

EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y EL PRINCIPIO DE DOBLE CONFORMIDAD: UNA CONTRADICCIÓN INEXISTENTE

José Luis Campos^{1*}

SUMARIO. 1. Introducción: Concepto de doble instancia y doble conformidad. 2. Regulación normativa. 3. Análisis jurisprudencial sobre el principio de doble conformidad. 4. La doble conformidad y el recurso de apelación de sentencia penal. 5. Conclusiones.

1. Introducción: Concepto de Doble Instancia y Doble Conformidad

El maremágnum legislativo operado en la última década bajo la no siempre acertada justificación de procurar el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra Costa Rica por el caso Herrera Ulloa, ha producido un vaivén entre la vigencia y derogatoria del principio de doble conformidad en nuestro sistema procesal penal, si bien debemos reconocer que no se han presentado oscilaciones jurisprudenciales, porque siempre se ha considerado por parte de la Sala Constitucional como una garantía que no es violatoria de la Carta Magna.

Para situarnos conceptualmente, debemos señalar que la doble conformidad se entiende como la imposibilidad para los

órganos acusadores – Ministerio Público y querellante – de impugnar la absolutoria del imputado en un juicio de reenvío cuando éste fue igualmente absuelto en un primer debate. Las divergencias de criterios surgen principalmente por una aparente contradicción entre este principio y el derecho a la doble instancia en materia penal, entendiéndose por tal la posibilidad de impugnar ante un tribunal superior un fallo que resulte desfavorable.

Como veremos, la posible contradicción entre uno y otro principio queda salvada si se interpretan adecuadamente los instrumentos internacionales de derechos humanos, que de acuerdo con pronunciamientos reiterados de la Sala Constitucional, cuentan con mayor jerarquía incluso que el texto de la propia Norma Fundamental.

2. Regulación normativa

El derecho a la doble instancia en materia penal se encuentra consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas² y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos³, ambos ratificados por Costa Rica.

1* Abogado litigante Director del Área de Derecho Penal de la firma Batalla Abogados.

2 Vid. artículo 14.5.

3 Vid artículo 8.2.h).

Según el Pacto Internacional, “*toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.*” Por su parte, el Pacto de San José señala que “*2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*”

Una primera acotación que debemos realizar es que los instrumentos internacionales consagran como derecho fundamental la doble instancia únicamente para la persona inculpada de un delito, es decir, para el imputado.

A contrario sensu, las demás partes intervinientes en un proceso penal no tienen esa misma garantía de la doble instancia. Ello nos lleva a afirmar que una reforma legislativa que en el futuro llegase a eliminar la posibilidad de apelar los fallos absolutorios no sería violatoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque ello implique necesariamente un claro desbalance entre las partes procesales. Quizás por tal razón en las leyes de procedimiento domésticas (no sólo de naturaleza penal) se regula abiertamente la posibilidad de que cualquier parte disconforme con una sentencia pueda impugnarla ante un tribunal superior. Específicamente en el ámbito punitivo, el artículo 459 del Código Procesal Penal establece que “*el recurso de apelación de sentencia permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada*

alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia.”

Respecto de la doble conformidad, no existe en los tratados y convenciones de derechos humanos una norma expresa que disponga esta garantía, pero sí se encuentra en la normativa local. Concretamente, la Ley de Apertura de la Casación Penal⁴ introdujo en el Código Procesal Penal el artículo 451 bis en los siguientes términos:

“Artículo 451 bis.-Juicio de reenvío. El juicio de reenvío deberá ser celebrado por el mismo tribunal que dictó la sentencia, pero integrado por jueces distintos.

El Ministerio Público, el querellante y el actor civil no podrán formular recurso de casación contra la sentencia que se produzca en el juicio de reenvío que reitere la absolución del imputado dispuesta en el primer juicio, pero sí podrán hacerlo en lo relativo a la acción civil, la restitución y las costas.

El recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío, deberá ser conocido por el Tribunal de Casación respectivo, integrado por jueces distintos de los que se pronunciaron en la ocasión anterior. De no ser posible integrarlo con nuevos jueces, porque el impedimento cubre a titulares y suplentes, o no se cuenta con el número suficiente de suplentes, la competencia será asumida por los titulares

4 Ley número 8503 del 28 de abril del 2006.

que sean necesarios, no obstante la causal y sin responsabilidad disciplinaria respecto de ellos.”

En el año 2009, al promulgarse la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Intervinientes en el Proceso Penal⁵, se corrió la numeración de este artículo, el cual pasó a ser el 466 bis actual.

Un año más tarde, con la Ley de creación del recurso de apelación de sentencia penal⁶, las disposiciones del Código Procesal Penal relativas al recurso de casación se ubicaron a partir del artículo 467, y el artículo 466 bis fue derogado.

No obstante lo anterior, el voto número 2014-13820 de las 16:00 horas del 20 de agosto del 2014 de la Sala Constitucional declaró inconstitucional la derogatoria del artículo y le volvió a dar vigencia, la cual se mantiene hasta el momento. Por ello, la circunstancia, que en principio sería una mera reseña anecdótica sobre la numeración del artículo, cobró suma relevancia en el momento en que la Sala Constitucional le volvió a dar eficacia, pues quedó ubicada una norma relativa al recurso de casación dentro de las disposiciones que regulan la apelación de sentencia⁷.

3. Análisis jurisprudencial sobre el principio de doble conformidad

En el año 2009, se discutió por primera vez la posible inconstitucionalidad del principio de doble conformidad, o lo que es lo mismo, del artículo 466 bis del Código Procesal Penal. En aquella ocasión, la accionante argumentaba que *“En virtud de lo previsto en el artículo objeto de esta Acción de Inconstitucionalidad, el recurso de casación que presentó la accionante, en su calidad de querellante podía ser declarado inadmisibile, ya que si el acusado había sido absuelto en el primer juicio y como consecuencia de un recurso de casación se anula la sentencia y se ordena el reenvío y en el segundo juicio se le absuelve de nuevo, no podría presentarse un segundo recurso de casación, quedando así firme la sentencia absolutoria. Lo anterior, en criterio quien presenta la Acción, es contrario a lo dispuesto en la Constitución sobre el principio de igualdad, del que dice, deriva el de igualdad procesal y de inviolabilidad de defensa para todas las partes procesales; sobre el derecho de toda víctima a encontrar reparo a los daños recibidos y a la justicia pronta y cumplida; sobre el derecho del menor a la protección especial por parte del Estado y, por ende, el principio del interés superior del niño que consagra la Convención sobre sus derechos y lo que señala la Convención Americana sobre el derecho a recurrir del fallo ante un superior, derecho que le niega, en contravención al texto internacional, la norma de la ley ordinaria que recurre.”*

5 Ley número 8720 del 4 de marzo del 2009.

6 Ley número 8837 del 3 de mayo del 2010.

7 Al respecto, ver el Apartado IV de este trabajo.

La Sala Constitucional en la sentencia número 2009-7605 declaró sin lugar la acción interpuesta con fundamento en los siguientes razonamientos:

“El principio de igualdad que consagra la norma 33 constitucional, no refiere a un derecho de carácter absoluto, pues todos los derechos fundamentales, al ser reconocidos por el constituyente, deben ser regulados de manera que sea posible el ejercicio efectivo de los mismos por todos aquellos a quienes aplica. Ese principio se ha traducido en la máxima de que se debe tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales, de manera que quienes se encuentren en igualdad de condiciones deben ser tratados de la misma manera,; a contrario sensu, quienes se encuentren en desigualdad de condiciones deberá ser tratados de forma diferente, sin que por ello se violente el principio citado. De manera que el imputado y el querellante público son partes procesales, pero uno es el sujeto contra el cual se inicia el Proceso Penal y el otro la víctima del delito que se atribuye al primero, cada uno con su propia regulación conforme a la calidad de postulación que tienen en el Proceso Penal. Una distinción básica entre ambos que no es violatoria del principio de igualdad, sino conforme al mismo en el sentido arriba indicado en este voto, es que el imputado es, de pleno derecho, parte procesal y desde que asume la condición procesal de imputado, automáticamente asume la de parte procesal, mientras que la víctima del delito debe hacer una instancia de constitución de parte y una vez admitida ésta, asume la condición de parte procesal. Si bien el derecho de defensa, pilar del Proceso Penal, y como lo dispone expresamente el Código Procesal Penal en el artículo 12, es

inviolable desde la etapa del procedimiento penal y a lo largo de su desarrollo, para todas las partes, ello no significa que todas ellas deban tener los mismos derechos de intervención. Lo que debe asegurarse es que puedan ejercer válidamente su derecho a intervenir en el procedimiento y el proceso penal en defensa efectiva de sus derechos y, por tanto, sin menoscabo de los mismos que suponga indefensión de relevancia constitucional. De esta forma, el que las partes acusadoras no puedan formular recurso de casación contra la segunda absolutoria que se produzca como consecuencia del juicio de reenvío, no constituye en sí misma una violación a su derecho de defensa en el proceso, pues los derechos de unas deben matizarse con los derechos del acusado, en el marco de la igualdad procesal. Principio que, conforme a la función tuitiva que le corresponde a todas las autoridades públicas que intervienen en el Proceso Penal (artículo 6 del CPP, entre otros), debe ser preservado por estas autoridades, desde la función que les corresponde ejercer. Según lo dispuesto en el artículo cuestionado, el acusador tiene una oportunidad para la demostración de la culpabilidad del acusado, de manera que si se produce una absolutoria en el primer juicio, tiene el derecho de recurrir de la sentencia, pero si se anula la misma por vicios formales y se ordena el correspondiente reenvío y en el nuevo juicio se produce de nuevo una absolutoria, el legislador no permite que se pueda recurrir de nuevo hasta que el acusador logre la condena del acusado. Ya por segunda vez el órgano jurisdiccional fundamenta una absolutoria que debe mantenerse, sin que sea válido ni razonable que se pueda continuar, en detrimento de la seguridad jurídica, con una cadena de juicios hasta que se produzca una condena.

