



# El TLC y la «Implementation Act»

## La renuncia a ser Nación<sup>1</sup>

---

HENRY MORA JIMÉNEZ

Cuando escribí, en los primeros meses del 2004, las *101 razones para oponernos al TLC entre Centroamérica y los Estados Unidos*, premeditadamente elegí como «Razón No. 1», un hecho que me parecía una asimetría jurídica inaceptable: mientras Costa Rica (y el resto de países Centroamericanos), aprobaría un Tratado, que en nuestro caso, y según se establece claramente en el Artículo 7 de nuestra Constitución Política, tendría «autoridad superior a las leyes», es decir, a cualquier ley interna, actual o futura; en los Estados Unidos sólo se estaría aprobando un «Acuerdo» (*Agreement*), que según diversas consultas que hicimos a especialistas en Costa Rica, México y los Estados Unidos, tendría rango similar a la legislación estadounidense, ya fuese la federal o la estatal. Nos quedamos cortos, muy cortos; al grado de que la discusión (en Costa Rica) sobre las diferencias entre un *treaty* y un *agreement* se vuelve un ejercicio básicamente académico.

En los Estados Unidos, solamente los tratados (*treaties*) tienen claramente rango similar (*equivalent in status*) a la legislación Federal, y forman parte de lo que la Constitución de ese país denomina «la Ley Suprema de la Nación» (the Supreme Law of the Land). Esto significa que en los Estados Unidos, la palabra tratado no tiene el mismo significado que en el derecho internacional, ya que según la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, un tratado se define «como un acuerdo internacional celebrado entre Estados en forma escrita y regido por el derecho internacional, ya sea que el mismo se plasme en un instrumento individual o en dos o más instrumentos relacionados, cualquiera sea su denominación particular». (Viena Convention on the Law of Treaties, 1155 UNTS 311, May 23, 1969, Art. 2, s. 1(a); citado en Marci Hoffman: *Researching U.S. Treaties and Agreements*, May 15, 2001, traducción libre)

- 
1. El pasado 27 de setiembre, la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos aprobó (por dos votos de diferencia), el «DR-CAFTA» con los países centroamericanos y República Dominicana. La aprobación (a través de una Ley de Implementación o *Implementation Act*) incluye dos facetas: a) la aprobación del texto firmado el 5 de agosto del 2004 por los presidentes respectivos y, b) la afirmación del acto administrativo propuesto para implementar el Acuerdo (*Agreement*). Este artículo se escribió días antes de esa fecha, pero en lo esencial nada de lo escrito sufre cambio alguno. Se reproduce este artículo con la autorización del autor.

En efecto, en el derecho estadounidense existe una distinción entre los términos *treaty* (tratado) y *agreement* (acuerdo). La palabra *treaty* se reserva para un acuerdo negociado «por Recomendación y con el Consentimiento del Senado» («*by and with the Advice and Consent of the Senate*»), Artículo II, sección 2, cláusula 2 de la Constitución, citado en Hoffman, op. cit.).

En cuanto a los *Agreements*, se pueden diferenciar tres clases de ellos:

- i) Los *Executive agreements*, acuerdos basados en la autoridad Constitucional del Presidente. Estos no son sometidos al Senado y se aplican únicamente en el derecho interno.
- ii) Los *Congressional-Executive agreements*, los cuales son acuerdos aprobados (por mayoría simple), por ambas Cámaras Legislativas.
- iii) Los *Agreements pursuant to treaty*, acuerdos establecidos de conformidad con algún tratado, en donde la autorización respectiva se basa en un tratado previamente ratificado por los Estados Unidos.

Ahora bien, lo que el Presidente de los Estados Unidos ha firmado con sus homólogos centroamericanos y República Dominicana (el 5 de agosto del 2004), es un *Congressional-Executive Agreement*, el cual, como ya habíamos dicho en nuestro libro, no tiene rango superior a la legislación interna estadounidense (como tampoco lo tienen los *treaties*). En su momento, algunos proponentes y defensores del TLC se apresuraron a desmentir estas aseveraciones más (compartidas por algunos especialistas en derecho y administración pública), pero la duda queda completamente aclarada al leer la **Sección 102** de la *Implementation Act*, cuya contundencia vuelve de hecho irrelevante la discusión sobre si lo que se estaría aprobando en los Estados Unidos es un *treaty* o un *agreement*. Veamos algunos de los párrafos más reveladores.

