

# Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos: Fortalecimiento del Estado de Derecho

Francisco Chacón<sup>1</sup>

## SUMARIO

I. Costa Rica: un Estado de Derecho II. TLC: un instrumento para el fortalecimiento del sistema jurídico y del Estado de Derecho costarricense III. Aportes específicos del TLC al fortalecimiento del Estado de Derecho A. Impuestos arancelarios B. Medidas no arancelarias C. Administración de los contingentes arancelarios agropecuarios y medidas de salvaguardia agrícola D. Trámites aduaneros E. Obstáculos técnicos al comercio F. Contratación administrativa G. Protección de los derechos de propiedad intelectual H. Inversión I. Comercio de servicios J. Comercio electrónico K. Derechos laborales y medidas ambientales L. Disposiciones generales en materia de transparencia, publicidad y anticorrupción IV. Conclusiones generales

### I. Costa Rica: un Estado de Derecho

En la Edad Media, tras revertirse el proceso de atomización del poder entre los reyes y los señores feudales, empieza a gestarse una constante de concentración del poder político en manos del Soberano, el cual terminaría conformando lo que hoy es el Estado moderno. Para cuando la Edad Media llega a su fin, el monarca, que concentra ya el poder absolutamente, empieza incluso a intervenir en el aspecto económico, como producto de sus prerrogativas judiciales, financieras y militares:

“El Estado poco a poco toma las ideas del mercantilismo –aunque este vocablo no puede emplearse aquí sin amplias restricciones-, mas por ajeno que sea a los gobiernos del siglo XIV y principios del XV el concepto de una economía nacional, lo cierto es que su conducta revela el deseo de proteger la industria y el comercio de los súbditos de los del extranjero. En el fondo es el resabio de la política urbana extendida hasta los límites del Estado. Conserva de aquélla su carácter esencial: el proteccionismo.

De esta evolución los primeros indicios se revelaron en Inglaterra, es decir, en el país que disfrutaba de una unidad de gobierno más fuerte que la de cualquier otro. En 1381 un acta reservaba la navegación del país a los barcos ingleses; en 1463 se prohíbe a los extranjeros exportar lanas; en 1464 se prohíbe por Enrique VII, el primer rey moderno de Inglaterra, la entrada de los paños del continente”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (1985) y obtuvo una maestría en leyes de la Universidad de Georgetown, Washington D.C. (1987). Fue profesor de Derecho Administrativo y Comercio Exterior de la Universidad de Costa Rica (1988-1994) y viceministro de Comercio Exterior (1994-1997). Es autor de numerosos artículos e investigaciones sobre comercio exterior e inversión extranjera. Actualmente es miembro del Bufete Zurcher Odio & Raven.

<sup>2</sup> Diez, M (1985). *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo I, p.11.

En ese contexto, el rey no obedece a ningún poder humano y es él quien dicta el derecho a todos los hombres que habitan su territorio, sin que el monarca quede sujeto a las leyes que el mismo ha dictado. Absolutismo y proteccionismo van de la mano pues el monarca, con su poder absoluto, dirige todos sus esfuerzos a la acumulación de riqueza a través de variadas políticas mercantilistas: intenso intervencionismo estatal en la vida económica, controles sobre la riqueza mobiliaria, expansión colonial, atesoramiento de oro y plata, monopolios reales, restricciones al comercio, control del mercado de cambios, etc.<sup>3</sup>

Tres acontecimientos históricos y el pensamiento de varios autores dan inicio a la caída del absolutismo. En primer término, la Revolución Inglesa de 1688, cuando la Corona pierde su disputa por la función legislativa frente al Parlamento, aunque en ese entonces en el Parlamento sólo estaban representados los nobles (Cámara Alta) y los propietarios, burgueses y ciudadanos (Cámara Baja). Nace allí, sin embargo, el concepto de la división de poderes.

Por esa misma época, las ideas de Locke dan respaldo al concepto de la división de poderes, pues éste rechaza el poder ilimitado del Soberano y sostiene que sólo la ley y nunca la voluntad del rey pueden garantizar la vida, la libertad y la propiedad de las personas. Sin embargo, es Montesquieu quien luego, en 1748, enuncia propiamente la teoría de la separación de poderes, como una garantía para las libertades. Según Montesquieu, la libertad del individuo sólo podía tener lugar en un Estado en donde el poder no residiera en una misma persona<sup>4</sup>. Pero es Rousseau quien, finalmente en 1754, desarrolla el principio de la ley como expresión de la voluntad general. De aquí surgen las bases del moderno Derecho Público, dando origen al principio de legalidad, y con él, a la configuración del Estado de Derecho<sup>5</sup>.

“ ... con la construcción de Montesquieu queda implantado el germen de lo que luego será el Estado de Derecho, pues en su elaboración, la libertad y seguridad jurídica van de la mano ... Si bien es cierto Montesquieu no desarrolla con profundidad los sistemas de control, ni explota todo el sistema que de ellos ya imperaba en el régimen inglés, lo es también que completa o cierra la doctrina a partir de la cual la fiscalización y el control son parte (no excepción) de una adecuada división de poderes. Y a partir de ello se construye la idea (que aún persiste) de la supremacía de la ley (que no se traduce en otra cosa que en el principio de legalidad), a través de la que se asegura un gobierno de las leyes y no de los hombres...”<sup>6</sup>

Viene luego la Declaración de Independencia de los EE.UU. (1776) en la que los norteamericanos se declaran en contra del poder despótico del monarca inglés y

---

<sup>3</sup> Recuérdense las quejas de Bolívar contra el sistema español que coartaba los derechos de los americanos con restricciones chocantes, tales como las prohibiciones del cultivo de frutos de Europa, el estanco de las producciones que el rey monopolizaba, el impedimento de las fábricas que la misma Península no poseía, los privilegios exclusivos del comercio hasta de los objetos de primera necesidad; las trabas entre provincias y provincias americanas para que no se trataran, entendieran, ni negociaran (Carta de Jamaica, 1815).

<sup>4</sup> Para una disertación detallada del desarrollo del principio de separación de poderes véase González, O (2001). *La Justicia Administrativa*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., Sección I del Capítulo I.

<sup>5</sup> Díez, M (1985). *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo I, p.16.

<sup>6</sup> González, O (2001). *La Justicia Administrativa*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., p.40.

acogen en su Constitución Política el principio de separación de poderes. Pocos años después, la Revolución Francesa de 1789 hace que el Antiguo Régimen caiga definitivamente y que éste se vea obligado a ceder ante el surgimiento de las nuevas clases sociales.

El Poder que hasta ese entonces era prácticamente intocable se ve sometido a leyes – expresión de la voluntad general- que regulan y limitan al Estado. Son leyes que pretenden resguardar las libertades de los ciudadanos frente al poderío del Antiguo Régimen aunque también frente al mismo Parlamento, por mucho tiempo refugio de la nobleza. Se da así la caída de la monarquía absoluta y el advenimiento de la Edad Moderna y, con ella, del Estado de Derecho. La Edad Moderna es el escenario de la lucha de la democracia contra la monarquía, del pueblo y sus hombres contra los reyes, de la libertad y los derechos de los ciudadanos contra el poder absoluto del Estado.

“La Revolución Francesa de 1789 es, pues, una revolución social y política hecha por la burguesía. Las leyes que regularon y limitaron el Estado, son leyes de libertad, cuyo objeto es hacer posible el libre desenvolvimiento de los miembros del grupo social. Estas leyes de antiprivilegios consolidarán el primer estadio del Estado de Derecho adquiriendo toda su significación social y económica y declarando los derechos universales, no sólo los del ciudadano sino también los del hombre como derechos naturales”<sup>7</sup>.

El concepto de Estado de Derecho (y el del principio de legalidad) es uno de los legados más importantes de la Revolución Francesa. Estado de Derecho entendido como aquel Estado que está sometido a la Constitución y a las leyes, en donde el poder no puede actuar más que según las reglas que se le imponen<sup>8</sup>. Y principio de legalidad con base en el cual la Administración se expresa sometida no solo a reglas jurídicas exteriores (la Constitución y las leyes), sino también a las reglas que ella misma ha elaborado (los reglamentos) y a los principios enunciados por el juez administrativo<sup>9</sup>. Ambos conceptos buscan garantizar la libertad de los particulares frente al Poder. Y esa garantía se completa con la posibilidad real y efectiva de ejercer un control jurisdiccional sobre las actuaciones de la Administración.

