

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ISSN: 2215-2377

REVISTA JUDICIAL N° 104

Junio 2012

Director: Dr. Víctor Pérez Vargas
Revista Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

Distribución y canje:
Biblioteca Judicial
Corte Suprema de Justicia
San José, Costa Rica

SUMARIO

Presentación	
Dr. Víctor Pérez Vargas	5
El anhelo pluralismo constitucional en el ámbito europeo frente a la superioridad normativa de las Constituciones de cada Estado: la protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa.	
Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano	9
La mujer y las fuentes del derecho en Roma: una aproximación con la ayuda de la literatura.	
Henry Campos Vargas	33
Las medidas de seguridad en la jurisprudencia penal costarricense a propósito de la entrada en vigencia de la Ley de creación del recurso de apelación.	
Lic. Frank Harbottle Quirós.....	41
Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial Internacional.	
Lic. Federico Piedra Poveda	57
Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA por incumplimiento de la Ley ambiental: consideraciones sobre un procedimiento nacional.	
M.Sc. Jorge Cabrera Medaglia.....	91
El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense.	
M.Sc. Mario Peña Chacón.....	121
Comentarios en relación con la reforma operada a la Ley de Protección al representante de casas extranjeras, N° 6209 y derogación del inciso b) del artículo 361 del Código de Comercio, Ley N° 3284.	
Lic. Carlos José Carrera Castillo	159
El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana Centroamérica y Estados Unidos y la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras en la jurisprudencia costarricense.	
Lic. Carlos Campos Ulate.....	173
El examen del orden público internacional al acuerdo arbitral internacional.	
Lic. Luis E. Sibaja Guillén.....	193

Aproximaciones preliminares al nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI	
Lic. Mauricio París Cruz	215
Apreciaciones sobre la opción o la naturalización para adquirir la nacionalidad costarricense.	
Lic. Carlos Arturo Meneses Reyes	239

PRESENTACIÓN

Dr. Víctor Pérez Vargas

El **Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano**, Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España, letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, participa con **“El anhelo pluralismo constitucional en el ámbito europeo frente a la superioridad normativa de las Constituciones de cada Estado: la protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa”**. Se refiere a los diversos planos de tutela de los derechos fundamentales son protegidos en el ámbito europeo (protección multidimensional): una primera dimensión de tutela de los derechos fundamentales a lo interno de cada Estado. Otra a nivel internacional: del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Otra dimensión sería encontrada en el plano *“supranacional”*, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la cual se ha desarrollado el carácter de primacía que ostenta esa normativa, en su ámbito de competencia, por sobre las disposiciones de cada Estado miembro, en las materias que expresamente han sido atribuidas por los Estados a la unión.

El filólogo clásico y abogado, **Lic. Henry Campos Vargas**, nos brinda **“La mujer y las fuentes del derecho en Roma: una aproximación con la ayuda de la literatura”**, que tiene como propósito ofrecer una aproximación a la forma como la mujer romana participó en la creación del Derecho. Cita, entre muchos ejemplos, la forma como las mujeres romanas se enfrentaron a Catón al saber que éste se opondría a la derogación de la *Lex Oppia Sumptuaria*, ley que reprimía el empleo de ornamentos femeninos lujosos; son varios los logros o reivindicaciones de las mujeres en su paulatino desprendimiento de la tutela. El estudio es rico en referencias a obras clásicas en las que siempre la mujer aparece desempeñando un papel activo en la economía y en la política.

El **Lic. Frank Harbottle Quirós**, de la Universidad de Costa Rica, egresado de la Maestría de Criminología de la Universidad Estatal a Distancia, Defensor Público y Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, participa con **“Las medidas de seguridad en la jurisprudencia penal costarricense a propósito de la entrada en vigencia de la Ley de creación del recurso de apelación”**. El autor nos informa que La jurisprudencia nacional en los últimos años ha sido vacilante en diversos tópicos –los cuales analiza en el presente artículo– relacionados con las medidas de seguridad, a saber: *i)* la obligatoriedad de que los Jueces cuenten con el informe del Instituto de Criminología para imponer este tipo de medidas; *ii)* su procedencia a personas con imputabilidad disminuida, y, *iii)* su aplicación en materia penal juvenil. En sus conclusiones sostiene que con la “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, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a uniformar la jurisprudencia en materia penal (de adultos y juvenil) y por supuesto, de forma específica, en lo que se refiere al tema de medidas de seguridad.

“**Principios de la Jurisprudencia Arbitral Comercial Internacional**” se titula el valioso aporte del **Lic. Federico Piedra Poveda**. El conocimiento de estos principios cobra especial importancia en nuestro medio, dado que ya son varios laudos nacionales los que se apoyan en ellos, como fuente material doctrinaria, como lo demostraron en sus trabajos de graduación Rosemarie Mc Laren Magnus y Ana Lucía Ramírez. El trabajo del Licenciado Piedra brinda nuevos enfoques y nuevas afirmaciones de estos principios y comenta el papel de la Cámara de Comercio Internacional y del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en su desarrollo. En su opinión, los principios de UNIDROIT no son más que una recopilación de *Lex mercatoria*, o sea que son *Lex mercatoria* codificada, dicho sea de paso de una manera muy completa, pero no agotan los Principios de *la Lex mercatoria*, ya que esto sería imposible debido a su vastedad y constante evolución.

“**Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA por incumplimiento de la Ley ambiental: consideraciones sobre un procedimiento nacional**” es la contribución de nuestro asiduo colaborador, **M.Sc. Jorge Cabrera Medaglia**, Profesor del posgrado en Derecho agrario y ambiental y de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica; Asesor Legal de Instituto Nacional de Biodiversidad. Investigador Principal en Derecho de la Biodiversidad del Centro de Derecho Internacional del Desarrollo Sostenible (con sede en Montreal). Integrante de la Lista de árbitros ambientales del CAFTA-DR. El artículo explora los conceptos generales de las comunicaciones ciudadanas como un mecanismo de denuncia al país por incumplimiento de la legislación ambiental establecido en el CAFTA-DR; se expone la forma como este novedoso instrumento es regulado en el CAFTA-DR y en la legislación nacional y se concluye la necesidad de establecer un procedimiento interno de atención y trámite que establezca normas de coordinación y respuesta expeditas y efectivas. Esta investigación se realizó en el marco de un proyecto más amplio sobre denuncias ambientales apoyado por la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, proyecto DR-CAFTA. En su conclusión, afirma que la legislación nacional indicada no contempla una regulación adecuado del trámite interno para atender las comunicaciones ciudadanas. Por la naturaleza e importancia de responder a una comunicación admitida contra el país, es necesario contar con un protocolo de coordinación para preparar las respuestas del caso y dar el seguimiento a las mismas, según se explicó al analizar los procedimientos de la Secretaría de Asuntos Ambientales.