Y la víctima ha podido ejercer su derecho de persecución y de recurrir de la sentencia que no favorezca sus intereses como parte material del proceso penal.”⁸

En el año 2010, nuevamente se planteó una acción de inconstitucionalidad contra el principio de doble conformidad y la Sala Constitucional, reiterando los mismos criterios expuestos en el voto antes transcrito, confirmó su posición.

Los magistrados al resolver esta nueva cuestión de constitucionalidad sostuvieron que *“finalmente, el artículo 8 de la Convención Americana establece un listado de garantías procesales de las personas que son sometidas a una acusación penal. En el párrafo 2, después de prever el derecho a ser oído y convencido en juicio, consagra el principio de inocencia, para de inmediato detallar las garantías mínimas que deben ser respetadas a toda persona durante el proceso. De la lectura de cada una de ellas, citadas de los incisos a) al h) se puede colegir con claridad meridiana que se trata de garantías de una persona inculpada de un delito, y entre ellas está el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. Pero aun en el caso de que quisiera entenderse que por interpretación extensiva, en lo que aplique, que se trata de garantías para todas las partes del proceso, del derecho a recurrir del fallo no puede deducirse que es un derecho de ejercicio continuo, sin límite y las veces que lo considere pertinente la parte. Y aun cuando se diga que el inciso h) incluye a la víctima, ese derecho a recurrir del fallo es la consagración del derecho de la parte procesal de impugnar la resolución judicial que considere que le perjudica en la*

protección de sus derechos y la víctima ha podido hacer efectivo ese derecho mediante el correspondiente recurso de casación contra la sentencia absolutoria. El derecho de defensa que le asiste también a la víctima del delito, en su vertiente del derecho a impugnar, no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso cada vez que se da una decisión judicial que le afecta, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento Jurídico. No existe un derecho derivado de la Constitución ni de la Convención a disponer de un recurso contra la segunda sentencia absolutoria, por lo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador y por tanto, su no previsión no violenta ninguno de los dos cuerpos normativos. Y la condena del acusado debe ser el producto no del deseo de la víctima, sino de la comprobada culpabilidad, ya que se procede no para condenar, sino para determinar si se debe o no condenar y el acusado no puede exponerse a reiterados intentos impugnatorios del acusador que sólo han de ceder cuando éste logre finalmente condena de aquél. Por ello el propio constituyente consagra, como uno de los derechos fundamentales, el de la cosa juzgada, porque los procesos no pueden mantenerse indefinidamente en el tiempo en detrimento de la seguridad jurídica. Bajo el mismo fundamento, el sistema jurídico sólo permite el procedimiento de revisión a favor del condenado, el que opera únicamente respecto a sentencias firmes y a efectos de corregir posibles errores judiciales cometidos en contra del ya condenado. La víctima no puede impugnar mediante revisión una sentencia absolutoria que tenga el carácter

8 Sala Constitucional, voto número 2009-7605 de las 14:43 horas del 12 de mayo del 2009.

de cosa juzgada formal y material. Y sí puede impugnar la absolutoria, pero solamente una vez y ese trato distinto con el acusado no puede considerarse violatorio de los derechos de la víctima, la que definitivamente no se encuentra en igualdad de condiciones que el imputado, sujeto pasivo del proceso penal en cuanto es el sujeto contra el cual se incoa y tramita un proceso penal.”⁹

Ya una vez derogado el artículo 466 bis, se planteó una acción de inconstitucionalidad contra la decisión legislativa de dejar sin efecto la doble conformidad, la cual fue resuelta por los magistrados a favor de la garantía y restableciendo en el ordenamiento la norma derogada.

En aquella ocasión, los magistrados se manifestaron como a continuación se transcribe:

“Bajo el mismo criterio que esta Sala ya esbozó en el mencionado voto no.2009-7605, donde analizó la constitucionalidad de art.466 bis del Código Procesal Penal (antes 451 bis), se considera que la limitación al Ministerio Público, al querellante y al actor civil de la posibilidad de acudir una segunda vez a casación, cuando se reitera la absolutoria, no sólo es constitucional sino que, su derogatoria resulta inconstitucional. Esto por cuanto tal limitación está estrechamente relacionada con un ejercicio razonable y proporcional de la potestad represiva del Estado, pues el ejercicio de esta poder, no puede mantenerse de forma indefinida, hasta lograr el dictado de una sentencia condenatoria. Nótese que la cuestión de fondo va más allá de un asunto de política criminal, no se trata simplemente que el legislador en un momento dado incluyó

la limitación, pero, posteriormente, optó por suprimirla. Sino que una materia tan delicada como lo es el ius puniendi estatal, no puede quedar librada al legislador ordinario. De los principios constitucionales que consagra nuestra Carta Magna, particularmente el principio de seguridad jurídica, se puede inferir la necesidad que el ius puniendi del Estado se encuentre limitado, una de las formas de hacerlo es, justamente, impidiendo acudir una segunda vez a casación, cuando se reitera la absolutoria. El Estado no puede actuar como perseguidor ad infinitum. Se trata de un poder que se integra dentro de la potestad represiva, que debe tener una limitación, dada su naturaleza y sus efectos. Debe existir un límite razonable para formular una nueva impugnación. Considera esta Sala que, ciertamente, la derogatoria que hace el artículo 10 impugnado es inconstitucional, aunque no por las razones que expresa el accionante, ya que no se trata de una regresión en los derechos de los imputados, ni una lesión directa al derecho de obtener justicia pronta y cumplida. De los textos internacionales invocados, lo único que se deriva es la obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho de recurrir la sentencia a favor del imputado, pero no que exista prohibición para que se reconozca esta posibilidad a otras partes del proceso. La garantía de la impugnación, según el Pacto de San José, previsto en el artículo 8-2-h, es a favor del imputado. No se puede asumir que la Corte Interamericana haya indicado que la segunda absolutoria debe ser impugnable, porque la garantía de impugnación, conforme al derecho convencional, es a favor del acusado, del ciudadano al que le impone una condena. Lo que la Corte Interamericana estableció

9 Sala Constitucional, voto 2010-15063 de las 14:55 del 8 de setiembre del 2010.

en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica (2004), es que el Estado costarricense debe prever el derecho de impugnación de una sentencia, pero si la regulación que se hace en la ley del remedio procesal es excesivamente formalista o limitada, el derecho a impugnar, no resulta eficaz. La víctima puede ejercer de forma plena su derecho a impugnar la sentencia que no favorezca sus intereses, pero correlativamente a los derechos de la parte del proceso contra la que se dirige el mismo, sólo puede hacerlo conforme a ciertas limitaciones, de manera que la segunda absolutoria no es impugnante ante Casación, sin que de ello se infiera que su derecho a impugnar se viole; en el caso del órgano acusador y la víctima, se reconoce que puede impugnar, pero a tal poder procesal, se le pueden imponer límites, según criterio del legislador.”¹⁰

En el mismo voto, el Alto Tribunal agregó que *“Ciertamente, este Tribunal ha indicado que la definición de las características generales de los procesos judiciales constituye materia librada a la discrecionalidad del legislador ordinario. Sin embargo, el principio constitucional de seguridad jurídica, reconoce que el ius puniendi del Estado no es ilimitado, por este motivo da lugar a cuestionamientos de constitucionalidad, como cuando se derogan normas que convierten el ius puniendi en una potestad que puede ejercitarse ilimitadamente. Por ello, en tanto la norma impugnada implicó la derogatoria de una regla que limitaba el ius puniendi, expresado en el poder de persecución, se contraviene el principio de seguridad jurídica y el de limitación a la potestad represiva del Estado, lesionándose, por esta razón, el derecho de la Constitución.”¹¹*

Como se desprende de la lectura de estos fallos, la Sala Constitucional ha mantenido siempre en su línea jurisprudencial el apego del principio de doble conformidad y la posibilidad de restringir la facultad de impugnar para otros sujetos procesales que no sean el imputado al texto de la Constitución.

Y es que la conclusión no puede ser otra si se toma en cuenta el texto de los pactos internacionales y regionales de derechos humanos que se mencionaron anteriormente. El propósito de los Estados parte en dichos instrumentos fue el de garantizar el derecho únicamente para el imputado de recurrir un fallo condenatorio, por lo que una limitación para recurrir un fallo absolutorio es totalmente válida y no viola ningún derecho fundamental. Es más, la imposibilidad de recurrir no sólo la sentencia de un juicio de reenvío sino la sentencia no condenatoria en primera instancia podría implementarse perfectamente sin que por ello se transgreda ningún derecho fundamental. Reiteramos sin embargo que una posición en ese sentido podría ser considerada como extrema por generar serias desigualdades en cuanto a las partes procesales, y es por ello que compartimos plenamente el criterio de la Sala Constitucional respecto de la doble conformidad.

En síntesis, no existe ninguna contradicción entre el derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad, por cuanto el primero es un derecho fundamental establecido únicamente para un sujeto procesal en concreto – el imputado – y el segundo es una decisión legislativa que busca limitar la facultad de persecución penal

¹⁰ Sala Constitucional, voto 2014-13820 de las 16:00 horas del 20 de agosto del 2014.

