

EL DERECHO DE LOS TRATADOS

Dr. Jorge Enrique Romero-Pérez^()*

Catedrático de Derecho Económico Internacional
Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas
Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica

(*) e-mail: jorgerp@hotmail.com; y, jorgerp9@yahoo.com.
Telfax (506) 250-1160; y, (506) 259-4844
Apartado postal 1264 Y Griega 1011, San José Costa Rica

RESUMEN:

El derecho de los tratados tiene un aspecto relevante en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

En este documento se hará un resumen de artículos constitucionales de diferentes países relacionados con la aprobación de los tratados.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional se citará para darle el respaldo debido a puntos claves de esta exposición.

Palabras clave: Derecho internacional público, tratado, acuerdo, democracia, Estado del bienestar, Estado neoliberal.

ABSTRACT:

The right of the treaties has an outstanding aspect in the Convention of Vienna on the right of the treaties.

In this document a summary of constitutional articles of different countries related with the approval of the treaties will be made.

Jurisprudence of the Constitutional Chamber will make an appointment to give him the back due to key points of this exhibition.

Key words: Public International Law, Treaty, Congressional Executive Agreement, Welfare State, neoliberal State.

Definición de *tratado* según la Comisión de
Derecho Internacional de las Naciones Unidas:

Cualquier acuerdo internacional escrito, no importando su denominación, ya sea tratado, convención, protocolo, pacto, convenio, carta, estatuto, acta, decreto, ley, declaración, concordato, intercambio de notas, memorando de acuerdo, nota de acuerdo, o cualquier otra denominación, concluido entre dos o más Estados o cualesquiera otros sujetos de derecho internacional (Brownlie, p. 580).

SUMARIO:

Introducción

1. Monismo y dualismo
2. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados
3. Veto del Presidente Carazo
4. Costa Rica es parte de la Convención de Viena
5. Informe de los notables
6. Estados Unidos
7. México
8. Chile
9. Costa Rica
10. El Salvador
11. Guatemala
12. Honduras
13. Nicaragua
14. República Dominicana
15. Debate en la prensa escrita
16. CAFTA, algunas cláusulas relevantes
17. Caricom

Conclusión

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

En esta investigación haremos una presentación perteneciente al campo del Derecho de los Tratados, de la norma jurídica de los Estados Unidos conocida como *Congressional Executive Agreement* (en adelante, acuerdo), en el marco del *Common Law*; y, el tratado en el marco del derecho de origen romano germánico, prevaleciente en América Latina (heredera de la corriente jurídica de Europa continental, *Civil Law*).

Asimismo, se dará información acerca de la Convención de Viena sobre los tratados (1969).

Se indicarán varios numerales constitucionales de diversos países para ilustrar la temática que se analiza.

El marco global en el cual el acuerdo comercial conocido como CAFTA, tiene estas características, entre otras:

El modo de acumulación interno que hoy prevalece en América Latina, esta basado en economías de exportación y esta regido por políticas económicas monetaristas, además de ser más concentrador y excluyente que el anterior modelo económico. En nuestras economías nacionales se ha producido un achicamiento del mercado interno, una relativa desindustrialización, un rompimiento de las cadenas productivas internas, un desempleo galopante; junto a la propagación de procesos de transnacionalización, financierización, concentración y centralización de capital, reducción del gasto público, privatización de activos y empresas publicas y focalización de los servicios sociales.

Con respecto del carácter del *Estado neoliberal* latinoamericano actual, una cuestión poco analizada pero con grandes implicaciones es la que dice relación con el acceso de una fracción financiera rapaz a la dominación del Estado.

Especialmente en los países con mayor desarrollo relativo del capitalismo, un sector burocrático financiero transnacionalizado domina el mercado accionario y las bolsas de valores, impone sus intereses, sus concepciones y sus políticas, comparte la dominación con inversionistas extranjeros y viejas oligarquías y tiene grupos de tecnócratas leales y desnacionalizados administrando los gabinetes económicos de prácticamente la mayoría de los países de América Latina.

Además, los países se han vuelto paraísos fiscales para los negocios financieros, se equilibran en su macroeconomía gracias a ingresos continuos de remesas de migrantes y a inversiones extranjeras de capital.

Este nuevo *Estado neoliberal dependiente latinoamericano*, hegemonizado por banqueros, financistas y tecnócratas desnacionalizados, carece de cualquier proyecto de acumulación y desarrollo nacional; esta definido por su interés de privilegiar el beneficio exclusivo de los monopolios y oligopolios transnacionalizados.

El proyecto de los actuales dirigentes de este Estado se basa en la obsesión del equilibrio macroeconómico, el control de la inflación y el crecimiento económico de corto plazo, a partir de la promoción del ingreso de capital financiero internacional, del ajuste a las reglas de la hegemonía de los países ricos (G-7), de la reinserción fragmentada, especializada, subordinada y dependiente del aparato productivo interno en la economía mundial y de la entrada de empresas maquiladoras transnacionales.

Lo que ha generado ese nuevo Estado neoliberal latinoamericano, que se ha abierto a la transnacionalización del capital, prohijando el predominio en la dirección del Estado de negociantes privados de todo tipo, principalmente de los que dominan los espacios especulativos financieros, es la profundización del carácter precario, heterogéneo, fragmentado, dependiente y subordinado de la economía; la derrota histórica de las burguesías nacionales, la desorganización y el debilitamiento de los trabajadores y de las izquierdas y el acceso al poder de grupos de políticos y tecnócratas neoliberales.

Banqueros, políticos y tecnócratas neoliberales transnacionalizados han formado grupos financieros rapaces que hegemonizan el Estado y dominan los gabinetes económicos, deciden las políticas económicas, han logrado subordinar el banco central al sistema bancario y las bolsas de valores. Así, se han concentrado en esos grupos el uso y mal uso de buena parte de los dineros otorgados como préstamo o ayuda por los organismos financieros internacionales (FMI, BIRD, BID), los ingresados por la inversión extranjera, los relacionados con el uso indebido y patrimonialista de los activos del erario, los que provienen de las licitaciones y ventas de bienes públicos y los que surgen de la proliferación de diversos negocios compartidos con mafias privadas de todo tipo: narcotraficantes, contrabandistas de bienes de consumo, de armas y lavadores de dinero.