“... el control del poder resulta un instrumento imprescindible, no solo para la conservación de ese Estado de Derecho, sino para el fortalecimiento del sistema democrático. Sin justicia no hay paz social, y sin paz social todo es el caos. Desde esta perspectiva (y desde cualquier otra), resulta imprescindible un adecuado aparato jurisdiccional, que como control externo, se encargue de velar por el respeto a la legalidad, y ante todo, por la protección plena de los derechos o intereses del ciudadano”<sup>10</sup>

Todos estos principios son cuidadosamente acogidos por nuestro ordenamiento jurídico. En la Constitución Política actual, el principio de separación de poderes está recogido en el artículo 9, el principio de legalidad en el artículo 11, y el principio de control jurisdiccional en el artículo 49. Todos ellos, junto con los artículos 2 (soberanía de la Nación), 10 (control constitucional), 20 (libertad personal), 34 (seguridad jurídica),

---

<sup>7</sup> Diez, M (1985). *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo I, p.18.

<sup>8</sup> Vedel, G (1980) *Derecho Administrativo*, Madrid: Aguilar S.A. Ediciones, p.464.

<sup>9</sup> Vedel, G (1980) *Derecho Administrativo*, Madrid: Aguilar S.A. Ediciones, p.220.

<sup>10</sup> González, O. (2001). *La Justicia Administrativa*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A. p.11.

39 (debido proceso), 41 (acceso a la justicia), y 48 (amparo), entre otros, dan forma al Estado de Derecho prevaeciente en nuestro país. Adicionalmente, la Ley General de Administración Pública (LGAP), en sus artículos 11, 12, 13, 18 y 19 reafirman claramente el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento jurídico y el respeto debido a las libertades de los particulares. Finalmente, el Título Octavo del Libro Segundo de la LGAP y las disposiciones de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establecen los mecanismos de control (interno y externo) mediante los que los administrados podrán garantizarse la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública.

El proceso de consolidación del Estado de Derecho y del sometimiento del Poder al ordenamiento jurídico no ha sido un proceso fácil. Siempre ha existido resistencia de parte de quienes detentan el poder y una y otra vez se elaboran argumentos para justificar la exclusión de algunas áreas. Por esa razón, la conclusión de un acuerdo comercial que viene a regular y normar una parte substancial del comercio exterior del país y de los instrumentos de política comercial no puede pasar desapercibido para el estudioso del derecho y, en particular, para quienes conciben el derecho como una herramienta fundamental para proteger los derechos y libertades de los administrados frente al poder del Estado. El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los EE.UU. (en adelante TLC), es sin duda, la producción jurídica más importante de la historia del derecho nacional en materia comercial y será punto de referencia obligada para todos quienes lidian con el accionar de la Administración en ese campo.

## **II. El TLC: un instrumento para el fortalecimiento del sistema jurídico y el Estado de Derecho costarricense**

El TLC es un instrumento jurídico de carácter internacional mediante el cual los siete países que lo suscribieron (las Partes) establecen una zona de libre comercio entre ellos (artículo 1.1), es decir, un área en la que se eliminan los obstáculos al comercio y se facilita la circulación transfronteriza de mercancías y servicios entre los territorios de las Partes (artículo 1.2). Es, en resumen, un tratado internacional que pretende fijar las reglas que se aplicarán al comercio entre las Partes suscriptoras.

En el caso de los países centroamericanos y de República Dominicana, la suscripción de un instrumento de este tipo tiene una primordial importancia, por varias razones. En primer término, porque, para todos ellos, la suscripción de un tratado de libre comercio con los EE.UU. implica normar las relaciones con su principal socio comercial y de inversión. Es decir, no se trata de una relación cualquiera, sino de la relación con un socio al cual se dirige la mayor parte de las exportaciones, del cual provienen la mayoría de las importaciones, y de donde se origina una parte significativa de la inversión extranjera. Por esa razón, la suscripción de un convenio comercial con ese país ha sido una aspiración de vieja data y no debe menospreciarse, entonces, la relevancia del objeto mismo de este acuerdo.

En segundo lugar, porque haber logrado que esa importante relación llegue a ser regulada a través de un convenio internacional implica una mejora cualitativa extraordinaria, desde el punto de vista jurídico, si se le compara con la prevaeciente. En efecto, los países de la región estarán pasando de un esquema concesional, unilateral y

revocable – como es el que se estableció con la Iniciativa de la Cuenca del Caribe (ICC) desde el año 1984- hacia uno de carácter recíproco, bilateral y permanente, a menos que la Parte decida denunciarlo (artículo 22.7). A ningún abogado escapará la importancia que para la seguridad jurídica conlleva el que las preferencias comerciales tengan lugar en el marco de un acuerdo internacional, en el que se recogen derechos y obligaciones mutuamente negociados y de carácter recíproco, y a través del cual “las Partes garantizan la adopción de todas las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de este Tratado” (artículo 1.4), en vez de que esas concesiones comerciales dependan exclusivamente de la legislación interna de un tercero, la cual puede ser modificada o eliminada a su antojo y sin intervención de los beneficiarios. La seguridad jurídica que por este medio se le garantiza al país y a los diferentes agentes económicos hará que estos puedan tomar sus decisiones de inversión, producción, exportación e importación en un marco de predictibilidad inmejorable, a sabiendas de que las condiciones de acceso o las regulaciones aplicables no serán variadas antojadiza e intempestivamente.

En tercer lugar –y muy ligado al punto anterior-, este instrumento es esencial para los países de la región porque en el tratado se dispone un mecanismo de solución de controversias mediante el cual cualquiera de las Partes puede solicitar el establecimiento de un grupo arbitral (artículo 20.6) con el propósito de resolver las diferencias que lleguen a surgir en relación con la aplicación o interpretación del tratado, con la adopción de medidas incompatibles con las disposiciones del tratado, o con la adopción de medidas que causen o pudieren llegar a causar anulación o menoscabo (artículo 20.2), de una manera tal que al final del proceso llegue a eliminarse el incumplimiento o la medida que causa anulación o menoscabo (artículo 20.15), se acuerde una compensación mutuamente aceptable (artículo 20.16.1), se suspenda la aplicación de beneficios de efecto equivalente (artículo 20.16.2), o se pague una contribución monetaria anual (artículo 20.16.6).

Es decir, mediante este mecanismo las Partes se aseguran que las obligaciones y derechos negociados no puedan ser luego ignorados impunemente, pues un órgano independiente de aquellas podrá revisar las actuaciones cuestionadas y, si se llegare a determinar que en efecto se ha incurrido en alguno de los supuestos del artículo 20.2, entonces el propio acuerdo establece las avenidas disponibles para corregir dichas actuaciones irregulares. La existencia de un mecanismo de solución de diferencias es importante en cualquier esquema comercial, pero lo es aún más para un país pequeño en su relación con un socio de mayor poderío económico y político, pues es de su conveniencia que las diferencias que llegaren a surgir entre ellos se resuelven a través de procedimientos jurídicos establecidos, en donde un tercero imparcial determine si ha habido una falta que amerite correcciones a la luz del texto legal, y no mediante una negociación de carácter político en donde el derecho a la fuerza y no la fuerza del Derecho es lo que usualmente se impone.

Las anteriores razones son suficientemente importantes como para afirmar que el TLC contribuye, sin duda, al fortalecimiento del sistema jurídico nacional, particularmente en lo que se refiere a la relación comercial con su principal socio comercial y de inversiones. De hecho, nadie podría negar que la entrada en vigencia del TLC constituya un hito sin precedentes en el difícil proceso de juridización de las relaciones comerciales de nuestro país.

Pero la contribución del TLC va mucho más allá. De conformidad con nuestro régimen constitucional, los convenios internacionales tienen un rango superior a la ley (artículo 7 de la Constitución Política) y la Ley de la Jurisdicción Constitucional faculta a los interesados a plantear la acción de inconstitucionalidad contra disposiciones legales que se opongan a las de un tratado internacional, considerando que al hacerlo violan la jerarquía normativa superior del segundo. Además, cuando las disposiciones del tratado resulten ejecutivas y ejecutables por sí mismas, sin necesidad de otras normas que las desarrollen en el derecho interno, las legales que las contradigan deban tenerse simplemente por derogadas, en virtud precisamente del rango superior del tratado. De esta manera, la antinomia entre ley y tratado se resuelve, en primer lugar y en lo posible, con la derogación automática de la primera en cuanto se oponga al segundo, sin perjuicio de que también pueda serlo mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley.<sup>11</sup>

De esta manera, una gran cantidad de disposiciones del TLC pasarán a formar parte del régimen jurídico interno automáticamente una vez que éste entre en vigencia. Otras disposiciones, es decir aquéllas que no sean de aplicación directa, constituyen, sin embargo, obligaciones internacionales que deberán ser igualmente honradas mediante la adopción de las medidas internas que correspondan. En ambos casos, entonces, el TLC contiene disposiciones relevantes desde el punto de vista jurídico, que vienen a determinar, restringir y normar el campo de acción, tanto de la Asamblea Legislativa como del Poder Ejecutivo, en sus actuaciones en materia comercial.