¹¹ Idem.

del Estado y de los acusadores privados en aras de la seguridad jurídica.

4. La doble conformidad y el recurso de apelación de sentencia penal

Tanto el texto original del artículo 451 bis – hoy 466 bis – como la sentencia constitucional número 2014-13820 se refieren a la doble conformidad que opera al ordenarse en casación un juicio de reenvío.

No obstante lo anterior, como ya se indicó, el artículo 466 bis fue promulgado antes de la creación del recurso de apelación en materia penal y al ordenarse su eficacia nuevamente por parte de la jurisprudencia constitucional después de haber sido derogado, la sistemática actual del Código Procesal Penal lo colocó dentro de las regulaciones del recurso de apelación de sentencia y no dentro del recurso de casación.

Esta situación presenta una serie de interrogantes desde el punto de vista interpretativo que merece la pena repasar aunque sea brevemente, de las cuales la principal es establecer si la doble conformidad se aplica también tratándose de recursos de apelación de sentencia o si se encuentra limitada a los recursos de casación.

La jurisprudencia de los cuatro tribunales de apelación de sentencia penal que operan en la actualidad (San José, Cartago, Santa Cruz y San Ramón) se ha decantado por aplicar el artículo 466 bis a los recursos de apelación, aunque existen votos salvados que merece pena traer a colación por los temas de naturaleza interpretativa que tocan.

Así, en términos generales se ha dispuesto en relación con el ordinal 466 bis que *“De acuerdo con esta norma, entre otras cosas, no era admisible el recurso de casación -única forma de impugnar una sentencia penal en ese momento- contra una sentencia que, por segunda vez, absolviera al imputado. Con la entrada en vigencia de la ley 8837, denominada Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras Reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal, el 9 de diciembre de 2011, además de crearse el Recurso de Apelación contra la Sentencia Penal, se modificó el recurso de casación y se derogó el artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Esta última decisión originó la acción de inconstitucionalidad número 12-007781-0007-CO, la cual fue resuelta a través del pronunciamiento 2014-13820, emitido por Sala Constitucional, al ser las 16:00 horas del 20 de agosto de 2014. En éste se declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad y como consecuencia de ello, se restituyó la vigencia del artículo 466 bis del Código Procesal Penal. Ahora bien, dicha norma, originalmente, fue introducida para operar junto con el recurso de casación, única forma de impugnar sentencias en el año 2006. Sin embargo, al día de hoy, su ubicación física es al final de las normas que integran el recurso de apelación de sentencia penal, razón por la cual, aunque su contenido haga referencia al recurso de casación, debe entenderse que su aplicación es respecto al de apelación.”*¹²

En el mismo sentido, también se ha dicho en resoluciones de apelación de sentencia penal que *“Dado que la norma restituida le impide al Ministerio Público o al querellante*

¹² Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 2014-1737 de las 14:33 horas del 5 de setiembre del 2014.

plantear recurso (antes de casación, que era el único que estaba establecido antes del cambio de nomenclatura, y hoy debe leerse como de apelación de sentencia, pues, además, dicho numeral se ubica dentro del capítulo de este recurso y no dentro del de casación) contra una segunda absolutoria (penal) producida en una misma causa, lo procedente es declarar inadmisibles el presente recurso pues, conforme al numeral 90 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dicha declaratoria tiene efectos retroactivos a la fecha de vigencia de la norma, sin que, en la parte dispositiva publicada, se hayan dimensionado sus efectos.”¹³

Los jueces de apelación reconocen que estos pronunciamientos se apartan de la letra de la norma, pero lo justifican diciendo que *“aunque esta interpretación limita el ejercicio del derecho a recurrir al Ministerio Público, al querellante y al actor civil, es la que se aviene al sentido de la norma en su contexto original y favorece la libertad del imputado, por lo que se adecua a lo dispuesto en el artículo 2 del Código Procesal Penal.”¹⁴*

Precisamente la aplicación de la analogía a favor del imputado es la que en otras ocasiones ha llevado a los tribunales penales de segunda instancia a rechazar los recursos

de apelación cuando ha habido reenvío y nuevamente se absuelve al justiciable: *“lo que corresponde es declarar inadmisibles el recurso de apelación interpuesto por la representación fiscal, tal como lo impone la lectura y aplicación sistemática de los artículos 437, 458 y 466 bis del Código Procesal Penal, ya que las sentencias de los Tribunales Penales únicamente pueden recurrirse por los medios y en los supuestos expresamente establecidos, últimos de los cuales se excluyen aquellos casos en que se han dictado ya dos sentencias absolutorias. Aún cuando el artículo 466 bis citado hace referencia al recurso de casación, una aplicación analógica in bonam partem de ese precepto, capaz de provocar la ampliación y no la restricción de derechos fundamentales, obliga a que se interprete tal artículo respecto del recurso de apelación de sentencia, ya que debe atenderse la reforma introducida al Libro III –de los “Recursos”–, de la Segunda Parte del Código Procesal Penal, mediante la Ley N° 8837 de 3 de mayo de 2010, en la cual, mediante los artículos 458 a 466 bis, se regula que el medio por el cual se pueden recurrir las sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio en la actualidad es, precisamente, el recurso de apelación. Es esta interpretación la que mejor favorece la libertad del imputado (principio pro libertad),*

13 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 2014-2090 de las 15:22 horas del 23 de octubre del 2014. En el mismo sentido, véase el voto 2014-240 de las 15:28 horas del 17 de octubre del 2014 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz.

14 Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, voto 2014-1728 de las 11:54 horas del 5 de setiembre del 2014. Según el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón, “Esta interpretación no es aislada, sino que también es compartida además por el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, en los votos 2014-02090 y 2014-02390. En este mismo orden de ideas, estimamos que la doble conformidad además sería de aplicación en la actualidad no solo en cuanto al recurso de apelación de sentencia, sino también respecto al recurso de casación penal cuando la segunda absolutoria es dictada por el Tribunal de Apelación de Sentencia. Así las cosas, lo procedente en este asunto ante la existencia de dos sentencias absolutorias en favor del imputado es declarar la inadmisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial judicial del querellante y actor civil, cuyos reclamos se limitaron a impugnar la condenatoria en el ámbito penal.” Vid. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón, voto 2015-58 de las 9:20 horas del 3 de febrero del 2015.

y la que de mejor manera impone límites materiales, reales, al poder punitivo del Estado."¹⁵

Los votos de los tribunales de apelación no han estado exentos de discusión en cuanto a la aplicación de la doble conformidad a la apelación de la sentencia y en muchas opiniones disidentes de jueces se arguye que el sentido literal de la norma no permite la aplicación que los votos de mayoría han sostenido: *"Si bien es cierto mediante el voto 13820 del 20 de agosto del 2014 al Sala Constitucional declaró inconstitucional el artículo 10 de la ley 8837 citada supra y restableció la vigencia del artículo 466 bis y el principio mencionado, lo cierto es que dicho principio estaba previsto por el legislador únicamente para el recurso de casación, al no estar redactado en su totalidad el voto del Tribunal Constitucional, no se sabe si el restablecimiento de dicha norma se puede extender al recurso de apelación. Hasta tanto no se exprese ese dimensionamiento de la norma, negar el recurso, considera este juzgador, sería hacer una interpretación extensiva de un principio que hasta el momento no existe y que sería contraria al principio de interpretación restrictiva contemplada en el numeral 2 del Código Procesal Penal cuando se trata de limitar derechos de las partes, norma que e indica: "ARTÍCULO 2.- Regla de interpretación. Deberán interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. En esta materia, se prohíben la interpretación extensiva y la analogía mientras no favorezcan*

la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el procedimiento."(*la cursiva y el subrayado no son del original*). *Por las razones que se exponen estima este juzgador, que hasta tanto no esté redactado el voto de la Sala Constitucional que con certeza absoluta permita aplicar el principio de referencia al recurso de apelación, no es posible negarlo al Ministerio Público, ya que interpretar en contrario violenta groseramente el principio de legalidad, siendo de mayor prudencia admitir y resolver el recuso planteado.*"¹⁶

Igualmente, otro voto salvado razonó en otra ocasión que *"Como puede verse claramente, el ordenamiento procesal penal quedó integrado con dos normas con idéntico nomen iuris, sin embargo, difieren esencialmente en cuanto a su regulación, pues la primera alude específicamente al recurso de apelación de sentencia, mientras la segunda alude al de casación. Así las cosas, la interpretación sistemática viable es considerar que el supuesto de limitación de recurrir que establece la "doble conformidad", se debe interpretar que solo rige para interponer el recurso de casación y no el de apelación de sentencia, con lo que en apelación de sentencia se podría anular cuantas veces proceda la sentencia de instancia, aún cuando esta sea absolutoria. Es decir, la norma instrumental del numeral 466 bis tiene como destinatario al Tribunal de Casación Penal y no al Tribunal de Apelación de Sentencia. En razón de lo anterior, por criterio minoritario estimo que, aunque en este caso específico recayó una nueva sentencia absolutoria, no habría ninguna limitación*

¹⁵ Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, voto 2014-459 de las 14:15 horas del 30 de setiembre del 2014.

¹⁶ Vid. voto 2014-240 de las 15:28 horas del 17 de octubre del 2014 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Santa Cruz, concretamente el voto salvado del juez Roy Badilla Rojas.

