

¿CÓMO LEER EL TLC?

Roberto Echandi¹

SUMARIO

I. Introducción II. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sus reglas de interpretación y el TLC A. Regla de la lectura “de buena fe” del texto B. Regla del “sentido corriente” de los términos del tratado C. La excepción a la regla del sentido corriente de los términos del tratado D. Regla de la utilización del contexto E. Regla de la compatibilidad y fin del tratado III. Los Anexos de Medidas Disconformes A. Antecedentes B. Naturaleza legal de cada ficha del anexo C. Implicación del elemento “descripción” de la medida D. Efectos de incluir una ley dentro del anexo de medidas disconformes E. Disposiciones de la Constitución Política incluidas como medidas disconformes IV. Conclusión.

I. Introducción

Sin duda alguna, de los seis tratados de libre comercio que el país ha negociado en la última década², ningún otro ha despertado tanto interés en la opinión pública nacional como el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos (en adelante el “TLC”). Un sinnúmero de actividades de información, discusión y debate, organizadas por el gobierno, el sector privado, entidades académicas y diversas instancias de la sociedad civil se han realizado antes, durante y después de la conclusión de las negociaciones del TLC, en enero del 2004. Habiendo sido parte del equipo negociador, he tenido la oportunidad de participar en muchas de esas actividades en las cuales se ha discutido el contenido y alcances del TLC desde muy diversas ópticas. Pese a la variedad de temas discutidos, he notado una constante en el proceso de discusión pública sobre el TLC: más que desarrollar discusiones fundadas sobre la conveniencia o no del TLC para el país – o alternativas en caso de que el mismo no llegara a aprobarse- con mucha frecuencia la discusión sobre el TLC se ha centrado sobre el supuesto contenido y alcances de dicho acuerdo comercial.

La gran mayoría de los opositores al tratado –en algunos casos adrede y en otros casos por equivocación– justifican su oposición al TLC a partir de una lectura del tratado que, con mucha frecuencia, no es técnicamente correcta. Esto ha generado una dinámica en la cual una gran parte de la discusión se ha tenido que centrar en aclarar lo que el TLC no es, más que en analizar las implicaciones del contenido real de dicho acuerdo comercial.

Dentro de este contexto, el propósito de este artículo es brindarle al lector algunas armas metodológicas para que, como ciudadano, pueda estudiar el texto del TLC de

¹ Abogado. Se ha desempeñado como Embajador Especial Adjunto para Asuntos Comerciales con Estados Unidos; Director General de Comercio Exterior; Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, Washington D.C. y asesor legal de la Secretaría del Órgano de Apelación de la OMC en Ginebra, Suiza. Maestría en Derecho Internacional del Comercio, Universidad de Michigan, y Maestría en Estudios Latinoamericanos, con énfasis en integración económica, Universidad de Oxford.

² Además del TLC con EEUU, Costa Rica ha negociado tratados de libre comercio con México, Chile, República Dominicana, Canadá y los países del CARICOM.

una manera adecuada y estar en una mejor posición para formarse su propio criterio sobre el contenido y alcance de este tratado.

La lectura del TLC no es precisamente una tarea fácil para alguien que no esté familiarizado con el derecho internacional del comercio. El TLC no sólo tiene un texto largo –veintidós capítulos más sus respectivos anexos—sino que además la terminología utilizada es técnica y especializada. Por otro lado, el explicar en detalle el contenido del texto del TLC es una tarea que va más allá de los alcances de este artículo. Considerando que para estos efectos el lector dispone ya de una serie de materiales de apoyo,³ el objetivo de este artículo es más bien recapitular, de una manera llana y simple, las principales reglas de interpretación de los tratados internacionales tal y como se encuentran plasmadas en la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (en adelante la “Convención de Viena”) y aplicarlas al caso del TLC. Lo anterior con el objeto de que el ciudadano interesado en el estudio del tratado evite incurrir en los errores de lectura e interpretación que muchos de los opositores al TLC han incurrido al realizar sus “análisis jurídicos” sobre este importante acuerdo comercial.

Además de esta sección, este artículo contiene tres secciones adicionales. En la sección II se abordan y recapitulan las principales reglas de interpretación de los tratados contenidas en la Convención de Viena aplicándolas en particular a la lectura del TLC. En razón de la arquitectura peculiar de los anexos de medidas disconformes a los capítulos de servicios e inversión del TLC, la sección III se dedica a explicar el contenido y la técnica de lectura de estos anexos. Por último, en la sección IV se abordan las conclusiones.

II. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sus reglas de interpretación y el TLC

El TLC es un tratado internacional y como tal, está sujeto a las mismas reglas de interpretación aplicables a cualquier otro acuerdo de esta naturaleza. Las reglas de interpretación de los tratados están plasmadas en el artículo 31 de la Convención de Viena.⁴ Dicha disposición establece lo siguiente:

“Artículo 31 Regla General de Interpretación

³ Dentro del material de apoyo se encuentran los siguientes documentos: Ministerio de Comercio Exterior (2004) *Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos: Documento Explicativo*. Ministerio de Comercio Exterior (2004) *Costa Rica firma TLC*. Ministerio de Comercio Exterior (2004) *El ABC del TLC*, Ministerio de Comercio Exterior (2003) *Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Posición Nacional*.

Documentos recuperados el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

⁴ Los artículos 32 y 33 de la Convención de Viena también tienen que ver con la interpretación de los tratados, pero de manera complementaria a la regla general establecida en el artículo 31. Mientras que el artículo 32 establece los medios de interpretación complementaria en caso de que persista ambigüedad en la determinación del contenido y sentido del tratado después de aplicar el artículo 31, el artículo 33 establece la regla de interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas. En este último caso, tal como es el caso del TLC que está autenticado en idioma español e inglés, el artículo 33 establece que “*el texto hará igualmente fe en cada idioma*” y se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”⁵

Desde la perspectiva de la lectura del TLC, el artículo 31 de la Convención de Viena es doblemente importante. En primer lugar, dicha disposición establece los parámetros de interpretación a los cuales todo acuerdo internacional está sometido, esto indistintamente de la materia sobre la cual verse el tratado o de las Partes que hayan suscrito dicho instrumento. Por qué esto es importante en el contexto del TLC? Porque no todas las Partes signatarias de éste último acuerdo comercial han suscrito la Convención de Viena –como es el caso de los EEUU. No obstante, el hecho de que no todas las Partes del TLC hayan suscrito formalmente la Convención de Viena es irrelevante para la aplicación de ésta última para efectos de la interpretación del TLC. Lo anterior por las razones que se explican a continuación.

Tal y como ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional⁶, la Convención de Viena es en realidad una “codificación” del derecho internacional consuetudinario⁷ aplicable a la interpretación de acuerdos internacionales. Al ser en

⁵ Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

⁶ El reconocimiento de la Convención de Viena como codificación del derecho internacional consuetudinario ha sido repetido y consistente. En el campo del Derecho Internacional del Comercio, el Órgano de Apelación de la OMC ha explícitamente reconocido esta realidad y, por lo tanto, ha sostenido que los Acuerdos de la OMC deben ser interpretados conforme a los artículos 31 y 31 de la Convención de Viena, lo anterior pese a que no todos los Miembros de la OMC han ratificado dicha Convención. En ese sentido ver: Organización Mundial del Comercio (1996). Reporte del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS10/AB/R.

⁷ El derecho internacional consuetudinario es aquel que es aplicable a la generalidad de los países que conforman la comunidad internacional, y cuyo surgimiento se deriva de dos elementos: por un lado, una

realidad parte del derecho internacional consuetudinario, la Convención de Viena le es igualmente aplicable tanto a los países que han suscrito y ratificado formalmente la Convención, como a aquellos países que, pese a que formalmente no la han suscrito, forman parte de la comunidad internacional de naciones.