El *Estado neoliberal* no tiene carácter nacional ni público. Carece de un proyecto de acumulación y de desarrollo nacional que impulsar o defender. No tiene soberanía ni autonomía para decidir y sostener políticas económicas e instituciones nacionales; y, está cada vez más regulado, privatizado, penetrado y dominado por monopolios y oligopolios; y, empresas transnacionales. Se subordina al capital transnacional (Castro y Oliver, pp. 53 a 56).

Procedo a citar el objetivo central del CAFTA y el primer párrafo de la exposición del proyecto de ley respectivo, que está en el Poder Legislativo:

El objetivo del acuerdo comercial, CAFTA, es establecer una zona de libre comercio (artículo 1.1.).

El mayor desafío que enfrenta Costa Rica es lograr una reducción sustancial y permanente de sus indicadores de pobreza. Ese debe ser el objetivo de toda política pública (exposición de motivos del proyecto de ley del CAFTA).

1. Monismo y dualismo

Como una anotación preliminar indicamos para efectos metodológicos, la distinción entre estas dos teorías sumamente elaboradas por diversos autores.

Sin duda, estas dos teorías jurídicas son relevantes porque contribuyen al debate acerca de la relación del derecho interno con el derecho internacional. Al interior de estas teorías se da una gama de matices en los enfoques. Aquí se hace una breve presentación.

a) Monismo

El derecho internacional y el derecho nacional están englobados en una sola escala normativa.

No se acepta la existencia de dos órdenes jurídicos autónomos e independientes.

Todo derecho es una unidad normativa. Existe un único orden jurídico.

El derecho nacional se encuentra ligado y sometido al derecho internacional.

Ambos derechos se integran y se convierten en un sistema coherente.

El derecho interno se deriva, es subordinado, al derecho internacional, siendo éste un orden jurídico superior al interno.

b) Dualismo

El derecho internacional es un sistema jurídico diferente, independiente y separado del derecho interno. No se confunden (cf. Rousseau, Ariel, pp. 9 a 15, La Ley, pp. 12 a 19; Reuter, pp. 32 a 34, Gamboa y Fernández, pp. 83 a 90; Villagrán, pp. 204 a 206).

2. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969)

Esta convención codifica el derecho internacional público relativo a los tratados.

Su parte inicial expresa que los Estados partes en esta convención:

Considerando el papel fundamental que los tratados han desempeñado en la historia de las relaciones internacionales,

Reconociendo la siempre creciente importancia de los tratados como una de las fuentes del derecho internacional y como un medio para el desarrollo de la cooperación pacífica entre las naciones, cualesquiera que sean sus sistemas constitucionales y sociales,

Advirtiendo que los principios del libre consentimiento y de la buena fe, así como la norma pacta sunt servanda son universalmente reconocidos,

Afirmando que las disputas relativas a los tratados, lo mismo que otras disputas de carácter internacional, deben resolverse por medios pacíficos y en conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional,

Recordando la determinación de los pueblos de las Naciones Unidas para establecer las condiciones en las que es posible mantener la justicia y el respeto por lo que se refiere a las obligaciones que emanan de los tratados,

Teniendo presente los principios del derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, como son los principios de la igualdad de derechos y de la autodeterminación de los pueblos, la igualdad soberana, y la independencia de todos los Estados, la no intervención en los asuntos internos de los Estados, la prohibición de amenazas o del empleo de la fuerza, así como el respeto y la observancia universales de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos los individuos,

Creando que la codificación y el desarrollo progresivo del derecho de los tratados logrados por la presente Convención servirán para promover los propósitos de las Naciones Unidas que se encuentran incorporados en la Carta de esta organización, a saber: la conservación de la paz y la seguridad internacionales, el desarrollo de las relaciones amistosas y de cooperación entre las naciones,

Afirmando que las normas del derecho internacional consuetudinario continuarán rigiendo los asuntos no previstos en las disposiciones de la presente convención,

Convienen en este derecho de los tratados.

Su *artículo 2.1.a* define el *tratado* como:

un acuerdo internacional concluido por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

Agregando su *apartado 2.2* que:

las disposiciones a que se refiere el empleo de la terminología de la presente Convención, no deben interpretarse en detrimento del empleo de estos términos ni de los significados que se les pudiera dar en el derecho interno de cualquier Estado.

Artículo 11. Los medios para expresar el consentimiento para contraer obligaciones en virtud de un tratado.

El consentimiento de un Estado para contraer obligaciones en virtud de un tratado se puede expresar por medio de su firma, el intercambio de los instrumentos constitutivos del tratado, la ratificación, aceptación, aprobación, o por cualquiera otro medio si así se acuerda.

El *artículo 12* se refiere al tema del consentimiento mediante la firma.

El *artículo 16* se refiere al tema del consentimiento mediante ratificación, aceptación, *aprobación* o adhesión.

En nuestro país, el *artículo constitucional 7* manda que los tratados públicos, los convenios internacionales 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.

Por su parte, el *numeral constitucional 121,4* establece como atribuciones de la Asamblea Legislativa aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

Concordato: convenio internacional pactado con el Estado Vaticano.

Numeral 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor.

Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

- a) *Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o*
- b) *Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente.*

El *numeral 19 a)* establece que las *reservas* se pueden formular, a menos que esté prohibida por el tratado.

El *artículo 26* manda que todo tratado en vigor es obligatorio para las partes que figuren en él y deberá ser ejecutado por éstas de buena fe (*pacta sunt servanda*: los pactos deben ser cumplidos).

Artículo 25. Aplicación provisional.

- 1. *Un tratado o una parte de él se aplicará provisionalmente antes de su entrada en vigor:*
 - a) *Si el propio tratado así lo dispone: o*
 - b) *Si los Estados negociadores han convenido en ello de otro modo.*
- 2. *La aplicación provisional de un tratado o de una parte de él respecto de un Estado terminará si éste notifica a los Estados entre los cuales el tratado se aplica provisionalmente su intención de no llegar a ser parte en el mismo, a menos que el tratado disponga o los Estados negociadores hayan convenido otra cosa al respecto.*

El *numeral 27* manda que una parte no podrá alegar las disposiciones de su derecho interno para justificar su incumplimiento en la ejecución de un tratado.

Artículo 29. Ambito territorial de los tratados.

Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

Artículo 30. Se refiere a la aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.

Artículo 31. Regla general de interpretación.

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

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios.

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) *Deje ambiguo u oscuro el sentido; o*
- b) *Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.*

Artículo 34. Norma general concerniente a terceros Estados.

Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

Artículo 35. Tratados en que se prevén obligaciones para terceros Estados.

Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación.

Artículo 36. Tratados en que se prevén derechos para terceros Estados.

- 1. Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa.*
- 2. Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo I deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a éste.*

Artículo 37. Revocación o modificación de obligaciones o de derechos de terceros Estados.

- 1. Cuando de conformidad con el artículo 35 se haya originado una obligación para un tercer Estado, tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado, a menos que conste que habían convenido otra cosa al respecto.*
- 2. Cuando de conformidad con el artículo 36 se haya originado un derecho para un tercer Estado, tal derecho no podrá ser revocado ni modificado por las partes si consta que se tuvo la intención de que el derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado.*

Artículo 38. Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional.

Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal.

Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Artículo 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens).

Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

3. Veto del Presidente Carazo, 1980

El Presidente Carazo Odio (1978- 1982) en 1980 vetó el proyecto de ley que aprobó la convención de Viena citada.

El 20 de mayo de 1980 el Presidente Carazo vetó el proyecto de ley 6441 que aprobó esa convención el 16 de abril de ese año.

La argumentación del veto fue la siguiente:

- Que esa Asamblea Legislativa no tomó en cuenta las reservas que el Poder Ejecutivo formuló al firmarla, por razones de inconstitucionalidad, a los artículos 11, 12 y 25, no habiendo aprobado tampoco las reservas interpretativas (hoy llamadas cláusulas interpretativas) en relación a los numerales 27 y 38.

El *artículo 11 de la Convención de 1969* se refiere a las diversas formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado (mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido), mientras que el *artículo 12* regula en particular la manifestación del consentimiento que se expresa mediante la firma.

En esta materia el Poder Ejecutivo consideró que, de acuerdo con el texto actual de la Constitución Política (artículos 121, inciso 4 y 140, inciso 10), Costa Rica no puede obligarse simplemente por la *firma* de un tratado en la forma y casos establecidos por los artículos 11 y 12 de la Convención de 1969.

De acuerdo con nuestra Carta Fundamental, solo se autoriza a la *firma* como forma de expresión del consentimiento del Gobierno cuando se trata de *protocolos de menor rango* derivados de tratados públicos o de convenios internacionales debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, cuando estos instrumentos autoricen de modo expreso tal derivación.

Por tal razón el Poder Ejecutivo indicó que, en relación con los *artículos de la convención de Viena 11 y 12*, hacía la reserva de que el sistema jurídico constitucional del país no autoriza ninguna forma de consentimiento que no este sujeta a ratificación de la Asamblea Legislativa, cuando se trate de convenios internacionales o tratados propiamente dichos y que sólo se excluyen de dicho principio los *protocolos de menor rango* que reúnan los requisitos indicados.

En cuanto a la reserva *interpretativa* (hoy se les conoce como cláusulas interpretativas) del *artículo 27*, nuestro país interpretó que tal norma se refiere al Derecho Secundario y no a las disposiciones de la Constitución Política. En relación al *artículo 38*, Costa Rica también interpretó que una norma consuetudinaria de derecho internacional general no privara sobre ninguna norma jurídica del Sistema Interamericano del cual considera supletoria la Convención de Viena. Dichas observaciones no presentan problemas, aunque técnicamente el nombre “reserva interpretativa” que utiliza la delegación costarricense no es el más adecuado en tal materia porque a juicio nuestro se esta en presencia de declaraciones y no de reservas propiamente dichas.

El *artículo 25* de la Convención de 1969 regula la aplicación provisional de los tratados, la decir, la posibilidad de que los Estados, una vez firmado un convenio, lo apliquen en forma *provisional*, antes de su entrada en vigencia. El Poder Ejecutivo, al suscribir la Convención sostuvo que ese artículo 25 está en abierta pugna con nuestra Constitución Política pues internamente las cláusulas de aplicación provisional de los tratados transgreden las normas constitucionales costarricenses. Efectivamente, de conformidad con dichas normas y según se anotó antes, para que los tratados puedan incorporarse al

ordenamiento jurídico costarricense y surtir efectos jurídicos, es necesario que cumplan con los trámites de aprobación por parte de la Asamblea Legislativa y de sanción, promulgación y publicación en el Diario Oficial por parte del Poder Ejecutivo.

Lo anterior sin perjuicio de que con posterioridad a la aprobación interna, el Presidente de la República y el Ministro de Relaciones deban proceder a ratificar el tratado por medio de los procedimientos de canje o depósito de los instrumentos de ratificación, a menos que el tratado indique otro procedimiento para su entrada en vigencia. La delegación costarricense agregó que en Costa Rica no todo tratado requiere aprobación legislativa, y que la Constitución excluye de este requisito a los *protocolos de menor rango*, pero para poder tener vigencia interna aún dichos protocolos deben ser promulgados por el Poder Ejecutivo y publicados en La Gaceta.

Para el Gobierno la aplicación *provisional* es una figura jurídica que no está contemplada en nuestra Constitución Política y que por consiguiente no es precedente respecto de tratados propiamente dichos, ni tampoco aplicable para los *protocolos de menor rango* o convenios derivados de los mismos (fuente de este apartado sobre el veto del Presidente Carazo: Jaime Jana Sáenz, *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica*, pp. 17, 73 a 75).

Los votos de la Sala Constitucional, SC, **5868-98** y **3388-98** –entre otros– han afirmado que según el Derecho de la Constitución costarricense no es posible una “*entrada en vigencia provisional*” de los tratados internacionales, sino que éstos requieren como condición *sine qua non* para su entrada en vigor, la aprobación legislativa.

4. Costa Rica es parte de la Convención de Viena de 1969

Nuestro país aprueba esta convención en 1996, mediante la ley 7615 del 24 de julio.

Aquí indicamos que Estados Unidos de América no es parte de esta convención, como tampoco lo es de la Convención de las Naciones Unidas del Derecho del Mar ni de los convenios internacionales en materia ambiental.

Esta convención fue adoptada internacionalmente el 30 de abril de 1982. Costa Rica aprobó esta convención del mar, (Gómez-Robledo, *in toto*) por ley 7291 (alcance 10 a la Gaceta 134 del miércoles 15 de julio de 1992).

5. Informe de los notables respecto al tema de *agreement / treaty*, acuerdo / tratado.

Por acuerdo No. 890-P el Presidente de la República nombró una comisión de notables para que le rindiera un informe sobre si el tratado de libre comercio es un instrumento que coadyuve a los objetivos de desarrollo integral del país (17 de julio del 2005).