*procesal para este Tribunal de Apelación de Sentencia en entrar a conocer los motivos de disconformidad del recurrente.*¹⁷

En nuestro criterio, el sentido expreso del artículo 466 bis no puede trastocarse y simplemente leerse “recurso de apelación de sentencia” donde el legislador ha dicho “recurso de casación”, por más que el artículo hoy se encuentre dentro de las disposiciones del recurso de apelación de sentencia.

Tal y como se encuentra redactado el voto de la Sala Constitucional 2014-13820, en ningún momento se hizo referencia a la aplicabilidad de la norma a la apelación y más bien siempre se realizaron claras menciones a la casación. La Sala tampoco hizo ningún dimensionamiento de la sentencia que permitiera dicha aplicación.

Para salvar el obstáculo interpretativo, la solución es echar mano del artículo 2 del Código Procesal Penal, como lo han hecho algunos de los votos de apelación transcritos, con el fin de favorecer la libertad personal mediante la argumentación *a simili*. Se podría argumentar que la hermenéutica de los tribunales de apelación de sentencia al declarar inadmisibles apelaciones contra la sentencia absolutoria del juicio de reenvío violenta el propio artículo 2 al limitar el ejercicio de un poder o derecho conferido a otros sujetos del proceso, ya sea el Ministerio Público o el querellante, pero según lo analizado, el derecho de recurrir un fallo desfavorable es absoluto nada más para el imputado, tal y como lo señalan los tratados sobre derechos humanos que se repasaron páginas atrás.

Entendemos que esta es una manera de llenar un vacío legislativo que puede ir contra la seguridad jurídica, pero es la única forma de darle coherencia a una ley procesal que especialmente en los últimos diez años ha sido reformada sin reflexión a profundidad y sin sentarse con la acuciosidad y seriedad que el tema merece.

5. Conclusiones

Entre el derecho a la doble instancia y el principio de doble conformidad no existe ningún antagonismo. La doble instancia es un derecho fundamental que tiene únicamente el imputado, mientras que la doble conformidad es una decisión legislativa que busca dotar de seguridad jurídica a los intervinientes del proceso al evitar sucesiones interminables de reenvíos cuando hay absolutorias. Por otra parte, las sentencias de la Sala Constitucional han dejado claro que la doble conformidad se encuentra totalmente apegada al Derecho de la Constitución.

Ahora bien, no podemos cerrar los ojos e ignorar que la regulación actual de la doble conformidad no es la óptima. Lo que comenzó como una decisión para limitar la cantidad de veces que un imputado puede ser juzgado tras un reenvío ordenado en casación luego de una absolutoria— antes de la existencia de los tribunales de apelación — se vio afectada por la sucesión de leyes penales sustantivas y procesales de los últimos años y por un pronunciamiento de la Sala Constitucional que omitió ubicarla sistemáticamente donde correspondía en el Código Procesal Penal luego de haber sido derogada la norma del artículo 466 bis y de recobrar vigencia por el

17 Vid. Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de San Ramón, voto 2015-58 de las 9:20 horas del 3 de febrero del 2015, específicamente el voto salvado del juez Jorge Morales García.

efecto de la sentencia constitucional 2014-13820.

Eso ha producido interesantes debates en la jurisprudencia sobre si es posible aplicar la doble conformidad al recurso de apelación o si está circunscrito únicamente a la sede de casación, con argumentos muy interesantes en uno y otro sentido. Ha prevalecido, sin embargo, la aceptación de la doble conformidad en apelaciones de sentencia, respaldados en la tesis del sentido original

de la norma contenida en el artículo 466 bis del Código Procesal Penal y la analogía in bonam partem.

Esperemos que la doble conformidad no sufra los embates de quienes quieren reducir las garantías procesales de los imputados. Si ello sucede, pasaríamos a tener un nuevo instituto jurídico: la potestad de ser juzgado indefinidamente hasta que recaiga una condenatoria.

¿PUEDEN LOS ÁRBITROS DICTAR MEDIDAS CAUTELARES? EL CASO DE COSTA RICA

M.Sc. Herman M. Duarte*
M.Sc. Róger Guevara Vega**

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La regulación del Arbitraje en Costa Rica. 3. Los requisitos para la implementación de medidas cautelares de conformidad con la Ley 8937. 4. Conclusiones.

Introducción:

Es innegable que parte del éxito del arbitraje se debe a su celeridad y a la posibilidad de ejecutar la decisión final del arbitraje – el laudo – de manera forzosa, es decir, con los mismos efectos de una sentencia dictada por el Órgano Judicial. Ahora bien, estas últimas ventajas se han enfrentado a la dura y siempre triste realidad que toda virtud escrita en papel se enfrenta al concretarse con la realidad.

En la práctica vemos casos de procesos arbitrales que se ven imposibilitados en continuar con los procedimientos por objeciones jurisdiccionales, que por gracia de los mecanismos legales, llegan a las Cortes Nacionales impidiendo avanzar hasta no tener un “refrendo” de parte de la autoridad estatal que confirme la competencia del Tribunal Arbitral, en abierta contravención del

principio de injerencia judicial mínima. Otro problema que se ha presentado es, una vez el laudo listo para ser ejecutado, el mismo termina como una muestra más de prosa jurídica, que no podrá materializarse por la falta de activos que ejecutar, por la falta de situación jurídica concreta que rectificar, o bien, por la tardanza del proceso arbitral. En fin, las resultas del proceso arbitral no son ejecutables.

En este contexto, las medidas cautelares cobran importancia, vienen a coadyuvar al cumplimiento de las prometidas ventajas del arbitraje. El presente artículo, explorará las facultades que por efecto de la Ley 8937 –la Ley Sobre Arbitraje Internacional Comercial– tiene un Tribunal Arbitral para ordenar medidas cautelares a las partes. En este sentido, el trabajo ha sido dividido en tres partes: la primera destinada a explicar el sistema dualista con el que se regula el arbitraje en Costa Rica; la segunda, para discutir sobre los requisitos para que puedan ser dictadas; y, una predecible última parte destinada para conclusiones.

* Herman Duarte es asociado en Batalla Salto Luna. Abogado (Costa Rica y El Salvador) y Notario Público (en El Salvador). LLM en Arbitraje Internacional Comercial por la Universidad de Estocolmo (Suecia) y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Escuela Superior de Economía y Negocios (El Salvador). Contacto: hduarte@batalla.com.

** Róger Guevara es socio en Batalla Salto Luna. Abogado y Notario. Dirige la práctica de Comercio Exterior y codirige la práctica de resolución de disputa de la Firma. Cuenta con una especialización en Derecho de Transporte Aéreo por la Universidad de Utrecht (Holanda). Es Master en Derecho Empresarial y Tributaria por la Universidad para la Cooperación Internacional y Licenciado en derecho por la Universidad de Costa Rica. Experto en Aduanas y Comercio Exterior de la Universidad. Contacto: rguevara@batalla.com.

2. *La Regulación del Arbitraje en Costa Rica: dualista*

A diferencias de lo que ocurre en otras jurisdicciones¹ donde en un solo cuerpo normativo se regula los diferentes aspectos relevantes para el arbitraje local e internacional. En Costa Rica rige un sistema dualista, donde la Ley 7727 es la normativa que rige en lo referente al arbitraje nacional desde 1997, y la Ley 8937 hace lo suyo para el arbitraje internacional, desde el año 2011.

Existen muchas diferencias entre el arbitraje nacional y el internacional, pero dentro de esta multiplicidad de diferencias se destaca que

para este último, se debe aplicar estándares internacionales en la sustanciación del proceso, siendo injustificado que se pretenda aplicar los estándares locales al proceso².

Con la entrada en vigor de la Ley 8937, Costa Rica³ se incorporó en el proceso de uniformización⁴ del tratamiento del arbitraje internacional comercial, al igual y como ha ocurrido en más de 60 jurisdicciones⁵ que han implementado normativa inspirada en la propuesta de la ley modelo sobre arbitraje internacional comercial de la CNUDMI.

Esos aspectos, internacionales y fines de uniformización de la normativa arbitral,

- 1 Por ejemplo, El Salvador, en donde la regulación para los dos tipos de arbitraje se encuentra contenida en un solo cuerpo normativo: La Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje. Otro caso lo encontramos en Suecia, donde en el "Swedish Arbitration Act(1999)" se regula lo relativo para el arbitraje nacional e internacional. Un incentivo interesante que incluye el Swedish Arbitration Act (sección 51) para que partes completamente ajenas a Suecia, elijan a Suecia como sede de arbitrajes internacionales, es la facultad que tienen las partes en optar que el laudo arbitral no este sujeto a recurso alguno, o bien limitar el alcance del recurso de nulidad. Versión en inglés disponible en: <http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-sfs-1999121.aspx>
2. Una crítica reciente, a esa errada práctica de juzgar a un arbitraje internacional como si fuese un arbitraje local, lo encontramos en la discusión que ha generado el reciente fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *BG Group c/ Republic of Argentina*. Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, Kluwer Law International organizaron un panel de discusión al respecto. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fQPllmURi24>. El panel en general crítica que el caso – de naturaleza innegablemente internacional- haya sido resuelto sin referencia alguna a parámetros internacionales, y se haya circunscrito el análisis cómo si hubiese sido un caso de arbitraje local. No obstante ello, la opinión concurrente de la magistrada Sotomayor hace una referencia de manera indirecta a ciertos parámetros internacionales que se debieron de tomar en cuenta en la decisión de la mayoría. Es importante aclarar que el caso en comento se trata de la materia de arbitraje de inversión. La decisión de la Suprema Corte se encuentra disponible en inglés en: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf.
3. Este es una recomendación directa a los legisladores salvadoreños, a fin que adopten las sugerencias de la CNUDMI y se establezca un marco normativo del arbitraje de la mano con las tendencias modernas y que los países vecinos tales como Costa Rica y Panamá han adoptado. No puede perderse de vista que en el 2009, se reformó la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje (LMCA), hiriéndola de muerte, con la habilitación de la apelación en los arbitrajes de derecho, violando principios elementales del arbitraje (e.g. principio de finalidad, autonomía de las partes, libertad de contratación, etc.). Básicamente, con estas reformas se habilitaba dos cosas: primero, recurso de apelación en los arbitrajes dictados en derecho (es decir, aquellos arbitrajes que usan la ley para llegar a una decisión, en contraposición a los arbitrajes de equidad, que usan el sentimiento de lo 'justo' para decidir); y segundo, que el Estado Salvadoreño cuando decida pactar arbitrajes, solo pueda optar por arbitrajes de derecho. Es decir, arbitrajes con derecho de apelación.
4. The Model Law was developed to address considerable disparities in national laws on arbitration. The need for improvement and harmonization was based on findings that national laws were often particularly inappropriate for international cases. "UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations", New York, 2012: 1. Disponible en www.uncitral.org
5. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 1. En el mismo sentido, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations: párrafos 1, 5, 6, 7, 8 y 9. Ambos documentos disponibles en www.uncitral.org