En segundo lugar, la importancia del artículo 31 de la Convención de Viena anteriormente citado reside también en el hecho de que, a partir de la regla general de interpretación plasmada en dicho artículo, se derivan una serie de reglas específicas que devienen en especialmente relevantes para efectos de la lectura del TLC. Cada una de estas reglas de interpretación se examinan a continuación.

A. Regla de la lectura de “buena fe” del texto

El párrafo primero del artículo 31 de la Convención de Viena establece el punto de partida para realizar la interpretación de un tratado, a saber, la lectura de *buena fé* del texto del acuerdo.⁸ Aunque parezca obvio, no es posible siquiera pretender interpretar un tratado si antes haber leído el texto del acuerdo. Esta regla establece además que la lectura de la letra del tratado debe ser de *buena fe*, es decir, de manera objetiva, evitando sujetar la lectura del texto a apreciaciones de índole subjetivo.

Llama la atención que, pese a la claridad de esta primera regla de interpretación, en el proceso de discusión pública sobre el TLC, un número considerable de las críticas que se le hacen a este acuerdo comercial se basen en afirmaciones que atropellan esta elemental regla interpretativa. El inventario de críticas hechas contra el TLC sobre la base de afirmaciones que incluso contradicen la letra misma del acuerdo es numeroso. Solamente a manera de ilustración para el lector, a continuación se citan dos ejemplos de esta práctica errónea que ha estado prevaleciendo en la discusión pública del TLC en Costa Rica.

El anexo 2.1. del capítulo 2 del TLC define el término territorio, en relación con Costa Rica, de la siguiente manera:

“(a) respecto a Costa Rica, el espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo su soberanía (1), así como su zona económica exclusiva y su plataforma continental, sobre los cuales ejerce derechos soberanos y jurisdicción, **conforme al Derecho Internacional y a su Derecho Interno**; (énfasis nuestro)

(1) Para mayor certeza, el territorio de Costa Rica incluye la Isla del Coco.”

De la lectura de buena fe del texto citado arriba claramente se desprende que la definición de territorio del TLC respecto de Costa Rica es una definición comprensiva, que incluye absolutamente todos los elementos que conforman el territorio nacional. Para no dejar de lado ninguno de esos elementos o cualquier otro derecho de explotación o jurisdicción adicional, el texto de la definición es una “sombrija”, cuyo contenido concreto se determina sobre la base de otros instrumentos tanto de derecho

práctica repetida y consistente por parte de los Estados y, por otro, el reconocimiento por parte de los Estados de que esa práctica ha llegado a ser obligatoria para ellos mismos –elemento que en Derecho Internacional Público se conoce como la “*opinio iuris*”.

⁸ En efecto, al inicio de la primera frase del artículo 31 párrafo primero, la Convención de Viena establece que “*un tratado deberá interpretarse de buena fe...*”.

doméstico –incluyendo la Constitución Política—como de derecho internacional –como la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, de la cual Costa Rica es signataria. Al existir esta remisión al Derecho Interno y al Derecho Internacional, no es correcto entonces concluir, como algunos opositores al TLC han afirmado,⁹ que a través del TLC Costa Rica esté renunciando a su soberanía sobre la Isla del Coco, modificando de alguna otra manera su territorio o renunciando a algún derecho de explotación o jurisdicción sobre su zona económica exclusiva.

Otro ejemplo de las conclusiones erróneas que pueden resultar de ignorar la regla de la lectura de *buena fe* del texto del tratado es la afirmación por parte de algunos opositores al TLC de que éste último limita la potestad del Estado costarricense de denunciar el tratado si así lo estima conveniente.¹⁰ El texto del artículo 22.7 del TLC que versa sobre la denuncia del tratado, estipula lo siguiente:

“Artículo 22.7: Denuncia

1. Cualquier Parte podrá denunciar este Tratado notificando por escrito su denuncia al Depositario. El Depositario informará sin demora a las Partes sobre esta notificación.

2. **La denuncia surtirá efectos seis meses después de que una Parte realice por escrito la notificación a la que se refiere el párrafo 1, a menos de que las Partes acuerden otro plazo.** Cuando una Parte lo haya denunciado, el Tratado permanecerá en vigor para las otras Partes.”
(Énfasis nuestro)

De la lectura de *buena fe* del texto de la disposición citada arriba se deduce claramente que en caso de optar por denunciar el TLC, Costa Rica no necesitaría la autorización de ningún otro país. Nótese que, aunque el párrafo 2 del artículo 22.7 contempla la posibilidad de que las Partes acuerden un plazo distinto a los seis meses para hacer efectiva una denuncia, eso no significa que se le pueda imponer un plazo distinto de denuncia al Estado costarricense, pues al ser Costa Rica una de esas Partes, el acuerdo al cual se refiere el párrafo 2 del artículo 22.7 necesariamente deberá contar

⁹ Uno de los opositores al TLC que han incurrido en este error plantean:

“ Preguntas: ¿por qué renunciar a lo que soberanamente nos pertenece y el Derecho Internacional nos reconoce por la imprecisión de un texto anexo que no define un concepto sustantivo como es el “territorio” reproduciendo los mismos términos y alcances que hace nuestra Constitución Política?. ¿Por qué debemos aceptar un Anexo 2.1. como “fuente normativa primaria” en el marco de nuestras relaciones internacionales a partir de la vigencia del TLC (si se aprueba así por la Asamblea Legislativa) y no las normas constitucionales costarricenses y los convenios internacionales suscritos por nuestro país que tratan estos temas?” Ruiz, M.(2004), *Estado, Territorio y Soberanía: (a propósito del TLC con los Estados Unidos de América)*, ponencia presentada al Taller “Análisis de los Aspectos Jurídicos del Texto del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos”, Colegio de Abogados, 25-29 de Octubre de 2004. San José Costa Rica. p.6

¹⁰ Al respecto se señala:

“... se da la posibilidad de que un Estado haga acto de denuncia del TLC (artículo 22.7.1.2.), para lo cual surtirá efectos “seis meses después de notificar por escrito a las otras Partes su intención de hacerlo”; sin embargo, se crea la condición de que no exista un acuerdo en contrario de los Estados Partes. En otros términos, aun con denuncia, cabría la posibilidad de su no ejecución por voluntad ajena al Estado costarricense... De esa forma, existe la potencial sumisión del ejercicio soberano de la voluntad estatal y unilateral a la voluntad y decisión de los otros Estados...” Jiménez, M. (2004). *Algunas Implicaciones Jurídicas del TLC sobre la Organización y Actividad Constitucional y Administrativa del Estado Costarricense*, en Flores-Estrada M y Hernández G (Eds) (2004) *TLC con Estados Unidos: Contribuciones para el Debate*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica, pp.114-115.

con el consentimiento del Estado costarricense. Es así que a Costa Rica ninguna otra Parte le puede condicionar su derecho de denuncia ni imponer un plazo distinto a los seis meses previstos en el artículo 22.7 del TLC.

Se podrían citar numerosos ejemplos adicionales de críticas hechas al TLC sobre la base de afirmaciones que no corresponden a la lectura de *buena fé* de la letra del texto del TLC, no obstante, el hacerlo iría más allá del ámbito del presente artículo.¹¹ Para efectos de esta lectura, baste recordarle al lector entonces la importancia de cualquier análisis del contenido del TLC debe fundarse, conforme a la primera regla de interpretación de los tratados establecida en el párrafo primero del artículo 31 de la Convención de Viena, en la lectura de *buena fe del texto* del tratado.

B. Regla del “*sentido corriente*” de los términos del tratado

El párrafo primero del artículo 31 de la Convención de Viena establece otra regla fundamental relativa a la interpretación de un tratado, según la cual “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado...*”¹²

Conforme a esta segunda regla, como bien lo señala Vargas Carreño, “*para interpretar un tratado debe recurrirse primeramente al sentido natural y obvio que tienen las expresiones utilizadas en su texto... y el único caso en que podría prescindirse del sentido corriente de un término es su consta que la intención de las partes ha sido conferirle un sentido especial a un término*”¹³.