El **M.Sc. Mario Peña Chacón**, contribuye con “**El principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense**”. El autor es Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN). Nos explica que según el principio de no regresión la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o

de difícil reparación. El autor deduce su contenido, alcances y limitaciones acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. En la conclusión, el Máster Peña Chacón sostiene que se hace necesaria la consagración expresa del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente en la medida que si queremos lograr una rápida y eficaz implementación del desarrollo sostenible es esencial hacer progresar el derecho ambiental e integrarlo mejor en las otras ramas de nuestra disciplina jurídica.

Con las modificaciones introducidas por el CAFTA a nuestra Ley en materia de representantes y distribuidores de casas extranjeras ha surgido la importancia de determinar cuáles son los derechos adquiridos de que gozaban y seguirán gozando estos auxiliares del comercio. El **Lic. Carlos José Carrera Castillo**, Especialista en Derecho Comercial y Profesor de Derecho Comercial en la Universidad de Costa Rica, opina al respecto en su artículo “**Comentarios en relación con la reforma operada a la Ley de Protección al representante de casas extranjeras, N° 6209 y derogación del inciso b) del artículo 361 del Código de Comercio, Ley N° 3284**”, donde glosa las modificaciones, reformas, adiciones y derogatorias al texto legal citado, para los efectos de describir de manera general la nueva regulación sobre ésta materia y las reformas y adiciones legislativas que introduce.

En este mismo tema, con una posición restrictiva de los derechos adquiridos de los representantes y distribuidores, en “El Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana Centroamérica y Estados Unidos y la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras en la jurisprudencia costarricense”, participa el especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica, Lic. Carlos Campos Ulate. El objetivo general de este artículo, es analizar la importancia del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos y sus implicaciones en el régimen normativo de las casas extranjeras: derechos adquiridos, y procesos indemnizatorios.

El **Lic. Luis E. Sibaja Guillén**, abogado litigante, miembro del bufete Lex Counsel, Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de Maestría en Negocios Internacionales y Litigio Internacional, comparte con nosotros sus opiniones sobre “**El examen del orden público internacional al acuerdo arbitral internacional**”. Explora la posibilidad de aplicación del *orden público internacional* al acuerdo arbitral, a la luz de conceptos generales del derecho internacional privado y dentro del contenido de la Convención del Nueva York de 1958, en especial, el Artículo II(3) de esta Convención, que trata sobre la posibilidad de desaplicar el acuerdo arbitral por considerarse éste nulo, ineficaz e/o inaplicable.

También en materia de arbitraje internacional, ofrecemos el muy actual estudio, “**Aproximaciones preliminares al nuevo Reglamento de Arbitraje de la C.C.I.**” del **Lic. Mauricio París Cruz**. Nos explica que uno de los objetivos de la Cámara de Comercio Internacional ha sido la reducción de costos y tiempos en el arbitraje. Y es que no podía ser de otra forma cuando ya, desde el año 2005,

la Comisión de Arbitraje de la Cámara había rendido un informe sobre técnicas para controlar el tiempo y costos en el arbitraje, en donde se ponía en evidencia que el 82% de los costos incurridos por las partes en el arbitraje eran aquellos incurridos por las partes para presentar su caso, costos que comprendían honorarios de abogados, gastos relativos a pruebas testimoniales y periciales, y otros costos relacionados. Solamente un 18% de los costos eran los correspondientes a honorarios y gastos de árbitros y costos administrativos de la Corte.

Del abogado litigante, **Lic. Carlos Arturo Meneses Reyes**, publicamos sus "**Apreciaciones sobre la opción o la naturalización para adquirir la nacionalidad costarricense**". El autor considera que existe un vacío o limbo jurídico con relación a la reglamentación del artículo 17 de la Constitución Política que confiere la calidad de costarricense por trascendencia a los hijos menores de edad de costarricenses por naturalización. Quiso el constituyente primario de 1949 que por opción (decisión) de sus padres adquirieran la calidad de costarricenses, ipso facto. Interpretaciones sesgadas de la Sección de Actos Jurídicos del Registro Civil improvisan o simulan procedimientos con anotaciones y/o Advertencias en Asientos de Registro Civil de Nacimiento de hijos de costarricenses naturalizados nacidos en el exterior, lo cual está generando una situación jurídica sin precedentes. Casos como este, ameritan la intervención del Legislador.

EL ANHELADO PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO FRENTE A LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE CADA ESTADO: LA PROTECCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano

SUMARIO:

- 1- Introducción**
- 2- La primacía del derecho comunitario**
- 3- La supremacía normativa de las Constituciones de los Estados miembros en el ámbito europeo**
- 4- Un intento de conciliación entre la primacía del derecho comunitario frente a la supremacía normativa de las Constituciones de los Estados miembros (los casos español y alemán)**
- 5- La protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa:**
- 6- Conclusiones**

EL ANHELADO PLURALISMO CONSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO EUROPEO FRENTE A LA SUPERIORIDAD NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE CADA ESTADO: LA PROTECCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EUROPA

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano¹

1.- INTRODUCCIÓN

En términos generales, el propósito de estas notas es desarrollar la manera en que los derechos fundamentales son protegidos en el ámbito europeo, motivo por el cual se han implementado diversos planos de tutela a partir del criterio de la competencia.

De esta forma, en la actualidad es posible encontrar una primera dimensión de tutela de los derechos fundamentales a lo interno de cada Estado (donde normalmente son defendidos no sólo en las Jurisdicciones ordinarias, sino también por los órganos especializados a los cuales se ha encomendado, con carácter de monopolio, la defensa de la Constitución frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos, así como la interpretación última del Texto Fundamental).

Otra dimensión sería encontrada en el plano “supranacional”, a través de la jurisprudencia inicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la

emisión posterior de diversos instrumentos encaminados hacia la defensa de los derechos fundamentales, como es el caso del Tratado de Lisboa, que recientemente ha entrado en vigencia y, finalmente, en el plano internacional, mediante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien se ha encomendado la salvaguarda del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como de sus protocolos.

Sobre lo anterior, es particularmente relevante la manera en que se ha producido la defensa de los derechos fundamentales en el ámbito “supranacional” del derecho comunitario, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la cual se ha desarrollado el carácter de primacía que ostenta esa normativa, en su ámbito de competencia, por sobre las disposiciones de cada Estado miembro. A partir de ese desarrollo jurisprudencial, así como por el contenido de la normativa emitida por la Unión, mucho se

¹ *Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.*

discute sobre la existencia de un pluralismo constitucional en el ámbito europeo, como antecedente de la conformación de un Estado Federal Europeo.

Es claro, asimismo, que las ideas relativas al carácter de primacía del derecho comunitario (y a la conformación de un Estado supra-constitucional Europeo) podrían colisionar con la superioridad normativa de sendas Constituciones (y a la noción tradicional de la soberanía) la cual ciertamente ostenta un lugar privilegiado en la cúspide del ordenamiento jurídico. No puede ser distinta la noción que se tiene sobre el carácter privilegiado de las Constituciones (como manifestación última, legítima y soberana de cada Estado), si se tienen en consideración los aportes doctrinales y jurisprudenciales que a la fecha existen sobre tales caracteres de los preceptos constitucionales.

