

EL ARBITRAJE EN EL CENTRAL AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT (CAFTA)

Jorge Enrique ROMERO-PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Nota preliminar necesaria*. III. *Definición*. IV. *Voto 9469-07*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El arbitraje en el acuerdo (agreement) comercial con los Estados Unidos, compromiso bilateral, se incorporó para solucionar controversias entre estas partes, lo cual es usual en esta clase de relaciones comerciales internacionales.

Los acuerdos comerciales establecen estos mecanismos de solución de controversias, dado que se reconoce que la ejecución de estos compromisos internacionales genera conflictos que deben ser resueltos mediante soluciones jurídicas.

II. NOTA PRELIMINAR NECESARIA

La siguiente nota la incorporo debido a que la considero necesaria para una mejor explicación del tema del arbitraje internacional.

El tema se refiere a la relación entre el derecho interno de cada país y el derecho externo o internacional.

En la óptica del derecho interno, la Constitución Política está en el primer lugar de la jerarquía por su resistencia, fuerza y potencia. Está en la cúspide de la pirámide normativa. Así lo manda el constitucional artículo 7o., primer párrafo: “Los tratados públicos, los convenios internaciona-

* Catedrático de derecho económico internacional y director del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

les y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

Ahora bien, podemos plantear la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las pruebas de que el TLC (agreement) está por encima del derecho interno de Costa Rica, incluyendo la Constitución Política? El TLC con Estados Unidos (CAFTA) manda (cláusula 10.22, inversiones, derecho aplicable) que el tribunal de arbitraje decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este tratado y con las normas aplicables del derecho internacional, siendo la interpretación que haga la comisión de libre comercio de cumplimiento obligatorio para el panel arbitral (cláusula 10.22.3).

Igualmente, el artículo 1.2.2 del CAFTA manda: “Las Partes interpretarán y aplicarán las disposiciones de este Tratado a la luz de los objetivos establecidos en el párrafo 1 —objetivos— y de conformidad con las normas aplicables del Derecho Internacional”.

Algunos pocos ejemplos de esta primacía del Derecho Internacional respecto del Derecho Interno de cada país son:

1872: sentencia del tribunal arbitral en el asunto Alabama entre Estados Unidos y Gran Bretaña.

1875: sentencia del tribunal arbitral en el asunto Montijo entre Colombia y Estados Unidos, en el cual se afirmó que el tratado internacional prevalecía sobre la Constitución colombiana.

1925: sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional sobre el intercambio de poblaciones griegas y turcas.

1928: en igual sentido de superioridad del derecho internacional, el asunto Georges Pinson entre Francia y México.¹

1949: Declaración de los derechos y deberes de los Estados de la ONU, artículos 13 y 14: “la soberanía del Estado está subordinada a la supremacía del derecho internacional”.

También, la Convención de Viena sobre los tratados de 1969, de la cual somos parte, en sus artículos 27 y 46.1, ratifica la costumbre internacional de que los Estados no pueden alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en la ejecución de un tratado.

El laudo arbitral, dictado en Roma, el 26 de junio de 1998, en el cual Costa Rica pierde, afirmó que el convenio internacional con los italianos

¹ Pizzolo, Calogero, *Globalización e integración*, Buenos Aires, Ediar, 2002, pp. 77-80.

tiene un rango superior al derecho interno, incluyendo la Constitución (caso del dique seco en el puerto de Caldera).

Los árbitros fueron: Pierre Lalive —Presidente del Tribunal Arbitral—, Luigi Ferrari Bravo y el costarricense Rubén Hernández Valle.

El principio considerado por la Corte Internacional de Justicia como fundamental de la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

Citando este laudo o sentencia arbitral el artículo 46.1 de la Convención de Viena sobre los tratados de 1969: “Un Estado no puede alegar el hecho de que su consentimiento para contraer obligaciones en virtud de un tratado se ha expresado en violación de una disposición de su derecho interno (laudo o sentencia arbitral de 1998, páginas 56 y 64)”.

En igual sentido el numeral 27.1 de esta Convención de Viena de 1969 señala: “Un Estado parte de un tratado no podrá alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en la ejecución de un tratado”.

Costa Rica es parte de ella mediante la ley No. 7615 del 24 de julio de 1996, publicada en La Gaceta del jueves 29 de agosto de 1996. Recordemos que el Presidente Rodrigo Carazo Odio (1978- 1982) vetó el proyecto de ley 6441 que aprobó la Convención de Viena sobre los tratados, el 20 de mayo de 1980, por cuanto la Asamblea Legislativa no tomó en cuenta al aprobar ese convenio las reservas que el Poder Ejecutivo señaló al firmar tal acuerdo, relativas a los artículos 11, 12, 25, 27 y 38.²

La argumentación fue la siguiente:

- En relación a los artículos 11 y 12 la delegación de Costa Rica hace la reserva de que el sistema jurídico constitucional de este país no autoriza ninguna forma de consentimiento que no esté sujeta a ratificación de la Asamblea Legislativa.
- En cuanto al artículo 25 hace la reserva de que la Constitución Política de dicho país tampoco admite la entrada en vigor provisional de los tratados.

² Jana, Jaime, *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*, San José, Midiplan, 1987, pp. 73-76; y Romero-Pérez, Jorge Enrique, *Tratado de libre comercio Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana. Análisis desde la perspectiva ideológica y del derecho económico internacional*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006, pp. 176-179.