Esta regla de interpretación es particularmente importante en el caso de la lectura del TLC. Debe recordarse que el TLC es un acuerdo suscrito por siete países diferentes, cada uno de ellos con su respectiva legislación y sistema jurídico diferenciado. Por ello, un concepto jurídico utilizado en el TLC tiene que estar concebido con la suficiente especificidad para aclarar el contenido de la obligación que se incluye en el tratado, pero a su vez, ser lo suficientemente general para permitir que el concepto utilizado en el tratado pueda asimilarse y ser entendido en sistemas jurídicos diferentes.

La importancia de la regla del *sentido corriente* del término deviene especialmente relevante entonces para evitar el error de que el lector del TLC lea el texto del tratado utilizando como referencia únicamente el lenguaje jurídico específico de su respectiva legislación, olvidando que el TLC no es un instrumento jurídico doméstico, sino de

¹¹ Para una síntesis de los “mitos” que se han tratado de generar alrededor del TLC y sus respectivas aclaraciones, ver, Ministerio de Comercio Exterior (2003) *Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Preguntas Frecuentes* Documento recuperado el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

¹² Convención de Viena, artículo 31.1.

¹³ Vargas Carreño, E. (1992). *Introducción al Derecho Internacional*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro, p.179. Sobre la regla del sentido corriente de los términos del tratado, este autor cita el pronunciamiento que sobre el particular hizo la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la competencia de la Asamblea General para la admisión de un Estado a las Naciones Unidas: “Cuando la Corte puede darle efecto a la disposición de un tratado atribuyendo a las expresiones que se han empleado en su sentido natural y corriente, no puede interpretar tales expresiones procurando darles otro significado.” *Ibid.*

naturaleza internacional. Para aclarar la aplicación de esta regla de interpretación, veamos dos ejemplos concretos:

El artículo 10.7 párrafo primero del TLC establece las condiciones bajo las cuales cada Parte podrá realizar expropiaciones a la inversión de un inversionista cubierto por el tratado. Dentro de dichas condiciones, el aparte (a) establece como condición para que pueda proceder una expropiación la existencia de un “propósito público”. Es claro que cada país Parte del TLC tiene su respectiva legislación sobre expropiaciones y que el TLC no busca sustituir a dicha legislación, sino solamente establecer parámetros generales con los cuales se supone que la legislación interna deberá ser compatible.¹⁴ Por ello, conforme a la regla de interpretación del *sentido corriente* de los términos del Tratado, el término “propósito público” en derecho internacional y que se utiliza en el artículo 10.7 párrafo primero inciso (a) hace referencia a la existencia de un interés de la colectividad –en contraposición a una motivación arbitraria– que justifique el acto expropiatorio. Este concepto general es frecuentemente especificado en derecho interno por otros conceptos y términos¹⁵ que son plenamente compatibles con el primero.

Otro ejemplo concreto en donde se verifica la importancia de la *regla del sentido corriente* de los términos del Tratado se encuentra en el Anexo 13 del TLC que incluye los compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de telecomunicaciones. Dentro del articulado de dicho anexo se utiliza varias veces el término “licencia”. Conforme a la regla de interpretación que se explica, el término “licencia” en el contexto del TLC simplemente hace referencia a la existencia de un título habilitante para prestar servicios de telecomunicaciones. Nuevamente, la utilización de este concepto genérico en un instrumento de derecho internacional como lo es el TLC no busca sustituir a la legislación doméstica y por lo tanto, el uso del término no busca determinar la naturaleza jurídica específica de dicho título habilitante bajo el derecho administrativo costarricense – es decir, si ese título habilitante será una concesión, un permiso, una licencia o una autorización bajo el derecho administrativo nacional. En ese sentido, una cosa es el derecho administrativo doméstico –que tiene un marco conceptual y lógico determinado y específico—y otra el derecho internacional, cuyo marco conceptual y lógico debe ser igualmente aplicable a países con sistemas jurídicos diferentes.

C. La excepción a la regla del sentido corriente de los términos del tratado

Si bien al leer el texto del TLC hay que tener constantemente presente la regla del *sentido corriente* de los términos del tratado, es también clave aplicar su respectiva excepción, que se establece en el párrafo 4 del artículo 31 de la Convención de Viena de la siguiente manera:

¹⁴ En este sentido, en una nota al pie a dicha disposición, el mismo texto del TLC explica que este término se refiere a un concepto de derecho internacional consuetudinario y por lo tanto aplicable ya a todas las Partes del TLC. Además, el Anexo 10 C del TLC explícitamente aclara que “el Artículo 10.7 intenta reflejar el derecho internacional consuetudinario concerniente a la obligación de los Estados con respecto a la expropiación”.

¹⁵ Como por ejemplo “interés público” o “utilidad pública”.

“4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Al ser el TLC un tratado comercial, el mismo utiliza una serie de conceptos específicos que se han desarrollado a partir de la evolución del derecho internacional del comercio y cuyo contenido no podría inferirse fácilmente del “sentido corriente” de los términos del tratado. Conceptos que se utilizan prácticamente en todos los capítulos del TLC, tales como el de trato nacional, trato de nación más favorecida y acceso al mercado son ejemplos de esta situación, y los mismos le dicen muy poco o nada al lector si éste último opta por darles el “sentido corriente” a dichos términos. Es así que estos términos deben interpretarse en su debido contexto –conforme a la regla de interpretación que se explica en la sección D abajo.¹⁶

Por otra parte, si bien el TLC está escrito utilizando una serie de conceptos derivados del lenguaje técnico del derecho internacional del comercio, el TLC también utiliza una serie de términos del lenguaje común al cual las Partes signatarias optaron por aclarar su significado para efectos del tratado. En este sentido, es de particular importancia no sólo las definiciones generales que se incluyen en el capítulo 2 del TLC -- en donde se definen conceptos tales como “días”, “empresa”, “nacional” y “territorio”, entre otros— sino las definiciones específicas que se incluyen en varios capítulos del tratado para efectos de la lectura del capítulo respectivo.

D. Regla de la utilización del contexto

Estrechamente vinculada a las reglas de interpretación explicadas anteriormente y tal como lo establece el mismo artículo 31 párrafo primero de la Convención de Viena, los términos de un tratado deben además interpretarse en su contexto, es decir considerándose cada una de las partes del acuerdo de una manera interrelacionada y no en forma aislada. En este sentido, la Corte Internacional de Justicia ha señalado:

“Es un principio fundamental de interpretación que las palabras deben ser interpretadas según **el sentido que tengan normalmente en su contexto**, a menos que dicha interpretación conduzca a resultados no razonables o absurdos.”¹⁷ (Énfasis nuestro)

De la cita anterior se desprende que la clave de esta regla interpretativa es poder determinar el sentido de las palabras del tratado ubicando a aquellas en su debido contexto. No obstante, cabe preguntarse entonces, ¿cuál es el contexto de un tratado? El párrafo segundo del artículo 31 de la Convención de Viena responde claramente a esta pregunta, y aclara que el contexto del un tratado no sólo comprende la totalidad del texto del acuerdo --que incluye tanto su preámbulo como cada uno de sus anexos-- sino además:

“ a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado, y

¹⁶ Para aclarar el significado de estos conceptos técnicos el Ministerio de Comercio Exterior preparó una serie de documentos explicativos, entre los que destacan los señalados en la nota 2 *supra*.

¹⁷ Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre los Servicios Postales de Polonia en Danzig, Serie B. No.11, Pág.39, citado en Vargas Carreño, E., *supra* nota 12 p.180.

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.”

De la disposición citada arriba se concluye claramente que, conforme a la regla de la utilización del contexto, para interpretar correctamente una disposición particular del TLC es necesario no sólo tener en consideración todas las otras disposiciones relevantes incluidas en el texto del Tratado mismo, sino además instrumentos que, no siendo parte del TLC, fueron acordados por una o más partes con motivo de la celebración del tratado.¹⁸ Tal es el caso de las denominadas “cartas adjuntas” al TLC.