Esta comisión tuvo esta integración:

| | |
|-------------------------|--------------------|
| Antillón Salazar, Alvar | Abogado |
| Chang Díaz, Franklin | Ingeniero mecánico |
| Gámez Lobo, Rodrigo | Virólogo |
| Macaya Trejos, Gabriel | Biólogo celular |
| Villalta Loaiza, Guido | Sacerdote católico |

En el tema de *agreement / treaty*, acuerdo / tratado, esta comisión afirmó lo siguiente:

- Esta Comisión no encuentra disparidad o asimetría al igual que, por ejemplo, Chile, México, República Dominicana y los demás Estados centroamericanos, en cuanto a la validez y obligatoriedad internacional multilateral y bilateral del TLC, únicamente porque en inglés se le denomine “*acuerdo*” y en español “*tratado*”.

En esta investigación, se explica lo pertinente respecto de este tema de acuerdo-*agreement*- / Tratado-*Treaty*-. Por las razones que damos, no concordamos con esta indicación de la Comisión de Notables.

Consideramos que este informe en su conjunto es importante y merece ser estudiado a fondo para generar un fértil debate en torno a las ideas sugerentes, valiosas e importantes que contiene este documento.

A continuación indicamos lo que algunas de las Constituciones de cada país mandan.

6. Estados Unidos

Constitución. Artículo VI

Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se dictaren y todos los tratados celebrados o que se celebren con la autoridad de los Estados Unidos, deberán considerarse la ley suprema en el país (...).

De acuerdo a la jurisprudencia de los *Estados Unidos*, los tratados tienen un rango equiparable a las leyes federales.

En este país existe una polémica sedimentada entre:

- Una corriente que afirma que la Constitución se refiere solo a tratados (artículo II, sección 2, artículo III, sección 2) y no a acuerdos (*Congressional Executive agreements*); y, que por tal razón estos acuerdos son inconstitucionales.

Otra tesis afirma que sí son constitucionales los acuerdos, (*Congressional Executive agreements*) con base en el brocardo, adagio o máxima jurídica que afirma que *quien pueda la más puede lo menos*.

Es decir, si el Congreso puede aprobar *tratados* con más razón (*a fortiori*, con más razón o fuerza) puede aprobar *acuerdos*.

Nota: En este aspecto hay que indicar que en el sistema jurídico continental europeo con la respectiva influencia en América Latina (sistema de origen romano germánico, **Civil Law**), en el campo del Derecho Público existe el *principio de legalidad* por el cual el Estado solo puede actuar si hay una norma legal material (emanada del Poder legislativo, mediante la reserva de ley correspondiente), que lo habilite para actuar, no pudiendo ejercer actuación alguna en ausencia de esa autorización o habilitación legal.

De acuerdo a este sistema del **Civil Law**, no cabe aplicar ese adagio de que *quien puede lo más, puede lo menos*.

En cambio en el sistema anglosajón del **Common Law**, que no hace diferencias tajantes entre el derecho público y el privado, sí es posible aplicar dicha máxima, refrán, aforismo, adagio o *brocardo*.

Brocardo: originado del nombre *Burckart* (965-1025), obispo de Worms, autor de una compilación canónica que fue llamada *Brocárdica*.

La mayor parte de los acuerdos o convenios comerciales de este país, se han aprobado como *agreements* o acuerdos.

Ley de ejecución del CAFTA - Implementation Act - (Central America Free Trade Agreement). S. 1307 (<http://tbomas.loc.gov>)

Título I, sección 102: relación del acuerdo, *agreement*, con el Derecho de los Estados Unidos.

El *acuerdo* tiene un rango inferior a la Constitución, ley federal, ley estatal y ley local o municipal.

Por lo tanto es la norma de menor rango en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos.

Lo mismo se puede leer en la publicación, por ejemplo, del Congreso de este país relativo al acuerdo con Canadá del 26 de julio de 1988.

Sistema jurídico: anglosajón, *Common Law*

7. México

Constitución. Artículo 133

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la unión (...).

Como se observa la redacción de estos dos numerales constitucionales de Estados Unidos y de México, es muy similar. No se hace una diferenciación de las normas citadas ni hay una jerarquía entre ellas (Constitución, tratados y leyes).

En *México*, según la jurisprudencia de la Suprema Corte, los convenios internacionales aprobados en materia de derecho laboral, ambiental y derechos humanos tienen un rango superior a las leyes e inferior a la Constitución. Los demás convenios tienen un rango equiparable a las leyes.

En lo que respecta a la *ley de amparo*, al desarrollar los artículos 103 y 107 constitucionales es superior a cualquier otra ley (Patiño, pp. 1175 a 1211).

Al no hacer diferenciación jerárquica la Constitución mexicana entre Constitución, tratados y leyes, al momento de aprobar el NAFTA no hubo polémica respecto de la simetría o desigualdad jurídica entre el *agreement* y el tratado.

Es conveniente indicar que *Lucinda Villarreal* nos informa acerca de la gran cantidad de leyes nuevas y reformadas que se han promulgado en México a raíz de la aprobación del NAFTA, en la tesis de que la legislación de este país debe estar conforme y subordinada al acuerdo comercial (2001).

Sistema jurídico: de origen romano germánico.

Canadá. Primacía general de la Constitución de Canadá 52.- (1) la Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá.

Argentina. Artículo 31. Esta Constitución , las leyes de la Nación y los tratados son la ley suprema de la Nación (...). Atribuciones del Congreso: Artículo 75, apartado 22: aprobar o desechar tratados con las demás naciones y con los organismos internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes (...) Los tratados en materia de derechos humanos tienen una jerarquía constitucional (...).

8. Chile

El artículo 50 de la Constitución de 1980 manda que son atribuciones exclusivas del Congreso aprobar o desechar los tratados internacionales. Este numeral pasó a ser, con algunas variantes, el No. 54, con las reformas publicadas en el 2005.

Esta Constitución no establece diferencias o jerarquías entre ella, el tratado o la ley.

Por su parte, el numeral 5 manda que:

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los

órganos del Estado, respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

La Corte Suprema ha interpretado que la Constitución está por encima de los tratados y que los tratados en materia de derechos humanos están por encima de las leyes. En lo demás casos, el tratado tiene el valor de una ley (Gamboa; y, Fernández, pp. 99 a 102).