Esas obligaciones van desde aprobar y ratificar algunos acuerdos internacionales adicionales hasta garantizar que la legislación interna cumpla con ciertos parámetros mínimos que pudiera no contener con anterioridad, con lo cual el TLC contribuye a la innovación del ordenamiento jurídico, como sucede en el caso de la protección de los derechos de propiedad intelectual o con el rompimiento de los monopolios en el sector de las telecomunicaciones y de los seguros.

Pero, además, con muchas de las disposiciones del TLC lo que se pretende es que la Administración Pública costarricense se apegue a procedimientos específicos al momento de adoptar ciertas medidas de carácter comercial, con el fin de asegurar que éstas sean tomadas con transparencia, cuenten con un fundamento técnico apropiado, respeten los derechos de los particulares, y no tiendan únicamente a satisfacer los intereses de los grupos de presión. Es decir, en muchos casos, el objetivo buscado es que la actividad administrativa en efecto satisfaga el fin público establecido por el ordenamiento jurídico, en beneficio del interés general y no sólo de los sectores que tradicionalmente han tenido un más fácil acceso al poder, sean estos empresarios, agricultores, sindicatos, asociaciones profesionales, o cualquier otro que pretenda hacer prevalecer su interés particular sobre esos intereses generales.

Sobra decir, que esos objetivos buscados por el acuerdo son plenamente conformes con nuestro régimen de derecho. Al respecto, ha dicho la Sala Constitucional lo siguiente:

“La regulación de los elementos constitutivos de carácter sustancial objetivos (motivo, contenido y fin) o subjetivos (competencia, legitimación e investidura) y formales (procedimiento y motivación) del acto administrativo, tienen por objeto

---

<sup>11</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto No. 4062-96.

racionalizar la función o conducta administrativa y, sobre todo, dotarla de logicidad o razonabilidad, evitando que las administraciones públicas sorprendan a los administrados con actos contradictorios, absurdos, desproporcionados o irracionales. Un aspecto de primer orden en todo acto administrativo es la proporcionalidad en sentido estricto entre los medios empleados por la administración pública respectiva y los fines que se pretenden lograr con éste, así como la idoneidad o necesidad de su contenido y, desde luego, cuando resulta aflictivo o de gravamen, la ponderación de su intervención o impacto mínimo. Precisamente por lo anterior, ha surgido en el Derecho Constitucional contemporáneo, como uno de los principios rectores de la función administrativa el de la interdicción de la arbitrariedad, de acuerdo con el cual la conducta administrativa debe ser suficientemente coherente y razonablemente sustentada en el bloque de legalidad, de modo que se baste y explique por sí misma. En nuestro ordenamiento jurídico constitucional tal principio dimana de lo establecido en la primera parte del artículo 11 de la Constitución Política al preceptuar que *“Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella (...)”*. No sobra, por lo demás, advertir, que la arbitrariedad no debe ser confundida con la discrecionalidad administrativa, esto es, con la posibilidad que tiene todo ente u órgano público de escoger entre varias opciones o soluciones (contenido), todas igualmente justas, ante el planteamiento de una necesidad determinada (motivo) y el uso de conceptos jurídicos indeterminados para atender un problema (motivo) los cuales suponen un margen de apreciación positiva y negativa y un halo de incertidumbre, pero que, en último término, admiten una única solución justa.” (Voto 14421-2004)

Desde este punto de vista el TLC también contribuye, entonces, a proteger los derechos y libertades de los ciudadanos frente al abuso o desviaciones de quienes detentan (directa o indirectamente) el poder y a someter al Estado al ordenamiento jurídico. En otras palabras, con ello el TLC contribuye a fortalecer y consolidar el Estado de Derecho.

### **III. Aportes específicos del TLC al fortalecimiento del Estado de Derecho**

En este acápite se hará referencia a muchas de las disposiciones del TLC que contribuyen a la producción jurídica nacional y protegen a los ciudadanos contra las actuaciones arbitrarias de la Administración Pública en el campo comercial y que, en consecuencia, contribuyen también en forma directa al fortalecimiento del Estado de Derecho.

#### **A. Impuestos arancelarios**

La imposición de tasas arancelarias a las importaciones es una medida comercial típica, que frecuentemente se utiliza para proteger a los sectores productivos contra la competencia externa. Sobra decir que con la adopción de tales medidas el poder público opta por favorecer al sector empresarial en detrimento de los consumidores, en

su mayoría de escasos recursos, quienes terminan pagando un precio mayor por un producto que de otra forma adquirirían a precios menores y reduciendo, de esta manera, su capacidad adquisitiva. Al mismo tiempo, algunos sectores productivos pueden verse afectados más que otros por esos aranceles como, por ejemplo, cuando los productores del sector agro-alimentario se han visto obligados a pagar precios mayores a los del mercado internacional por insumos altamente protegidos localmente e indispensables para producir el bien final.

En nuestro país, el manejo de la política arancelaria recae en un órgano regional, el Consejo Arancelario y Aduanero Centroamericano, el cual está integrado por los ministros responsables de la integración económica centroamericana<sup>12</sup>. De esa manera, no obstante las características impositivas de este instrumento, el Poder Ejecutivo ha tenido siempre una incuestionable incidencia en su definición<sup>13</sup>. Además, ha sido ésta una medida de carácter discrecional<sup>14</sup> que básicamente ha respondido a los lineamientos generales de la política económica prevaleciente y que no ha sido objeto de control externo, ni siquiera en sede administrativa. En no pocas ocasiones, la modificación de los niveles arancelarios no ha obedecido a ninguna otra razón más que a la presión ejercida por el grupo de interés correspondiente o a la necesidad de recaudar fondos para el fisco.

La liberalidad con la que muchas veces se manejó el arancel en el pasado dejaba desamparados a la mayoría de los ciudadanos, quienes estaban a expensas de lo que la Administración de turno considerara oportuno hacer en determinado momento, sin mayor posibilidad de influir en esa decisión, aunque al final eran ellos los que terminaban pagando el impuesto. Ciertamente el proceso de desgravación arancelaria iniciado a mediados de los ochenta, la consolidación de los niveles arancelarios en el GATT/OMC, y la entrada en vigor de varios tratados de libre comercio, han reducido la capacidad de maniobra del Poder Ejecutivo en este campo y, en consecuencia, la posibilidad de impactar los intereses económicos de consumidores, importadores, comerciantes y productores. Sin embargo, lo cierto es que será la amplia cobertura del TLC (en términos de los flujos de comercio afectados) lo que con mayor efectividad logrará fijar los parámetros de la política arancelaria futura, dar seguridad y previsibilidad a los agentes económicos, y evitar los abusos del poder en el ejercicio de esta potestad.

En efecto, de conformidad con el TLC, las Partes se comprometen a eliminar progresivamente sus aranceles aduaneros sobre las mercancías originarias de conformidad con los términos establecidos en el Anexo 3.3 (artículo 3.3.2). Asimismo, ninguna Parte tendrá ya la posibilidad de incrementar ningún arancel aduanero ni adoptar nuevos aranceles sobre una mercancía originaria (artículo 3.3.1), salvo que se encuentre en alguno de los supuestos de excepción contemplados en el propio acuerdo.

---

<sup>12</sup> Ver Convenio sobre el Régimen Arancelario y Aduanero Centroamericano, suscrito en 1984.

<sup>13</sup> De hecho, el artículo 2, inciso c) de la Ley No. 7638 dispone que corresponde a los ministerios de Comercio Exterior; Economía, Industria y Comercio; Agricultura y Ganadería; y al de Hacienda, la definición de la política arancelaria.

<sup>14</sup> “La discrecionalidad es esencialmente la libertad de elección que tiene la Administración, de escoger entre una pluralidad de alternativas, todas igualmente justas, según su propia iniciativa, por no estar la solución concreta dentro de la norma. Esta libertad de la Administración no es arbitraria, su existencia tiene fundamento en la Ley y su ejercicio está delimitado en ésta” (1997. Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, No. 19 de San José, a las 14:40 horas del 2 de abril).

Esto significa que la gran mayoría de las importaciones quedará sujeta a los niveles arancelarios actuales y que el Poder Ejecutivo deberá reducir dichos aranceles en los plazos acordados para cada grupo de productos. De esta manera, entonces, todos los agentes económicos, incluyendo los consumidores, sabrán a qué atenerse y qué esperar del Poder Ejecutivo en los años venideros.