son importantes a tomar en cuenta para la interpretación y entendimiento del articulado de la Ley 8937. Su importancia es de tal magnitud que la normativa incluyó un artículo (Art.2A de la Ley 8937) que faculta el uso de jurisprudencia internacional, así como fuentes de derecho internacionales para lograr con el cometido⁶, además que faculta una interpretación más liberal⁷ del articulado.

La Ley 8937 se encuentra inspirada en la versión de la Ley Modelo de la CNUDMI del 2006⁸, y expresamente establece que el Tribunal Arbitral tiene poderes para dictar medidas cautelares⁹. Esto resulta una marcada diferencia¹⁰ con la ley 7727, encargada de regular el arbitraje doméstico, que no establece tal poder a los árbitros¹¹. Con este cambio, se confirma la importancia

6. "The revision of the Model Law adopted in 2006 includes article 2 A, which is designed to facilitate interpretation by reference to internationally accepted principles and is aimed at promoting a uniform understanding of the Model Law." UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 1. En el mismo sentido, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations: parágrafo 7. Ambos documentos disponibles en www.uncitral.org.
7. "The revision of the Model Law adopted in 2006 includes article 2 A, which is designed to facilitate interpretation by reference to internationally accepted principles and is aimed at promoting a uniform understanding of the Model Law." UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 1. En el mismo sentido, "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration", United Nations: parágrafo 7. Ambos documentos disponibles en www.uncitral.org.
8. La regulación de las medidas cautelares en la versión del año 2006 Ley Modelo de la CNUDMI experimentó mejoras sustantivas en lo que respecta a la regulación de las medidas cautelares, por cuanto otorga un poder mucho más amplio a los árbitros en comparación con la versión de 1985. Ello por cuanto, en la regulación de las medidas cautelares de la versión de 1985, las Cortes Nacionales determinaron que la redacción limitaba a medidas relacionadas de manera directa con la protección de la materia objeto de la disputa, no otorgando poderes adicionales al Tribunal para ejecutar dicha orden. La nueva versión de la Ley Modelo UNCITRAL del 2006, que corresponde a la instaurada en Costa Rica por medio de la Ley 8937, otorga un poder mucho más amplio a los árbitros en comparación. Al respecto, ver el caso CLOUT No.565 [Oberlandesgericht Frankfurt a.M., Alemania, 24 Sch 01/01, 5 de abril 2001] disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html. UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 86. En el mismo sentido, ver el documento titulado "Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International commercial Arbitration", United Nations: parágrafo 4, 27, 28, 29 y 30. Ambos documentos disponibles en www.uncitral.org.
9. Tal facultad ha sido reconocida expresamente por una gran cantidad de jurisdicciones, a manera de ejemplo citamos las siguientes: Alemania (Art. 1041), Bélgica (Art.1691.1), Bolivia (Art.35), Canadá (Art.17), Chile (Art. 17), Colombia (Art.152), Ecuador (Art.9), España (Art.23), Guatemala (Art.22), Japón (Art.24), Malasia (Art.19.1), México (Art. 1433), Nicaragua, (Art.43), Panamá (Art. 24), Perú (Art.47), Suecia (Art.25), Suiza (Art.183) y Venezuela (Art.26). Asimismo, la jurisprudencia internacional se ha pronunciado al respecto, destacamos la sentencia del caso CLOUT No.386 correspondiente al caso dictado por Ontario Court of Justice en el caso ATM Compute GmbH contra DY 4 Systems Inc del 8 de junio de 1995, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html. Igualmente, es importante rescatar que las Cortes Nacionales también pueden dictar medidas cautelares, y que recurrir a su auxilio, no significa un repudio al compromiso adquirido en la cláusula arbitral, de conformidad con el art.9 de la Ley 8937.
10. En Costa Rica existe un sistema dualista con marcadas diferencias, al respecto ver Jiménez Figures, Dyalá. "La Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica, una visión siempre optimista", Revista El Foro del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, edición 13, Oct.2012: 93-100. Para una revisión de las fuentes del derecho arbitral costarricense, recomiendo revisar: Duarte, Herman y Guevara Róger, "¿Matrimonio o Divorcio del Arbitraje y el CPC. Depende de los Contrayentes", Revista Costarricense de Derecho Internacional, II edición, Agosto 2014. Disponible en: <http://www.acodicr.org/images/revista2>.
11. En lo concerniente, la Ley 7727 indica lo siguiente: "ARTÍCULO 52.- Medidas cautelares En cualquier etapa del proceso, las partes pueden solicitar a la autoridad judicial competente medidas cautelares. Además, de oficio o a instancia de parte, el tribunal arbitral podrá pedir, a la autoridad competente, las medidas cautelares que considere necesarias. La solicitud de adopción de medidas cautelares dirigida a una autoridad judicial, por cualquiera de las partes, no será considerada incompatible con el proceso arbitral, ni como renuncia o revocación del acuerdo arbitral."

de las medidas cautelares¹² para configurar al arbitraje como el mecanismo idóneo para la resolución de disputas comerciales internacionales¹³.

Del expediente legislativo de la Ley 8937, se desprende lo siguiente en relación con el poder¹⁴ delegado a los árbitros para dictar medidas cautelares:

“La importancia que la Ley Modelo concede a este apartado, uno de los que mayormente reformados en 2006, obedece a la relevancia de estas medidas para el éxito del arbitraje... Este profuso desarrollo de las medidas cautelares contrasta con el escueto y lacónico texto del artículo 52 de la Ley RAC. La Ley Modelo por el contrario, crea un régimen especial, propio para el arbitraje, que si bien necesitará indefectiblemente apoyarse en

las potestades del imperio de la jurisdicción, se regirá por esta normativa especializada... Todo este régimen de medidas cautelares y órdenes preliminares es nuevo y no tiene correlativo en el arbitraje nacional¹⁵.”

En este entender, un Tribunal instalado en Costa Rica, tiene poderes suficientes para implementar medidas cautelares. Un Tribunal en Costa Rica obtiene tal poder desde el momento de su instalación y se mantiene, inclusive, ante cuestionamientos a la jurisdicción y competencia del Tribunal¹⁶. La regulación de las medidas cautelares en manos de un Tribunal Arbitral se encuentra en los artículos 17, 17 A, 17 D, 17 E, 17 F y 17 G correspondientes al capítulo IV A de la Ley 8937¹⁷. El primero de los artículos en referencia, el 17, establece el concepto¹⁸ de medida cautelar, la característica de

12. Al respecto, traemos a mención el reporte del Grupo de Trabajo de UNCITRAL para la elaboración de los artículos que regulan las medidas cautelares en la Ley Modelo Sobre Arbitraje Internacional Comercial. “Report of the Working Group on Arbitration on the Work” of its thirty second session: párrafos 60 al 62. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/64/PDF/V0053064.pdf?OpenElement>.
13. La doctrina opina que negar la posibilidad de medidas cautelares en el arbitraje implica una violación directa a la tutela judicial efectiva, por lo que se desprende la importancia y relevancia que los Tribunales Arbitrales tengan la facultad de dictar medidas cautelares. Al respecto ver Fernández Rozas, José Carlos “Arbitraje y Justicia Cautelar”, Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007: 26.
14. En relación con las facultades que conferidas a los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares remitimos al Tribunal Arbitral a la guía de arbitraje preparada por la comisión de arbitraje de la IBA. JIMENÉZ Dyalá. Arbitration Guide. Costa Rica. International Bar Association, 2012, p. 9. En el mismo contexto, la Corte Suprema de Justicia de Canadá ha indicado: “the analysis of the powers granted to an arbitrator under an arbitration agreement should also be made through a generous and liberal vision which is more in line with the modern interpretation of conventional arbitration as proposed by the Supreme Court of Canada.” Caso Clout 1268 correspondiente a Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc., 2012 QCCA 385 (CanLII) del 29 de febrero del 2012, <http://canlii.ca/t/fqcwz>.
15. Informe Jurídico del Proyecto de Ley “Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)” del 7 de abril del 2010, correspondiente a folios 85 y 86 del expediente de Ley No. 17593. Tal y como se desprende de la lectura, la innovadora regulación también incluye un apartado sobre “órdenes preliminares”, las cuales son una suerte de medidas precautelares que por su naturaleza se dictan sin audiencia a la parte contraria, pero que tienen una fecha de expiración de 20 días a partir de la fecha de emisión. Las ordenes preliminares sirven como una garantía de viabilidad del dictado de una medida cautelar, por supuesto, deberá analizarse caso por caso la procedencia y conveniencia de solicitar.
16. BORN Gary. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International BT Holanda, 2012, p. 209.
17. Para los fines del presente artículo, únicamente se enfoca el análisis en los artículos 17 y 17 A.
18. “Las medidas precautorias son herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la Litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final.” GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, tercera edición, 2011, p. 625

temporalidad que deben revestir y su tipología. De la tipología, dado el limitado espacio, nos enfocaremos en 2 de los 4 tipos descritos.