Después de diez años de negociar el acuerdo comercial con los Estados Unidos, Chile no debatió las diferencias entre acuerdo y tratado para cada país, de acuerdo a la situación constitucional explicada en este país del sur.

Por ello se explica por qué México y Chile no debatieron respecto de la asimetría o desigualdad entre *agreement* –acuerdo– en Estados Unidos y *tratado* en estos países latinoamericanos.

Es decir, las diferencias sustanciales entre el sistema jurídico del *Common Law, anglosajón*; y, el *Civil Law* (de origen romano germánico) no fueron analizadas en profundidad por lo anteriormente expuesto.

El 19 de noviembre del 2003 se publicó la ley 19.914 en el Diario Oficial de Chile, para adecuar la legislación que indica el tratado de libre comercio con los Estados Unidos, reformándose la leyes de impuesto a las ventas y servicios; y, en materia de propiedad intelectual.

Sistema jurídico: de origen romano germánico.

9. Costa Rica

Artículo 7 constitucional

Los tratados públicos, los convenios internacionales 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.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto.

(*) El presente artículo ha sido reformado mediante Ley No. 4123 de 30 de mayo de 1968.

Nuestra Constitución sí establece con claridad la jerarquía normativa: **Constitución, tratados, leyes**. (*Hans Kelsen*, 1881-1973, sostuvo que la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder, 1995, p. 5).

La Sala Constitucional lo ha afirmado así:

La Constitución es la norma fundamental de un Estado de Derecho, y como reflejo del modelo ideológico de vida, posee las condiciones y valores comúnmente compartidas y reconocidas que representan los principios sobre los que se basará todo el ordenamiento jurídico y la vida en sociedad y sus valores.

La Constitución es un cuerpo de normas, principios y valores fundamentales por cuyo cauce debe correr la vida toda de la sociedad (votos 678-91 y 728-91, entre otros).

En materia de *derechos humanos* este Tribunal ha sostenido que:

Los convenios sobre esta materia tiene una fuerza normativa del propio nivel constitucional, al punto que como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, privan por sobre la Constitución (votos 3435-92, 5759- 93, 2313-95, entre otros).

En Costa Rica sí hay lugar claramente para el debate respecto de la asimetría jurídica entre el *agreement* que los Estados Unidos ya aprobó; y, el *tratado* que se encuentra para su trámite de aprobación o improbación en el Poder Legislativo.

Por lo que respecta a los nombres, denominaciones, palabras, la Convención de Viena sobre tratados afirma en su *artículo 2.1.a*, como ya se transcribió, que el *tratado* es:

Un acuerdo internacional concluido por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional. ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular;

La Sala Constitucional por su parte ha dicho que:

Aun cuando el instrumento cuyo proyecto de aprobación se consulta: *Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica sobre Prevención, Control, Fiscalización y Represión del uso indebido y Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas y sus Precursores y Productos*

Químicos Específicos” (suscrito en Santiago de Chile, el día 6 de marzo de 1992), sea denominado “Acuerdo”, por los contenidos a que se refiere y por las materias que pretende regular, estamos en presencia de un instrumento con las connotaciones de un *tratado internacional*. Esto se indica a propósito de que es irrelevante el “*nomen juris*” que las partes escojan, *pues será del contenido que se derive su naturaleza*. El solo hecho de que en este caso el Poder Ejecutivo lo haya sometido al procedimiento de aprobación por parte de la Asamblea Legislativa, es más que significativo y el tema no merece más comentario (**voto 4445-95**).

Efectivamente, el nombre es lo de menos. Lo demás sí es importante: contenido, naturaleza, efectos, rango, jerarquía.

En este sentido, el *agreement* de los Estados Unidos es distinto al tratado en Costa Rica.

En los Estados Unidos, el *agreement* es una norma subordinada, inferior a todo el ordenamiento jurídico (Constitución, tratados, ley federal, estatal, y local o municipal); mientras que en nuestro país, el *tratado* es una norma inferior a la Constitución Política y superior a las leyes, reglamentos y decretos, por cuanto se pertenece al sistema jurídico romano germánico o *Civil Law*, en el cual se sigue la pirámide normativa jerarquizada: Constitución, tratados, leyes, reglamentos, decretos, circulares.

La asimetría o desigualdad jurídica es un hecho probado.

Sistema jurídico: de origen romano germánico

10. El Salvador

Artículo 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado.

Artículo 145. No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República.

Sistema jurídico: de origen romano germánico.

11. Guatemala

Artículo 171.1. Otras atribuciones del Congreso

Aprobar, antes de su ratificación, los tratados, convenios o cualquier arreglo internacional (...)

Sistema jurídico: de origen romano germánico

12. Honduras

Artículo 16. Tratados

Todos los tratados internacionales deben ser aprobados por el congreso Nacional antes de su ratificación por el poder Ejecutivo.

Artículo 18. Tratados

En caso de conflicto entre el tratado o convención y la ley, prevalecerá el primero.

Artículo 205, apartado 30. Atribuciones del Congreso

Aprobar o improbar los tratados internacionales que el Poder Ejecutivo haya celebrado.

Sistema jurídico: de origen romano germánico

13. Nicaragua

Artículo 138. 11. Atribuciones de la Asamblea Nacional

Aprobar o rechazar los tratados, convenios, pactos, acuerdos y contratos internacionales de carácter económico, de comercio internacional, de integración regional, de defensa y seguridad; los que aumenten el endeudamiento externo o comprometan el crédito de la nación; y, los que vinculan el ordenamiento jurídico del Estado.

Sistema jurídico: de origen romano germánico.

14. República Dominicana

Atribuciones del Congreso, artículo 37, apartado 14

Aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que celebre el Poder Ejecutivo

Sistema jurídico: romano germánico.

15. Debate en la prensa escrita

La prensa escrita publicó varios artículos en relación a este tema del *acuerdo / tratado*, con criterios discrepantes unos de otros. Algunos de ellos son:

Cañas, Alberto. *Chisporroteos* (La República, 23-24 julio 2005).

Carazo Odio, Rodrigo. *Acuerdos y tratados* (La Nación, 26 setiembre 2005).

Carazo Zeledón, Rodrigo. En *Estados Unidos no aprobaron el TLC* (La Nación, 14 julio 2005).

Echandi, María Lourdes. *TLC: tratado entre Estados* (La Nación, 29 julio 2005).