Adicionalmente, los ciudadanos sabremos que el Poder Ejecutivo podrá excepcionalmente elevar esos impuestos, pero ello únicamente si se está en alguno de los supuestos del TLC. Así por ejemplo, si fuera necesario, el Poder Ejecutivo podría establecer alguna de las medidas de salvaguardia del artículo 8.2, esto es, suspender la reducción del arancel o acordar su incremento, en cuyo caso, sin embargo, deberá cumplir estrictamente con los requisitos del artículo 8.1.1. Además, la medida deberá ser de carácter temporal (artículo 8.2) y su aplicación deberá hacerse de manera uniforme, imparcial y razonable (artículo 8.3.1). Asimismo, la determinación de la existencia de daño grave o amenaza del mismo para la industria nacional estará sujeta a revisión por parte de tribunales administrativos o judiciales (artículo 8.3.2). En todo caso, los procedimientos para la aplicación de este tipo de medidas deberán ser equitativos, oportunos, transparentes y eficaces (artículo 8.3.3), la decisión de iniciar una investigación deberá ser publicada en el diario oficial (Anexo 8.3.5), deberán celebrarse audiencias públicas en las que podrán participar las partes interesadas y los consumidores (Anexo 8.3.7), la decisión final deberá ser motivada, y deberá publicarse un resumen de ella también en el diario oficial (Anexo 8.12).

Es decir, el TLC, al igual que otros acuerdos comerciales, establece una serie de requisitos sustanciales y garantías procesales que hace que la decisión de incrementar el arancel se convierta en una decisión reglada, es decir, un acto administrativo de carácter general cuyo motivo y contenido están regulados por el ordenamiento jurídico, limitando de este modo la libertad de elección –o discrecionalidad- que de otra manera tendría la Administración. Estas regulaciones pretenden evitar, así, que la decisión que llegue a tomar el Poder Ejecutivo sea una decisión arbitraria o antojadiza y que, por el contrario, ésta sea tomada luego de haber escuchado a las diferentes partes interesadas, entre ellas a los consumidores, mediante una resolución fundada y dentro de los límites fijados por la ley, resolución que es incluso revisable por órganos externos.

## **B. Medidas no arancelarias**

Al igual que las medidas arancelarias, las medidas de carácter no arancelario pueden ser utilizadas por el poder público abusivamente y de modo lesivo a los intereses de una mayoría de los ciudadanos. Por esa razón, son importantes las disposiciones del TLC que pretenden limitar esta potestad con el fin de que sea invocada mesuradamente.

En este sentido, el artículo 3.8.1 establece que, salvo disposición en contrario en el tratado, ninguna Parte adoptará o mantendrá prohibiciones o restricciones a la importación de cualquier mercancía de otra Parte o a la exportación de cualquier mercancía destinada al territorio de otra Parte, excepto lo previsto en el artículo XI del GATT de 1994. Además, salvo lo dispuesto en el Anexo 3.11, ninguna Parte podrá adoptar o mantener impuestos, gravámenes u otros tipos de cargo a la exportación de

alguna mercancía a territorio de otra Parte, a menos que tal impuesto se aplique a todas las demás Partes y también al consumo doméstico.

Asimismo, ninguna Parte podrá adoptar o mantener una medida que sea incompatible con el Acuerdo sobre Licencias de Importación de la OMC (artículo 3.9) y cada Parte se compromete a garantizar que cualquier tasa y cargo de cualquier naturaleza (distinto del arancel, impuestos internos o derechos compensatorios o antidumping) impuestos a la importación o a la exportación se limitarán al costo aproximado de los servicios prestados y no representarán una protección indirecta a las mercancías nacionales ni un impuesto a las importaciones o exportaciones para propósitos impositivos (artículo 3.10). El Acuerdo sobre Licencias de Importación de la OMC establece, por su parte, que los procedimientos para el trámite de licencias se apliquen de manera neutral y equitativa, exige la publicación de las regulaciones pertinentes, y contempla el principio de informalidad entre otros tendientes a asegurar que no se convierten en una traba adicional al comercio.

De esta manera, el TLC fija límites al uso del poder y reitera que esta potestad pública debe sujetarse a los requisitos y obligaciones establecidas en el GATT de 1994 y los acuerdos de la OMC sobre la materia. Así, el TLC viene a reforzar el bloque de legalidad que regula la actividad de la Administración Pública en el uso de barreras no arancelarias, fortaleciendo de esa manera el Estado de Derecho.

### **C. Administración de los contingentes arancelarios agropecuarios y medidas de salvaguardia agrícola.**

El TLC contiene regulaciones relacionadas específicamente con la administración e implementación de los contingentes arancelarios para mercancías agropecuarias negociados al amparo del acuerdo, es decir, de las cuotas de importación que ingresarán contra el pago de un arancel preferencial. Además de sujetarse a los artículos XIII del GATT y al Acuerdo sobre Licencias de Importación de la OMC, en el TLC las Partes se obligan a garantizar que los procedimientos sean transparentes, estén disponibles al público, sean oportunos, no discriminatorios, respondan a las condiciones de mercado, sean lo menos gravosos al comercio, y reflejen las preferencias del usuario final (artículo 3.13.3.a).

Además, debe garantizarse un trato igual para los interesados, de manera que cualquier persona que cumpla con los requerimientos legales y administrativos sea elegible para solicitar y para ser considerada para una licencia de importación o asignación de una cuota bajo los contingentes arancelarios del acuerdo (artículo 3.13.3.b).

Por otro lado, cuando excepcionalmente una Parte deba aplicar una medida de salvaguardia e imponer un derecho de importación adicional sobre una mercancía agrícola, el TLC también establece una serie de límites y parámetros para la Administración Pública, con el fin de asegurarse que esta potestad no sea aplicada de forma abusiva. Entre ellos, el TLC fija los supuestos de hecho (nivel de activación dependiendo de la cantidad de importaciones recibidas), los límites máximos aplicables y la obligación de que la medida sea temporal (artículo 3.15). Adicionalmente, en forma expresa el TLC exige que las Partes implementen las medidas de salvaguardia en forma transparente (artículo 3.15.6).

Estas disposiciones, que buscan transparencia, igualdad de trato, y predictibilidad en la toma de decisiones públicas, son un aporte en el mejoramiento del marco regulatorio al cual debe someterse la Administración Pública y, en consecuencia, se convierten en una protección adicional para los derechos de los administrados.

#### **D. Trámites aduaneros**

En lo tocante a trámites aduaneros, el TLC también recoge una cantidad de disposiciones que pretenden una administración aduanera más transparente y mejor. Así, el artículo 5.1.1 establece que las Partes tendrán la obligación de publicar toda su legislación aduanera, regulaciones y procedimientos administrativos de carácter general. Adicionalmente, las Partes se obligan a designar y mantener puntos de consulta para atender inquietudes de personas interesadas en asuntos de aduanas y pondrán en Internet la información concerniente a los procedimientos para poder hacer dichas consultas (artículo 5.1.2). Asimismo, las Partes se comprometen a que, en la medida de lo posible, cualquier regulación de aplicación general que rija los asuntos aduaneros sea publicada por adelantado y brindará a los interesados la oportunidad de hacer comentarios antes de su adopción (artículo 5.1.3).

Además, como un mecanismo para evitar abusos en los trámites aduaneros, el TLC dispone que las Partes adoptarán procedimientos simplificados para el despacho eficiente de las mercancías y asegurarán, entre otros, que los procedimientos dispongan que el despacho de esas mercancías se realice en un período no mayor que el requerido y, en la medida de lo posible, dentro de las 48 horas posteriores a su llegada (artículo 5.2). En ese mismo sentido, se promueve que las autoridades aduaneras se esfuercen por utilizar tecnología de la información que agilice los procedimientos para el despacho de las mercancías (artículo 5.3).

Adicionalmente, las Partes deben asegurar que exista la posibilidad de revisar administrativa y judicialmente las decisiones que las autoridades aduaneras tomen en el ejercicio de sus funciones (artículo 5.8) y que existan sanciones civiles, administrativas y penales contra quienes violen la legislación y regulaciones aduaneras (artículo 5.9).

Por otra parte, el TLC contempla la posibilidad de que se soliciten resoluciones aduaneras anticipadas relacionadas con diversos temas, con el fin de que los importadores y los exportadores tengan certeza del trato aduanero que la mercancía recibirá al momento de ser importada (artículo 5.10.1). Una vez emitida la resolución anticipada, ésta solo podrá ser modificada o revocada si la resolución se basó en información incorrecta o falsa (artículo 5.10.4). Las resoluciones anticipadas deberán ponerse a disposición del público (artículo 5.10.5).