- En cuanto al artículo 27 interpreta que se refiere al derecho secundario, no así a las disposiciones de la Constitución Política.
- En relación al artículo 38 interpreta que una norma consuetudinaria de derecho internacional general no privará sobre ninguna norma del sistema interamericano del cual considera supletoria la presente Convención.

Cuando se aprobó este convenio en 1996 se repitió la argumentación en cuanto a reservas que el veto de Carazo afirmó en 1980.³

Se indica que Estados Unidos no es parte de esta Convención de Viena, ya que no la ha ratificado.

En ese mismo laudo de 1998, los árbitros recuerdan que el 22 de marzo de 1888, el laudo Cleveland⁴ falló a favor de Costa Rica cuando Nicaragua alegó que el Tratado Cañas-Jeréz del 15 de abril de 1858, que definió la frontera norte con Nicaragua, estaba por encima de la Constitución Política de este país. Costa Rica argumentó que el tratado de 1858 estaba por encima de la Carta Magna de Nicaragua (laudo de 1998, pp. 16 y 17).

Esta primacía o superioridad tiene como efecto inmediato que el Estado-parte debe ajustar su derecho interno a las obligaciones del tratado internacional y por tanto las leyes que se le opongan quedan derogadas (voto 282-90 de la Sala Constitucional).

Un aspecto elemental de sentido común es el argumento que sostiene que si las partes pueden invocar su derecho interno para no cumplir un compromiso internacional, éste quedaría en nada pues queda subordinado a la voluntad de las partes.

Así queda probado que el acuerdo comercial de nuestro país con los Estados Unidos tiene una jerarquía superior a todo el ordenamiento jurídico de Costa Rica, incluyendo la Constitución Política.

³ Al respecto, posteriormente al año citado de 1996, el voto 8425-05 ratificó este criterio respecto de la reserva anotada a los artículos 11 y 12 *supra*.

⁴ Grover Cleveland (1837-1908), Presidente de los Estados Unidos de América en los períodos de 1885-1889 y 1893-1897. Se indica que por medio de los plenipotenciarios Leonidas Pacheco —Costa Rica— y Manuel Coronel Matus —Nicaragua—, el 26 de marzo de 1896 se firmó el convenio para trazar y amojonar la línea divisoria entre estos dos países, quedando el ingeniero de Estados Unidos Edward Porter Alexander (1835-1910), como definidor de los conflictos que surgieran de la aplicación de este convenio de 1896. Sibaja, Fernando, *Las relaciones limítrofes entre Costa Rica y Nicaragua en la perspectiva histórica, 1858-1916*, San José, Imprenta Nacional, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, MCJD, 2006, pp. 199-203.

Asimismo podemos precisar, respecto de este otro tema, que el acuerdo comercial es un compromiso preferencial, administrado, reglado, sujeto a condiciones y requisitos. “El libre comercio no existe” (Fondo Monetario Internacional).

Estos llamados “tratados de libre comercio” son acuerdos comerciales, y los economistas que asistieron a la Conferencia del Fondo Monetario Internacional (FMI) sobre Comercio Exterior en 2004 los denominaron “acuerdos comerciales preferenciales”. Por ello, en lugar de acuerdos de libre comercio sería más acertado denominarlos “acuerdos preferenciales”, pues sólo reducen las barreras comerciales entre los países suscriptores.

Además estos economistas del FMI señalan que una conclusión fundamental sobre las políticas de comercio preferencial —ya sean acuerdos comerciales o reducciones arancelarias para exportaciones de los países en desarrollo— es que no equivalen a una liberalización del comercio.⁵

Tokarick, economista principal del Departamento de Estudios del FMI afirmó que, en esa Conferencia del FMI, se concluyó que las políticas de comercio preferencial no siempre son beneficiosas. De hecho, podrían ser perjudiciales a los países que las adoptan. Recordando que los países en desarrollo no subvencionan al sector agrícola, sino que lo gravan.⁶

Estos convenios o acuerdos no son —ni pretenden ser— modelos de desarrollo económico, sino mecanismos para integrar mercados y mejorar las condiciones de acceso entre ellos y para crear plataformas comerciales con reglas más claras, conocidas y transparentes que reduzcan los costos de transacción. Por sí solos, estos acuerdos no están diseñados para combatir la pobreza y eso tiene que estar muy claro.

El énfasis reside en los flujos de inversión extranjera y el acceso a los mercados internacionales dentro de procesos de liberalización comercial.⁷

Los acuerdos de comercio no garantizan el libre comercio. Esto se debe a que los Estados Unidos utilizan muchas medidas proteccionistas

⁵ Tokarick, Stephen y Lawrence, Robert, Boletín del Fondo Monetario Internacional del 15 de noviembre y 20 de diciembre del 2004, Conferencia del FMI del 19 de octubre del 2004 sobre Comercio Exterior, organizada por su Departamento de Estudios.

⁶ *Idem.*

⁷ Gurria, Angel, en Lizano, Eduardo y López, Grettel, *Economía costarricense y tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América*, San José, Academia de Centroamérica, 2004, pp. 66 y 179.

para bloquear las mercancías extranjeras. Estados Unidos se ha comportado en forma cada vez más agresiva en las disputas comerciales con países como Japón, Corea del Sur y China; y se han hecho cada vez más habituales las formulaciones de política proteccionista por parte de los dos principales partidos estadounidenses.⁸

Estos acuerdos comerciales frecuentemente son asimétricos: el Norte, que conserva barreras comerciales y subsidia a sus propios agricultores, insiste en que el Sur abra sus mercados y elimine los subsidios.⁹

En esta nota preliminar necesaria me parece conveniente informar que parte de la posición de los críticos al CAFTA, tal y como está redactado, se focaliza; por ejemplo, en los campos laboral, ambiental y de propiedad intelectual, solicitando se realice una modificación o revisión en ellos dado que el texto vigente es muy duro y gravoso para nuestro país.