El primer tipo de medida cautelar, es la regulada en el Art.17.2.a¹⁹. Este tipo de medida cautelar busca mantener o restablecer el status quo en espera que se dirima la controversia. El término “*Status Quo*” ha sido interpretado por medio de las jurisprudencia internacional como: “*el último estado de paz entre la partes*²⁰.” La doctrina, en similares términos, lo ha entendido como “*órdenes en el sentido de que se continúe con la ejecución de un contrato durante el procedimiento arbitral...órdenes para impedir la adopción de medidas hasta que se dicte el laudo, órdenes para proteger bienes...*”²¹ entre otras definiciones de “*Status Quo*”²².

Finalmente, en relación con el “*Status Quo*”, no debe dejar de mencionarse que se trata de un concepto sumamente flexible²³.

El segundo tipo de medidas cautelares por describir son las reguladas en el 17.2.b²⁴, las cuales tienen como destino impedir algún daño actual o inminente, así como el menoscabo del procedimiento arbitral.

Al igual y como ocurre con otras normas que componen el clausulado de la Ley 8937, las disposiciones relativas a la adopción de medidas cautelares se deben interpretar de forma liberal, a fin que el Tribunal tenga una amplitud en el dictado de medidas cautelares²⁵.

Algunos ejemplos de la amplitud con la que gozan los Tribunales de Arbitraje con facultad para dictar medidas cautelares en

19. “a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia.”

20. “the last peaceable state of affairs between the parties” Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010, tal y como fue reportado en UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 87.19.

21. GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco. Arbitraje. Editorial Porrúa, México, tercera edición, 2011, p. 627

22. CIADI lo ha definido el Status Quo de la siguiente manera: “se basa en el principio de que una vez que se somete una diferencia a arbitraje, las partes no deben tomar medidas que puedan agravar o ampliar su diferencia u obstaculizar la ejecución del laudo”, en ICSID Reports Vol.1. Citado en el párrafo 134 de Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI ARB/06/2, Decisión en medidas precautorias del 26 de febrero del 2010.

23. La jurisprudencia internacional ha determinado que este concepto puede significar un momento en el tiempo previo a la ocurrencia de la conducta que está siendo reclamada que sea detenida; también, puede ocurrir en el momento del inicio de procedimientos; e incluso un momento posterior al inicio de los procedimientos. Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010: 24.

24. “b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral.”

25. El profesor Heuman, comentando sobre los trabajos preparatorios ha indicado: “...the arbitrators have extensive powers of issuing orders directly aimed at ensuring the enforceability of a future award...” HEUMAN, Lars. Arbitration Law in Sweden: Practice and Procedure. Juris Publishing, 2003, p. 334. Otro tratadista de gran prestigio indica lo siguiente: “...amplia libertad para dictar las que consideren conveniente. Su alcance viene determinado por el propio objeto del litigio...” Fernández Rozas, José . Asimismo, la CNDUMI ha indicado: “Cases from jurisdictions that have adopted article 9 reveal that courts have also favored a broad view of the types of interim measures that should be deemed not to be incompatible with an arbitration agreement.” “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration”. United Nations, New York, 2012: 54. Los trabajos preparatorios del artículo 9 de la Ley Modelo, refiriéndose a la no conceptualización de medidas cautelares, indican que el rango de las medidas cubiertas por la normativa es muy amplia: “range of measures covered by the provision is a wide one.”. “UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration”. United Nations, New York, 2012: 53. 24.

arbitraje internacionales se encuentra en los siguientes: "... (i) *medidas cautelares destinadas a acomodar o asegurar la continuación de las relaciones contractuales durante la duración del procedimiento arbitral: orden al contratista de continuar los trabajos de construcción y /orden al dueño de la obra de efectuar los pagos correspondientes...* (ii) *medidas cautelares destinadas a asegurar la ejecución del laudo final; (iii) otorgamiento de una provisión...*"²⁶

Ejemplos más específicos de la amplitud con la que gozan los árbitros para diseñar medidas cautelares para cada caso concreto, las encontramos en los siguientes ejemplos:

La orden de efectuar pagos en una cuenta de garantía ("scrow account") abierta conjuntamente por el demandante y el demandado, en una entidad bancaria en un

tercer país, no pudiendo ser transferidas ni utilizadas hasta el dictado del laudo²⁷.

Medidas ordenadas para efectuar planes de saneamiento del suelo de una planta industrial ante los reclamos de contaminación²⁸.

La decisión que ordena el ejercicio de derechos contractuales para preservar el status quo²⁹, entre otras³⁰.

En definitiva, como señala un autor español: "las medidas cautelares que los árbitros pueden ordenar consisten en la creación a cargo de las partes de las obligaciones de dar, hacer o no hacer³¹." La incorporación de tal potestad a los tribunales arbitrales que se constituyan bajo la Ley 8937, sin lugar a dudas significa un paso importante para Costa Rica en posicionar al país como un potencial centro de arbitrajes internacionales.

-
26. Los ejemplos fueron extraídos del trabajo de González de Cossío, en el que da una serie de ejemplos de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales bajo las reglas de arbitraje de la CCI, que si bien es cierto tienen una redacción diferente al artículo 17 de la Ley 8937, los ejemplos son ilustrativos para evidenciar la amplitud y el alto grado de sofisticación de las medidas cautelares ordenadas por los tribunales arbitrales en arbitrajes internacionales. González de Cossío, Francisco, "Medidas Urgentes y Ordenes Preliminares en Arbitraje. Dos nuevas y efectivas herramientas procesales", disponible en www.gdca.com.mx
27. Sperry International Trade v. Government of Israel, 532, F Supp 901 (SDNY 1982), disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/532/901/2145421/>.
28. Tal y como reporta el documento: LÓPEZ DE ARGUMEDO Álvaro. Medidas cautelares en Arbitraje Internacional y Nacional elaborado por el despacho Uría Menéndez: 20. Disponible en: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM_ALAMedidas.pdf?id=3772.
29. "Examples of provisional or interim decisions include grants of interim protective measures aimed at preserving the status quo or interim determinations (such as permitting a party to remain in possession of property or to exercise contract rights) during the pendency of a proceeding." BORN Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International 2009: 1945, pie de página 11.
30. Otros ejemplos de medidas cautelares adoptados por Tribunales Arbitrales los encontramos en la disertación de Silva Romero, Eduardo: "Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro" disertación presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, Madrid, 17-19 de junio del 2007:7. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>.
31. SILVA ROMERO Eduardo: "Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro" disertación presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, Madrid, 17-19 de junio del 2007. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>. En igual sentido, Fernández Rozas indica que: "aquellas medidas dirigidas directamente contra los bienes que están en posesión de una persona para primar o limitar su control sobre los mismos y a las que poseen como función que la otra parte haga o deje de hacer alguna cosa." Fernández Rozas, José Carlos: "Arbitraje y Justicia Cautelar", Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007: 29.

3. **Los requisitos para la implementación de medidas cautelares de conformidad con la Ley 8937**

Entendiendo el amplio rango de acción que un Panel Arbitral tiene para dictar medidas cautelares, es procedente revisar los requisitos que deben cumplirse para su otorgamiento. Estos, se encuentran regulados en el artículo 17 A de la Ley 8937 y son los siguientes:

- a) Que en caso de no otorgarse la medida, se produzca un daño, no resarcible adecuadamente por indemnización (Art.17A.1.a);
- b) Que tal daño potencial, sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida (Art.17A.1.a); y,
- c) Que exista una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere (Art.17A.1.b).

En relación con el primero de los requisitos, nótese que el estándar instaurado por el

legislador es, de no otorgarse la medida, se dé algún “daño no resarcible adecuadamente mediante una indemnización”, y no el de un “daño irreparable³²”. Este último estándar es según la doctrina en arbitraje internacional un estándar mucho más riguroso de alcanzar³³.

Esto significa que para el otorgamiento de las medidas cautelares, se debe estar frente a una situación que no pueda ser compensada adecuadamente con una compensación económica³⁴, aunque la compensación sí sea posible, y no que sea irreparable económicamente. El estándar es menor que el requerido por la Ley 7727.

En lo que respecta al segundo, se trata del balance de conveniencia de adopción de la medida solicitada y el gravamen que está significaría a la parte a la cual se le imponga el cumplimiento de la misma. Es importante notar que el legislador no establece que en el balance de intereses³⁵, se tome en cuenta los intereses de terceros, sino que únicamente el de las partes involucradas en el proceso arbitral:

32 Existe jurisprudencia internacional que ha determinado que un daño no será irreparable cuando puede ser compensada por medio de una resarcimiento económico. Al respecto ver Plama Consortium Ltd contra Bulgaria, caso CIADI No. ARB/03/24, Orden del 6 de setiembre del 2005, párrafo 46. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522_En&caseId=C24. En el mismo sentido Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosk Kaplún contra el Estado Plurinacional de Bolivia, Caso CIADI ARB/06/2, Decisión en medidas precautorias del 26 de febrero del 2010: párrafo 156. Disponible en: <http://www.italaw.com/>.