Finalmente, en la Sección B del Capítulo IV del TLC, referente a los procedimientos para determinar el origen de las mercancías, se indican cuales son los requisitos y trámites que los interesados deben utilizar y que las Partes deben respetar, al momento de otorgar los beneficios comerciales contemplados en el tratado. Este es un mecanismo adicional para brindar certeza a los usuarios del sistema aduanero nacional y asegurar que la Administración Pública no va hacer nugatorio el trato arancelario preferencial otorgado.

Evidentemente, todas las disposiciones citadas pretenden garantizar a los interesados un mayor acceso a la información, certidumbre jurídica, control y transparencia, así como disminuir las posibilidades de corrupción, en todo lo referente a los procedimientos aduaneros. Por esta razón, también en este campo, el TLC contribuye a fortalecer el Estado de Derecho prevaleciente en nuestro país.

## **E. Obstáculos técnicos al comercio**

Con el Capítulo de Obstáculos Técnicos al Comercio del TLC, las Partes pretenden aumentar y facilitar el comercio a través de una mejor implementación del Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio de la OMC, la eliminación de los obstáculos técnicos innecesarios al comercio, y el impulso de la cooperación bilateral.

Con ese objetivo en mente, las Partes se comprometen a una mayor transparencia en el desarrollo de las normas, reglamentos técnicos, y procedimientos de evaluación de la conformidad. Por esa razón, cada Parte se obliga a permitir que personas de las otras Partes participen en el desarrollo de tales medidas, en términos no menos favorables que aquellos acordados para sus propias personas y para personas de cualquier otro Parte (artículo 7.7).

Asimismo, con el fin de mejorar las posibilidades de que las personas proporcionen comentarios significativos en relación con los reglamentos técnicos y los procedimientos de evaluación de la conformidad que se propongan, cada una de las Partes deberá publicar previamente un aviso en el que se incluya la descripción del objetivo del reglamento técnico o procedimiento de evaluación de la conformidad y las razones por las que la Administración propone un determinado enfoque. La Parte debe otorgar un plazo de al menos 60 días para que las personas y las otras Partes puedan hacer comentarios por escrito acerca de la propuesta (artículo 7.7.3).

El reglamento técnico o el procedimiento de evaluación de la conformidad final deberá ser publicado y, junto a él, deberán publicarse también las respuestas de la Parte a los comentarios significativos que reciba de las personas o de las otras Partes (artículo 7.7.4).

Se trata, en suma, de establecer regulaciones que buscan una mayor transparencia y participación de las personas interesadas en la elaboración de esta normativa, con el propósito de que la decisión que finalmente tome la Administración Pública quede enriquecida con los diferentes puntos de vista y que las razones que dan lugar a aquella sean conocidas por todos. De esta manera, el TLC contribuye a fortalecer un régimen legal en el que el Estado se ve obligado a crear canales de comunicación y a tomar en cuenta a los sectores afectados antes de tomar estas decisiones de carácter general<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Si bien el artículo 361 de la Ley General de Administración Pública ya establece la posibilidad de que el Poder Ejecutivo someta a información pública el anteproyecto de una disposición de carácter general, con el TLC esto se convierte en una obligación.

## **F. Contratación administrativa**

En materia de contratación administrativa, el TLC refuerza una serie de principios ya contemplados por nuestro sistema de contratación pública, como son el de publicidad, igualdad de trato y libre concurrencia, entre otros. Así, por ejemplo, el TLC exige que las Partes publiquen todas sus leyes y reglamentos relacionados con la contratación y que pongan a disposición del público cualquier procedimiento, sentencia judicial, y decisión administrativa de aplicación general (artículo 9.3). Además, exige que las entidades contratantes publiquen con suficiente antelación los avisos invitando a participar en un concurso, especificando cual es la información mínima que debe incluirse en dicho aviso (artículo 9.4).

El TLC establece también cuales son los plazos mínimos que deben otorgarse para la presentación de las ofertas (artículo 9.5) y garantiza el acceso a la información necesaria para preparar y presentar esas ofertas (artículo 9.6). Asimismo, obliga a las Partes a que las entidades contratantes preparen sus especificaciones técnicas de manera tal que no se favorezca a ningún proveedor en particular (artículo 9.7) y exige publicidad y transparencia en los procedimientos para el registro de proveedores (artículo 9.8).

Adicionalmente, el TLC recoge el principio de que, en general, los contratos deben adjudicarse a través de licitaciones abiertas o públicas (artículo 9.9.1), que el acto de adjudicación debe ser un acto razonado (artículo 9.10), que la información referente a la adjudicación debe comunicarse a los participantes y al público en general (artículo 9.11), y que debe existir la posibilidad de impugnar el acto de adjudicación ante una autoridad imparcial e independiente de la entidad contratante (artículo 9.15).

Finalmente, las Partes se obligan a adoptar procedimientos mediante los cuales sea posible declarar la inelegibilidad de los proveedores que hayan participado en actividades ilegales o fraudulentas relacionadas con la contratación (artículo 9.13).

Una vez más, el TLC pretende con sus regulaciones garantizar una mayor transparencia, publicidad, control, y certeza, para beneficio de aquellos que contraten con el Estado y sus instituciones, y, en última instancia, para todos los administrados. Al reforzar el marco legal al cual debe someterse la Administración Pública en su actividad de contratación, el TLC contribuye, entonces, a fortalecer el Estado de Derecho.

## **G. Protección de los derechos de propiedad intelectual**

El Capítulo XV del TLC establece los estándares mínimos que las Partes acuerdan otorgar a la protección de la propiedad intelectual. Este capítulo desarrolla, así, el artículo 47 constitucional, el cual reconoce el derecho que tiene todo autor, inventor, productor o comerciante, a gozar temporalmente de la propiedad exclusiva de su obra, invención, marca o nombre comercial y, de este modo, complementa la legislación ya vigente en este campo.

Las obligaciones asumidas por las Partes pueden dividirse en tres categorías. Una primera categoría es aquella que se refiere al compromiso de las Partes de ratificar o acceder a varios acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual (artículo

15.1.1 a 15.1.5). En algunos casos, dicha obligación debe ser cumplida al momento de entrar en vigor el TLC<sup>16</sup>; en otros la obligación rige a partir del primero de enero del 2006<sup>17</sup>; y en otros la obligación es a partir del primero de enero del 2008<sup>18</sup>. Adicionalmente, las Partes se obligan a ratificar el Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (1991), obligación que en el caso de Costa Rica regiría a partir del primero de enero del 2007. Finalmente, las Partes deberán realizar todos los esfuerzos razonables para ratificar otros tres acuerdos internacionales<sup>19</sup> (artículo 15.1.6).

Una segunda categoría de compromisos hace referencia a la obligación de adoptar una serie de disposiciones sustanciales y procedimentales en materia de marcas<sup>20</sup>, indicaciones geográficas<sup>21</sup>, nombres de dominio de Internet<sup>22</sup>, derechos de autor<sup>23</sup>, señales de satélite codificadas<sup>24</sup>, patentes<sup>25</sup>, y productos regulados<sup>26</sup>.

---

<sup>16</sup> Este es el caso de los siguientes acuerdos: Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (1996) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación, Ejecución y Fonogramas (1996). En Costa Rica ambos acuerdos ya se encuentran vigentes.

<sup>17</sup> Es el caso del Tratado de Cooperación en materia de Patentes, según su revisión y enmienda (1970) y el Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en materia de Patentes (1980). El primer acuerdo ya se encuentra vigente en Costa Rica.

<sup>18</sup> Es el caso del Convenio sobre la Distribución de Señales de Satélite Portadores de Programas (1974) y el Tratado sobre el Derecho de Marcas. En Costa Rica, el primero ya se encuentra vigente, mientras el segundo fue firmado en el año 1995 y está en proceso de aprobación legislativa.

<sup>19</sup> Estos son el Tratado sobre el Derecho de Patentes (2000), el Arreglo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales (1999), y el Protocolo al Arreglo de Madrid sobre el Registro Internacional de Marcas (1989). Costa Rica no ha ratificado ninguno de estos acuerdos.