El sector del sí al actual CAFTA insiste en repetir que este instrumento internacional no puede ser revisado, lo cual es falso como lo prueba la modificación, impulsada desde los Estados Unidos por el Partido Demócrata, de los convenios comerciales de Colombia, Panamá, Perú y Corea, así como los que en el futuro negocie y suscriba Estados Unidos, ya que deben incorporar un mayor componente en temas ambientales, laborales y de acceso a medicamentos, entre otros.¹⁰ Lo anterior de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 39: “un tratado podrá enmendarse por acuerdo entre las partes”.

En este Protocolo modificadorio del TLC Colombia-Estados Unidos, se cambiaron, entre otros, los siguientes aspectos: Contratación pública, propiedad intelectual, patentes, medidas de salud pública, medicamentos, lo laboral, ambiental, solución de controversias.¹¹

Así pues, lo que el sector crítico al CAFTA está pidiendo es que se modifique este acuerdo comercial, tal y como ya se ha hecho respecto de Panamá, Ecuador, Colombia y Corea, por disposición política del Partido

⁸ Krugman, Paul y Obstfeld, Maurice, *Economía internacional*, Madrid, Pearson, 2001, p. 5.

⁹ Stiglitz, Joseph, *El financiero*, San José, 23 de febrero y 2 de marzo del 2003, p. 38; Romero-Pérez, Jorge Enrique, *Tratado de libre comercio. Análisis desde la perspectiva ideológica y del derecho económico internacional*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006, pp. 111-113.

¹⁰ Protocolo modificadorio al Acuerdo Comercial Colombia-Estados Unidos, firmado en Washington, D. C., el 28 de junio del 2007.

¹¹ *Idem*.

Demócrata de los Estados Unidos que hoy domina su Congreso. En esta situación concreta, concordamos plenamente con el Partido Demócrata de Estados Unidos.

III. DEFINICIÓN

Una de las posibles definiciones del arbitraje puede ser esta:

Un método o una técnica por la cual se tratan de resolver extrajudicialmente las diferencias que puedan suceder o que han surgido entre dos o más partes, por medio de la actuación de una o varias personas llamadas árbitros, los cuales derivan sus facultades del acuerdo consensual de las partes involucradas en la controversia.¹²

IV. VOTO 9469-07 RESPECTO DEL TEMA DEL ARBITRAJE

Posición de los cinco magistrados de mayoría en el voto 9469-07, relativo al acuerdo comercial con los Estados Unidos.¹³

1. *Considerando VI: arbitraje*

En el voto 6851-05 (que repite el voto 2995-05) la Sala afirmó que ninguna persona puede ser obligada a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial.

2. *Inversionista*

No considera esta Sala que se establezca un mecanismo forzoso de resolución de controversias, toda vez que al inversionista en ningún mo-

¹² Cruz, Rodolfo y Cruz, Oscar, *El arbitraje*, México, Porrúa, 2004, p. 29; Deardorff, Alan, *Terms of Trade*, London, World Scientific, 2006, p. 11; Goode, Walter, *Dictionary of Trade Policy Terms*, Nueva York, WTO, 2007, p. 37; y Hinkelman, Edward, *Dictionary of International Trade*, California, World Trade Press, 2007, p. 15.

¹³ Nota: existió un voto de minoría de dos magistrados de la Sala Constitucional, el cual afirmó que sí se dan inconstitucionalidades en este acuerdo. Los restantes cinco magistrados estimaron que no existen tales violaciones a la Carta Magna.

mento se le está obligando a acudir necesariamente al proceso arbitral, pues siempre tiene la posibilidad de acudir a los tribunales internos del país en el cual invirtió, según lo dispuesto en el artículo 10.18.4 del tratado.

Como se desprende de la sentencia citada, esta Sala ha tutelado el derecho fundamental de toda persona de decidir en que vía va a dirimir sus conflictos patrimoniales, lo cual no es la excepción en este caso, pues al inversionista se le está otorgando la posibilidad, si quisiera, de acudir a la vía interna del país donde invirtió, o por el contrario, acudir al arbitraje internacional, que podría ser un procedimiento más expedito y especializado.

Lo que no se podría es negar al inversionista la posibilidad de acudir a la jurisdicción interna si así lo desea, pues con ello se lesionaría el principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, en este caso el consentimiento lo da el inversionista al decidir a cual jurisdicción acudir, por lo que no puede hablarse de un mecanismo forzoso.

3. Comentario sobre este argumento del inversionista del voto de mayoría 9469-07

Sin duda que es una ventaja para el inversionista extranjero tener dos vías para resolver los conflictos: la judicial, lenta y burocrática; y la arbitral, rápida y con jueces adiestrados en los paneles arbitrales.

Este argumento del voto 9469-07 cambia el enfoque de la Defensoría de los Habitantes y los 19 diputados que presentaron la consulta a la Sala Constitucional, pues el punto relevante no radica en que el inversionista pueda acudir al arbitraje o a la sede administrativa o jurisdiccional, pues tiene facultades para ello.

El voto cita el artículo 10.18.4, que sostiene “que ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje si el demandante ha sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la parte demandada...”.