El servir de contexto de interpretación a varias disposiciones concretas del TLC fue precisamente el propósito por el cual las Partes acordaron una serie de “cartas adjuntas” al Tratado. Estos instrumentos son cartas que reflejan un entendimiento común de las Partes sobre el alcance de ciertas disposiciones del TLC, no crean obligaciones jurídicas adicionales o distintas a las contenidas en el TLC, sino que son meramente aclaratorias o explicativas, o expresan el interés del Poder Ejecutivo de cada una de las Partes de adoptar ciertas acciones relacionadas o complementarias a las disposiciones del TLC.¹⁹

La importancia de la regla de la utilización del contexto al interpretar el TLC se puede evidenciar más fácilmente observando varios ejemplos concretos. Un primer ejemplo está relacionado con el párrafo primero del artículo 3.2. (Trato Nacional) del TLC que establece:

”Artículo 3.2. Trato Nacional

1. Cada Parte otorgará trato nacional a las mercancías de otra Parte, de conformidad con el Artículo III del GATT 1994, incluidas sus notas interpretativas, y para ese fin el Artículo III del GATT 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a este Tratado y son parte integrante del mismo, *mutatis mutandis*.

Conforme a la letra del artículo 3.2. del TLC citado arriba, para determinar el contenido de la obligación de trato nacional en su debido contexto es necesario considerar a su vez el texto del artículo III del GATT 1994. Con relación a las mercancías, el artículo III del GATT referido conceptualiza la obligación de trato nacional como la obligación de una Parte de conceder a las mercancías de otra Parte, un trato no menos favorable que el concedido a las mercancías similares nacionales en materia de tributación y cualquier

¹⁸ En este sentido, Vargas Carreño ha señalado “... *el contexto del tratado puede también desprenderse de otros instrumentos diferentes al tratado mismo, como podrían ser las resoluciones dictadas por la misma Conferencia en la que se negoció y adoptó el tratado o las declaraciones formuladas por los representantes de un Estado al momento de la firma del tratado y que los otros contratantes aceptan como un instrumento conexo al tratado.*” Vargas Carreño E., *supra* nota 12, p.180

¹⁹ Aunque fueron acordadas durante el proceso de negociación del TLC y están obviamente relacionadas con este último, las cartas adjuntas no forman parte del Tratado. Dado que las cartas adjuntas no forman parte de ese acuerdo comercial, el incumplimiento de algún entendimiento contenido en ellas no facultaría a una Parte a activar el mecanismo de solución de controversias previsto en el capítulo 20 del TLC. Asimismo, es importante también aclarar que, al no crear obligaciones adicionales o distintas a las contenidas en el acuerdo, las cartas adjuntas al TLC tampoco requerirán aprobación legislativa.

otra reglamentación interior –es decir, distinta a la aplicación de aranceles.²⁰ La jurisprudencia de la OMC sobre el contenido y alcance del artículo III del GATT de 1994 es extensa²¹, y entre otras cosas, ha aclarado que la obligación de trato nacional prevista en el artículo III del GATT 1994 pretende obligar a las Partes a establecer un nivel de condiciones de competencia entre productos similares nacionales e importados y que por lo tanto, la obligación de no discriminar es aplicable *tanto de jure*, como *de facto*, es decir, tanto cuando una medida sea discriminatoria en su propio texto como cuando una medida, aunque formalmente no sea discriminatoria, tenga el efecto de discriminar y afectar negativamente este nivel de condiciones de competencia entre productos similares.

Este ejemplo demuestra la importancia de la regla de la utilización del contexto para delimitar adecuadamente los alcances de la disposición plasmada en el artículo 3.2. del TLC. En efecto, sino no se tomara en consideración el texto del artículo III del GATT 1994, así como su interpretación jurisprudencial, no sería posible determinar con claridad el contenido y alcance del artículo 3.2. del TLC.²²

²⁰ En lo relevante para este ejemplo el artículo III del GATT 1994 establece :

Artículo III

Trato Nacional en materia de tributación y de reglamentos interiores

1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja a la producción nacional.

2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa o indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enumerados en el párrafo 1.....

4. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior....”

²¹ El alcance del artículo III del GATT se aborda en numerosas resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Ver, entre otros: Organización Mundial del Comercio (1996). Reporte del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS10/AB/R.; Organización Mundial del Comercio (1997). Reporte del Órgano de Apelación, *Canadá-Determinadas Medidas que Afectan las Publicaciones*, WT/DS31/AB/R; Organización Mundial del Comercio (1996). Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R.

²² Esta estrecha vinculación entre la obligación de trato nacional aplicable a las mercancías prevista en el TLC y aquella prevista en el GATT 1994 obedece al hecho de que los Acuerdos de la OMC constituyen la

Un segundo ejemplo que demuestra la importancia de la regla de utilización del contexto en la interpretación del TLC está relacionado con la determinación del ámbito de aplicación del capítulo 11 del Tratado, que aborda el tema del comercio transfronterizo de servicios. Sobre este particular, el artículo 11.1 del TLC establece el ámbito de aplicación del capítulo y estipula:

“Este Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte que afecten al comercio transfronterizo de servicios por un proveedor de servicios de otra Parte...”

De la lectura de buena fe del texto de esta disposición claramente se desprende que el capítulo 11 no pretende regular medidas distintas a aquellas que afecten el comercio de servicios, como por ejemplo, medidas que afecten el comercio de mercancías. La diferencia entre una mercancía y un servicio es normalmente obvia y clara: mientras que la primera es un objeto tangible, el servicio es una actividad intangible. No obstante, la línea divisoria entre los servicios y las mercancías no siempre es totalmente clara. El oro, o cualquier otro mineral, es claramente una mercancía, pero el proceso por medio del cual se obtiene dicho mineral, es o no un servicio? La respuesta a esta pregunta tiene importantes repercusiones prácticas y jurídicas a la hora de aplicar el TLC. En principio, si el objeto regulado se considera una mercancía, las normas y disciplinas aplicables a ese objeto serán aquellas previstas en el TLC para el comercio de bienes – capítulos 3 al 8--, mientras que si el objeto de la regulación se considera un servicio, en principio al mismo le serán aplicables las normas y disciplinas del capítulo 11 anteriormente referido.

En el comercio internacional, las actividades de producción de una mercancía obtenida a partir de la explotación de los recursos naturales no se consideran servicios. Es así que el proceso de extracción de minerales, la pesca o la generación de electricidad no se consideran servicios y sus productos -- dígame los minerales, el pescado o la energía eléctrica -- están clasificados como mercancías.²³ No obstante, el transporte y la distribución de estos productos sí se consideran servicios, y como tales, estarían sujetos a las normas y disciplinas previstas en el capítulo 11 del TLC. Para aclarar este punto en concreto, los gobiernos de Costa Rica y EEUU acordaron una carta adjunta, que al respecto especifica:

“28 de mayo de 2004
Honorable Alberto Trejos
Ministro de Comercio Exterior
San José, Costa Rica
Estimado Ministro Trejos:

Tengo el honor de confirmar el siguiente entendimiento alcanzado entre las delegaciones de Estados Unidos y

“sombrija” normativa que rige el comercio a nivel mundial. De ahí que todas las Partes del TLC sean a su vez Miembros de la OMC y de que los tratados de integración económica regional deban enmarcarse dentro de los parámetros de establecidos por los Acuerdos de la OMC.

²³ Tanto los minerales, el pescado y la electricidad tienen asignadas sus respectivas partidas arancelarias bajo el sistema armonizado y el arancel costarricense.