Fernández, Juan Rafael. *¿TLC o CAFTA?* (La Nación, 23 octubre 2005).

González, César. *Ley estadounidense estará por encima del CAFTA* (La República, 15 julio 2005).

López, Fernando. *Discrepan porque Estados Unidos haya firmado un Agreement* (Semanario Universidad 20 octubre 2005).

López, Gilberto. *Ley de implementación, ¡qué hable Comex!* (La República, 12 setiembre 2005).

Pacheco, Amparo. *En Estados Unidos sí aprobaron el TLC* (La República, 23 y 24 julio 2005, Extra 27 julio 2005).

Confusiones del diputado Carazo (La Nación, 28 julio 2005).

Romero-Pérez, Jorge. *El derecho en Estados Unidos y América Latina* (La República, 21 julio 2005).

La Convención de Viena sobre los tratados (La República, 11 agosto 2005).

Asamblea Legislativa y tratados (La República, 20-21 agosto 2005).

El informe de los notables (**La República**, 4 octubre 2005).

El NAFTA y México (**La República**, 17 octubre 2005).

Chile y el TLC con Estados Unidos (**La República**, 28 octubre 2005).

Rodolfo Saborío. TLC ahora (**La Nación**, 2 agosto 2005).

Sobrado, Juan José. *Nuevos caminos para Costa Rica* (**La Nación**, 14 julio 2005).

Obligada igualdad en la ratificación (**La Nación**, 9 octubre 2005).

Una tesis contradictoria (**La Nación**, 1 setiembre 2005).

Villasuso, Juan Manuel. *Asimetrías jurídicas en el TLC* (**La República**, 22 julio 2005).

Volio, Fabián. *Fuente espuria contra el TLC* (**La Nación**, 18 setiembre 2005).

TLC es un tratado internacional (**La Nación**, 16 octubre 2005).

16. CAFTA, algunas cláusulas relevantes

Del CAFTA (publicación oficial de la Imprenta Nacional, Martes 22 de noviembre del 2005, tomo I) citamos las siguientes:

Capítulo 21, excepciones, artículo 21. 2: seguridad esencial

Ninguna disposición de este tratado se interpretará en el sentido de:

- a) Obligar a una parte a proporcionar ni a dar acceso a información cuya divulgación considere contraria *a sus intereses esenciales en materia de seguridad*; o,
- b) Impedir que una parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz y la seguridad internacional, o para *proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad*.

Artículo 21.5, divulgación de la información

Ninguna disposición en este tratado se interpretará en el sentido de obligar a una parte a proporcionar o a dar acceso a información confidencial,

cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes, o que fuera contraria al interés público, o que pudiera perjudicar el *interés comercial legítimo de empresas particulares*, sean públicas o privadas.

Capítulo 22, disposiciones finales

Artículo 22.2, enmiendas: se permiten si todas las partes las admiten.

Artículo 22.4, reservas: ninguna parte podrá hacer una reserva respecto a alguna disposición de este tratado sin el consentimiento escrito de las otras partes.

Artículo 22.5, entrada en vigor: (...)

1. a) Este tratado entrará en vigor el 1 de enero del 2005, siempre que los Estados Unidos y uno o más de los otros signatarios notifiquen por escrito al Depositario (Secretaría de la Organización de Estados Americanos) para esa fecha que han completado sus procedimientos jurídicos aplicables.
1. b) Si este tratado no entrase en vigor el 1 de enero del 2005, este tratado entrará en vigor una vez que los Estados Unidos y al menos uno o más de los otros signatarios realicen dicha notificación, en la fecha que posteriormente ellos acuerden.
2. De ahí en adelante, este tratado entrará en vigor para cualquier otro signatario 90 días después de la fecha en que el signatario notifique por escrito al depositario que ha completado sus procedimientos jurídicos aplicables.

A menos que las partes acuerden otra cosa, un signatario no podrá realizar la notificación a la que se refiere este párrafo después de dos años a partir de la fecha de entrada en vigor de este tratado.

Artículo 22.6, adhesión

1. Cualquier país o grupo de países podrá adherirse a este tratado sujeto a los términos y condiciones acordados entre ese país y la Comisión, luego de la aprobación de conformidad con los procedimientos jurídicos aplicables de cada parte y país adherente.
2. El instrumento de adhesión deberá ser depositado con el depositario, el cual informará sin demora a cada parte de la adhesión.

Artículo 22.7, denuncia

1. *Cualquier parte podrá denunciar este tratado notificando por escrito su denuncia al depositario. El depositario informará sin demora a las partes sobre esta notificación.*
2. *La denuncia surtirá efectos seis meses después de que una parte realice por escrito la notificación a la que se refiere el párrafo 1, a menos que las partes acuerden otro plazo. Cuando una parte lo haya denunciado, el tratado permanecerá en vigor para las otras partes.*

17. CARICOM

Comunidad de países del Caribe.

Por el **voto 7428-05**, la Sala Constitucional se pronunció sobre este acuerdo comercial entre nuestro país y la comunidad del caribe.

Destacaré algunos aspectos que considero relevantes:

1. Cinco de los siete magistrados estimaron que ese proyecto de ley no tenía visos de inconstitucionalidad.
2. Dos de los magistrados (Adrián Vargas y Gilbert Armijo) estimaron que sí existen tales inconstitucionalidades y las detallaron de este modo:

Procedimiento:

- La decisión del Presidente del Poder Legislativo de rechazar siete mociones con cláusulas interpretativas, no es pertinente por cuanto lo que se discutía era un proyecto de ley, que no era norma jurídica existente y obligatoria, ya que es carente de eficacia y de existencia jurídica. Resulta ilegítima toda restricción que a la potestad de la Asamblea Legislativa de aprobar los convenios internacionales e interpretarlos mediante el referido uso de declaraciones unilaterales.

Por ello, se dio un vicio esencial de procedimiento para la aprobación de ese tratado.

Territorio

El tratado del *Caricom* afirma que el territorio con respecto a Costa Rica comprende:

Territorio y el espacio aéreo y las áreas marítimas, incluyendo el subsuelo y fondo marino adyacente al límite exterior del mar territorial, sobre el cual ejerce derechos soberanos, de acuerdo con la legislación internacional y su derecho interno, con respecto a los recursos naturales de estas áreas (...).