El punto clave es que el Estado, por este convenio comercial, será llevado por el inversionista de modo obligatorio al arbitraje. Existe la cláusula compromisoria previa: “Artículo 10.17.1: Cada parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta sección y de conformidad con este tratado”.

Esta cláusula es inconstitucional, tal y como lo afirmaron los dos magistrados en su criterio de minoría (Armijo y Cruz).

Ahora, sin aprobarse el TLC, los inversionistas extranjeros deben acudir a los tribunales nacionales, cumpliendo el mandato del numeral constitucional 19: “Los extranjeros ...no pueden intervenir en los asuntos políticos del país; y, están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República...”.

Con el TLC aprobado mediante el referéndum del 7 de octubre del 2007, los inversionistas preferirán acudir al arbitraje, ya que esta vía es más conveniente para estos actores del comercio.

4. Estado demandado, según el argumento del voto de mayoría 9469-07

En el caso del Estado demandado, no puede considerarse que este sea el titular del derecho fundamental a la “tutela judicial efectiva”, pues como se indicó, es al inversionista al que no podría negársele la posibilidad de escoger a cual vía acudir.

El hecho de que el Estado demandado tenga que defenderse en la vía que escoja el inversionista, no implica que esté renunciando a su soberanía, ni lo hace un mecanismo forzoso o inconstitucional en nuestro país.

El Estado demandado al suscribir voluntariamente el Tratado, consiente previamente llegar a dirimir este tipo de controversias en un panel arbitral, lo cual ocurre igual en el mecanismo Estado-Estado, en el que el demandante es quien fija la vía donde se dirimirá una controversia (CAFTA vs. OMC), y no por ello se entiende que se trate de un mecanismo forzoso para el demandado.

En ambos mecanismos, existe una cláusula compromisoria previamente pactada a través de un acuerdo de voluntades entre Estados, que de ninguna manera puede entenderse de suscripción obligatoria, pues siempre queda la posibilidad de que Costa Rica rechace la aprobación del tratado si no está de acuerdo con dicha cláusula, ya sea en el ámbito legislativo por los representantes de la soberanía popular, o a través del referendun, donde el pueblo tomara tal decisión.

Nótese que si el Tratado es finalmente aprobado por nuestro país, se están aceptando cada una de las cláusulas del acuerdo comercial, entre ellas el consentimiento establecido en el numeral 10.17.1 que señala que:

“Cada una de las partes consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado”.

Por ello, no puede alegarse que se trate de un mecanismo impuesto obligatoriamente contra la voluntad de Costa Rica. En todo caso, debe agregarse que el artículo 43 constitucional no prejuzga sobre la forma o el momento específico en que debe otorgarse el consentimiento para el arbitraje.

Su único mandato es que lo sea con sujeción a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, por lo que el hecho de que el Estado otorgue su consentimiento a través de una cláusula compromisoria previa no resulta contrario a los valores y principios constitucionales.

“Artículo constitucional 43: toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por media de árbitros, aun habiendo litigio pendiente”.

Además, debe tenerse en cuenta que el mecanismo opera en doble vía, ya sea que el Estado costarricense sea el receptor de la inversión, o que un nacional costarricense haya invertido en otro país parte en el tratado; con lo cual existe un sometimiento en igualdad de condiciones.

Sobre la posibilidad de establecer cláusulas compromisorias previas en mecanismos como el analizado, ya esta Sala se pronunció mediante sentencia 10352- 00,¹⁴ en la cual se hace referencia al artículo 43 constitucional y II.2 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.¹⁵

El voto de mayoría 9469, continúa argumentando que lo anterior evidentemente aplica al caso concreto, toda vez que con la aprobación del Tratado nuestro país estaría consintiendo en establecer la cláusula compromisoria previamente pactada en el Tratado de Libre Comercio, y dele-

¹⁴ Este voto 10352- 00, se refiere a la inconstitucionalidad del derogado artículo 7o. de la ley de representantes de casas extranjeras, que no permitía establecer cláusulas compromisorias previas, ya que la Sala Constitucional dijo que sí era constitucional. Igualmente, este voto 10352-00, afirmó que:

III. ¿Es el arbitraje obligatorio o potestativo para las partes?. En criterio de la Sala, el hecho de que la propia Constitución Política elevara el arbitraje a rango de derecho fundamental (artículo 43), implica que es posible que el legislador ordinario pueda darle desarrollo a ese principio general; pero no puede derivarse de esta conclusión que las personas queden vinculadas de tal manera, que esa vía sea obligatoria para ellas.

¹⁵ Convención de Nueva York, 1958; Costa Rica se adhiere el 26 de octubre de 1987.

gando la resolución de ciertos conflictos a un panel arbitral internacional cuando el inversionista de otro Estado así lo decida, previo intento de resolución de la controversia mediante el mecanismo de la conciliación o de la mediación (véase el artículo 10.15), lo cual es viable desde el punto de vista constitucional, pues como se indicó no se trata de un mecanismo forzoso, sino voluntario.

Si nuestro país no está dispuesto a aceptar los términos de la cláusula propuesta (10.17), simplemente puede decidir no participar en la relación jurídica donde la misma regirá, como bien apuntan las y los diputados consultantes, y en consecuencia, negarse a aprobar el Tratado.

La cláusula compromisoria previa está presente en los instrumentos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones firmados con:

- Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (artículo VIII);
- República Checa (artículo 8);
- Suiza (artículo 9);
- Alemania (artículo 10);
- Argentina (artículo 12);
- Canadá (artículo XII);
- Chile (artículo IX);
- Corea (artículo 8);
- España (artículo XI);
- República Francesa (artículo 8);
- Países Bajos (artículo 9), entre otros.