Costa Rica en el curso de las negociaciones sobre el Capítulo Once (Comercio Transfronterizo de Servicios) del Tratado de Libre Comercio entre nuestros gobiernos, firmado en este día (el "Tratado"):

La extracción de recursos naturales (extracción de minerales e hidrocarburos), la generación de electricidad, el refinamiento de petróleo crudo y sus derivados, caza y pesca no se considerarán servicios para los propósitos de este Tratado.

Tengo el honor de proponer que esta carta y su carta de confirmación en respuesta a ella constituirán un acuerdo entre nuestros dos Gobiernos.

Sinceramente,
Robert B. Zoellick²⁴

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la carta adjunta sobre explotación de recursos naturales citada arriba, aunque no forma parte del texto del TLC, es *un instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado*, y como tal, conforme al inciso 2.a) del artículo 31 de la Convención de Viena es parte del contexto dentro del cual debe leerse el artículo 11.1 del TLC.

La aplicación de la regla de la utilización del contexto para interpretar tratados permite entonces resolver claramente el ámbito de aplicación del capítulo 11 del TLC en lo que respecta a actividades económicas tales como la minería, la pesca y en general la explotación de los recursos naturales. Mientras que las actividades extractivas *per se* no se considerarán servicios para efectos del TLC, las actividades de transporte, distribución, comercialización, etc, sí se considerarán servicios sujetos a las normas y disciplinas previstas en el capítulo 11 del TLC.

La aplicación de la regla de la utilización del contexto es pues una de las reglas de interpretación más importantes a la hora de leer y aplicar el TLC a un caso concreto y sin embargo, es una regla que con frecuencia es ignorada. En efecto, otro gran número de las críticas que algunos opositores le imputan al TLC se derivan con frecuencia de errores de interpretación de su texto, precisamente por no ubicar a una disposición específica del acuerdo en su contexto debido. Con frecuencia, opositores al TLC citan una disposición específica de algún capítulo del texto, pero omiten referirse a las excepciones generales y/o reservas que hacen la disposición citada inaplicable al resultado que se critica.

Por ejemplo, muchos de los opositores al TLC se oponen al mismo argumentando que este Acuerdo limitaría la potestad del Estado costarricense para regular adecuadamente una serie de materias, como la salud, la educación, la protección al medio ambiente, la protección social, etc. Además de ignorar la letra misma del texto del tratado²⁵, estas

²⁴ Ministerio de Comercio Exterior (2004). *Carta adjunta sobre explotación de recursos naturales*. Recuperado el 31 de enero de 2005 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/cafta/texto/cartas/default.htm>

²⁵ El Anexo II a los capítulos de servicios e inversión expresamente estipula que "*Costa Rica se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida respecto a la ejecución de las leyes y al suministro de servicios de readaptación social así como a los siguientes servicios, en la medida en que sean servicios*

argumentaciones con frecuencia ignoran uno de los capítulos que todo lector debe tener en cuenta como contexto de cualquier disposición del TLC, cual es el capítulo 21 que establece las excepciones generales al tratado. Sobre la base de las disposiciones establecidas en los artículos 21.1. y 21.2. del TLC se concluye que ninguna obligación del TLC pretende limitar la posibilidad al Estado costarricense de tomar medidas necesarias para proteger la seguridad, la moral pública, la salud y la vida de las personas y animales, los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico o los recursos naturales agotables, entre otros.

Aunque no formen parte directamente del contexto de la norma que se interpreta, el párrafo tercero del artículo 31 de la Convención de Viena estipula que juntamente con el contexto, a la hora de interpretar una norma, se debe tener en cuenta:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”.

Dado que a la fecha el TLC todavía no ha entrado en vigor, no es posible todavía hablar de la existencia de ningún acuerdo ulterior entre todas las Partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones, como tampoco de ninguna práctica seguida en la aplicación del tratado. No obstante, lo que sí es importante tener en cuenta desde ahora al momento de leer el TLC es el inciso c) de la disposición arriba citada, la cual manda a ubicar el texto del Acuerdo dentro del universo jurídico del derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes del tratado.

La relevancia de este corolario de la regla de utilización del contexto es que trae a colación una serie de normas de derecho internacional que, no siendo parte del TLC, ni refiriéndose directamente al tratado, son relevantes para interpretar el TLC debidamente. Esta disposición de la Convención de Viena persigue enfatizar que el TLC no es un instrumento normativo aislado, sino que se encuentra integrado a un sistema normativo más amplio del cual forma parte. De ahí la procedencia de la utilización de otras fuentes de derecho internacional en su interpretación, como puede ser otro acuerdo internacional – como los Acuerdos de la OMC si es que éste no ha todavía devenido antes parte del contexto interpretativo de la disposición objeto de interpretación--, una norma consuetudinaria o un principio general de derecho adoptados por las Partes del tratado.

Como se señaló en la sección “C” anterior, el TLC utiliza una serie de conceptos específicos cuyo contenido no podría inferirse fácilmente utilizando la regla del “*sentido corriente*” de los términos del tratado. De ahí que los Acuerdos de la OMC sean particularmente relevantes para la lectura del TLC, pues los mismos establecen y le dan contenido al lenguaje técnico del derecho internacional del comercio en el cual el TLC

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.”

está redactado. Como se explicó en esta sección, conceptos como el de “trato nacional”, “trato de nación más favorecida” y “acceso a mercado” necesitan ser ubicados dentro de los Acuerdos de la OMC y el derecho internacional del comercio para determinar adecuadamente su alcance y contenido.

E. Regla de la compatibilidad y fin del tratado

La quinta regla de interpretación prevista en el artículo 31 de la Convención de Viena establece que un tratado debe interpretarse también teleológicamente, es decir, “*teniendo en cuenta su objeto y fin*”, enmarcando la interpretación del texto dentro del propósito fundamental perseguido por el tratado. El texto del TLC establece en diferentes partes, con distintos grados de especificidad, el *objeto y fin* del acuerdo. Sobre el particular, se pueden distinguir tres diferentes niveles. En primer lugar está el preámbulo del TLC, en donde se establecen los fines que las Partes buscan alcanzar con el tratado. En segundo lugar están los objetivos generales del tratado, previstos en el capítulo 1 del acuerdo y, en tercer lugar, están otras secciones del TLC en donde se plasman los objetivos de las Partes en relación con algunas normas y disciplinas específicas.²⁶

Haciendo un esfuerzo de síntesis, de la lectura de cada una de las partes del TLC señaladas en el párrafo anterior, claramente se puede inferir que, en general, el objeto y fin del acuerdo es establecer una zona de libre comercio, compatible con las normas y principios que al respecto estipulan los Acuerdos de la OMC, y que la misma devenga en un medio para fomentar los flujos de comercio e inversión entre todas las Partes y contribuir así a generar mayores oportunidades de comercio, inversión y empleo en el territorio de cada uno de los países signatarios.

El determinar si una zona de libre comercio puede efectivamente llegar a ser o no un medio efectivo para mejorar el nivel de vida de los ciudadanos de las Partes es un ejercicio que puede implicar juicios de opinión y, por lo tanto, implicar conclusiones subjetivas. Esto último sería algo distinto de realizar un estricto análisis teleológico del texto del tratado. Sin embargo, irrestrictamente de cualquier juicio de carácter subjetivo, varios aspectos sí quedan definitivamente claros al observar el objeto y fin del TLC.

Primero, el TLC busca establecer una zona de libre comercio, es decir, no busca establecer ningún otro tipo de esquema de integración económica regional, como lo podría ser una unión aduanera, un mercado común o una unión económica. De esta primera conclusión, claramente se deduce que el objetivo del TLC no es establecer ningún órgano institucional de carácter supranacional, es decir, con la autoridad jurídica suficiente para imponer a los Estados Parte obligaciones más allá de las expresamente acordadas en el texto del tratado. Lo anterior no sólo por cuanto no hay ninguna disposición en el texto del TLC que así lo establezca, sino además porque el establecer órganos supranacionales no sería compatible con las características de una zona de libre comercio, sino de esquemas de integración más profundos, como lo es por ejemplo, un mercado común o una unión económica.