También es evidente que esta superioridad normativa de las Constituciones es mayoritariamente defendida en el ámbito europeo, por los órganos a los cuales se ha atribuido las funciones relativas a la Justicia Constitucional, es decir, quienes poseen la facultad de expulsar del ordenamiento jurídico todas aquellas disposiciones que no se adecuan al Derecho de la Constitución.

En este sentido será explicada la manera en que la aludida superioridad normativa ha sido defendida, en concreto y en una clara manifestación de soberanía, ante la pretensión de otorgar un carácter primario al derecho comunitario, en las conocidas decisiones del Tribunal Constitucional Español (Declaración 1/2004, de 13

de diciembre de 2004) y del Tribunal Constitucional Federal Alemán (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009), las cuales claramente han delimitado el ámbito de alcance del derecho comunitario frente a las competencias que son exclusivas de los Estados ¿Quién entonces tiene la llave o la última palabra en la configuración de ese anhelado pluralismo constitucional? Una respuesta a esta interrogante se intentará en estas líneas.

2.- LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO

Como se expuso con toda claridad en la sentencia recientemente emitida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, *“the entry into force of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community from the year 1951 (Federal Law Gazette 1952 II p. 445), which had been signed in Paris, initiated the process of European integration”*².

Desde ahí, y a partir de los criterios sostenidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *“Van Gend & Loos (1963) y Flaminio Costa (1964)”* es claro que la comunidad luego se constituyó como un nuevo ordenamiento jurídico (distinto) del Derecho Internacional, a favor del cual los Estados han cedido ciertamente parte de su soberanía (aunque en un sentido restringido) y cuyos sujetos no sólo lo constituyen sus Estados miembros, sino también su ciudadanos. Dicha comunidad, según se

² Véase sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009

indicó en la segunda decisión aludida, tiene instituciones propias, de personalidad y de capacidad jurídica, motivo por el cual también ostenta representación internacional.

Pero este derecho comunitario ha sido investido de varios principios que regulan las interacciones entre la comunidad, los Estados miembros y los ciudadanos, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el contenido de posteriores instrumentos que se han celebrado en el marco de la unión: entre ellos, los principios de primacía y eficacia directa del ordenamiento comunitario, de responsabilidad de los Estados miembros frente a los ciudadanos por los daños y perjuicios derivados de las infracciones del derecho comunitario, la atribución limitada de competencias de los Estados miembros de la comunidad, el principio de subsidiariedad y proporcionalidad³. Sobre el particular, y si bien no es el propósito de estas notas desarrollar el contenido y los alcances de cada uno de estos, sí se debe advertir que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha facilitado la integración económica entre los Estados miembros, motivo por el cual ha aplicado la normativa comunitaria por sobre las disposiciones del derecho interno que se le oponen, siempre que se trate de asuntos cuya competencia ha sido atribuida por los Estados a la unión.

De este modo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto *“Internationale Handelsgesellschaft”*, sentencia de 17 de diciembre de 1970, señaló:

“Considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del derecho nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto, menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho Comunitario”, y “que la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho Comunitario; que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma”.

De otro lado, en el caso *“Simmenthal”*, por medio de la sentencia de 9 de marzo de 1978 ese Órgano Jurisdiccional dispuso:

“que a mayor abundamiento, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos, sino también –en tanto que dichas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros-, impedir la formación válida de nuevos actos

³ Ver Alonso García, R., *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia*. Tercera Edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 17-22.

legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias”.

Con lo que es innegable la obligación de los Órganos Jurisdiccionales de los Estados miembros de la unión, en caso de discrepancia entre las disposiciones del derecho comunitario y del derecho interno de cada Estado, si se trata de asuntos que han sido atribuidos por los Estados a la unión, de hacer prevalecer las disposiciones del derecho comunitario por las de derecho interno. Lo anterior, precisamente en aplicación del principio de primacía que informa el ordenamiento jurídico comunitario.

Tal desarrollo del principio de primacía del derecho comunitario, aunado al contenido de diversos convenios y tratados que han celebrado los Estados miembros (entre ellos el más reciente el Tratado de Lisboa que entró en vigencia el pasado 1° de diciembre de 2009), ha servido a algún sector de la doctrina para defender, como antecedente de un futuro Estado Federal Europeo, la existencia de un proceso gradual, experimental, y en incremento; es decir un proceso de constitucionalización equivalente a un proceso constituyente y actos constituyentes.

De este modo el pluralismo constitucional es planteado en el ámbito europeo (luego de haber sido despojada la noción de soberanía de los Estados miembros de cualquier utilidad o contenido, a partir de las competencias que han sido transferidas a la denominada “ComUnión europea”) como el equilibrio entre el derecho único y el derecho (objetivo) de las diversidades y el derecho (subjetivo) a la diversidad (entiéndase, a la identidad constitucional nacional): lo cual

es un equilibrio ya experimentado en los Estados miembros desde las identidades de los particulares hasta las de los grupos minoritarios (minorías lingüísticas y religiosas).

Dicho pluralismo entonces se halla en las fuentes y en los presupuestos de aplicación, por un lado, materiales del derecho comunitario y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, por otro, de índole procesal, que puede ser hallado tanto en el Convenio Europeo y la competencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Lo anterior, justamente luego de haberse concluido acerca de la inutilidad de la noción de la soberanía, la cual de acuerdo con esta visión ha sido despojada de todo contenido ¿Pero será posible acaso que la soberanía de cada estado no se haya manifestado en los actos por los cuales se ha logrado la aprobación y entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, por ejemplo? ¿No serán en el caso que nos ocupa las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán y del Tribunal Constitucional Español un ejercicio específico del poder soberano de cada Estado para delimitar las competencias de la unión, y declarar la existencia de otras que ciertamente están excluidas del derecho comunitario y en las cuales rige en todos sus alcances el principio de supremacía de la Constitución? ¿Quién tiene entonces (se repite la pregunta) la llave o la última palabra en la configuración de ese anhelado pluralismo constitucional?

Todas estas cuestiones serán desarrolladas de seguido, luego de analizar las implicaciones del principio de supremacía de la Constitución, que explica cuáles son

los alcances del reconocimiento del Texto Fundamental como norma jurídica dotada de plena normatividad, situada en la cúspide del ordenamiento jurídico.

3.- LA SUPREMACÍA NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN EL ÁMBITO EUROPEO

De acuerdo con Konrad HESSE, el derecho constitucional (la Constitución) se encuentra en una situación de supremacía con respecto de todo el ordenamiento, en cuanto constituye un orden jurídico fundamental de la comunidad. Por este motivo, la Constitución no puede ser derogada ni reformada por leyes ordinarias (en atención del principio de rigidez constitucional), ni tampoco pueden ser contrariadas sus disposiciones por cualquier otro acto de los poderes públicos, tampoco el legislativo, quienes se hayan vinculados por la Norma Fundamental⁴. Así, en el sistema alemán, el principio de supremacía de la Constitución puede ser inferido del contenido de los artículos 20.3 y 1.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana⁵.