Además, del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe (artículo XII) y el Tratado de Libre Comercio con México (artículo 13-23 y 13-24).

Todos ellos fueron analizados en su oportunidad por esta Sala, sin que se haya observado vicio alguno en cuanto al mecanismo en cuestión. Así las cosas, considerar este mecanismo de resolución de controversias inconstitucional, implicaría desconocer los múltiples instrumentos comerciales vigentes en nuestro país, que ya establecen dicha figura.

El arbitraje en este tratado no faculta a acudir al arbitraje para disponer ni comprometer potestades de imperio (en igual sentido voto 15095-05).

Es importante que el Estado actúe en forma diligente y no autorice un acuerdo o una autorización de inversión si ésta resulta lesiva de los intereses públicos.

Deberá resaltarse la responsabilidad personal del funcionario público frente a la Administración, sea esta responsabilidad civil, penal o administrativa.

Esta Sala presume que quedarán protegidos los intereses de nuestro país, ya que el representante de Costa Rica en la comisión de Libre Comercio tendrá la obligación de participar en la toma de decisiones que se adopten con la finalidad de interpretar cualquier disposición del tratado, las cuales deberán ser acatadas por el tribunal arbitral.

La Sala puede controlar, en cada caso, actuaciones del Estado o las del inversionista que se consideren que violan o amenazan violar un derecho fundamental de este o de la colectividad.

5. Comentario sobre este argumento del Estado demandado del voto de mayoría 9469-07

En lo esencial, el argumento de mayoría de la Sala se reduce a que no importa que sea obligatorio para el Estado acudir a paneles arbitrales, porque ya lo consintió al aprobar el acuerdo comercial, y al dar su consentimiento, aprueba no sólo el acuerdo en conjunto, sino obviamente cada una de las cláusulas que lo componen, entre ellas las de inversionista-Estado y el arbitraje.

Además, presenta supuestos o presunciones para amarrar su argumentación:

- Que la Sala ejerce al futuro el control de la constitucionalidad de las actuaciones de ejecución del acuerdo;
- Que el representante de Costa Rica en la comisión comercial defenderá los intereses del país; y
- Que el Estado actuará protegiendo los intereses nacionales, lo cual incluye las potestades de imperio.

La Sala Constitucional expresa en este voto 9469-07 de mayoría que lo que preocupa a los consultantes es la facultad que tiene el inversionista extranjero de acudir al panel arbitral y que el Estado esté obligado a sujetarse a este panel, para todos los casos en el futuro.

Baudrit expresa que de acuerdo al voto salvado de los Magistrados Armijo y Cruz, éstos hicieron algunas consideraciones en torno a la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio y generalizado, contenido en el proyecto de Tratado de Libre Comercio, del siguiente modo:

...En la medida que se establezca un arbitraje de manera obligatoria (o con un consentimiento previo, genérico y sin excepción) se estaría desnaturalizando esta figura, y por tanto, violando además del artículo 43 Constitucional, el principio de soberanía nacional conforme al cual, el gobierno —quien actúa como representante del pueblo— tiene el derecho de decidir, por sí mismo, cuáles controversias con un inversionista son resueltas mediante un proceso arbitral y cuáles no.

Cuestión a determinarse casuísticamente y que impide una especie de consentimiento adelantando de forma genérica para todo tipo de controversias. El arbitraje forzoso sobre todas las materias, sin ninguna distinción, constituye una renuncia constitucionalmente inadmisibles (Magistrados Armijo y Cruz).¹⁶

No puede aceptarse que el arbitraje obligatorio, impuesto al Estado costarricense por cualquier inversionista proveniente de otro Estado Parte, sea el resultado de la desconfianza en el funcionamiento de sus tribunales de justicia por parte de los inversionistas extranjeros.

El Estado costarricense no puede renunciar a su soberanía en este sentido con la excusa de atraer inversiones del exterior.

También contraría a la Constitución Política el hecho de que el Estado costarricense se someta, en forma anticipada, a arbitraje obligatorio, para que sean árbitros ajenos al Poder Judicial quienes declaren la ilicitud de determinadas actuaciones estatales:

...Además, conforme al artículo 43 de la Constitución, el arbitraje sólo es admisible respecto de lo patrimonial, sin que sea admisible incluir, como se hace en el Tratado, los bienes e intereses públicos o la autoridad pública, exigiéndose, constitucionalmente, que la ilicitud con consecuencias patrimoniales, deba ser declarada por la jurisdicción contenciosa-administrativa, según las previsiones del artículo 49 de Constitución; es decir, que conforme a la norma constitucional recién citada, se reserva la valoración y control respecto de la legalidad y las posibles indemnizaciones de las decisiones y actos estatales, a la jurisdicción contenciosa administrativa, disposición que se conculca con el arbitraje forzoso e indiscriminado que prevé el Tratado, según se ha expuesto. La violación del artículo 49 constitucional, supone una lesión al artículo 153 de la Constitución, que prevé la exclusividad de las funciones jurisdiccionales, entre ellas, por supuesto, las que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa (Magistrados Armijo y Cruz).

¹⁶ Baudrit, Luis, *Las inconstitucionalidades en el TLC, a pesar del dictamen de la Sala IV*, San José, Universidad de Costa Rica, 2007, pp. 38 y 39.

