

SOBRE EL CAPITULO AMBIENTAL DEL TLC

Jorge Cabrera Medaglia
Abogado especialista en Derecho Ambiental

Diversas publicaciones y foros se han realizado sobre los alcances de ciertas disposiciones del Capítulo Ambiental (No. 17) del Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos. A efectos de contribuir con el debate y con la intención de proporcionar información sobre una temática cuyo interés resulta de primer orden, quisiera presentar mi opinión con relación a algunas afirmaciones hechas sobre las implicaciones de ciertos artículos del citado Capítulo.

Para empezar, es necesario llamar la atención sobre la existencia misma del Capítulo 17. Durante varios años, la posición del gobierno de Costa Rica, por ejemplo, en foros de negociación como el ALCA, no fue favorable a aceptar la inclusión de la temática ambiental en las negociaciones comerciales. Si bien es cierto se debe reconocer que existe una preocupación válida, en el sentido de que tras dicha incorporación podrían encontrarse intereses proteccionistas, un país con el prestigio ambiental del que goza el nuestro, tendría más que ganar aceptando, e incluso promoviendo, la inclusión del tema ambiental en los acuerdos de comercio. La postura nacional comenzó a modificarse con la negociación del TLC con Canadá, de manera que también ratificamos por separado un Acuerdo de Cooperación Ambiental, basado en un enfoque cooperativo y no sancionador. Paradójicamente, ahora que el TLC incorpora en su texto principal un Capítulo en la materia, se critica el hecho de que el TLC contemple el tema ambiental.

En segundo lugar, en torno al Capítulo Ambiental se ha producido un importante debate, al cual quisiera contribuir con las siguientes precisiones:

1. Sobre la definición de legislación ambiental del Capítulo (artículo 17.13). Dicha definición es particularmente importante pues precisa los alcances de las obligaciones que establece el Capítulo relativas a la aplicación efectiva de la legislación ambiental. Se ha cuestionado que se excluyan del concepto de legislación ambiental, fundamentalmente dos aspectos: la normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo "... principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales" (art 17.13). La referencia a recolección o explotación comercial tiene como antecedente el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) de forma que se excluyen, por ejemplo, regulaciones sobre cuotas pesqueras que no involucren medidas para la conservación del recurso. Estas últimas, por ejemplo, el uso de dispositivos excluidores de tortugas, sí se considerarían legislación ambiental para los efectos del Capítulo 17. Esta es la interpretación que mejor permite alcanzar el fin del mismo. Igualmente, se indica que para los efectos de la definición de legislación ambiental, el propósito primario de un estatuto o disposición particular se deberá determinar por referencia a su propósito primario, en vez del propósito primario del estatuto o regulación del cual es parte. Es decir, disposiciones sobre protección ambiental en leyes o reglamentos de carácter no ambiental, se considerarían legislación ambiental.

Esta redacción y una interpretación restrictiva de la segunda exclusión, han llevado a afirmar que la Ley Forestal o la Ley de Biodiversidad no se consideran legislación ambiental. Aun y cuando dicha afirmación no es del todo cierta aún en el contexto del Capítulo 17, ello no implica que la Ley Forestal o la Ley de Biodiversidad no constituyan legislación ambiental nacional y por ende deben ser aplicadas por las autoridades competentes. La exclusión contemplada en el TLC, no elimina la condición de legislación ambiental de ciertas normas para efectos diferentes a los del Capítulo 17, y por supuesto su aplicación efectiva deviene obligatoria, no por el TLC, sino en cumplimiento del artículo 50 de la Constitución y de la existencia del Estado de Derecho.

2. El TLC pretende que las Partes establezcan procedimientos para denunciar y reparar el daño ambiental. Otro de los componentes del Capítulo Ambiental se relaciona con los procedimientos para sancionar o reparar infracciones a la legislación ambiental. Se detallan aspectos jurídicos a ser tomados en consideración por las Partes en los procedimientos administrativos, judiciales o cuasijudiciales (art 17.3.1). En general los requisitos establecidos en dicho artículo son congruentes con los establecidos en la legislación ambiental costarricense y con los principios del debido proceso delineados por jurisprudencia constitucional. Se cuenta con una estructura institucional para exigir la reparación y sanción de las infracciones ambientales, por medio del Poder Judicial, y otros órganos u entes de naturaleza administrativa (Tribunal Ambiental Administrativo, Defensoría de los Habitantes, Procuraduría Ambiental y de la Zona Marítimo Terrestre y por supuesto las propias autoridades administrativas de ambiente o salud).