De este modo, y en el ámbito singular de los derechos fundamentales, Otto BACHOF explica el cambio de perspectiva que suponen las fórmulas contempladas en la Ley Fundamental por sobre la Constitución de Weimar, lo que ha sido mencionado de una manera tópica y, algo exagerada, por parte de Hebert KRÜGER, de la siguiente manera:

“antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales”⁶.

Lo anterior, teniéndose en consideración los alcances del principio de supremacía de la Constitución, según ha sido consagrado por las normas supra mencionadas.

Por otra parte, desde ningún punto de vista es posible soslayar la cláusula de supremacía (*supremacy clause*), que está consagrada en el artículo VI, párrafo 2°, de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la cual dispone:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en su consecuencia, y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema del territorio y los jueces de

⁴ Véase Hesse, K., y otros., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 9.

⁵ Estas normas establecen:

“Artículo 1° (...)

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

“Artículo 20° (...)

3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. (...).”.

⁶ Véase Bachof, O., *Jueces y Constitución*, Cívitas, Madrid, 1985, pág. 41.

*cada Estado estarán por ella obligados, sin perjuicio de cualquier disposición en contrario de la Constitución o de las leyes de los Estados*⁷.

Asimismo, BIDART CAMPOS y CARNOTA llaman la atención que si bien en los Estados Unidos de América rige el principio de supremacía de la Constitución, en Gran Bretaña por el contrario pervive la pauta (aunque matizada con la aparición del derecho comunitario europeo) de la *primacía del parlamento*⁸.

De otro lado, Isidre MOLAS sostiene que la Constitución Española de 1978 no sólo es norma jurídica, sino también es suprema, teniendo en cuenta que en su artículo 9.1 se le otorga una posición diferenciada y destacada por sobre las otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico⁹. En palabras de este autor:

*“como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituidos para ejercer las potestades que le han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad”*¹⁰.

7 Sobre los alcances de esta cláusula de supremacía Edward S. Corwin ha sostenido que ese párrafo es “la esencia de la Constitución”, en la medida en que combina al gobierno nacional y a los estados con una misma organización gubernamental: *El Estado Federal. De ahí que si bien el gobierno nacional es uno de los poderes enunciados, si se trata de sus atribuciones prevalece por sobre los poderes contrarios de carácter estadual. Por lo tanto, en palabras del autor, “cuando se suscita una colisión entre la ley nacional y la estadual, la única cuestión que debe resolverse generalmente es si la primera corresponde a una definición justa de las atribuciones del Congreso”*. Véase Corwin, E. S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Fraternal, Buenos Aires, 1978, págs. 353-354.

8 Véase Bidart Campos, G., y Carnota, W., *Derecho Constitucional Comparado*, Tomo I, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001, págs. 96 y 97. En la actualidad este principio de primacía del parlamento ha sufrido profundas transformaciones, todo lo cual exige la existencia de igualmente profundas investigaciones que exceden el alcance de estas notas.

9 Ver Molas, I., *Derecho Constitucional*, Tecnos, Tercera Edición, Madrid, 2005, pág. 214.

10 Véase Molas, I., *Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 214.

11 Ver Fernández Segado, F., *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pág. 74.

Lo anterior también es explicado por FERNÁNDEZ SEGADO del siguiente modo:

*“arrancando de la heterogeneidad de las normas constitucionales y de su diferente fuerza vinculante, y teniendo en todo momento presente esta peculiaridad de las disposiciones constitucionales, podemos pasar a abordar, con carácter general, la fuerza normativa de nuestra Constitución. Tal fuerza normativa se deduce sin ningún esfuerzo de la determinación del artículo 9.º.1 de nuestra Constitución de conformidad con lo cual: “Los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”*¹¹.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 16/1982 de 28 de abril (Sala Segunda), señaló:

“Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y Magistrados integrantes

*del poder judicial, están sujetos a ella (artículos 9.1 y 117.1 C. E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los Tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (artículo 53.1 C. E.), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el artículo 24, cuya vulneración se cuestiona por el demandante en amparo”*¹².

De esta forma, y siguiendo al profesor LEGUINA VILLA, la posición del Tribunal Constitucional Español con respecto al principio de supremacía de la Constitución puede ser esbozada de la siguiente manera:

“1.a La Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, cualitativamente distinta y superior a todas las demás, porque «incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico», que ha de ser interpretado de conformidad con la misma (STC 9/81; STC 125/83). 2.a La Constitución no sólo es la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos, singularmente en lo que

conciene a los preceptos contenidos en los artículos 14 a 30, por ser objeto del proceso de amparo (STC 22/84, de 17 de febrero), preceptos que tienen eficacia directa e inmediata sin necesidad de esperar a que resulten desarrollados por el legislador (STC 81/82, de 21 de diciembre). 3.a La Constitución no es un mero catálogo de principios orientadores, carentes de obligatoriedad e insusceptibles de ser cumplidos hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, sino que es siempre y en todo caso una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos, como todos los poderes públicos, están sujetos a ella (STC 16/82, de 28 de abril; STC 101/83, de 18 de noviembre). 4.a La Constitución es un conjunto normativo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás, lo que postula una interpretación sistemática de la misma (STC 67/1984; STC 175/85). 5.a La Constitución tiene eficacia derogatoria de todas las leyes y disposiciones anteriores que, no pudiendo ser reconducidas por vía interpretativa al marco constitucional, se opongan a la misma, perdiendo tales normas su vigencia para regular situaciones futuras, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 3.a (STC 4/1981, de 2 de febrero; STC 9/81, de 31 de marzo; STC 10/81, de 6 de abril; STC 29/81, de 24 de julio; STC 31/82, de 3 de junio; STC 8/1983,

12 Cabe mencionar que el principio de supremacía de la Constitución también ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Español en las siguientes decisiones: 22/1984 de 17 de febrero, 15/1982 de 28 de abril y 101/1983 de 18 de noviembre, entre otras.

de 18 de febrero; A. 147/83, de 13 de abril). 6.a En lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, la Constitución tiene además eficacia retroactiva, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución, siempre que dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de esta última (STC 9/81; STC 67/85, de 15 de noviembre; STC 125/83, de 26 de diciembre)¹³.

Es claro entonces que el principio de supremacía de la Constitución también constituye (además de los mecanismos y los instrumentos de control de constitucionalidad) una garantía sustancial de su reconocimiento como norma jurídica dotada de coercitividad y exigible a la actuación de los poderes públicos. En este orden, dicho principio parte de la existencia de un ordenamiento jurídico jerarquizado (sobre el cual se comentará más adelante), en que la Constitución es su punto de partida, en tanto que la unidad de ese ordenamiento también nace o se expresa en la unidad de la Constitución.