Artículo constitucional 49:

Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protege, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados. (El presente artículo ha sido reformado mediante Ley núm. 3124 de 25 de junio de 1963).

Los Magistrados Armijo y Cruz igualmente afirman que:

La violación del artículo 49 constitucional, también supone una lesión al artículo 153 de la Constitución, que prevé la exclusividad de las funciones jurisdiccionales, entre ellas, por supuesto, las que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa. Asimismo, también se está frente a una violación al principio de igualdad (artículo 33 de la Constitución Política), porque el Tratado establece una discriminación de trato para los inversionistas nacionales que se encuentran en suelo nacional, que sólo podrían optar por la jurisdicción contencioso administrativa, sin que pueda recurrir a un arbitraje internacional, opción que sí tendrían los inversionistas extranjeros en territorio nacional, quienes tendrían una doble vía, la jurisdicción nacional o el arbitraje internacional. En estas condiciones, los inversionistas a los que se les reconoce los privilegios del Capítulo diez el TLC, tendrían una injustificada ventaja frente al resto de los costarricenses, al poder exigir siempre la solución de controversias mediante arbitraje, mientras el resto de los inversionistas personas que tengan un conflicto con el Estado, no tendrían posibilidad de optar por un proceso arbitral, salvo con las limitaciones que impone el artículo constitucional 43. Así entonces, consideramos que este consentimiento genérico contenido en el artículo 10.17 no es consonante con la Constitución, pues resulta contrario a los artículos artículo 33, 43, 49 y 153 de la Constitución Política.

Por otro lado recuérdese que se ha argumentado que los tribunales arbitrales solamente están autorizados para otorgar indemnizaciones, sin entrar a declarar la ilegalidad de actos estatales concretos.

Sin embargo, una resolución arbitral que contenga una condenatoria a indemnización presupone necesariamente la valoración de la ilicitud o la ilegitimidad en estos actos administrativos.

Concuerdo con lo expresado por Baudrit.

6. *Audiencias públicas*

La Sala afirma que de acuerdo a las cláusulas 10.20.3 y 10.21.2, habrá participación ciudadana en los paneles arbitrales, ya que se establecen audiencias abiertas al público. Estos terceros no son partes formalmente del proceso; pero se les escucha.

7. *Comentario a este aspecto de las audiencias públicas*

Se trata de audiencias que sirven para hacer propaganda de participación ciudadana, pero al calificarse *amicus curiae* —amigo del tribunal—, (cláusula 10.20.3), y no ser parte procesal, sus opiniones quedan a voluntad del panel arbitral tomarlas en cuenta o no.

En su voto de mayoría 9469-07, la Sala Constitucional dice que el hecho de que estos terceros no sean considerados como parte procesal, no implica que esto sea inconstitucional, lo cual considero que es pertinente.

Limitaciones ciertas para estos “amigos” son el idioma en que el tribunal esté trabajando, el lugar sede del panel. En este aspecto, el acuerdo comercial en la cláusula 20.3 le da al reclamante o demandante la facultad para elegir el foro (CAFTA o la OMC y el lugar del arbitraje).

8. *Repaso de algunas de las cláusulas de acuerdos comerciales referentes al tema que se analiza*

A. North American Free Trade Agreement (NAFTA)

Vigente entre Estados Unidos, Canadá y México a partir del 1 de enero de 1995.

Capítulo XI. Inversión

Artículo 1115. Objetivo

Esta sección B de solución de controversias entre una parte y un inversionista de otra parte, establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión.

Artículo 1116

De conformidad con esta sección, el inversionista de una parte podrá someter a arbitraje una reclamación (...)

En este acuerdo (agreement) no se da el arbitraje obligatorio respecto del Estado parte.

B. *Acuerdo Comercial Estados Unidos-Chile*

Implementado por ambos países a partir del 1 de enero del 2004.

Capítulo 10. Inversiones

Artículo 10.15. Sometimiento de una reclamación a arbitraje

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

(a) el demandante, a su propio nombre, podrá someter a arbitraje una reclamación, de conformidad con esta Sección.

2. Para mayor certeza, el demandante podrá, de conformidad con esta Sección, someter a arbitraje una reclamación alegando que el demandado ha violado una obligación.

Artículo 10.16. Consentimiento de cada una de las Partes al arbitraje

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

Artículo 10.17. Condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes

2. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta Sección a menos que:

(a) el demandante consiente por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en este Tratado.

En este acuerdo no existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes.

C. *Convenio Comercial entre Costa Rica y México* *Ley 7474 de 1994*¹⁷

Capítulo XIII. Inversión

Artículo 13-19

...el inversionista de una parte podrá someter a arbitraje una demanda cuyo fundamento sea que otra parte o una empresa controlada, directa o indirectamente por esa parte, ha violado una obligación de las establecidas en este capítulo...

¹⁷ *Gaceta* núm. 244, 23 de diciembre de 1994; vigente: 1o. de enero de 1995.

Artículo 13-22

El consentimiento de las partes contendientes al procedimiento de arbitraje conforme a este capítulo, se considerará como consentimiento a ese arbitraje, con exclusión de cualquier otro mecanismo.

Cada parte podrá exigir el agotamiento previo de sus recursos administrativos como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este capítulo.

Artículo 13-23

...un inversionista contendiente podrá someter la demanda a arbitraje de acuerdo con el convenio de CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias) y las reglas de arbitraje de CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional; UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law).

Artículo 13-24.1

Cada parte consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos y requisitos señalados en esta sección.