33. BORN Gary. International Arbitration: Law and Practice. Kluwer Law International BT Holanda, 2012: 208.

34. REDFERN Allan y otros. Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford Press, Quinta edición, 2009, párrafo 7.46.

35. En casos de arbitraje internacional de inversiones se ha utilizado el estándar de balance de intereses, al respecto remitimos al Tribunal al caso: Burlington Resources Inc. y otros contra la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), caso CIADI No. ARB/08/5, Orden Procesal No. 1 sobre la solicitud de medidas provisionales del 29 Junio 2009, párrafo 81. Disponible en: <http://www.italaw.com/>.

*"[36] Given that the court's powers to grant interim relief are expressed to be identical to those of an arbitral tribunal, it would be surprising if the full range of considerations that apply to interim injunctions could be applied to a consideration of whether an interim measure should be granted. For instance, issues such as the public interest considered in Finnigan v New Zealand Rugby Football Union Inc (No. 2)9), and the consequences to innocent third parties: Dunedin Taxis (1965) Limited v Dunedin Airport Limited, **do not seem to be matters that would naturally fall within the ambit of an arbitral tribunal**. An arbitral tribunal derives its jurisdiction from the contract between the parties³⁶."*

Un ejemplo de la aplicación del balance de conveniencia de las medidas cautelares lo encontramos en un arbitraje de inversión, donde se determinó que el daño causado a una parte, es mayor al daño que sufre la parte afectada por concederse la medida cautelar:

"83. El riesgo aquí es la destrucción de una inversión en curso y de su potencial

para generar ingresos que beneficien tanto al inversionista como al Estado. En efecto, si el inversionista debe seguir financiando los gastos operativos al tiempo que genera pérdidas, desde el punto de vista comercial es probable que reduzca al mínimo sus costos de inversión y mantenimiento y por ende, su producto y los ingresos compartidos. Existe también el obvio riesgo económico de que interrumpa totalmente su actividad. Aunque la participación en las utilidades puede ser legítima, en la práctica no es razonable esperar que un inversionista extranjero continúe sosteniendo durante años una inversión que genera pérdidas. Contrariamente a la afirmación de las Demandadas de que la protección deberá otorgarse para evitar que el propio inversionista "interrumpa sus operaciones", el Tribunal considera que el proyecto y su situación económica están en riesgo, independientemente de la conducta del inversionista."³⁷

Mientras que el último requisito, el de apariencia de buen derecho³⁸, tiene que ver con que la demanda no sea frívola o sin sentido, de tal manera que sin entrar a

36. Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010, párrafo 36. El caso se encuentra disponible en:

<https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/d0/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3.pdf>. Al respecto, en el digesto de jurisprudencia de UNCITRAL indicó lo siguiente: "A New Zealand court declined to go beyond the specific considerations provided in article 17 A when urged to take into account other matters of public interest and to consider the possible impact on third parties and overall justice as conditions for granting interim measures" UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012: 87.

37. El balance de conveniencia es un concepto también introducido por medio del fallo de Safe Kids in Daily Supervision Limited contra Mcneill, High Court, Auckland, New Zealand, 14 de abril del 2010: . Tal estándar, también ha sido reportado que fue utilizado en el caso CLOUT no.588 correspondiente a Fast Car Co. Inc and others contra IATSE locals 669 & 891 British Columbia industrial relations council, del 23 de julio de 1991. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

38. En el ámbito nacional y con base en el Código Procesal Contencioso Administrativo, nuestros tribunales han indicado: "La doctrina la define "verosimilitud" acerca de la existencia de la situación jurídica sustancial y éxito de la pretensión principal en la sentencia definitiva, elemento que se manifiesta en la seriedad, fundamento y consistencia de las pretensiones involucradas por el articulante" Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, n.º. 45-2007 de las catorce horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.

juzgar en el fondo, desde un punto de vista razonable, el Tribunal Arbitral pueda llegar a una conclusión preliminar (posibilidad): existe razón o evidencia que lo reclamado por el solicitante de las medidas cautelares tiene merito (posible) para adoptar la medida cautelar solicitada. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado:

“El fumus boni iuris o apariencia jurídica o de prevalencia jurídica implica que la existencia del derecho o interés jurídico afirmadas ha de parecer verosímil, o sea suficiente para que seguir un cálculo de probabilidades quepa prever que la resolución principal declarará el derecho en el sentido favorable al que solicita la medida cautelar³⁹.”

Este último punto, contiene una sutil condición de otorgamiento y es que necesariamente requiere que el Tribunal no prejuzgue sobre el fondo⁴⁰, puesto que ello implicaría un adelanto de criterio lo cual resultaría contrario

a los artículos 11.5 y 12 de la Ley 8937 que establece las características de imparcialidad e independencia que debe tener un árbitro. Otro aspecto importante a considerar es la forma que debe revistar las medidas cautelares ordenadas por un Tribunal, ya que pueden tomar la forma de órdenes dirigidas a las partes o la de un laudo parcial. En Canadá⁴¹, por ejemplo, se ha razonado que las medidas cautelares pueden tomar forma de laudos interino de conformidad con el artículo 31 de la Ley Modelo UNCITRAL, el cual corresponde al artículo 31 de la Ley 8937⁴².

Esto último, lo de dictar medidas cautelares en forma de laudo parcial, un Tribunal Arbitral debe tener la serenidad, tranquilidad y seguridad que lo resuelto en un laudo interino en el cual se otorgan medidas cautelares, aplicando los conceptos internacionales expuestos, es una posición completamente

39. Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ta, 22 de diciembre del 2004 citada en FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos. Arbitraje y Justicia Cautelar. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007, p. 32.

40. Una pregunta interesante, para trabajar en otro documento, es el alcance o límite de las medidas cautelares, es decir, ¿estaría prejuzgando un tribunal arbitral que otorgue medidas cautelares que sean idénticas a la pretensión final buscada por la solicitante? Algunos prestigiosos autores como Gary Born consideran que no, y que sería viable y legal: Ver BORN Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer Law International 2009, p. 1988. Nuestro criterio profesional es que en algunos casos puntuales, es posible que exista una identidad entre las pretensiones y las medidas cautelares solicitadas, sin que ello signifique un adelanto de criterio sobre el fondo, sino más bien como un elemento necesario que justifica la adopción de las medidas precisamente para cumplir con su principal objetivo, garantizar los resultados del proceso arbitral.

41. Caso CLOUT no.588 correspondiente a Fast Car Co. Inc and others contra IATSE locals 669 & 891 British Columbia industrial relations council, del 23 de julio de 1991. Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

42. Asimismo los artículos I.1, V.1.c y V.1.e de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras resultan aplicables, tal y como lo plantea el profesor Roque Caivano en CAIVANO, ROQUE J y otros. Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. La Convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares. Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

factible en un *arbitraje internacional*⁴³ bajo la Ley 8937. Esto, sumado al hecho que existen bases suficientes para sostener⁴⁴ que el criterio de Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de no entrar en fondo⁴⁵ de las decisiones tomadas por el Tribunal Arbitral en arbitrajes nacionales, será igualmente replicado para los casos de arbitraje internacional⁴⁶. No existen razones que nos haga prever que la Sala Primera variará su criterio jurisprudencial.

Adicionalmente, no puede dejarse a un lado otros aspectos de importancia en relación con las medidas cautelares, como: (i) la potestad del tribunal de modificar, suspender o revocar las medidas implementadas en

caso que cambien las condiciones (Art.17.D, Ley 8937); (ii) la posibilidad que existe que el Tribunal pueda ordenar contra cautela al solicitante (Art.17.E, Ley 8937); (iii) así como la potestad de exigir a las partes que informen de cualquier acontecimiento relevante para la decisión de la implementación de medidas cautelares (Art.17.F, Ley 8937).

Finalmente, el solicitante debe tener claro que una solicitud de medidas cautelares debe tomarse con templanza, puesto que existe un riesgo de ser condenado en costas, daños y perjuicios (Art.17.G, Ley 8937) en caso que el Tribunal determinase –ulteriormente– que dadas las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida cautelar.

43. Un ejemplo de esta situación lo encontramos en Canadá, en donde la Corte de Apelaciones de Quebec indicó lo siguiente: "The philosophy governing the interpretation of the arbitration process may also be traced to foreign legal sources. For instance, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention) of 1958 is a multilateral treaty, which facilitates the enforcement of arbitral awards between contracting parties. It reflects the commercial world's willingness to promote private dispute resolution. In 1985, the United Nations adopted a Model Law on International Commercial Arbitration[16] and in June of the same year, Canada became the first country to adopt legislation based on the Convention. The Quebec Code of Civil Procedure was amended to reflect it and integrate rules pertaining to both domestic and international commercial arbitrations. Article 940.6 C.C.P. specifically refers to the Model Law as relevant to extra-provincial or international issues in arbitration." Caso Clout 1268 correspondiente a *Nearctic Nickel Mines Inc. c. Canadian Royalties Inc.*, 2012 QCCA 385 (CanLII) del 29 de febrero del 2012, <http://canlii.ca/t/fqcz>.

