



TLC no perjudicará el ambiente

JORGE CABRERA

responde preguntas de *Ambientico*

1. Ante las prerrogativas que brindaría el Tratado de Libre Comercio con EU (TLC) a grandes inversiones productivas, ¿quedaría -o no- Costa Rica un poco inhabilitada para, frente a impactos ambientales negativos derivados de aquéllas, aplicar las sanciones ahora tipificadas en nuestra legislación?, ¿por qué?

En el pasado, tribunales arbitrales, aplicando el capítulo 11 del Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (Nafta), “condenaron” medidas ambientales de diversa naturaleza, implementadas por los países miembros, por considerar que afectaban los derechos del inversionista establecidos en el capítulo 11 del Tratado. Sin embargo, debe reconocerse que las decisiones de esos tribunales fueron criticadas por los tres países miembros del Nafta, lo que condujo a que la Comisión de Libre Comercio realizara interpretaciones respecto de la forma como algunas de las disposiciones del capítulo debían ser entendidas por los tribunales arbitrales. Al mismo tiempo, Estados Unidos, en la *Ley de promoción de la autoridad comercial*, dispuso, como uno de los objetivos a ser perseguidos en los tratados de libre comercio, otorgar a los inversionistas derechos consistentes con su legislación doméstica (y no mayores derechos como los tribunales arbitrales habían realizado). De igual manera, revisiones judiciales de algunos fallos arbitrales (i.e. el arbitraje de Methanex) y los textos en materia de inversiones en otros TLC -como el de Chile- han disminuido las posibilidades de que decisiones de los árbitros puedan tener como efecto indirecto afectar la capacidad regulatoria de los estados en materia ambiental y de salud (*chilling effect*), ante el temor de que las medidas sean cuestionadas por los inversores.

En el caso del TLC entre Centroamérica y EU existen salvaguardas que permiten minimizar esos riesgos y efectos indeseados, debido a que en el momento de su redacción se contaba con la experiencia del Nafta y el texto del Acuerdo de Estados Unidos y Chile. Además, el capítulo de Inversiones claramente indica que, en caso de conflicto con lo dispuesto en otro capítulo, prevalece lo establecido en ese otro capítulo. Así, por ejemplo, en el caso planteado en la pregunta prevalecería lo establecido en el capítulo 17, que exige a los países contar con buena legislación ambiental, mejorarla y aplicarla efectivamente.

A mi juicio, el principal problema del esquema de arbitraje radica en los costos del mismo, dado que, aun si la demanda del inversor tiene poco fundamento, el país debe asumir el costo de su defensa, que es alto (es duro incluso si el gasto puede recuperarse posteriormente en caso de que el inversor sea condenado a pagar las costas del proceso). A la fecha, Costa Rica enfrenta demandas de este tipo debido al TLC con Canadá, según reporta el propio Ministerio de Comercio Exterior.

2. Los ambientalistas han planteado que, en los hechos, con el TLC el carácter público del agua se diluiría, pues ese Tratado vendría a facilitar y estimular grandemente la comercialización de ese recurso; y agregan, de paso, que la institucionalidad hasta ahora existente se vería afectada. ¿Qué opina usted de eso?

Al respecto debe diferenciarse varios aspectos. No existe ningún motivo para que el TLC afecte la institucionalidad en materia de gestión del recurso hídrico. Tampoco el TLC impide que el país (los ministerios del Ambiente [Minae] y de Salud, el Instituto de Acueductos y Alcantarillados, etcétera) establezca los mecanismos de protección de ese recurso e, inclusive, que nueva legislación sienta condiciones de aprovechamiento de él y de control de la contaminación mucho más estrictas que las actuales. EL TLC no afecta el sistema regulatorio actual, incluyendo el caso del suministro de agua potable y el alcantarillado.

El otro aspecto es el de la comercialización del recurso hídrico. Es posible que el TLC genere mayor interés por parte de empresas para comercializar el agua (es decir, como un producto o bien transable en el mercado), aunque específicamente no se haya pensado en el recurso hídrico de esa manera. Lo que el país debe hacer es aplicar la legislación ambiental relativa al aprovechamiento del recurso (*Ley de aguas*, canon ambientalmente ajustado de aprovechamiento; decreto de creación del Departamento de Aguas del Minae, etcétera) y garantizar que cualquier concesión para aprovechar aguas (en este caso para su comercialización) deba ajustarse a los requisitos ambientales existentes (entre ellos, además, contar con la viabilidad ambiental dada por la Secretaría Técnica Nacional Ambiental, según lo establece el reglamento de evaluación de impacto ambiental).

3. Con el TLC el estado costarricense quedaría obligado a adherirse a la UPOV (Unión para la Protección de Obtenciones Vegetales), lo que, por cierto, acarrearía el riesgo de que los permisos de bioprospección se convirtieran en contratos de inversión ¿Tal obligación, que parece contraponerse a nuestra legislación en biodiversidad, impediría -o no- a las comunidades rurales y sus organizaciones proteger y administrar su biodiversidad?, ¿por qué?