Artículo 13-33.1

Cualquier tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este tratado, las reglas aplicables del derecho internacional y, supletoriamente, la legislación de la parte contendiente.

En este acuerdo no existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes.

D. Costa Rica-Canadá. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Ley 7870¹⁸

Artículo XII

1. Cualquier diferencia entre una parte contratante y un inversionista de otra parte contratante, se resolverá en la medida de lo posible, amistosamente entre las partes.

2. Si la diferencia no se resuelve amistosamente, el inversionista podrá someter a arbitraje, de conformidad con este convenio.

En este acuerdo no existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes.

¹⁸ *Gaceta* núm. 100, martes 25 de mayo de 1999.

E. *Costa Rica-Caricom. Tratado de libre comercio.*
*Ley 8455 del 2005*¹⁹

Capítulo XIII. Solución de controversias

Artículo XIII.06

En cualquier momento las partes pueden acordar acudir a métodos alternativos de resolución de controversias.

Artículo XIII.07.2

La parte reclamante podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel si las partes no logran resolver un asunto.

En este acuerdo no existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes.

F. *Acuerdo comercial entre Estados Unidos y Costa Rica*²⁰

Capítulo 10. Inversión

Artículo 10.16.1.a Sometimiento de una reclamación a arbitraje

En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación, el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación de conformidad con esta sección (...)

Artículo 10.17.1

Cada parte consiente en someter a una reclamación al arbitraje con arreglo a esta sección y de conformidad con este tratado.

Artículo 10.22.1

El tribunal arbitral decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.

En este acuerdo sí existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes (cláusula 10.17.1).

G. *Centroamérica-Chile Tratado de libre comercio.*
*Ley 8055 del 2001*²¹

Capítulo 19. Solución de controversias

¹⁹ Vigencia: 15 de noviembre de 2005, *Gaceta* núm. 193, 7 de octubre de 2005.

²⁰ Aprobado por referéndum el 7 de octubre de 2007.

²¹ Vigencia: 15 de febrero de 2002, *Gaceta* núm. 42, 28 de febrero de 2001.

Artículo 19.08

La parte que haya solicitado la intervención de la Comisión de libre comercio, podrá solicitar por escrito el establecimiento de un grupo arbitral cuando el asunto no se hubiera resuelto.

En este acuerdo no existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes.

H. *Centroamérica-República Dominicana.*
*Tratado de Libre Comercio. Ley 7882, 1999*²²

Capítulo IX. Inversión

Artículo 9.20.

1. Las controversias que surjan en el ámbito de este Tratado, entre una de las Partes y un inversionista de la otra Parte que haya realizado inversiones en el territorio de la primera, serán, en la medida de lo posible, solucionadas por medio de consultas amistosas.

2. Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de cinco (5) meses a partir de la fecha de solicitud de arreglo, el inversionista podrá remitir la controversia:

- a) los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se efectuó la inversión; o
- b) al arbitraje nacional de la Parte en cuyo territorio se haya realizado la inversión; o
- c) al arbitraje internacional.

En este acuerdo se le da prioridad en la solución de controversias a: “los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se efectuó la inversión”.

En este acuerdo no existe cláusula compromisoria previa del arbitraje o un arbitraje obligatorio para las partes.

V. CONCLUSIÓN

La cláusula arbitral previa que contiene el acuerdo con los Estados Unidos (como compromiso bilateral que es) de obligar al Estado a acudir a un arbitraje internacional cuando el inversionista extranjero ejerza este derecho es inconstitucional por las razones siguientes:

²² Vigencia: 7 de marzo de 2002. *Gaceta* núm. 132, 8 de julio de 1999.

La cláusula 10.17.1 implica que el Estado costarricense está dando un consentimiento previo, genérico, y para todos los casos que le presenten al futuro de acudir a un arbitraje obligatoriamente, cuando por esencia el arbitraje es voluntario y una expresión de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

El artículo 43 constitucional atañe a aspectos patrimoniales del arbitraje, empero la cláusula 10.16.a el demandado (Estado) queda obligado a acudir al arbitraje cuando ha violado una obligación, una autorización de inversión o un acuerdo de inversión (estas acciones del Estado son actos administrativos).

Cualquier controversia relativa a una inversión es factible de ser llevada a un arbitraje obligatorio para el Estado (cláusula 10.16.1).

Los votos 2307-95 y 2995-05 afirmaron que el arbitraje supone un acuerdo de voluntades entre las partes.

Como bien han señalado los Magistrados Armijo y Cruz, el arbitraje forzoso sobre todas las materias constituye una renuncia constitucionalmente inadmisibles. De acuerdo con el artículo 43 constitucional, el arbitraje sólo es admisible respecto de lo patrimonial, sin que sea admisible que abarque (como lo hace el acuerdo comercial con los Estados Unidos), los bienes, intereses públicos o la autoridad pública. Exigiéndose constitucionalmente que la ilicitud con consecuencias patrimoniales debe ser declarada por la jurisdicción contencioso administrativa, según las previsiones del artículo constitucional 49.

Existe una violación al artículo 33 constitucional (“todos somos iguales ante la ley”), ya que el acuerdo comercial le permite al inversionista extranjero obligar al Estado a acudir a un arbitraje; mientras que el inversionista nacional debe ir a los tribunales de Costa Rica para resolver controversias con nuestro Estado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Verónica, *El arbitraje como mecanismo de solución de controversias en el derecho comercial internacional, tesis de licenciatura en derecho*, San José, Universidad de Costa Rica, 2006.
- ARTAVIA, Sergio, *Comentarios a la Ley de Arbitraje y Conciliación y normativa sobre arbitraje nacional e internacional*, San José, Jurídica Dupas, 2007.