#### «SEC. 102. RELACIÓN DEL ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS Y CON LA LEGISLACIÓN ESTATAL

##### (a) RELACIÓN DEL ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

- (1) LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS PREVALECE EN CASO DE CONFLICTO. -. Ninguna disposición del Acuerdo, ni la aplicación de la misma a cualquier persona o circunstancia, que sea inconsistente con cualquier ley de los Estados Unidos, tendrá efecto.
- (2) INTERPRETACIÓN.-. Nada en esta Ley será interpretado-
  - (A) para enmendar o modificar cualquier ley de los Estados Unidos, o
  - (B) para limitar cualquier autoridad conferida bajo cualquier ley de los Estados Unidos, a menos que sea específicamente previsto en esta Ley.

##### (b) RELACION DEL ACUERDO CON LA LEGISLACIÓN ESTATAL.-

- (1) DISPUTA LEGAL.-. Ninguna legislación Estatal, o su aplicación, puede ser declarada inválida para cualquier persona o circunstancia, sobre la base de que la disposición o su aplicación sea inconsistente con el Acuerdo, excep-

to en un acto interpuesto por los Estados Unidos con el propósito de declarar inválida tal legislación o su aplicación.

(2) DEFINICIÓN DE LEGISLACIÓN ESTATAL.-. Para los propósitos de esta subsección, el término «legislación estatal» incluye-

(A) cualquier ley de una subdivisión política de un Estado; y

(B) cualquier ley Estatal que regule o grave con impuestos el negocio de los seguros.» (*DR-CAFTA Implementation Act, DRAFT*, pp. 6-7, traducción libre)

Como se aprecia clara y contundentemente, la *Ley de Implementación* establece un blindaje contra cualquier posibilidad de que el texto del tratado (*Agreement* en los Estados Unidos) pueda poner en entredicho cualquier pieza de legislación federal, estatal o municipal en los Estados Unidos.

¿Y qué pasa en Costa Rica? Exactamente todo lo contrario. Dos Artículos de nuestra Constitución, el 7 y el 105, aceptan que todo aquello que se llame «tratado público», debidamente aprobado por la Asamblea Legislativa, «tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes» (Art. 7, subrayado nuestro).

Y aunque el Artículo 9 Constitucional establece que «Ninguno de los Poderes (de la República) puede delegar el ejercicio de funciones que le son propias» (Dictar leyes, reformularlas o derogarlas, en el caso del Poder Legislativo); el 105 acepta limitaciones a la potestad de legislar en «el caso de los tratados».

Ahora bien, cuando en mayo de 1968 se reforma el anterior Artículo 7 de la Constitución, para darle su redacción actual (creando la condición jurídica para que Costa Rica aprobara el Tratado General de Integración Económica Centroamericana), es claro que en ese entonces no existía la figura de los «tratados de libre comercio», por lo que su aplicación a los mismos ha resultado de un simple acto de extensión; al denominar «tratados» a estos acuerdos comerciales. Si como ocurre en los Estados Unidos, nosotros no le llamáramos tratados, sino, «pactos» o «acuerdos» a estos «tratados de libre comercio», entonces no regiría sobre ellos lo establecido en los Artículos 7 y 105 antes mencionados.

Estamos entonces, ante una renuncia/entrega de soberanía, por lo demás inaudita, que no es recíproca. En la antigua redacción del Artículo 7, previa a la reforma de mayo de 1968, este tipo de actos tendría un nombre preciso: TRAICIÓN A LA PATRIA.

En efecto, el texto original del Art. 7 disponía que «Ninguna autoridad puede celebrar pactos, tratados o convenios que se opongan a la soberanía e independencia de la República. Quien lo haga será juzgado por traición a la Patria» (citado en Oscar HERNÁNDEZ, «Los Tratados Internacionales en el Derecho Interno de Costa Rica» en RODRÍGUEZ MARADIAGA y otros, *Roces Constitucionales del TLC (CA-USA). Todavía Estamos a Tiempo*, Universidad De La Salle, mayo de 2004, p. 29). No objetamos que en acuerdos internacionales de este tipo o de otra naturaleza se tenga que relativizar necesariamente el concepto tradicional de soberanía (un hecho inevitable); lo inaceptable es la entrega escandalosa y asimétrica de la misma, una verdadera renuncia a ser Nación.