<sup>20</sup> Por ejemplo, se obligan a que la protección cubrirá las marcas colectivas, de certificación y sonoras y a las indicaciones geográficas y marcas olfativas (artículo 15.2.1); a que el artículo 6bis del Convenio de París se aplique también a mercancías y servicios que no siendo idénticos o similares a los de una marca notoriamente conocida, puedan indicar una conexión entre ellos y el titular de la marca, y en el tanto sea probable que se lesionen los intereses de éste (artículo 15.2.5); y a que el sistema de registro de marcas cumpla con los principios básicos del debido proceso (artículo 15.2.6).

<sup>21</sup> Las Partes se obligan, entre otras, a contar con los medios legales para identificar y proteger las indicaciones geográficas (artículo 15.3.2); a tramitar las solicitudes y registro garantizando un mínimo de formalidades, que las regulaciones aplicables sean públicas y transparentes, y que se respeten los principios del debido proceso (artículo 15.3.3 a 15.3.6.).

<sup>22</sup> Las Partes deben exigir que la administración de su dominio de nivel superior de código de país disponga de procedimientos para la resolución de controversias según los principios de las Políticas Uniformes de Resolución de Controversias en materia de Nombres de Dominio y que proporcione acceso público en línea a una base de datos confiable y precisa con información de contacto para los registrantes de nombres de dominio (artículo 15.4).

<sup>23</sup> Entre otras, las Partes se obligan a que la protección cubra también el almacenamiento temporal en forma electrónica (artículo 15.5.1); a garantizar la libre transferencia de derechos patrimoniales y su ejercicio pleno (artículo 15.5.6); a establecer acciones civiles y penales en caso de evasión de medidas tecnológicas efectivas (artículo 15.5.7) y ante infracciones atinentes a la información sobre gestión de derechos (artículo 15.5.8); y a asegurar que las agencias de gobierno utilicen únicamente programas de computación autorizados (artículo 15.5.9).

<sup>24</sup> Las Partes se obligan a brindar protección penal y civil contra la fabricación, ensamble, modificación, importación, exportación, venta, arrendamiento o distribución de dispositivos o sistemas para decodificar señales de satélite sin autorización del distribuidor legítimo y contra la recepción y subsiguiente distribución dolosa de señales portadoras de programas decodificadas sin autorización del distribuidor legítimo (artículo 15.8).

<sup>25</sup> Por ejemplo, las Partes están obligadas a otorgar protección a toda invención en cualquier campo de la tecnología, aunque se mantiene la posibilidad de excluir la patentabilidad de animales, métodos de

La tercera categoría de obligaciones se refiere a la necesidad de adoptar procedimientos y recursos legales (administrativos, civiles y penales) que hagan efectiva la observancia de los derechos de propiedad intelectual. Para empezar, las Partes reconocen que esos procedimientos y recursos serán establecidos de acuerdo con los principios del debido proceso y los fundamentos del sistema legal de cada país (artículo 15.11.1) y se comprometen a garantizar que las resoluciones judiciales y decisiones administrativas se formulen por escrito y haciendo referencia a los hechos relevantes y los fundamentos legales en que se sustentan. Dichas resoluciones y decisiones deberán ser publicadas o, si la publicación no fuere factible, puestas a disposición del público, en ambos casos en el idioma nacional (artículo 15.11.3). Las Partes asumen también la obligación general de garantizar que todas las leyes, reglamentos, y procedimientos relativos a la protección u observancia de la propiedad intelectual consten por escrito y se publiquen (o se pongan a disposición del público), en el idioma nacional, con el propósito expreso de que “los gobiernos y los titulares de los derechos tengan conocimiento de ellas a fin de garantizar la transparencia del sistema de protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual” (artículo 15.1.14).

En el caso de los procedimientos y recursos de carácter civil, cada Parte se compromete a establecer regulaciones que permitan determinar judicialmente una indemnización adecuada para compensar el daño que el titular haya sufrido como resultado de la infracción, y, en el caso de marcas y derechos de autor, el pago de las ganancias dejadas de percibir si éstas no están incluidas en el cálculo de esos daños (artículo 15.11.7). Cada Parte deberá establecer, como alternativa, indemnizaciones predeterminadas en el caso de infracciones a los derechos de autor y de marcas (artículo 15.11.8). Además, las Partes deben garantizar que las autoridades judiciales tendrán la facultad de ordenar el decomiso de los productos, material conexo y evidencia documental relevante (artículo 15.11.10), la destrucción de las mercancías pirateadas o falsificadas (artículos 15.11.11 y 15.11.24), ordenar el suministro de información que el infractor posea en relación con cualquier persona involucrada y respecto de los medios de producción o canales de distribución para los productos o servicios infractores, y sancionar el desacato (artículo 15.11.12). Finalmente, las acciones civiles contra la evasión de medidas tecnológicas y violaciones relacionadas con la información sobre gestión de derechos deberán incluir, al menos, la posibilidad de ordenar medidas cautelares, la indemnización de los daños sufridos o indemnizaciones predeterminadas, la condenatoria en costas, y la destrucción de dispositivos y productos involucrados (artículo 15.11.14). En todo caso, el TLC establece la facultad de que las autoridades exijan pruebas y garantías al momento de acordarse una medida cautelar o una medida en frontera, a fin de evitar abusos (artículos 15.11.18, 15.11.20, y 15.11.21).

En cuanto a los procedimientos y recursos penales, las Partes se obligan a contar con legislación que sancione, como mínimo, la falsificación dolosa de marcas y la piratería lesiva de derechos de autor o derechos conexos a escala comercial (artículo

---

diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos (artículos 15.9.1 y 15.9.2); y a compensar el plazo de la patente si han existido atrasos irrazonables en el otorgamiento de la patente o en la aprobación de la primera comercialización (artículo 15.9.6).

<sup>26</sup> Las Partes deben garantizar la protección de los datos no divulgados sobre seguridad y eficacia que se exijan como requisito para la comercialización de nuevos productos. La protección será de cinco años en el caso de los productos farmacéuticos y de diez años en el caso de los agroquímicos (artículo 15.10)

15.11.26.a). Además, deben garantizar que la pena privativa de libertad o la sanción pecuniaria sea lo suficientemente disuasiva de futuras infracciones; que las autoridades puedan incautar las mercancías presuntamente falsificadas o pirateadas, así como los materiales utilizados para la comisión del delito, los activos relacionados y la evidencia documental relevante; que las autoridades puedan ordenar el decomiso de todo activo relacionado con la infracción y el decomiso y destrucción de toda mercancía falsificada o pirateada y de los materiales o implementos utilizados en la creación de dicha mercancía; y que, al menos en los casos de falsificación de marcas o piratería lesiva de derecho de autor, las autoridades puedan actuar de oficio (artículo 15.11.26.b).

Finalmente, cada Parte debe garantizar la existencia de incentivos y disposiciones legales, bajo ciertas condiciones especificadas en el propio acuerdo, para que los proveedores de servicios de Internet cooperen con los titulares de los derechos de autor, a fin de disuadir el almacenaje y transmisión no autorizada de materiales protegidos (artículo 15.11.27).

Más allá de una discusión ideológica, no hay duda de que, desde el punto de vista jurídico, el Capítulo XV del TLC viene a enriquecer el bloque de legalidad aplicable a la protección de la propiedad intelectual. Se trata de derechos garantizados constitucionalmente y un campo en el que ha existido legislación local que la protege desde hace muchas décadas. El TLC pretende mejorar esa protección y fortalecer los procedimientos judiciales para que aquella sea efectiva, en un marco de mayor transparencia y predictibilidad.

## **H. Inversión**

El TLC tiene como uno de sus objetivos fundamentales aumentar substancialmente las oportunidades de inversión en los territorios de las Partes (artículo 1.2). Uno de los mecanismos para lograr ese objetivo es mejorar los instrumentos mediante los que se protege y se brinda seguridad jurídica a la inversión foránea y ello es lo que se pretende con las disposiciones del Capítulo X del TLC. Aunque resulta obvio, nada impide que una Parte extienda las garantías mínimas que en ese capítulo se desarrollan a favor de los inversionistas nacionales, si ello se considerara necesario.

La Sección A del Capítulo X exige, en primer término, que la Parte garantice igualdad de trato o trato nacional a los inversionistas de las otras Partes y a las inversiones cubiertas, es decir, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios inversionistas, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio (artículo 10.3). Asimismo, en esos casos, deberá otorgar a los inversionistas y a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue a los inversionistas o inversiones de un tercer país (artículo 10.4).