- BAUDRIT, Luis, *Las inconstitucionalidades en el TLC, a pesar del dictamen de la Sala IV*, San José, Universidad de Costa Rica, 2007.
- BIGGS, Gonzalo, “Solución de controversias sobre comercio e inversiones internacionales”, *Revista de la CEPAL*, núm. 80, Santiago de Chile, 2003.
- CRUZ, Oscar, *Solución de controversias y antidumping en el tratado de libre comercio de América del Norte*, México, Porrúa, 2007.
- CRUZ, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, México, Porrúa, 2002.
- CRUZ, Rodolfo y CRUZ, Oscar, *El arbitraje*, México, Porrúa, 2004.
- DALLA, Alberto, *Estudios sobre Constitución y economía*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Económicas, 2003.
- DEARDORFF, Alan, *Terms of Trade*, London, World Scientific, 2006.
- FERNÁNDEZ, Carlos *et al.*, *Derecho de los negocios internacionales*, Madrid, Iustel, 2007.
- GARCÍA, Jacinto, *Acuerdo de cooperación laboral de América del Norte*, México, Porrúa, 2007.
- GÓMEZ, Carlos, “Apuntes sobre arbitraje comercial internacional”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, núm. 64, San José, UCR- Colegio de Abogados, 1989.
- GÓMEZ, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales*, México, Porrúa, 2006.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, *Competencia económica*, México, Porrúa, 2006.
- GONZÁLEZ, María de la Luz, *Teorías acerca de la soberanía y la globalización*, México, Porrúa-UNAM, 2005.
- GONZÁLEZ, Nuria y RODRÍGUEZ, Sonia (coords.), *Arbitraje comercial internacional*, México, Porrúa, 2007.
- GONZÁLEZ, Rodrigo, *La experiencia de la Corte Permanente de Arbitraje y su aplicación al Centro previsto en Costa Rica, tesis de licenciatura en derecho*, San José, Universidad de Costa Rica, 2004.
- GOODE, Walter, *Dictionary of Trade Policy Terms*, Nueva York, WTO, 2007.
- HINKELMAN, Edward, *Dictionary of International Trade*, California, World Trade Press, 2007.
- JANA, Jaime, *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*, San José, Mideplan, 1987.

- KRUGMAN, Paul y OBSTFELD, Maurice, *Economía internacional*, Madrid, Pearson, 2001.
- LAN, Arturo, *Sistemas jurídicos*, México, Oxford, 2007.
- LÓPEZ, Alejandro y RODRÍGUEZ, Luis (coords.), *Tendencias actuales del derecho público en Iberoamérica*, México, Porrúa, 2007.
- LÓPEZ-BASSOLS, Hermilo, *Derecho internacional público contemporáneo e instrumentos básicos*, México, Porrúa, 2003.
- LÓPEZ, José de Jesús, *Sistema jurídico del Common Law*, México, Porrúa, 1999.
- NORTH, Douglas, *Para entender el proceso de cambio económico*, Bogotá, Norma-Universidad de los Andes, 2007.
- PACHECO, Filiberto, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 2007.
- , *Derecho de comercio exterior*, México, Porrúa, 2005.
- PÉREZ, Víctor, “El contrato de arbitraje en el comercio internacional”, *Revista Judicial*, núm. 40, San José, 1987.
- PICCATO, Antonio, *Ideología y Constitución*, México, Porrúa, 2006.
- PIZZOLO, Calogero, *Globalización e integración*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- PUBLIC CITIZEN, *Capítulo 11 del NAFTA (TLCAN) y los litigios de inversionista contra Estados*, Versión digital, octubre 2003.
- ROBLES, Edgar *et al.*, *Economía del trópico*, San José, Thompson-Banco Mundial-Academia de Centroamérica, 2007.
- RODRÍGUEZ, Sonia, *El sistema arbitral del CIADI*, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- ROLDÁN, José, *Constitución y mercado*, México, Porrúa-ITAM, 2006.
- ROMERO-PÉREZ, Jorge Enrique, *Tratado de libre comercio Estados Unidos-Centroamérica-República Dominicana. Análisis desde la perspectiva ideológica y del derecho económico internacional*, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006.
- SALA CONSTITUCIONAL, voto 9469-07, TLC-USA. Análisis y comentarios, San José, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2007.
- SALDAÑA, Juan, *Comercio internacional. Régimen jurídico-económico*, México, Porrúa, 2005.

- SCHMIDT, Nadya, *Viabilidad del arbitraje comercial internacional institucional en Costa Rica*, San José, tesis de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
- SIBAJA, Fernando, *Las relaciones limítrofes entre Costa Rica y Nicaragua en la perspectiva histórica, 1858-1916*, San José, Imprenta nacional, Museo Histórico Cultural Juan Santamaría, MCJD, 2006.
- , *Nuestro límite con Nicaragua*, San José, Comisión Nacional de Conmemoraciones Históricas, 1974.
- VILLARROEL, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004.
- WALLS, Rodolfo, *Los tratados internacionales y su regulación internacional y el Derecho mexicano*, México, Porrúa, 2001.
- WITKER, Jorge, (coord.), *Resolución de controversias comerciales en América del Norte, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- , *Solución de controversias comerciales en el tratado de libre comercio Chile-Estados Unidos de América*, Chile, LexisNexis, 2005.