²⁶ Tal es el caso del preámbulo en la Sección H del Anexo 12.9.2. al Capítulo 12, Servicios Financieros, en donde se especifican los objetivos de Costa Rica dentro del proceso de apertura del monopolio en el sector de seguros y el preámbulo del Anexo 13 al Capítulo 13, Telecomunicaciones, en donde se plasman los objetivos de Costa Rica dentro del proceso de apertura del monopolio en éste último sector.

Una segunda conclusión es que el TLC es un tratado de índole comercial y de inversión. Nada más. En este sentido, el TLC no regula, ni pretende regular, una serie de aspectos que algunos opositores al TLC con frecuencia afirman --sin fundamento-- que sí regula. En efecto, el TLC no limita ni pretende limitar: la forma en que cada Parte ha determinado la organización política de su Estado, las relaciones entre particulares, la potestad de los Estados para regular y perseguir objetivos legítimos de política pública como la salud y educación pública, o la seguridad social, o la protección de los recursos naturales y los derechos de los trabajadores. El TLC tampoco regula las políticas de igualdad de género o los derechos humanos, entre otros. El TLC, al igual que los otros cinco tratados de libre comercio que Costa Rica ha suscrito en la última década, simplemente establece—como su contenido y denominación lo indica—una zona de libre comercio que cubre, con las limitaciones, excepciones y reservas incluidas en su texto, la inversión y el comercio de mercancías y de servicios entre las Partes.

III. Los Anexos de Medidas Disconformes

Los anexos de medidas disconformes son parte integral del texto del TLC y por lo tanto, los mismos deben ser interpretados utilizando las mismas reglas de interpretación explicadas en la sección II anterior. No obstante, el texto de estos anexos, en una nota explicativa incluida en la portada de los mismos, establece una serie de indicaciones sobre cómo leerlos, así como sobre el valor jurídico de cada uno de los elementos de las fichas que conforman estos anexos. Esta sección explica la función, naturaleza y metodología de lectura para estos anexos a los capítulos de servicios e inversión del TLC.

A. Antecedentes

Los capítulos sobre servicios e inversión del TLC incluyen una serie de obligaciones²⁷ que en principio se aplican a la inversión y al suministro de servicios en todos los sectores de la economía. Este principio tiene dos grandes excepciones.

La primera es que el texto mismo de los mismos capítulos excluye la aplicación de las obligaciones a una serie de servicios —tales como una serie de servicios públicos como la seguridad social, entre otros—o estipula que las obligaciones no afectarán ninguna actuación del Estado para proteger ciertos objetivos fundamentales como la salud pública, la protección al medio ambiente, la moral, etc.

La segunda es que pese a que las obligaciones de los capítulos se aplican a todos los sectores de la economía, Costa Rica cuenta con una serie de leyes o decretos --denominados “medidas” para efectos del TLC— que contienen una o varias disposiciones que pueden ser inconsistentes con alguna de las obligaciones de los capítulos de servicios o inversión. Por esta razón a estas medidas se les denomina “medidas disconformes”.

²⁷ Las obligaciones incluidas en estos capítulos se fundamentan en el principio de no discriminación --ya sea entre extranjeros y nacionales o entre extranjeros que estén en circunstancias similares. Es importante señalar que el principio de no discriminación ya se encuentra plasmado en los artículos 19 y 33 de la Constitución Política.

Dado que los capítulos de servicios y de inversión no buscan reformar la legislación nacional, y considerando que en Costa Rica los tratados tienen rango superior a las leyes, la forma de garantizar que estas medidas disconformes continúen vigentes a pesar de contradecir las obligaciones del TLC, es aclarando en el texto mismo del tratado la posibilidad de que una o varias de sus obligaciones no se apliquen a dichas leyes o decretos disconformes.²⁸ Esta aclaración por medio de la cual se estipula que una obligación del TLC no se aplica a una determinada ley o decreto es lo que se denomina una “reserva”. El listado de todas estas “reservas” es lo que conforma el anexo de “medidas disconformes” a los capítulos de servicios y de inversión.

De la anterior explicación se deduce el porqué en el anexo de medidas disconformes no se lista toda la legislación aplicable a un sector, sino solamente aquella legislación dentro de la cual se incluyen disposiciones que pueden ser disconformes con las obligaciones de los capítulos de inversión y servicios.

B. Naturaleza legal de cada ficha del anexo

El anexo de medidas disconformes se compone de una serie de “fichas” o reservas, cada una de las cuales incluye varios elementos. Cada uno de los elementos de cada ficha se explica a continuación.

- El elemento “*sector*” hace referencia al sector de la economía al cual se aplica la medida disconforme.
- El elemento “*obligaciones afectadas*”, se refiere a las obligaciones que serían inconsistentes con la medida que se incluye en la ficha.
- El elemento “*medidas*”, hace referencia a las leyes o decretos que son o podrían ser inconsistentes con las obligaciones listadas en el elemento de “*obligaciones afectadas*”.
- Por último, está el elemento “*descripción*”, que presenta una explicación de porqué la medida listada es inconsistente con las obligaciones de los capítulos.

Es importante señalar que no todos los elementos descritos anteriormente tienen la misma fuerza legal. Tal y como se estipula en las notas explicativas del anexo²⁹, todos los elementos incluidos en una ficha se toman en cuenta para entender el alcance de una medida disconforme o reserva. No obstante, de todos los elementos incluidos, el elemento “*medida*” -- es decir, el decreto o la ley citada-- es el elemento clave de cada ficha y el elemento que prevalece sobre todos los otros elementos. Las disposiciones de las leyes o los decretos citados constituyen entonces la médula de las reservas incluidas en el anexo de medidas disconformes.

Es importante clarificar que el anexo de medidas disconformes no busca reformar la legislación interna. Por el contrario, busca salvaguardar aquella legislación que puede ser incompatible con alguna de las obligaciones estipuladas en los capítulos de inversión o servicios. Dado que el elemento clave de cada reserva es la medida citada y no la descripción, como se explicará a continuación, el anexo no tiene el efecto jurídico de interpretar o modificar ninguna ley.

²⁸ Esta posibilidad es lo que está previsto expresamente en el artículo 10.13 del capítulo de inversión y en el artículo 11.6 del capítulo de servicios.

²⁹ Este punto se aclara expresamente en el párrafo 3 de la nota explicativa del anexo.

C. Implicación del elemento “descripción” de la medida

Si el elemento clave de la reserva lo constituye el elemento medida, ¿cuál es el propósito de la descripción incluida en cada ficha? El elemento descripción no sustituye al texto de la medida citada, que es en realidad la medida reservada, sino simplemente persigue explicar las razones de porqué la medida referida puede ser inconsistente con las obligaciones incluidas en la ficha. Para efectos del TLC el elemento descripción no es jurídicamente vinculante, sino explicativo, pues solamente busca clarificar el porqué el elemento medida --elemento que sí es vinculante-- puede ser inconsistente con las obligaciones de los capítulos de servicios e inversión³⁰. De ahí que si por algún motivo la descripción no refleja exactamente la totalidad de los textos de la legislación aplicable al sector, esto no significa que se estén modificando las leyes, pues como anteriormente se señaló, en virtud de las notas explicativas al inicio del anexo, el elemento que prevalece siempre es el elemento medida.