Ahora debemos comprender las implicaciones de esta inaudita asimetría jurídica. Significa simple y llanamente, que a excepción de las pocas leyes y decretos reservados

en los Anexos de Medidas Disconformes del TLC (Anexos I y III, Listas de Costa Rica); o de las reservas generales y ambiguas establecidas en el Anexo II para los «servicios sociales», ninguna nueva ley podrá aprobarse, y ninguna ley ya existente podrá reformarse, si el contenido de la misma es contraria al texto del TLC, es decir, a sus 22 capítulos de parte normativa. Pero más aun, y esto ya sobrepasa el límite de lo escandaloso, cualquier ley existente en Costa Rica al momento de aprobarse el tratado, si la misma es contraria o contiene artículos contrarios al texto del TLC, podrá ser impugnada (por otro Estado firmante o por una empresa extranjera) y hasta requerirse su derogación, a menos que el texto del tratado sea clara y contundentemente contrario a nuestra Constitución. Esto último por cuanto, en teoría, el TLC tendría rango inferior a la Constitución

Así, a diferencia de los Estados Unidos, que en su *Ley de Implementación* blinda su legislación actual y futura, en el Caso de Costa Rica renunciamos a ejercer, de una manera amplia y absurda, las potestades que nuestra Constitución establece para el Primer Poder de la República.

Pero esta potestad de legislar, según el Artículo 105, «reside en el pueblo, el cual la delega, por medio del sufragio, en la Asamblea Legislativa». Esta potestad es además pilar importante de nuestra soberanía, la cual «reside exclusivamente en la Nación» (CP, Art. 2). Por eso –insistimos– la renuncia a esta soberanía es la renuncia a ser Nación.

¿Y todo esto para qué? ¿Acaso lograron nuestros negociadores del tratado, extraordinarias concesiones comerciales a cambio? En absoluto. El llamado *Cafta* se basa, en su parte comercial, en mantener (sus defensores gustan decir «consolidar»), preferencias arancelarias que en lo fundamental ya Estados Unidos otorga a los países centroamericanos.

### **Reformas constitucionales urgentes (ante las amenazas y oportunidades de «la globalización»)**

Antes de aprobar, o siquiera discutir en la Asamblea Legislativa este TLC u otro posterior, que con seguridad se seguirán planteando; es imperativo impulsar una reforma constitucional que modifique la redacción actual de los Artículos 7, 105, 121.4 y 140.10 de la Constitución Política. El 7 y el 105, porque es necesario –tal como ocurre en los Estados Unidos–, discernir entre distintos tipos de acuerdos internacionales. Algunos podrán tener rango superior a la ley (tratados limítrofes), otros incluso rango superior a la Constitución (derechos fundamentales del ser humano, por ejemplo); pero los acuerdos comerciales, cualquiera sea su denominación (tratado, acuerdo, pacto), no podrán tener «autoridad superior a la ley», sino a lo sumo rango similar. Más aun, si tomamos en cuenta que estos «tratados» no son simplemente de comercio, sino que incluyen disposiciones cruciales para la vida institucional del país (criterios en materia de compras públicas, derechos a inversionistas extranjeros, liberalización de los servicios, públicos y privados, propiedad intelectual, jurisdicción laboral y ambiental, ordenamiento territorial, entre los más importantes).

También es muy importante la reforma de los Artículos 121.4 y 140.10, ya que como ha de corresponder en una República (en tiempos de globalización), el Poder Legislativo debe tener la capacidad de orientar las negociaciones de este tipo de tratados que

emprende el Poder Ejecutivo. La Asamblea Legislativa debe –en una Ley especial- ofrecer los criterios e imponer las restricciones que los miembros del Ejecutivo deben respetar cuando negocian este tipo de tratados; por ejemplo, en materia de seguridad alimentaria, de seguridad energética o de derechos humanos.

Mientras lo anterior no ocurra, e independientemente del resultado de la votación del *DR-CAFTA* en los Estados Unidos, Costa Rica debería abstenerse de seguir negociando estos «tratados» de «libre» «comercio» que empeñarían el futuro del país «por al menos dos o tres generaciones» (Saramago). El desarrollo con dignidad no es un lujo, ni siquiera es una opción entre otras posibles. *El desarrollo con dignidad es el único desarrollo posible.*