La obligación de adherirse a UPOV 91 es clara, pero ello no se relaciona directamente con los permisos de acceso a recursos genéticos, incluyendo los de bioprospección. La UPOV establece reglas para la protección de las nuevas variedades de plantas. Algunas de las disposiciones de UPOV podrían eventualmente afectar prácticas

Jorge Cabrera Medaglia, especialista en derecho ambiental, es profesor en la Universidad de Costa Rica y abogado del Inbio.

campesinas de reuso e intercambio de semillas (el llamado derecho del agricultor), pero la UPOV da un margen de maniobra para que los países regulen este aspecto, por lo que, en realidad, resulta crucial que la legislación nacional en materia de obtentores norme adecuadamente éste y otros temas que se relacionan con la biodiversidad. Para tales efectos, el proyecto de *Ley de obtenciones vegetales* presentado a la Asamblea Legislativa en agosto pasado debe ser objeto de una lectura y redacción cuidadosa que garantice que el país pueda mantener y aprovechar las flexibilidades que otorga UPOV 91. Por lo demás, las disposiciones de acceso a recursos genéticos y protección de los derechos comunitarios *sui generis* de la *Ley de biodiversidad* no son afectados por UPOV 91.

Un tema diferente es el de si la bioprospección es un servicio y el prospector (extranjero) un inversor según el TLC. La respuesta, a mi juicio, es afirmativa. Un estudio que actualmente realizo para el Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible está analizando las implicaciones que ello tiene, por ejemplo, en materia de exigencias de distribución de beneficio (i.e. transferencia de tecnología). Igualmente, debe relacionarse esta respuesta con la pregunta 1 sobre implicaciones del capítulo de Inversiones sobre la potestad regulatoria en materia ambiental.



Finca La Esperanza, Costa Rica

Alfredo Huerta

4. ¿La apertura del mar territorial tico a compañías pesqueras que hace el TLC, y que parece asimétrica respecto de EU, augura -o no- que será sistemáticamente saqueada nuestra fauna marina, sufriendo social, económica y ecológicamente?

Los problemas derivados de la sobreexplotación de la fauna marina se deben a las pocas capacidades de control efectivo de lo dispuesto en la legislación nacional en la materia (i.e. nueva *Ley de pesca y acuicultura*, decretos sobre aleteo de tiburón, *Convenio sobre el derecho del mar*, etcétera). Si el país aplicase adecuadamente la normativa existente los impactos de la actividad sobre la fauna serían menores. Por el contrario, quizás el TLC o el Acuerdo e Cooperación Ambiental (que viene con el TLC) puedan ser fuente de nuevos recursos o cooperación técnica que permitan mejorar la capacidad de aplicación de la normativa nacional. En este sentido, la responsabilidad primaria de proteger la riqueza marina es nuestra. Por ejemplo, en el pasado se ha permitido actuaciones contrarias a la

normativa (i.e. que las aletas de tiburón vinieran amarradas, lo cual acertadamente la Procuraduría General de la República indicó era ilegal), que no tiene como explicación un acuerdo comercial, sino nuestra incapacidad de resguardar nuestros recursos. Ciertamente, sería deseable que Estados Unidos fuera parte de la *Convención de derecho del mar*.



Zona íctica

G. Aguilar, E. Bermúdez, K. Podlacha y J. Eberha

5. ¿La explotación de los bosques ticos, ahora regulada por la *Ley forestal* -y en el caso de los territorios indígenas también por el *Convenio 169* de OIT-, cómo se modificaría, y cuán peligrosamente, con la entrada en vigor del TLC?

No encuentro en el TLC disposiciones que obliguen a modificar la *Ley forestal* y la profusa legislación en esta materia. Nacionales y extranjeros deben cumplir con las disposiciones que regulan el aprovechamiento forestal en bosques, que incluyen la necesidad de contar con un plan de manejo, un regente, inspecciones o visitas previas de la autoridades del Minae, guías y placas para el transporte forestal, etcétera. Igualmente, el *Convenio 169* y el decreto de aprovechamiento forestal en territorios indígenas (que solo permite el doméstico) continuarían aplicándose.

6. El Informe de los notables indicó como preocupaciones principales en materia ambiental: la dispersión y la fragmentación de políticas, programas y mecanismos institucionales; la limitada capacidad de cumplimiento por parte de las agencias estatales del abundante marco jurídico existente; lo disperso de la legislación ambiental y las contradicciones existentes en ella, y el débil mandato del Minae con competencias diluidas en una amplia gama de instituciones. ¿Una vez aprobado el TLC, cómo se resolverían esas limitaciones?

El TLC no las resolverá, ni se debe exigir a un acuerdo comercial que las resuelva. Coincido con las apreciaciones de los notables respecto de la materia ambiental. Tampoco es un diagnóstico nuevo. Mucho informes de consultorías, procesos de elaboración de políticas y estrategias han concluido lo mismo. El reto que el TLC presenta, desde el punto de vista de la gestión institucional y la legislación ambiental, es el de cómo cumplir con las obligaciones de su capítulo 17 (que, además, son obligaciones constitucionales derivadas de los artículos 21, 46 y 50, entre otros), considerando la debilidad de la administración pública ambiental.

El TLC y el Acuerdo de Cooperación Ambiental pueden verse como una oportunidad para resolver de una vez por todas los eternos problemas de rectoría ambiental, dispersión normativa, limitada capacidad de cumplimiento. Lo anterior se facilitaría si existieran recursos financieros y técnicos a disposición de los países. Por ejemplo, hace pocos meses comenzó a operar, ubicada físicamente en la Secretaría de Integración Económica de Centroamérica, la instancia encargada de recibir las peticiones o quejas ciudadanas por incumplimiento de la legislación ambiental.