Igualmente las medidas indicadas en el texto del TLC (sanciones civiles, penales multas, medidas precautorias, etc, cfr. El art 17.3.4) se encuentran, con ciertas diferencias terminológicas, consideradas en el ordenamiento jurídico costarricense. Respecto al daño ambiental este se encuentra aceptado por los instrumentos legales y se cuenta con algunos precedentes judiciales y administrativos. Tanto el Tribunal Ambiental Administrativo, órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Ambiente, como la Sala Constitucional (véase especialmente votos 2002-1645 y 2000-1669), han establecido que en materia de daño ambiental existe un responsabilidad objetiva. Es cierto que aún se debe avanzar de forma importante en aspectos como la valoración del daño ambiental o la prueba, lo cual podrían desarrollarse por medio de proyectos o programas de cooperación en el marco del TLC.

La legitimación para accionar o denunciar será determinada de manera local, por lo cual el tratado no crea un sistema de legitimación procesal diferente al que cada país posea. De esta manera se establece que la legitimación se otorgará a personas con un interés jurídicamente reconocido conforme al derecho interno (art 17.3.3). En el caso costarricense dicha legitimación es sumamente amplia (todo ser humano) a tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política y de reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Las disposiciones del TLC no realizan mayores aportes a los mecanismos existentes en el país para la denuncia y reparación del daño ambiental. Es decir si los instrumentos legales vigentes se consideran insuficientes para atender oportunamente las denuncias por infracciones a la legislación y la reparación del daño ambiental, la entrada en vigencia del TLC no empeorará las deficiencias apuntadas. Por el contrario, el TLC,

potencialmente permitiría, dependiendo de en qué medida las instancias de cooperación que se establecen en el mismo y en el Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA) operen en la práctica, fortalecer las debilidades del sistema.

3. La posibilidad de intervenir en procedimientos administrativos o judiciales de otras Partes (con mayúscula es decir entiéndase países miembros del TLC). El 17.3.1 b dispone que las partes, con minúscula, en los procedimientos administrativos, cuasijudiciales o judiciales a que se refiere el 17.3.1, pueden presentar pruebas, etc. Se ha interpretado que dicha norma autorizaría a otros países miembros del Tratado a presentar documentos y pruebas en casos ambientales iniciados en nuestro país. Dicha interpretación no es, a mi juicio, correcta. El citado artículo se refiere a las partes en los procedimientos administrativos o judiciales, es decir, las personas físicas o jurídicas que de conformidad con el derecho interno tengan legitimación para ser parte de los procesos. No se refiere a las Partes (con mayúscula, entiéndase países). Aún más, el artículo 17.2.3 establece expresamente que ninguna disposición del Capítulo faculta a las Partes (entiéndase países) a realizar acciones orientadas a hacer cumplir la legislación ambiental en el territorio de otra Parte (país).

4. Las multas (contribuciones monetarias y sanciones comerciales). Con relación a la solución de controversias el Capítulo no contempla un esquema específico remitiendo al existente para el Tratado, contenido en el Capítulo 20. Las Partes pueden solicitar la realización de consultas con respecto a cualquier asunto que surja de conformidad con el Capítulo Ambiental, lo cual incluye la participación del Consejo de Asuntos Ambientales, buenos oficios, conciliación y mediación. Si se trata de la no aplicación sostenida y recurrente de la legislación ambiental que afecte el comercio (art 17.2.1.a) y si las consultas establecidas en el Capítulo no son suficientes, la Parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias. Si se determina que efectivamente el Estado no cumple con su obligación de aplicar adecuadamente su propia legislación, la Parte incumpliente debe adoptar un plan de cumplimiento. Si el mismo no se adopta o si este no se lleva a cabo, se prevé la posibilidad de multas (contribuciones monetarias) por un monto máximo de 15 millones de dólares (indexable). Dicha cantidad debe ser invertida en la Parte incumpliente para mejorar su capacidad de aplicar la legislación y para su fijación se debe considerar ciertos aspectos. En caso de no honrarse la multa, proceden sanciones comerciales (medidas de retorsión). Es decir, aún pensando en que el país fuera "condenado" por un Panel Arbitral, si se presenta un Plan de Cumplimiento para hacer frente a la situación que originó la "condena" y este se cumple, no se impondría ninguna multa o sanción comercial, las cuales se prevén como un último mecanismo.

Cabe indicar que el primer acuerdo comercial que contempló un sistema similar, aunque con ciertas variantes, fue el NAFTA. No obstante a pesar de haber transcurrido más de 11 años de la vigencia de este tratado, nunca se ha recurrido a este esquema para dirimir conflictos entre Estados.

La cooperación ambiental que pueda derivarse del TLC, la cual dependerá sin duda de los recursos disponibles que a la fecha son inciertos, puede servir para mejorar la aplicación de la legislación ambiental que, soberanamente, hemos decidido poner en vigencia. Antes que una amenaza puede ser una oportunidad para mejorar la capacidad

de gestión de las instancias ambientales, incluyendo los presupuestos asignados para su funcionamiento.