44. Sobre la aplicabilidad de ciertas líneas jurisprudenciales en los casos de arbitraje internacional, resulta interesante revisar el siguiente artículo: LEÓN FEOLI, Anabelle El Arbitraje Internacional desde la perspectiva de Sala Primera. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, edición 111, Marzo 2014, Costa Rica.

45. "...no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alza de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto. No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia." Sentencia No. 484-F-2003 de las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003. En el mismo sentido, Sala Primera indica en la sentencia No. 602-F-2007 de las 9:50 del 17 de agosto del 2007. Dentro de lo cual se destaca: "...Nótese como lo aducido por el recurrente, de darse, configuraría un vicio de falta de fundamentación o defectuosa motivación. Este yerro es de fondo (al respecto, puede verse, entre otras, la sentencia no. 346 ya citada), por consiguiente no es revisable en esta vía, al resultar ajeno a las causales previstas en el artículo 67 de repetida cita. La taxatividad ahí dispuesta, conforme se ha indicado, tiene el propósito de desjudicializar la materia arbitral y limitar la competencia de la Sala. Sobre el particular, pueden observarse, entre otras, las sentencias números 319 de las 14 horas 30 minutos del 27 de abril; 596 de las 15 horas 7 minutos del 8 de agosto, ambas del 2001."

46. El principio de no entrar a conocer el fondo de lo decidido por los árbitros en laudos interinos o finales, es reconocido también en Alemania. Al respecto ver caso CLOUT no.565 correspondiente a una decisión del Oberlandesgericht Frankfurt, 24 Sch 1/01 del 5 de abril del 2001. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html.

3. Conclusiones

La modernización de los cuerpos legislativos destinados a regular y facilitar la resolución de controversias es un primer gran paso para promover la inversión en un país. Implementar leyes modernas que recogen las mejores prácticas internacionales, es asegurar potenciales inversiones. De tal manera que Costa Rica representa un ejemplo de medidas legislativas adecuadas, tras la implementación de la Ley 8937, para promover la inversión de un país. Garantizar a los inversionistas un derecho fundamental (artículo 43 constitucional) es sin duda un ventaja de seguridad jurídica y respeto en un Estado de Derecho.

Ahora bien, en este proceso de modernización del arbitraje resultan relevantes otros actores- también principales- como es la comunidad jurídica, en la cual se incluyen a los profesionales en el ejercicio liberal de la profesión, los centros arbitrales, los árbitros, y en especial a las Cortes Nacionales, a las cuales se les ha encomendado tareas sumamente importantes y dependerá de estas que la Ley 8937 sea un éxito.

La Ley 8937 fue instaurada con el claro propósito de incluir a Costa Rica en el proceso de uniformidad de la regulación del arbitraje

comercial internacional que promueve la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional. La implementación de dicho cuerpo normativo coloca a Costa Rica en el marco internacional como uno de los países con legislación arbitral moderna y conforme a las mejores prácticas internacionales. Ahora bien, ese esfuerzo únicamente verán sus frutos si existe la apertura profesional e intelectual suficiente para desarraigarse de las preconcepciones que se ha forjado en el colectivo jurídico con la aplicación de la Ley 7727 y las normas procesales nacionales, de tal forma que no se trate a los procesos arbitrales internacionales como nacionales, ni viceversa.

En el presente artículo hemos expuesto tan solo un elemento de la innovadora regulación del arbitraje internacional: dos de las medidas cautelares que pueden ser dictadas por los Tribunales Arbitrales. Lo que la Ley 8937 habilitó. No cabe ninguna duda que incorporar en la normativa nacional la práctica internacional que faculta a un Tribunal Arbitral la implementación de medidas cautelares es fundamental para no frustrar la finalidad⁴⁷ del proceso arbitral: una justicia pronta y cumplida⁴⁸.

47 "Su esencia (justicia cautelar) estiba la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso." FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos. Arbitraje y Justicia Cautelar. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007: 24.

48 "La justicia cautelar desempeña un papel relevante en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final." FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Arbitraje y Justicia Cautelar. op cit., p. 24. Íntimamente relacionado con el concepto, se encuentra el principio de la tutela judicial efectiva, el cual aplica en arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos de Revistas

BORN Gary. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International BT Holanda, 2012.

CAIVANO Roque. *Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. La Convención de Nueva York y la ejecución de medidas cautelares*. Instituto Peruano de Arbitraje, 2009.

DUARTE Herman y GUEVARA Róger. “¿Matrimonio o Divorcio del Arbitraje y el CPC. Depende de los Contrayentes”, Revista Costarricense de Derecho Internacional, II edición, Agosto 2014. Disponible en: <http://www.acodicr.org/images/revista2>

FERNÁNDEZ ROZAS José Carlos. *Arbitraje y Justicia Cautelar*. En Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa, tercera edición, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO Francisco. *Medidas Urgentes y Ordenes Preliminares en Arbitraje. Dos nuevas y efectivas herramientas procesales*. Disponible en: www.gdca.com.mx

HEUMAN Lars. *Arbitration Law in Sweden: Practice and Procedure*. Juris Publishing, 2003.

JIMÉNEZ FIGUERES Dyalá. *La Nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica, una visión siempre optimista*. En Revista El Foro del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, edición 13, Oct.2012.

JIMÉNEZ FIGUERES Dyalá. *Arbitration Guide. Costa Rica*. International Bar Association, 2012.

LEÓN FEOLI Anabelle. *El Arbitraje Internacional desde la perspectiva de Sala Primera*. En Revista Judicial de la Corte Suprema de Justicia, edición 111, Marzo 2014, Costa Rica.

LÓPEZ DE ARGUMEDO Álvaro. *Medidas cautelares en Arbitraje Internacional y Nacional*, elaborado por el despacho Uría Menéndez: 20.

Disponible en: http://www.uria.com/documentos/publicaciones/595/documento/UM_ALAMedidas.pdf?id=3772.

REDFERN Allan y otros. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford Press, Quinta edición, 2009.

SILVA ROMERO Eduardo. *Adopción de medidas cautelares por el juez y por el árbitro disertación presentada en el II Congreso Internacional del Club Español del Arbitraje, Madrid, 17-19 de junio del 2007*.

Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/57936885/Adopcion-de-Medidas-Cautelares-por-el-Juez-y-por-el-Arbitro-Eduardo-Silva>.

UNCITRAL /CNUDMI. Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International commercial Arbitration, United Nations.

Disponible en: www.uncitral.org

UNCITRAL /CNUDMI. Report of the Working Group on Arbitration on the Work of its thirty second sesión.

Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/530/64/PDF/V0053064.pdf?OpenElement>.

UNCITRAL 2012 Digest of Case La won the model Law on International Commercial Arbitration. United Nations, New York, 2012. Disponible en: www.uncitral.org

Documentos

Informe Jurídico del Proyecto de Ley “Ley Sobre Arbitraje Comercial Internacional Basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)” del 7 de abril del 2010, correspondiente a folios 85 y 86 del expediente de Ley No.17593.

Jurisprudencia

BG Group c/ República de Argentina, 5 de marzo de 2014 de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América. Extraído de: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf

CIADI ARB/06/2. Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. y Allan Fosc Kaplan c/ el Estado Plurinacional de Bolivia, 26 de febrero de 2010 de CIADI.

Extraído de: <http://www.italaw.com/>
CIADI No.ARB/03/24. Plama Consortium Ltd c/ Bulgaria, 6 de setiembre de 2005, CIADI.

Extraído de: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC522_En&caselD=C24

CIADI No. ARB/08/5. Burlington Resources Inc. y otros c/ la República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador), 29 de junio de 2009, CIADI. Extraído de: <http://www.italaw.com/>

CLOUT 78. Astel – Peineger Joint Venture c/ Argos Engineering & Heavy Industries Co. Ltd., 19 de agosto de 1994 de la Suprema Corte de Hong Kong. Extraído de: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

CLOUT 386. ATM Compute GmbH c/ DY 4 Systems Inc., 8 de junio de 1995 de la Corte de Justicia de Ontario. Extraído de: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

CLOUT 565. Partes desconocidas, 05 de abril de 2001 del Tribunal Local de Frankfurt. Extraído de: http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html

CLOUT 588. Fast Car Co. Inc and others c/ IATSE locals 669 & 891, 23 de julio de 1991 de la British Columbia industrial relations council

CLOUT 1268. Nearctic Nickel Mines Inc. c/ Canadian Royalties Inc., 29 de febrero de 2012 de la Suprema Corte de Canadá. Extraído de: <http://canlii.ca/t/fqcwz>.

Tribunal Contencioso Administrativo, Sección IV, Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea. Resolución número 45-2007 de las catorce horas con cinco minutos del treinta y uno de agosto de dos mil siete.

Safe Kids in Daily Supervision Limited c/ Mcneill, 14 de abril de 2010 de la Suprema Corte de Auckland, Nueva Zelanda.

Extraído de:

<https://forms.justice.govt.nz/search/Documents/pdf/jdo/d0/alfresco/service/api/node/content/workspace/SpacesStore/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3/79b3cb68-bc7f-43cd-b4a9-f0f109e52bf3.pdf>

Sentencia de Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5ta 22 de diciembre del 2004 citada en Fernández Rozas, José Carlos "*Arbitraje y Justicia Cautelar*", Revista de la Corte Española de Arbitraje, Vol. XXII, 2007.

Sentencia No. 484-F-2003 de las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sentencia No. 602-F-2007 de las 9:50 del 17 de agosto del 2007, Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

Sperry International Trade c/ Government of Israel, 24 de febrero de 1982 de la Corte de Distrito de Nueva York, Estados Unidos de América.

Extraído de: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/532/901/2145421/>