Adicionalmente, cada Parte se obliga a otorgar a las inversiones cubiertas un trato conforme con el derecho internacional consuetudinario<sup>27</sup>, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas. La obligación de otorgar “trato justo

---

<sup>27</sup> Por derecho internacional consuetudinario se entenderá el resultado de una práctica general y consistente de los Estados, seguidas por ellos en el sentido de una obligación legal (Anexo 10-B).

y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, contencioso-administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo, mientras que otorgar “protección y seguridad plenas” exige otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario (artículo 10.5). En caso de pérdidas sufridas debido a conflictos armados o contiendas civiles, al inversionista extranjero y a las inversiones cubiertas deberá otorgárseles un trato no discriminatorio con respecto a las medidas que adopte o mantenga en relación con dichas pérdidas sufridas (artículo 10.6).

La expropiación (directa o indirecta) sólo podrá tener lugar por causa de un propósito público; de una manera no discriminatoria; mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de una indemnización y con apego al debido proceso y al nivel mínimo de trato de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. Esa indemnización deberá ser pagada sin demora, ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria haya sido tomada; no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se haya conocido con antelación a la fecha de expropiación; y ser completamente liquidable y libremente transferible (artículo 10.7 y Anexo10-C).

Entre otras obligaciones, el TLC exige también que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia el territorio de la Parte, en una moneda de libre uso, y al tipo de cambio vigente al momento de la transferencia (artículo 10.8).

Por otro lado, la Sección B del Capítulo X establece el mecanismo del arbitraje para la solución de controversias que puedan surgir entre una Parte y un inversionista de otra Parte si se viola alguna de las obligaciones establecidas en la Sección A. De conformidad con esta sección el inversionista tiene el derecho y el Estado la obligación de someter a arbitraje un reclamo en el que se alegue: (a) una violación de las obligaciones sustantivas de la Sección A, una autorización de inversión, o un acuerdo de inversión, y (b) que el demandante ha sufrido una pérdida o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta (artículo 10.16). El demandante podrá someter la reclamación bajo los términos de: (a) el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), (b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, o (c) las reglas de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Internacional Mercantil (CNUDMI) (artículo 10.16.3). El tribunal arbitral, normalmente compuesto de tres árbitros (artículo 10.19), decidirá conforme los términos del tratado y las normas aplicables del derecho internacional si se tratare de la violación de una obligación sustantiva de la Sección A (artículo 10.22.1) o conforme a las normas legales especificadas en el acuerdo o autorización de inversión, o, si estas no han sido especificadas, de acuerdo con la legislación de la Parte demandada y las normas del derecho internacional, en los otros dos casos (artículo 10.22.2). El laudo podrá acordar el otorgamiento de daños pecuniarios y los intereses que procedan, así como la restitución de la propiedad, pero no podrá ordenar el pago de daños punitivos. La parte contendiente deberá acatar y cumplir el laudo sin demora y podrá recurrirse a la ejecución de un laudo arbitral de conformidad con el convenio del CIADI, la Convención de Nueva York, o la Convención Interamericana (artículo 10.26).

De esta manera el TLC refuerza y reitera varios de nuestros principios constitucionales, como es el de la no discriminación para los extranjeros, el de que la expropiación solo tiene lugar por interés público previa indemnización conforme a la ley, y el derecho que tienen las partes a terminar sus diferencias mediante arbitraje.

## **I. Comercio de servicios**

El TLC contienen disposiciones aplicables al comercio transfronterizo de servicios en general (Capítulo XI), y, en particular, a los servicios financieros (Capítulo XII) y de telecomunicaciones (Capítulo XIII).

En el Capítulo XI se establece que, al igual que en el comercio de bienes, los principios de trato nacional y de nación más favorecida juegan un papel preponderante, pues, en general, cada Parte se compromete a otorgar a los proveedores de servicios de las otras Partes un trato no menos favorable que el que se otorgue, en circunstancias similares, a sus propios proveedores de servicios (artículo 11.2) y a los proveedores de servicios de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte (artículo 11.3).

Adicionalmente, las Partes se obligan a: (a) no imponer limitaciones en cuanto a número de proveedores, el valor total de los activos o transacciones, el número total de operaciones o a la cuantía total de la producción de servicios, o el número total de personas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios; y (b) no determinar o exigir tipos específicos de personas jurídicas o de empresas conjuntas para la prestación de esos servicios (artículo 11.4). Las Partes también se obligan a no exigir el establecimiento o mantenimiento de una oficina de representación u otro tipo de empresa, o la residencia en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de los servicios (artículo 11.5).

No obstante lo anterior, de conformidad con el artículo 11.6, esos principios y obligaciones no serán aplicables a aquellas medidas (ni a la continuación, renovación o modificación de ellas) que cada una de las Partes haya identificado como una medida disconforme en la Lista del Anexo I, ni a cualquier medida que una Parte adopte o mantenga en cualquiera de los sectores, subsectores o actividades identificados en la Lista del Anexo II. Es decir, con el propósito de alcanzar una mayor transparencia en cuanto a las medidas y sectores exentos de la aplicación de los indicados principios y obligaciones, las Partes hicieron el esfuerzo de enlistar y dejar señalados en forma clara y expresa las medidas y sectores.

De manera importante, las Partes adquieren obligaciones concretas en materia de transparencia en el desarrollo y aplicación de las regulaciones aplicables al comercio transfronterizo de servicios y se comprometen a establecer o mantener mecanismos adecuados para responder a las consultas de las personas interesadas en relación con esas regulaciones; a responder por escrito los comentarios recibidos de personas interesadas en las regulaciones en proyecto; y, en la medida de lo posible, a otorgar plazos razonables entre la publicación de las regulaciones y su fecha de entrada en vigencia (artículo 11.7).

En el caso particular de las regulaciones aplicables a los servicios financieros, en el Capítulo XII las Partes reconocen expresamente la importancia de su transparencia y se

comprometen a promover la transparencia regulatoria en este sector. Además, cada Parte se compromete a que, en la medida de lo posible, se publique por anticipado cualquier regulación de aplicación general que se pretenda adoptar, y se brinde a las personas interesadas y a las Partes una oportunidad razonable para hacer comentarios a las regulaciones propuestas. Igualmente, cada Parte deberá considerar los comentarios sustantivos recibidos, dejar transcurrir un plazo razonable entre la publicación de las regulaciones definitivas y su entrada en vigencia, asegurar que las normas de aplicación general de las organizaciones autorreguladas se publiquen oportunamente o estén de otro modo disponibles para las personas interesadas, y a mantener y establecer mecanismos apropiados de consulta con los interesados en relación con las medidas de aplicación general (artículo 12.11).

En ese mismo sentido, el Anexo 13 del Capítulo XIII, que hace referencia a los compromisos específicos de Costa Rica en materia de servicios de telecomunicaciones, el país se compromete a poner a disposición del público todos los procedimientos aplicables a la interconexión con un proveedor importante; los acuerdos de interconexión u ofertas de interconexión de referencia; y toda la información relativa a la concesión y autorización de licencias y los procedimientos requeridos a proveedores de servicios de telecomunicaciones y los términos y condiciones para todas las licencias o autorizaciones emitidas (artículo IV.3 del Anexo 13).

Los capítulos del TLC indicados pretenden fijar el marco legal dentro del cual se llevará a cabo el comercio de servicios entre las Partes suscriptoras del TLC y es obvio que, en muchas de sus disposiciones, se destaca la necesidad de garantizar la transparencia, la publicidad y la posibilidad de que los interesados tengan acceso a las regulaciones y a la información relevante. Asimismo, en muchos casos se establece la necesidad y conveniencia de que los interesados puedan participar en el desarrollo de esas regulaciones. Una vez más, entonces, el TLC establece limitaciones a la potestad regulatoria del Estado, obligándolo a respetar principios básicos de transparencia, publicidad y participación en beneficio de los administrados y los interesados afectados.

## **J. Comercio electrónico**

En el capítulo correspondiente a las regulaciones en el campo del comercio electrónico, debe destacarse nuevamente el interés de las Partes suscriptoras del TLC por la transparencia, al exigirse que cada Parte publique o de cualquier otra forma ponga a disposición del público sus leyes, reglamentos, y otras medidas de aplicación general que se relacionen con este tipo de comercio (artículo 14.4).

## **K. Derechos laborales y medidas ambientales**

Pocas cosas dañan más la institucionalidad y la credibilidad del régimen jurídico de una nación que la existencia de normativa debidamente aprobada que luego, en la práctica, no es respetada por los particulares, ni, en su caso, hecha aplicar por las autoridades públicas o jurisdiccionales. Las disposiciones de los Capítulos XVI (Laboral) y XVII (Ambiental) del TLC lo que hacen es establecer mecanismos que promueven que la legislación interna en estas dos áreas sea efectivamente aplicada. En consecuencia, el

TLC contribuye, de este modo ahora, a fortalecer el Estado de Derecho de los países suscriptores.