Este carácter fundamental de la Constitución, siguiendo a MUÑOZ MACHADO, se traduce jurídicamente en el hecho que es la norma superior respecto de las otras, de tal forma

que no puede ser modificada mediante simples decisiones del legislador ordinario¹⁴; lo anterior por estar situada en la cúspide del ordenamiento jurídico y en aplicación del principio de rigidez constitucional¹⁵, infra aludido.

Pero también puede ser explicado el carácter supremo y superior de la Constitución, en la medida en que, por una parte, sirve de base o brinda legitimidad a la actuación de los poderes constituidos y, por otra, establece el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, y regula los procedimientos para la producción de las otras normas. De ahí que sirva también como criterio de validez formal y material de todas las fuentes del derecho¹⁶ posteriores a ella.

De esta manera, según Isidre MOLAS, el carácter supremo y privilegiado de la Constitución tiene dos implicaciones: una formal, que se traduce en el carácter rígido de su reforma; y otra material, que consiste en la posibilidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con los preceptos constitucionales, así como el control de constitucionalidad sobre los actos y las omisiones de los poderes públicos que lesionan el Derecho de la Constitución¹⁷.

En este sentido, el profesor PÉREZ TREMPs indica que la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales no es una imposición derivada solamente de criterios de confianza, sino

13 Véase Leguina Villa, J., *Principios Generales del Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, N°114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987, págs. 17-18.

14 Ver Muñoz Machado, S., *Constitución*, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004, pág. 12.

15 Sobre las implicaciones del principio de rigidez constitucional véase Bryce, J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998.

16 Véase Molas, I., *Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 215.

17 Véase Molas, I., *Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 215.

una imposición de lógica jurídica; de modo que al existir:

“un Tribunal Constitucional y siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento, que le da coherencia y unidad, ha de ser el Tribunal Constitucional este supremo órgano jurisdiccional; otra cosa, conduciría a un ilógico que podría generar lo que con licencia se ha calificado de esquizofrenia jurídica, al permitir un doble frente de interpretación última de la Constitución”¹⁸.

En suma la Constitución, al estar colocada en el puesto superior del derecho positivo, tiene como función primordial designar a los órganos encargados de emitir o producir las otras normas jurídicas, así como los mecanismos o los procedimientos por los cuales se realiza esta situación. De ahí que una norma jurídica sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera indicada por la norma superior¹⁹.

Otra conclusión que se infiere de todo lo anterior es la necesidad de implementar

garantías o controles para asegurar la observancia efectiva y oportuna de las disposiciones constitucionales, así como la supremacía de la Carta Magna. De lo contrario la supremacía de la Constitución por sobre las otras fuentes del ordenamiento jurídico queda, realmente, al páiro, pues no existe entonces ninguna protección o tutela frente a las transgresiones del legislador o de los otros poderes públicos²⁰.

Pues bien, una vez comentados los alcances del principio de supremacía de la Constitución, y su posición privilegiada en la cúspide del ordenamiento jurídico, de seguido se realizará un intento de conciliación entre el carácter de primacía que se ha arrogado el derecho comunitario (fundamentalmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) y el carácter supremo que ciertamente gozan las Constituciones en el ámbito interno de cada Estado miembro, teniendo en consideración las mencionadas decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*) y el Tribunal Constitucional Español

18 Ver Pérez Tremps, P., *Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador*. En *Autonomía y Justicia y Cataluña*, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003, pág. 90. Citado por Solano Carrera, L. F., *Supremacía y eficacia de la Constitución*, con referencia al Sistema Costarricense, en *Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica*, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006, pág. 23.

19 Véase Haro, R., *El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático* en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004, págs. 47-48.

20 Ver Muñoz Machado, S., *Constitución*, op. cit., págs. 12-13.

4.- UN INTENTO DE CONCILIACIÓN ENTRE LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A LA SUPREMACÍA NORMATIVA DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS (LOS CASOS ESPAÑOL Y ALEMÁN).

Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004 es claro que los principios de integración y primacía que informan el derecho comunitario en el ejercicio de las competencias que son cedidas por los Estados a la unión, deben ser ponderados frente a la supremacía del Texto Constitucional (en cuya razón está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico), así como frente a los valores que justamente han sido plasmados de manera positiva en la Constitución. También es claro que el Tribunal Constitucional Español, al realizar ese juicio de ponderación, desarrolla competencias soberanas que le han sido otorgadas por el mismo Texto Fundamental para su defensa, por medio del control previo de constitucionalidad.

De lo que se trata entonces, en ese control previo de constitucionalidad, es de salvaguardar la posición privilegiada de la Constitución frente a los compromisos internacionales que asuma el Estado español, o bien en la cesión o atribución de

competencias a una entidad “supranacional” en el marco de la unión.

De esta manera, en esa decisión (la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004), el Tribunal Constitucional Español se pronunció sobre el requerimiento (asunto núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004²¹.

En este acto, el Órgano Jurisdiccional aludido negó la existencia de una posible contradicción o colisión entre los principios de supremacía de la Constitución y primacía del ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, en esa decisión se explicó que la supremacía del precepto constitucional y la primacía del ordenamiento comunitario se desarrollan en planos distintos, del siguiente modo:

“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesaria-

mente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación”.

Pero más importante que lo anterior es la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que la primacía del ordenamiento comunitario no es incompatible frente a la supremacía de la Constitución, teniendo en cuenta que ella misma ha previsto, en su artículo 93,:

“la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos”.

De ahí justamente que sea la misma Constitución la que ha aceptado la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que le es propio, con lo cual:

“la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”.

En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en esa sentencia señaló claramente las dimensiones en que se

desarrolla el principio de primacía del ordenamiento comunitario a lo interno del “Reino Español”, motivo por el cual no puede entenderse de modo o de alcance general

“sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución (art. I-11.1 del Tratado), en cuya virtud “la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en la Constitución [europea] para lograr los objetivos que ésta determina” (art. I-11.2). La primacía opera, por tanto, respecto de competencias cedidas a la Unión por voluntad soberana del Estado y también soberanamente recuperables a través del procedimiento de “retirada voluntaria” previsto en el artículo I-60 del Tratado.”

Pero también ha advertido el Tribunal Constitucional Español en ese pronunciamiento, con respecto a la posibilidad de establecer límites a la cesión de competencias del Estado al ordenamiento jurídico comunitario, en los términos del artículo 93 de la Constitución Española de 1978, que si bien no están expresamente previstos en la Norma Fundamental:

“implícitamente se derivan de la Constitución y del sentido esencial del propio precepto, se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia (art. 10.1 CE)”.