Esa definición transgrede los artículos 5 y 6 constitucionales, ya que soslaya la existencia del mar patrimonial, que comprende, básicamente, una extensión de doscientas millas a partir de la línea de bajamar o de las líneas de base- en el cual el Estado Costarricense ejerce una jurisdicción especial a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas.

*Ciertamente, aunque los Estados partes bien pueden pactar el ámbito territorial sobre el cual negociaron un determinado convenio –en los términos del artículo 29 de la **Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados**– en el caso presente es claro que el tratado pretende ser aplicado en todo el territorio nacional –como se infiere de la norma citada supra–; de ahí que no resulta posible excluir esa área, que lógicamente reviste un gran interés económico precisamente por los recursos que posee y que constitucionalmente ha sido considerado como zona económica exclusiva del Estado de Costa Rica. En virtud de lo expuesto, es inconstitucional la definición del territorio costarricense contemplada en el inciso a) del Anexo II.01 del Capítulo II de la Primera Parte, Parte General del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe.*

Derecho al ambiente y Derecho Humanos

También vulnera el Derecho de la Constitución el artículo 1.03 del Tratado, si se interpreta que sus disposiciones tienen un valor superior no sólo respecto de otros instrumentos internacionales suscritos por el país en materia protección del derecho al ambiente, sino también sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por la vulneración de los artículos 7º y 48 constitucionales.

En este sentido, es evidente que una norma del Tratado en estos supuestos no puede prevalecer sobre una Constitucional o sobre un Instrumento Internacional de Derechos Humanos aplicable en la República, lo que por supuesto incluye aquellos instrumentos internacionales de protección del medio ambiente y de otros intereses supraindividuales.

Ordenamiento jurídico comunitario

Finalmente, se debe mencionar que la implementación del Consejo Conjunto de Costa Rica y CARICOM, a diferencia del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal Constitucional, supone una transferencia de competencias a un ordenamiento jurídico comunitario –con el objeto de realizar

objetivos regionales o comunes– que requiere para su aprobación una votación no menor de los dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Lo anterior por cuanto, a este Consejo le corresponde:

- “(i) Supervisar la implementación y administración del Tratado, sus Anexos y sus Apéndices y vigilar su ulterior elaboración;*
- (ii) Instruir a los comités, subcomités y grupos de trabajo identificados en el Artículo 1.08 para que realicen las funciones asignadas a ellos respectivamente y cualquier otra función relacionada con los objetivos de este Tratado;*
- (iii) Supervisar las funciones de los Coordinadores de Libre Comercio y considerar las recomendaciones de los Coordinadores de Libre Comercio;*
- (iv) Establecer y supervisar el trabajo de todos los comités, subcomités y grupos de trabajo establecidos en este Tratado;*
- (v) Resolver cualquier controversia que pudiera surgir de la interpretación, ejecución o incumplimiento de este Tratado, sus Anexos y Apéndices de conformidad con los poderes que le son conferidos por el Capítulo XIII (Solución de Controversias);*
- (vi) Establecer y delegar responsabilidad a los Comités ad hoc o permanentes, grupos de trabajo o grupos de expertos;*
- (viii) Consultar con las entidades gubernamentales, intergubernamentales y no gubernamentales, según fuera necesario;*
- (ix) Mantener este Tratado, sus Anexos y sus Apéndices bajo revisión periódica, evaluando el funcionamiento del mismo y recomendando medidas que considere adecuadas para el logro de sus objetivos;*
- (x) Llevar a cabo cualquiera otras funciones que las partes puedan asignarle;*
- (xi) Considerar cualquier otro asunto que pueda afectar la operación de este Tratado, sus Anexos y sus Apéndices y tomar acción adecuada”.*

También, este *Consejo Conjunto de Costa Rica y CARICOM*, tiene la potestad de modificar con el fin de cumplir los objetivos del Tratado:

La lista de mercancías de una parte contenida en el anexo III.04.02, con el fin de incorporar una o más mercancías excluidas en el Programa de Desgravación Arancelaria; los plazos regulados en el Anexo III.04.02 (Desgravación Arancelaria), con el objeto de acelerar la desgravación arancelaria; las reglas de origen contempladas en el Anexo IV.03 (Reglas de Origen Específicas); y las reglamentaciones uniformes de Procedimientos Aduaneros.

Todo lo anterior sin duda genera una **transferencia de competencias a un orden comunitario** que requiere una mayoría calificada para su adopción, de acuerdo con el párrafo 2º del inciso 4) del artículo 121 de la Constitución Política –en sentido similar, se pueden consultar las sentencias números **4640-96** y **7146-99**–.

No obstante, en el caso concreto este proyecto del *Caricom* fue aprobado por unanimidad, en una votación en la cual intervinieron 41 legisladores, por lo que no se aprecia el vicio en cuestión.

Conclusión. Con fundamento en lo expuesto, los suscritos Magistrados salvan su voto y evacuan la consulta en el sentido que el trámite del proyecto de aprobación del “*Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y la Comunidad del Caribe*”, expediente legislativo N° 15.637, *lesiona el Derecho de la Constitución*. En cuanto al fondo, declaran inconstitucionales el inciso a) del Anexo II.01 del Capítulo II de la Primera Parte, Parte General del Tratado, y el artículo I.03 ídem.

Este voto será importante para los efectos de prever lo que ocurrirá con la consulta que harán los diputados al futuro en lo que respecta al *CAFTA*.

Lo relevante no es tanto el **voto 7428-05** de mayoría que dijo que no habían vicios de inconstitucionalidad, sino el voto salvado apuntado que precisó cuáles inconstitucionalidades se dan en ese proyecto de ley, que ya es ley de la República, No. 8455 del 19 de setiembre del 2005 (alcance 36 a la Gaceta 193 del 7 de octubre 2005): tratado de libre comercio entre el *Caricom* y Costa Rica.

El *CAFTA* afirma que no se admiten reservas, salvo que todas las partes las aprueben (artículo 22.4). Y, respecto a *cláusulas interpretativas* podrían aprobarse legislativamente; sin embargo, estimo que es poco probable que ello se dé.

Se ha sostenido que las cláusulas interpretativas sí se pueden indicar por el Poder Legislativo (Ordoñez), de acuerdo a lo siguiente:

- Dada la naturaleza jurídica de los tratados, cuyo contenido material no es fijado por la Asamblea Legislativa sino por el Poder Ejecutivo, se concluye sin mayor esfuerzo que durante su tramitación en Comisión o en Plenario no es posible la introducción de mociones tendentes a modificar su contenido, directa o indirectamente, como sucede precisamente con la introducción de las denominadas *cláusulas interpretativas*.