En efecto, el punto medular de los indicados capítulos se encuentra en los artículos 16.2 y 17.2 del TLC. Luego de reconocer que las Partes tienen el derecho a establecer sus propias normas laborales y niveles de protección ambiental (artículos 16.1 y 17.1), el tratado señala que las Partes se comprometen a no dejar “de aplicar efectivamente su legislación [laboral / ambiental], por medio de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte el comercio entre las Partes”.

Adicionalmente, los artículos 16.3 y 17.3 obligan a las Partes a contar con mecanismos que garanticen que los ciudadanos interesados tengan acceso a los tribunales (administrativos, judiciales o cuasi-judiciales) para asegurarse el cumplimiento de la legislación laboral o para sancionar o reparar las infracciones de la legislación ambiental. Las Partes están obligadas también a que los procedimientos ante esos tribunales sean justos, equitativos y transparentes; cumplan con los principios del debido proceso; estén abiertos al público (excepto en los casos en que la administración de justicia requiera lo contrario); y que permitan que las partes que intervengan tengan el derecho de apoyar o defender sus posiciones, incluyendo la presentación de información o pruebas.

En el caso de los procedimientos laborales, debe garantizarse, además, que éstos no impliquen costos o plazos irrazonables, o demoras injustificadas, y que las resoluciones finales sobre el fondo del asunto se formulen por escrito, sean razonadas, estén disponibles a las partes y al público, y se basen en información y pruebas respecto de las cuales las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas. Asimismo, las partes tendrán el derecho de solicitar la revisión y eventual modificación de las resoluciones finales emitidas en tales procedimientos.

Tanto en materia laboral como en la ambiental, cada Parte deberá garantizar que los tribunales que realicen o revisen los procedimientos sean imparciales e independientes, y no tengan ningún interés sustancial en el resultado del asunto (artículos 16.3.5 y 17.3.5).

Por su parte, para que los trabajadores efectivamente disfruten de sus derechos laborales, cada una de las Partes se obliga a promover el conocimiento público de la legislación laboral, incluyendo la disponibilidad pública de la legislación y los procedimientos, así como la promoción de la educación al público con respecto a su legislación laboral (artículo 16.3.7). En el caso de los asuntos ambientales, el artículo 17.6 obliga a cada una de las Partes a establecer disposiciones internas para la recepción y consideración de las comunicaciones del público, y a poner a disposición del público todas las comunicaciones que reciba.

Finalmente, las Partes acordaron crear un Consejo de Asuntos Laborales (artículo 16.4) y un Consejo de Asuntos Ambientales (artículo 17.5); que estos consejos dispongan de mecanismos para comunicarse con la sociedad y con el público; el establecimiento de mecanismos de cooperación (Anexos 16.5 y 17.9); y la celebración de consultas colaborativas (artículos 16.6 y 17.10) de previa a invocar el mecanismo de solución de controversias del tratado.

Resulta evidente que todas estas disposiciones del TLC tienen cómo propósito promover el conocimiento y aplicación efectiva de la legislación interna del país, tanto en el campo laboral como en el campo ambiental, y a garantizar que esa legislación interna no sea solo una legislación de papel. Por esa razón, entonces, el TLC también contribuye a fortalecer el Estado de Derecho.

## **L. Disposiciones generales en materia de transparencia, publicidad y anticorrupción**

Ya se ha hecho referencia a las numerosas disposiciones del TLC en las que las Partes suscriben el principio de transparencia y publicidad, como un mecanismo para mejorar la toma de decisiones de quienes ejercen el Poder, evitar abusos, y tener un mejor control ciudadano sobre las actuaciones de las autoridades públicas. Con todo, el acuerdo tiene un capítulo dedicado exclusivamente a este tema, en donde se reiteran, de modo general, muchas de las obligaciones particulares mencionadas en otros capítulos del tratado.

Así, el artículo 18.2 dispone que cada Parte se asegurará que sus leyes, reglamentos, procedimientos y resoluciones administrativas de aplicación general que se refieran a cualquier asunto comprendido en el tratado, se publiquen a la brevedad o que, de otra forma, se pongan a disposición de las personas y Partes interesadas. Además, señala dicho artículo que, en la medida de lo posible, cada Parte deberá publicar por adelantado cualquier medida que se proponga adoptar y brindar a las personas y Partes interesadas oportunidad razonable para formular observaciones sobre las medidas propuestas.

Cuando se trate de procedimientos administrativos relacionados con las medidas indicadas en el citado artículo 18.2, que afecten a personas, mercancías o servicios de las Partes, la Administración Pública deberá garantizar que, siempre que sea posible, las personas que se vean directamente afectadas reciban un aviso razonable de su inicio, incluida una descripción de su naturaleza, una declaración del fundamento legal en que se basa, y una descripción general de todas las cuestiones controvertidas. Asimismo, deberá la Administración garantizar que cuando el tiempo, la naturaleza del procedimiento y el interés público lo permitan, dichas personas reciban una oportunidad razonable para presentar hechos y argumentos en apoyo de sus pretensiones, con anterioridad a que se tome cualquier decisión administrativa definitiva (artículo 18.4). Estas garantías mínimas pretenden asegurar que las medidas de carácter general sean aplicadas de forma imparcial, razonable y compatible con las obligaciones contenidas en el tratado.

Por otro lado, con el propósito de ejercer un control adecuado sobre las decisiones públicas en el campo comercial, el artículo 18.5 obliga a las Partes a contar con tribunales y procedimientos judiciales, cuasi-judiciales o administrativos, mediante los cuales los administrados tengan la posibilidad de solicitar la revisión oportuna y eventual corrección de esas decisiones públicas. Estos tribunales deberán ser imparciales e independientes de las autoridades administrativas que toman la decisión. Además, en dichos procedimientos, las personas interesadas tendrán derecho a ser escuchadas y defenderse (oportunidad razonable para apoyar o defender sus posturas) y a que la decisión sea tomada mediante una resolución fundada en pruebas y argumentaciones.

Finalmente – y de manera relevante-, en el TLC las Partes afirman estar resueltas a eliminar el soborno y la corrupción en el comercio y la inversión internacional (artículo 18.7). Con tal objetivo, cada Parte se compromete a adoptar y mantener las medidas legales necesarias para tipificar como delitos una serie de conductas relacionadas con funcionarios públicos o particulares que soliciten, acepten, ofrezcan o prometan cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio, a cambio de que el funcionario realice u omita cualquier acto propio de sus funciones. Adicionalmente, cada Parte deberá adoptar medidas apropiadas para proteger a las personas que, de buena fe, denuncien los actos de soborno o corrupción indicados.

## **VI. Conclusiones generales**

- A. El TLC contiene gran cantidad de disposiciones que innovan, complementan o refuerzan el ordenamiento jurídico nacional en cada uno de los campos cubiertos por el acuerdo.
- B. Muchas de esas disposiciones establecen requisitos procesales y sustanciales tendientes a que la adopción de las medidas comerciales sean transparentes, públicas, se sujeten a los principios del debido proceso, tengan un fundamento técnico adecuado, y sean objeto de control jurisdiccional.
- C. Esas disposiciones formarán parte del bloque de legalidad a que está sujeta la Administración Pública y, en consecuencia, se convierten en un límite adicional al ejercicio del poder público en beneficio de los derechos de los administrados. De esta manera, el TLC contribuye al fortalecimiento del Estado de Derecho.
- D. Adicionalmente, las disposiciones del TLC brindan predictibilidad y seguridad jurídica a los distintos agentes económicos, incluyendo los consumidores, con el propósito de que estos puedan tomar sus decisiones de inversión, producción, importación, exportación o consumo “sabiendo a qué atenerse”.
- E. Muchas de las disposiciones del TLC obligan a contar con mecanismos de control externos e independientes (administrativos y jurisdiccionales) que garanticen la efectiva observancia de los derechos y obligaciones contenidas en el acuerdo. La existencia de controles externos e independientes al poder es consustancial con un Estado de Derecho y un régimen democrático.
- F. La aplicación directa de muchas de las disposiciones del TLC y la posibilidad de interponer acciones de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales y de menor rango que se le opongan, hacen que los ciudadanos cuenten con un instrumento adicional para resguardar sus derechos frente al poder abusivo de la Administración Pública.

## **BIBLIOGRAFIA**

Diez, M (1985). *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Plus Ultra, Tomo I.

González, O (2001). *La Justicia Administrativa*, San José: Investigaciones Jurídicas S.A.

Vedel, G (1980) *Derecho Administrativo*, Madrid: Aguilar S.A. Ediciones.