²¹ Un comentario relevante sobre el contenido de esta declaración, pero desde una perspectiva distinta a la desarrollada en este estudio puede ser hallado en Díaz Revorio, F. J., *¿Qué Constitución prevalece? Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre*, en repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, N°12, 2005, pág. 13-32

Con lo que el concepto de soberanía, en el diseño actual del ordenamiento jurídico comunitario, no es inútil sino que diseña o circunscribe cada una de las materias que son cedidas por los Estados a la unión, cesión que no se encuentra exenta de límites, sino que debe respetar en todo momento los que se infieren de las estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en la Constitución Española de 1978, máxima expresión de la voluntad general del pueblo español soberano.

En este diseño, le corresponde al Tribunal Constitucional Español no sólo la defensa de los preceptos constitucionales y su interpretación última y privilegiada, sino hacer valer la soberanía del pueblo español, si con motivo de la cesión de competencias del Estado a la unión se desconocen los mencionados límites implícitos. Así lo entiende el Tribunal Constitucional cuando sostiene en su Declaración:

“en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de

la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. 1-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. 1-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”.

De lo anterior se infiere, con toda claridad, que el anhelado pluralismo constitucional (como antecedente del Estado Federal Europeo) no puede, ni por asomo, ser implantado desde la estructura de los órganos comunitarios o de la unión. Los problemas de legitimación democrática y de quebrantamiento del poder soberano de cada Estado en ese supuesto serían insalvables. Por el contrario, quienes tienen la llave o la última palabra en la configuración del anhelado pluralismo constitucional son los Estados miembros de la unión.

No es otro el sentido de las decisiones del Tribunal Constitucional Español (supra-comentada) y del Tribunal Constitucional Federal Alemán (que se comentará a continuación) con respecto a la posibilidad de establecer límites a la cesión de competencias a la unión y la reserva que se han dejado ambos Tribunales Constitucionales (en su condición de garantes del carácter supremo de los preceptos constitucionales) de desconocer cualquier normativa del derecho comunitario si colisionan frontalmente con algún valor fundamental proclamado en la Constitución Española de 1978, en su caso, o la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (*das Bundesverfassungsgericht*),

en la sentencia emitida con respecto a la aprobación del Tratado de Lisboa (2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009) señaló varios aspectos que en alguna medida ya habían sido adelantados en el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004, o bien reformulados pero en términos bastante similares; tales son (sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva):

- La Unión Europea no tiene competencia para definir las que le son propias, sino los Estados miembros (la competencia sobre la competencia);
- La República Federal Alemana tiene derecho de separarse del Tratado de Lisboa, en los términos del artículo 50 del Tratado²²;
- El Tribunal Constitucional Federal Alemán tiene la posibilidad de declarar *“ultra vires”* los actos que la Unión Europea realice por sobre las competencias que le han sido encomendadas, las cuales

no son aplicables en la República Federal Alemana²³;

- Le atañe al Tribunal Constitucional Federal Alemán la definición de la identidad nacional de Alemania, como estado miembro y soberano, así como de declarar inaplicables cualquier normativa del derecho comunitario que soslaye esos elementos²⁴; lo anterior teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, según ha sido modificado por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea²⁵;

De lo anterior se deduce no sólo que son los Estados quienes pueden abrir o cerrar la llave en la configuración del anhelado pluralismo constitucional en el espacio europeo (todavía muy incipiente por lo dicho), o más bien en el desarrollo del derecho comunitario, y que tanto en la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuanto en la del Tribunal Constitucional Español se han defendido los alcances del principio de la supremacía de la Constitución, como

²² Al respecto, en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 de 30 de junio de 2009, se dijo: “g) Article 50 TEU Lisbon introduces the right for each Member State to withdraw from the European Union.”

²³ En la mencionada decisión el Tribunal Constitucional Federal Alemán al respecto señaló: “The ultra vires review as well as the identity review can result in Community law or Union law being declared inapplicable in Germany. To preserve the viability of the legal order of the Community, an application of constitutional law that is open to European law requires, taking into account the legal concept expressed in Article 100.1 of the Basic Law, that the ultra vires review as well as the establishment of a violation of constitutional identity is incumbent on the Federal Constitutional Court alone”.

²⁴ Sobre el particular, en la mencionada decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán se dijo: “The identity review makes it possible to examine whether due to the action of European institutions, the principles under Article 1 and Article 20 of the Basic Law, which are declared inviolable in Article 79.3 of the Basic Law, are violated. This ensures that the primacy of application of Union law only applies by virtue of, and in the context of, the constitutional empowerment that continues in effect”

²⁵ Esta norma dispone:
“Artículo 4. (...)

2. La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro.”

expresión soberana y legítima de la máxima voluntad de los pueblos alemán y español, regidos por sendas Normas Fundamentales.

5.- La protección multidimensional de los derechos fundamentales en Europa:

Con independencia de que se afirme o no el pluralismo constitucional en el ámbito europeo, es innegable en ese escenario la existencia de distintas dimensiones o planos de protección de los derechos fundamentales (en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y a lo interno de cada Estado) todas las cuales serán desarrolladas de seguido.

En lo que atañe al plano internacional (es decir al ámbito regional europeo), los derechos fundamentales han sido proclamados en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como sus protocolos. De esta forma, y con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las partes que han adoptado ese convenio, en el artículo 19 se ha instituido un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que funciona de manera permanente.

De acuerdo con el artículo 35 del Convenio, al Tribunal Europeo de Derechos Humanos le corresponde declarar, en última instancia,

las violaciones de los derechos protegidos en ese instrumento, luego de haber agotado todas las instancias internas en el ámbito de los Estados. Son distintas las maneras de acceder a la jurisdicción al Tribunal, de conformidad con los artículos 33 y 34 ídem.

No es el propósito de estas notas hacer un comentario detallado sobre las funciones, la jurisprudencia que ha elaborado ese Órgano en el ejercicio de sus atribuciones, ni cuales son las posturas que ha asumido con respecto a cada uno de los derechos que han sido consagrados en el Convenio, sino simplemente comentar, de acuerdo con Gianmario DEMURO, que *“la Corte de Estrasburgo, haciendo referencia a parámetros suficientemente homogéneos, ha podido desarrollar, a diferencia de la Corte de Luxemburgo, su propia doctrina partiendo de la interpretación de un único documento jurídico, la CEDU que siempre ha sido utilizada como un documento con un estándar mínimo e irrenunciable de tutela de derechos fundamentales. Por el contrario, la CJCE ha construido una tutela de derechos fundamentales no preexistente en los tratados, interpretando per se los materiales que tenía a su disposición. Sin embargo, si partimos de diferentes identidades genéticas, en el curso del desarrollo de los ordenamientos respectivos, las Cortes se han unido en un punto de instauración de criterios (o prácticas compartidas) de mutual cooperation”*²⁶.

Como se puede apreciar, la protección de los derechos fundamentales en el ámbito del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas requiere un poco más de desarrollo.

²⁶ Véase Demuro G., *Las relaciones entre la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas y la Corte Europea de los Derechos Humanos*, en *Cuestiones Constitucionales*, núm. 17, julio-diciembre, 2007, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, pág. 66.