D. Efectos de incluir una ley dentro del anexo de medidas disconformes

El hecho de que una ley se incluya en el anexo de medidas disconformes no significa que dicha ley no pueda ser modificada en el futuro, siempre y cuando dicha modificación no implique que la nueva medida sea más restrictiva que la anterior. Tal como se establece en el artículo 10.13 del capítulo de inversión, o el artículo 11.6 del capítulo de servicios, *el grado de disconformidad* de una medida citada en una ficha con las obligaciones del tratado puede mantenerse o disminuirse, pero no puede incrementarse. Esto es lo que se conoce como la consolidación del status quo. Nótese que lo que se consolida no es el texto de la medida, sino el grado de disconformidad. Es así que las medidas pueden revisarse, modernizarse e incluso regular aspectos que antes no regulaban. Lo que no puede hacerse sería entonces incrementar el grado de disconformidad de la medida tal y como está incluida en el anexo, es decir, hacer la medida más discriminatoria o más inconsistente con las obligaciones del TLC.³¹

Ahora bien, si una reforma a una medida disconforme disminuye el grado de disconformidad con las obligaciones, este nuevo nivel menor de disconformidad será el nuevo “techo” tolerado para la medida disconforme. Esto es lo que se conoce como el “efecto cremallera”, en virtud del cual, cualquier reforma a una medida disconforme que implique un mayor acercamiento al cumplimiento de las obligaciones del tratado prevalecerá sobre la antigua medida. Lo anterior independientemente del texto incluido en las fichas del anexo de medidas disconformes. En este caso prevalecería la realidad jurídica existente y no el texto del anexo.

De la anterior explicación se deduce que el anexo de medidas disconformes simplemente refleja el status quo de la legislación nacional. En efecto, la inclusión de

³⁰ El único caso en que la descripción es jurídicamente vinculante es cuando en esta sección el país asume compromisos de liberalización en el sector, y en el anexo de medidas disconformes de los capítulos de servicios e inversión esto solo ocurre en un solo caso, en la ficha que se refiere a telecomunicaciones.

³¹ Obviamente, este efecto de consolidación del status quo no operaría en el caso hipotético de que Costa Rica optara por denunciar unilateralmente el Tratado, pues una vez denunciado, ninguna obligación del acuerdo le sería exigible al país.

las medidas discriminatorias allí incluidas no fueron fruto de ninguna “creatividad negociadora”, sino simplemente de un ejercicio de determinar si una ley o decreto ya existente en el ordenamiento jurídico costarricense era o no consistente con las obligaciones de los capítulos de servicios e inversión del TLC. Las medidas disconformes incluidas en los anexos tampoco forman parte, *strictu sensu* del texto del TLC, sino mas bien, forman parte del ordenamiento jurídico interno costarricense. De ahí que si el ordenamiento jurídico interno unilateralmente elimina dichas medidas, las mismas se considerarán automáticamente eliminadas del anexo. Asimismo, si una medida disconforme con el TLC es también disconforme con la Constitución Política, la inconstitucionalidad de la medida afectaría a solo esta última, no al TLC.³² De hecho, al ser declarada una medida disconforme como inconstitucional, la misma devendría derogada y por lo tanto, se consideraría automáticamente eliminada del anexo de medidas disconformes conforme al “efecto cremallera” explicado anteriormente.

Un aspecto importante de aclarar es que ni el TLC ni los anexos de medidas disconformes limitan de ninguna manera la capacidad regulatoria del Estado para perseguir objetivos legítimos de desarrollo. Lo que sí se limita es la posibilidad de fomentar políticas discriminatorias en esas labores regulatorias, que es algo muy distinto. Las discriminaciones existentes y la posibilidad de exacerbarlas en el futuro podría incluso ser cuestionable desde punto de vista constitucional si se considera que el principio de igualdad ante la ley, así como el principio de igualdad entre extranjeros y nacionales son principios tutelados en los artículos 33 y 19 de la Constitución Política respectivamente.

E. Disposiciones de la Constitución Política incluidas como medidas disconformes

Algunos opositores del TLC han argumentado que dado que el Anexo de medidas disconformes incluye como tales a algunas disposiciones constitucionales –como es el caso del artículo 121 de la Constitución Política citado en relación con los servicios inalámbricos--- el TLC violenta la jerarquía de las fuentes del Derecho estipuladas en el artículo 7 de la Constitución, e implica que ésta última deberá “adaptarse” a las obligaciones del TLC cuando debería ser al contrario.

Este argumento, que para un lector no familiarizado con el derecho internacional podría en un principio parecer convincente, en realidad es un serio error de interpretación del TLC. La inclusión de aquellas disposiciones constitucionales que pudieran tener algún grado de disconformidad con las obligaciones de este Acuerdo comercial, más que

³² Algunos de los opositores al TLC no comprenden la naturaleza ni la forma en que operan los anexos de medidas disconformes, y dentro del bagaje de críticas que le hacen al tratado, incluyen críticas que más bien tienen que ver con las leyes nacionales que se incluyen en el anexo de medidas disconformes. Un ejemplo de este error de lectura e interpretación se ilustra en la siguiente cita: “... *Se resalta cierta disparidad de trato entre el sector cooperativo y el sector solidarista al exigirse (Anexo III, Servicios Financieros, Sección A, MD) para la constitución de un banco cooperativo, la concurrencia, al menos, de 10 organizaciones cooperativas costarricenses; mientras que para el solidarismo se pide la concurrencia mínima de 25 asociaciones. En ello, aunque sea reflejo de la legislación ordinaria, se da una clara desigualdad (violación del artículo 33 de la Constitución), cuando la función fnal y financiera es la misma.*” Jiménez M. (2004), *supra* nota 9, p.126. Esta cita refleja claramente un error de lectura del TLC, al atribuirle a éste último supuestos vicios de inconstitucionalidad que no son propiamente del TLC, sino de la legislación interna.

buscar que la Constitución se adapte a éste último, buscan lo contrario, es decir, ajustar las obligaciones asumidas por Costa Rica en el contexto de TLC al orden constitucional. Lo anterior por las razones que se exponen a continuación.

Al interpretar un tratado internacional es vital evitar confundir dos cosas que son totalmente diferentes. Una cosa es la aplicación del derecho internacional a nivel externo -- y la responsabilidad que emana de un Estado a otro como consecuencia del incumplimiento de una obligación de derecho internacional -- y otra cosa es el orden de prelación jurídica de un tratado a nivel del derecho doméstico.

Los tratados internacionales tienen efectos en dos planos jurídicos distintos. Un primer plano es a nivel internacional, plano en el que se regulan las relaciones entre Estados y en el cual un tratado establece derechos y obligaciones entre las Partes --derechos y obligaciones que son además exigibles en tribunales internacionales. Un segundo plano en el cual los acuerdos internacionales tienen efectos jurídicos es en el plano del derecho doméstico de las Partes signatarias. En este caso, el contenido de un tratado normalmente “se incorpora” en el ordenamiento jurídico interno de las Partes conforme a los parámetros establecidos en sus respectivas Constituciones.

Los países pueden incorporar los convenios internacionales a su derecho interno básicamente de dos formas: para algunos de ellos, basta la aprobación legislativa del convenio internacional para que éste pase automáticamente a ser parte del derecho interno. Este es el caso de los países que, como Costa Rica, tienen un sistema “monista” en relación con la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno. Esta “incorporación” implica que, una vez aprobado un tratado, el mismo pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, y por lo tanto puede ser invocado directamente por cualquier particular en cualquier tribunal interno.³³

En el plano del derecho doméstico costarricense, tal y como lo establece el artículo 7 de la Constitución Política --y como reiteradamente lo ha reconocido la Sala Constitucional-- evidentemente las disposiciones de un tratado deben ser interpretadas de conformidad con las disposiciones constitucionales y no es jurídicamente posible que una disposición de un tratado pueda ser aplicada por encima de una disposición constitucional.

Es importante señalar, sin embargo, que como anteriormente se señaló, un tratado internacional no solo es un instrumento que puede ser aplicable a nivel interno, sino que es, primordialmente un instrumento con efectos entre los Estados que lo suscriben. Es así que la inclusión de algunos artículos de la Constitución Política dentro del Anexo de medidas disconformes no obedece a consideraciones de derecho interno, sino al hecho de que el TLC es un tratado internacional y como tal está sujeto a nivel externo, a las normas y principios estipulados en la Convención de Viena de los Tratados.