Los tratados internacionales tienen que ser preceptivamente consultados a la Sala Constitucional una vez aprobados (el Poder Legislativo aprueba los tratados, no los ratifica, **voto 835-90**) en primer debate. De conformidad con la jurisprudencia de ese tribunal, cuando

los tratados tienen algún roce constitucional es necesario que al proyecto de ley de aprobación, se agreguen luego, en la Comisión de Consultas de Constitucionalidad, *declaraciones interpretativas* sobre la forma de aplicación de las regulaciones que tienen carácter internacional para adecuarlas al ordenamiento interno.

Sin embargo, estas adiciones no pueden modificar, ni directa ni indirectamente, el contenido del convenio o tratado internacional, **(voto No. 835-90)**.

Debe tenerse presente que las *cláusulas interpretativas* se refieren exclusivamente a cuestiones de constitucionalidad.

No es válido que se adicionen al texto del proyecto del tratado elementos nuevos que no fueron conocidos por la Sala Constitucional, en la consulta respectiva, ni fueron objeto de pronunciamiento por parte de ella (resolución del Plenario de la Asamblea Legislativa del 29 de octubre de 1991) (Hernández, 2005, pp. 104 a 108).

El CAFTA es omiso en cuanto a prohibir estas *cláusulas interpretativas*; sí, es claro en la prohibición de las reservas, salvo que todas las partes las acepten.

Conclusión

1. Los tratados internacionales hicieron camino como instrumentos para obtener paz y concordia entre las naciones , según se decía.

Modernamente se refieren al comercio, controversias, arbitrajes, venta de mercancías, servicios, propiedad intelectual; protección a los derechos humanos, al ambiente, a los sectores menos protegidos de las sociedades, etc.

2. El contexto en el cual se tramita este macro acuerdo comercial, financiero, económico, de negocios conocido por sus siglas en inglés CAFTA, está caracterizado por el globalismo (con sus diversos matices) y las políticas neoliberales que lo definen.
3. Desde hace unos 25 años, a partir de la crisis de la deuda externa en América Latina, las empresas transnacionales y los organismos internacionales financieros (Banco Mundial, Fondo Monetario

Internacional), impusieron al mundo deudor lo que se dio en llamar los ajustes estructurales, orientados básicamente a la venta de empresas públicas rentables de los países deudores y la disminución del personal estatal (Stiglitz, 2002, 2003).

4. Estos macro acuerdos comerciales son neoliberales, ya que responden a las políticas económicas de privilegiar el mercado y disminuir el Estado.
5. Los tratados internacionales, también, se desempeñan como instrumentos o herramientas para abrir los mercados a las transnacionales para que los dominen. Dominando los mercados dominan los Estados y las sociedades de cada país, subordinado países y pueblos subdesarrollados a las naciones más desarrolladas del planeta.

BIBLIOGRAFÍA

- Benadava, Santiago. *Derecho internacional Público* (Santiago, Chile: LexisNexis, 2004).
- Bronwlee, Ian. *Principles of Public International Law* (New York: Oxford University Press, 2003).
- Cassen, Bernard. *Contra la dictadura de los mercados* (Barcelona: Icaria, 2002).
- Castro, Teresa; Lucio Oliver. *Poder y política en América Latina* (México: Siglo XXI-UNAM, 2005).
- Gamboa, Fernando; Macarena Fernández. *Tratado de derecho internacional público y derecho de integración* (Santiago, Chile: LexisNexis, 2005).
- Gómez-Robledo, Alonso. *El nuevo derecho del mar* (México: Porrúa, 1986).
- González, Anabel, editora. *Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos* (San José: Asociación para el estudio jurídico del tratado de libre comercio con EE.UU, 786 págs. 2005).
- Govaere, Velia; Fernando Ocampo, editores. *Ensayos temáticos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos* (San José: Editorial Universidad Estatal a Distancia, 366 págs. 2005).

- Herdegen, Matthias. *Derecho Internacional Público* (México: UNAM- Konrad Adenauer Stiftung, 2005).
- Hernández, Rubén. *La tramitación del tratado de libre comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos en comisión y en plenario* (San José: Asociación para el estudio jurídico del tratado de libre comercio con EEUU, libro editado por Anabel González: *Estudios jurídicos sobre el TLC entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos*, 2005).
- Jana, Jaime. *El derecho de los tratados y su régimen jurídico en Costa Rica* (San José: Midiplan, 1987).
- Kelsen, Hans. *Principios de Derecho Internacional Público* (Buenos Aires: El ateneo, 1965).
- ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (Madrid: Tecnos, 1995).
- Teoría general del Estado* (México: Ed. Nacional, 1972).
- Teoría pura del derecho* (México: Porrúa, 1995).
- Ordóñez, Jaime. *La opción de las cláusulas interpretativas en el proceso de aprobación legislativa del Cafta* (San José, inédito, 2005).
- Patiño, Ruperto. *Comentario al artículo 133 de la Constitución en Derechos del pueblo mexicano*. T. XII, México: Cámara de Diputados, 1994).
- Coordinador: *Seminario internacional: los retos de la integración en el continente americano* (México: Posgrado en Derecho, UNAM, 2005).
- Reuter, Paul. *Introducción al derecho de los tratados* (México: Fondo de cultura Económica, 2004).
- Romero-Pérez, Jorge Enrique. *El tratado de libre comercio de Centroamérica y República Dominicana con los Estados Unidos. Enfoque desde la perspectiva de la ideología y del derecho económico internacional* (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2005).
- Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público* (Barcelona: Ariel, 1966).
- Derecho Internacional Público profundizado* (Buenos Aires: La Ley, 1966).
- Stiglitz, Joseph. *Los felices 90. La semilla de la destrucción* (Madrid: Taurus, 2003).
- El malestar de la globalización* (Madrid: Taurus, 2002).

Scovazzi, Tullio. *Elementos de derecho internacional del mar* (Madrid: Tecnos, 1985).

Villagrán, Francisco. *Derecho de los tratados* (Guatemala: editores F y G, 2003).

Villarreal, Lucinda. *TLC, las reformas legislativas para el libre comercio, 1991-2001*, (México: Porrúa, 2001).

Villarreal, Darío. *Derecho de los tratados en las Constituciones de América* (México: Porrúa, 2005).