus Nacionales*, 11 de enero de 1993.

<sup>39</sup> Según se desprende del expediente legislativo 9173, la Sala tomó menos de dos semanas para resolver.

Hirsh, M. (1992) *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*. Editorial Martinus Nijhof.

Kalil, M. (1992) Treatment of Foreign Investment in Bilateral Investment Treaties, *Foreign Investment Law Journal*, 7,2.

Lamm, C. (1991) Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, *Foreign Investment Law Journal*, 6,2.

Laudo Arbitral en *Compañía de Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. República de Costa Rica*.

Lopina, D. (1988) The International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 4.

Reporte de los Directores Ejecutivos del Convenio CIADI, ICSID doc. 2., 18 de marzo de 1965.

Sala Constitucional. Sentencia 4638-96 de las 9:03 horas del 6 de septiembre de 1996.

Sala Constitucional. Sentencia 1079-93 de las 14:48 horas del 2 de marzo de 1993.

Sala Constitucional. Sentencia 4640-96 de las 9:09 horas del 6 de septiembre de 1996.

Schreuer, C. (2001) *The ICSID Convention, A Commentary*. Editorial Cambridge.

Senado de los Estados Unidos de América. Republican Staff Congress Report to the Committee on Foreign Relations, Confiscated Property of American Citizens Overseas: Cases in Honduras, Costa Rica and Nicaragua, 103<sup>rd</sup> Congress, 2<sup>nd</sup> Session, Committee Print, Marzo, 1994.

Shihata, I. *Hacia una Mayor Despolitización de las Diferencias Relativas a Inversiones: El Papel del CIADI y del OMGI*. Editorial CIADI.

Tawill, S. *Los tratados de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones y el Arbitraje Internacional: el caso de la Argentina*.

Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y República Dominicana, Ley No. 7882 del 9 de junio de 1999, publicado en la Gaceta No. 132 del 8 de julio de 1999.

Tratado de Libre Comercio entre la República de Costa Rica y los Estados Unidos Mexicanos, Ley No. 7474 del 19 de diciembre de 1994, publicado en la Gaceta No. 244 del 23 de diciembre de 1994.