Inicialmente, los tratados constitutivos de la unión no recogían catálogo alguno de derechos fundamentales, ni hacían referencia a la sujeción de las instituciones y a los agentes comunitarios. En este sentido, y de acuerdo con Luis María Díez-PICAZO:

*“sólo cabía hallar algún atisbo de la idea de derechos fundamentales en preceptos aislados, como el art. 141 TCE, que establece el principio de igual salario a igual trabajo independientemente del sexo del trabajador”*²⁷.

Ante la laguna que se planteaba a finales de los años sesenta en el derecho comunitario con respecto a la tutela de los derechos fundamentales, y ante la presión ejercida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asumió el compromiso, en palabras de Luis María Díez-PICAZO,

*“de que las instituciones y agentes comunitarios están obligados a respetar los derechos fundamentales de los particulares, tanto al aprobar normas, como al aplicar tales normas a casos concretos”*²⁸. Por lo anterior, y en vista que los tratados constitutivos de la unión no contenían ninguna declaración de derechos, ni siquiera indirectamente, *“el Tribunal de Justicia reconoció los derechos fundamentales calificándolos de principios generales de derechos”*²⁹.

Un ejemplo de lo anterior sin duda es la sentencia adoptada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

en el mencionado asunto *“Internationale Handelsgesellschaft”*, sentencia de 17 de diciembre de 1970 (supra- mencionada), en que se dijo:

“que la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado.

4. Considerando que, sin embargo, es preciso examinar si no se ha infringido ninguna garantía análoga, inherente al Derecho comunitario.

que, en efecto, la observancia de los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho, cuyo respeto garantiza este Tribunal de Justicia;

que la salvaguardia de dichos derechos, aunque se inspire en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad;

*que procede, pues, examinar a la luz de las dudas manifestadas por el Verwaltungsgericht si el régimen de garantías habría menoscabado los derechos fundamentales cuyo respeto debe garantizarse en el ordenamiento jurídico comunitario”*³⁰.

Esa construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas con posterioridad fue ofi-

²⁷ Véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Tercera Edición, Thomson-Cívitas, Navarra, 2008, pág. 180.

²⁸ Ver Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit, pág. 180.

²⁹ Sobre todo lo anterior véase Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit, pág. 180.

³⁰ En términos similares pueden ser mencionados los siguientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas STJ Stauder de 12 de noviembre de 1969 y Nold de 14 de mayo de 1974.

cializada, otorgándole el valor de norma de derecho comunitario primario en el Tratado de Maastricht de 1992, en cuyo artículo 6.2 se dispuso: “La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario”³¹.

Lo anterior por los problemas que se suscitaban ante la falta de reconocimiento de derecho positivo del valor de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario.

Pues bien, en el recientemente aprobado Tratado de Lisboa (que ha entrado en vigencia, como se ha expuesto, el pasado 1° de diciembre de 2009) se ha dado una nueva redacción al artículo 6 del TUE, el cual ha quedado como sigue:

“Artículo 6.- La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán

con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.”

De esta forma, en la mencionada disposición la unión reconoce los derechos que han sido proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007. Sobre el particular, sin duda excede el objeto de estas notas desarrollar los procesos históricos que han dado cabida a la formulación de la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales; en este orden de ideas, es suficiente con mencionar el contenido de los artículos 51 (con respecto al ámbito de aplicación de la Carta: dirigida a las instituciones, órganos y organismos de la unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho comunitario), y el 52 referido al alcance e interpretación de los derechos y principios; esta última norma establece:

“1. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por

- la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.
2. Los derechos reconocidos por la presente Carta que se mencionan en otras Partes de la Constitución se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por ellas.
 3. En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.
 4. En la medida en que la presente Carta reconozca derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, dichos derechos se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones.
 5. Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos.

6. Se tendrán plenamente en cuenta las legislaciones y prácticas nacionales según lo especificado en la presente Carta.
7. Las explicaciones elaboradas para guiar en la interpretación de la Carta de los Derechos Fundamentales serán tenidas debidamente en cuenta por los órganos jurisdiccionales de la Unión y de los Estados miembros.”

Perotambién es preciso tener en consideración las explicaciones que, con respecto a los artículos 51 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, han sido elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que si bien no tienen un valor jurídico, sí constituyen un instrumento valioso de interpretación de las disposiciones de la Carta.

Así, una vez expuestos en términos bastante amplios y generales la manera en que los derechos fundamentales son protegidos en el ámbito del derecho comunitario europeo (a través de la jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), así como en el plano internacional (mediante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos), procede comentar la manera en que los derechos fundamentales son tutelados en el ámbito interno de cada Estado, teniendo en consideración los casos particulares de Italia, Alemania y España.

A diferencia del sistema de justicia constitucional italiano, en el cual no se ha diseñado un procedimiento particular o específico ante la Corte de Constitucionalidad para la defensa de los derechos funda-

31 Ver Díez-Picazo, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit, pág. 182.

mentales (sino que son protegidos a través de los distintos mecanismos de control de constitucionalidad a priori y a posteriori, por la vía principal o incidental), en el caso alemán y en el español sí se ha establecido, y ha sido denominado recurso de amparo o queja constitucional en el primer caso, y recurso de amparo en el segundo. Sobre el origen del recurso de amparo, puede decirse que se produjo en dos lugares lejanos pero en fechas cercanas de nacimiento. Así, de acuerdo con Lucio PEGORARO, el recurso de amparo fue elaborado y traducido en la práctica en América Latina y, en concreto, en el Estado Mexicano de Yucatán, con la Constitución de 1841; de allí se extendió, con variantes muy significativas por otros ordenamientos del continente americano. Pero un instituto análogo, con rasgos muy similares, ya había sido contemplado en las Constituciones de Baden y de Baviera de 1818, y desde allí pasó a la Constitución de 1919 y a la austriaca de 1920, denominándose *Verfassungsbeschwerde* o *Beschwerde* en los países de lengua alemana³².

De esta forma, en el sistema alemán la doctrina ha considerado que el recurso previsto en el artículo 93.1 num. 4a) de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana es independiente al que está contemplado en el artículo 19.4 ídem, pues sólo el primero habilita al particular para acudir directamente al Tribunal Constitucional, ante la violación de un derecho fundamental. En palabras de Peter HÄBERLE

“puesto que el amparo constitucional sólo existe respecto de la lesión de derechos fundamentales enumerativamente especificados, el artículo 93, 1, núm 4a no va tan lejos como el artículo 19, 4 Ley Fundamental. Como “derecho de todos” (sin obligación de asistencia letrada y sin costas judiciales) es, pues, el “recurso extraordinario”, “último”, “subsidiario”, pero desde luego de gran popularidad. Sin embargo, o precisamente por ello, los presupuestos de admisibilidad son controlados de forma tan estricta como “metódicamente”³³.