³³ El sistema “monista” se contrapone con el sistema vigente en otros países --como EEUU y el Reino Unido-- que se conoce como “dualista”, en razón de que los dos ordenamientos, el internacional y el doméstico no se integran automáticamente. En estos sistemas, los tratados siguen teniendo la misma fuerza obligatoria para las Partes a nivel internacional. No obstante, para que un tratado internacional tenga efectos jurídicos a nivel doméstico, el acuerdo debe sufrir lo que se denomina un “acto de transformación”, es decir, el convenio pasa a formar parte del ordenamiento jurídico aplicable a nivel nacional a través de una ley de implementación que reproduce el contenido del tratado. Es importante señalar que, indistintamente del sistema jurídico que tenga cada país, lo cierto es que las Partes en el TLC quedan obligadas a nivel internacional, la una frente a la otra, exactamente de la misma manera.

La Convención de Viena establece el principio de *pacta sunt servanda*, en su artículo 27, que versa sobre el derecho interno y la observancia de los tratados:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”³⁴

Sobre la base del artículo 27 citado arriba, conforme a la Convención de Viena, ningún país puede alegar ninguna norma jurídica doméstica –incluso constitucional– para no cumplir con una obligación internacional. En consecuencia, con el objeto de garantizar que a nivel internacional no se pueda ni siquiera correr el riesgo de cuestionar ninguna disposición de la Constitución, es que en aquellos casos particulares en donde cabía la posibilidad de existir algún grado de inconsistencia entre las obligaciones del TLC con algunas disposiciones constitucionales, éstas últimas se incluyeron como reservas en el Anexo de medidas disconformes.

El Anexo de medidas disconformes representa entonces un mecanismo muy útil para servir de “interface” entre los dos planos jurídicos en que se aplica el TLC, a saber, el plano del derecho internacional y el plano del derecho interno. Dentro de este contexto, la utilidad del Anexo de medidas disconformes es doble. En primer lugar, el Anexo es un instrumento que evita la necesidad de reformar leyes y decretos en caso de existir alguna incompatibilidad entre éstos últimos y las obligaciones plasmadas en los capítulos de servicios e inversión del TLC³⁵. Asimismo, el Anexo de medidas disconformes es un útil instrumento para asegurar la compatibilidad de las obligaciones del TLC con la Constitución Política, al evitar la eficacia de algunas obligaciones del acuerdo que podrían ser inconsistentes con algunas disposiciones constitucionales.

En segundo lugar, el Anexo de medidas disconformes garantiza que serán las disposiciones constitucionales las que prevalezcan sobre el TLC, no sólo a nivel del derecho doméstico, sino también en el plano internacional, pues al incluirse una disposición constitucional como reserva dentro del Anexo, ninguna de las Partes puede invocar a nivel internacional ninguna obligación del capítulo de servicios o inversión en contraposición a la disposición constitucional citada como medida disconforme. Es así que en conclusión, la inclusión de algunos artículos constitucionales como reservas dentro del Anexo de medidas disconformes garantiza que tanto a nivel interno como a nivel internacional será el contenido de la Constitución el que prevalezca sobre cualquier obligación del TLC.

³⁴ El artículo 46 versa sobre las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, y establece:

“1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

³⁵ En efecto, salvo en el caso de las telecomunicaciones, seguros y representantes de casas extranjeras, el TLC no implicará ninguna otra reforma al ordenamiento jurídico costarricense en el campo de los servicios y la inversión.

IV. Conclusión

Para leer el TLC apropiadamente es necesario aplicar las reglas de interpretación plasmadas en el artículo 31 de la Convención de Viena. Esta disposición incluye cinco reglas de interpretación que deben aplicarse en su conjunto –y no de manera subsidiaria— para poder determinar el contenido y alcance de una disposición incluida en un tratado internacional como lo es el TLC.

Las cinco reglas señaladas son las siguientes: Primero, hay que leer de *buena fe* el texto del tratado –*regla de la lectura de buena fe*. Segundo, los términos del tratado deben ser leídos según el *sentido corriente* de los mismos –*regla del sentido corriente de los términos del tratado*—salvo que, tercero, conste la intención de las Partes de conferirles un sentido especial a un término –*excepción a la regla del sentido corriente*. Cuarto, las disposiciones deben ser interpretadas en su debido contexto –*regla de la utilización del contexto*—el cual se conformará por la totalidad del texto del tratado, incluyendo su preámbulo y anexos, así como cualquier otro instrumento formulado por una o más Partes con motivo de la celebración del tratado –como son las cartas adjuntas – y considerando además cualquier norma pertinente de Derecho Internacional. Quinto, las disposiciones deberán además ser interpretadas conforme su *objeto y fin* –*regla de la compatibilidad y fin del tratado* – que en el caso del TLC consiste en el establecimiento de una zona de libre comercio compatible con la normativa de la OMC.

La importancia de aplicar las reglas de interpretación arriba citadas radica en la necesidad de elevar el nivel de la discusión pública sobre el TLC en Costa Rica. A más de un año de haberse concluido la negociación de dicho acuerdo comercial, la discusión pública del Tratado se ha visto empañada por la repetida práctica por parte de algunos opositores –muchos de ellos sin siquiera formación jurídica alguna– a adscribirle al TLC una serie de contenidos y efectos legales que en realidad éste último no tiene. De ahí la importancia de que el lector cuente con algunas armas conceptuales necesarias para leer por sí mismo el texto del TLC y participar activamente en dicho debate. La sociedad costarricense se merece un debate de altura sobre el TLC. Para ello, es vital que la discusión deje de centrarse en cortinas de humo derivadas de lecturas incorrectas del tratado y que, leyendo el texto del TLC como debe ser, los costarricenses procedan entonces a discutir la conveniencia o no de aprobar este importante acuerdo comercial.

BIBLIOGRAFÍA

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.

Ministerio de Comercio Exterior (2003) *Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Posición Nacional*. Documento recuperado el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

Ministerio de Comercio Exterior (2003) *Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica y Estados Unidos: Preguntas Frecuentes* Documento recuperado el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

Ministerio de Comercio Exterior (2004) *Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos: Documento Explicativo*. Documento recuperado el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

Ministerio de Comercio Exterior (2004) *Costa Rica firma TLC*. Documento recuperado el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

Ministerio de Comercio Exterior (2004) *El ABC del TLC*, Documento recuperado el 20 de diciembre de 2004 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/CAFTA/publicaciones/default.asp

Ministerio de Comercio Exterior (2004). *Carta adjunta sobre explotación de recursos naturales*. Recuperado el 31 de enero de 2005 del sitio web del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica: <http://www.comex.go.cr/acuerdos/comerciales/cafta/texto/cartas/default.htm>

Jiménez, M. (2004). *Algunas Implicaciones Jurídicas del TLC sobre la Organización y Actividad Constitucional y Administrativa del Estado Costarricense*, en Flores-Estrada M y Hernández G (Eds) (2004) *TLC con Estados Unidos: Contribuciones para el Debate*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.

Organización Mundial del Comercio (1996). Reporte del Órgano de Apelación, *Japón-Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS10/AB/R.

Organización Mundial del Comercio (1996). Reporte del Órgano de Apelación, *Estados Unidos-Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R.

Organización Mundial del Comercio (1997). Reporte del Órgano de Apelación, *Canadá-Determinadas Medidas que Afectan las Publicaciones*, WT/DS31/AB/R

Ruiz, M.(2004), *Estado, Territorio y Soberanía: (a propósito del TLC con los Estados Unidos de América)*, ponencia presentada al Taller “Análisis de los Aspectos Jurídicos del Texto del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos”, Colegio de Abogados, 25-29 de Octubre de 2004. San José Costa Rica.

Vargas Carreño, E. (1992). *Introducción al Derecho Internacional*. San José, Costa Rica: Editorial Juricentro.