Como se adelantó, el objeto de la queja constitucional está regulado en el §90.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. Al respecto, la doctrina ha considerado que el recurso de amparo constitucional tiene un carácter híbrido, pues al rasgo subjetivo inicial le es sumado un componente de carácter objetivo, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden jurídico en un sistema coherente y completo de valores dirigido a la protección de la dignidad de la persona y a su libre desarrollo. Este valor objetivo del sistema es de tal magnitud, que convierte al Estado constitucional alemán en un Estado de los derechos fundamentales y a la sociedad en una sociedad de los derechos fundamentales³⁴. Sobre el particular, Louis FAVOREU advierte que:

32 Véase Pegoraro, L., *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, págs. 106-107.

33 Véase Häberle, P., *El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, en el Derecho de amparo en el mundo*, coordinadores Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-gregor, E., editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung, México, 2006, pág. 733.

34 er Acosta Sánchez, J., *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, S. A., Madrid, 1998, pág. 270.

“la mayor parte de los recursos constitucionales se dirigen contra fallos de tribunales federales, o sea “fallos generalmente pronunciados en tercera instancia” (Schaich, 1982, p. 132). El Tribunal se convierte así en una especie de jurisdicción suprema encargada de imponer una interpretación uniforme de las normas constitucionales al conjunto de los tribunales superiores alemanes, lo que le permite ejercer una influencia decisiva sobre el conjunto del derecho alemán, comprendidos los derechos civil y penal (Fromont y Reig, p. 104)”³⁵.

En vista que el Tribunal Constitucional Federal Alemán debía enfrentarse a decenas de millares de recursos individuales a los que ni siquiera la organización en secciones era capaz de hacer frente, de acuerdo con Lucio PEGORARO:

“éste se ha visto obligado a elaborar una jurisprudencia restrictiva basada en el principio de subsidiariedad: en particular, la acción directa se puede intentar sólo si no existen otros remedios jurisdiccionales y si se considera indispensable para eliminar un prevenir una violación de los derechos indicados”³⁶. A pesar de lo anterior, la experiencia ha demostrado que el Bundesverfassungsgericht no sólo ha tenido una importancia capital en el complejo “mosaico” del federalismo cooperativo alemán, sino también ha

sido calificado como un “Tribunal de los ciudadanos” y ha desempeñado un papel cargado de significado no sólo en la defensa sino también en la promoción de los derechos fundamentales, gracias a la interpretación del sentido evolutivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del principio de igualdad, eliminándose de esta manera cualquier discriminación irracional realizada por el legislador o por la Administración Pública³⁷.

En España, por otra parte, el artículo 53.2 de la Constitución le asigna al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los amparos constitucionales, por el se protegen las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo II de esa Norma Fundamental, más la objeción de conciencia consagrada en el artículo 30 ídem. Sobre el particular, la doctrina española ha considerado que el recurso de amparo tiene 3 funciones capitales en ese ordenamiento:

- De instrumento de protección de los derechos y libertades señalados por la Constitución.
- Como medio de control sobre la aplicación de los preceptos constitucionales por parte de los Jueces y Magistrados y;
- La última, para determinar mediante la interpretación el alcance y significado de las normas constitucionales³⁸.

35 Véase Favoreu, L., *Los Tribunales Constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 70.

36 Ver Pegoraro, L., *La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada*, op. cit., pág. 52.

37 Ver Rescigno, F., *La Justicia Constitucional en Alemania, en la Justicia Constitucional en Europa*, Coordinadores Groppi, T., Celotto, A., y Olivetti M., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, pág. 79.

38 Ver García Morillo J. y otros, *Derecho Constitucional*, Séptima Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 502-503.

De lo anterior se ha entendido que el recurso de amparo en el ordenamiento español tiene un carácter híbrido, pues tiene por fin no sólo la protección particular y subjetiva del derecho fundamental menoscabado, sino también la defensa objetiva de la Constitución³⁹. Esta vertiente ha sido reforzada con la aprobación de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (aprobada por LO 6/2007 de 24/5), según la cual el recurrente debe justificar la especial trascendencia de la demanda para que sea admitida.

Tales son, pues y a muy grandes rasgos, las maneras en que son protegidos los derechos fundamentales en el escenario multidimensional europeo, regido por un criterio de competencia, en el cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o, los tribunales ordinarios, en su caso, pueden hacer valer los derechos fundamentales en el ámbito del derecho comunitario. De otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido instituido para salvaguardar los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, mientras que en el ámbito interno de cada Estado los derechos fundamentales no sólo han sido proclamados en las respectivas Constituciones (que como se ha visto están dotadas de superioridad normativa), sino también son protegidos no sólo por los tribunales ordinarios, sino también por los órganos especializados de Justicia Constitucional, a través de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, en los lugares donde así se ha establecido.

También es claro que este funcionamiento multidimensional de protección de los derechos fundamentales puede suscitar controversia o diálogos jurisprudenciales entre los órganos aludidos, como en efecto se ha producido en múltiples temas y ocasiones, todas las cuales exceden el objeto de esta pequeña investigación.

6.- Conclusiones.

Como se ha desarrollado en este ensayo, en la actualidad son irrefutables las ideas relativas a la existencia, en el escenario europeo, de la protección multidimensional de los derechos fundamentales, en el cual confluyen tres planos; uno, el internacional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950; dos, el relativo al derecho comunitario desarrollado inicialmente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y ahora estipulado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, contenida en el recientemente aprobado Tratado de Lisboa, que ha entrado en vigencia el pasado 1° de diciembre de 2009; finalmente, los derechos fundamentales han sido consagrados de manera positiva en las Constituciones de cada uno de los Estados miembros de la unión, y protegidos no sólo en las jurisdicciones ordinarias, sino también por los órganos de Justicia Constitucional, en los lugares donde así se ha contemplado.

siendo la máxima expresión de la voluntad general de los pueblos soberanos.

Un ejemplo de lo anterior sin duda lo constituyen las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Federal Alemán (la primera acerca del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa y, la segunda, con respecto al Tratado de Lisboa), en las cuales claramente se afirmaba la posibilidad de establecer límites al poder de cesión de competencias del Estado a la unión (con lo que, son los Estados quienes definen qué materias serán transferidas), así como la posibilidad de declarar inaplicables, con respecto a cada uno de esos países, los actos de la unión que no se extralimiten de la competencia comunitaria.

Pero todavía más importante ha sido la afirmación realizada por ambos Órganos jurisdiccionales en el sentido que la primacía del derecho comunitario se debe entender en el seno de las materias que expresamente han sido atribuidas por los Estados a la unión, con lo que en el fondo sólo es aparente la colisión entre la primacía del derecho comunitario frente a la superioridad normativa de la Constitución Española de 1978 y la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949. Más allá de las materias aludidas, el carácter de supremacía de las Constituciones de los Estados miembros permanece incólume.

Pero también es notoria la manera en que ambos Órganos Jurisdiccionales, en su condición de intérpretes últimos y defensores de los preceptos constitucionales se han reservado la posibilidad de dilucidar en qué supuestos la normativa comunitaria se extralimita con res-

Aunque es innegable el desarrollo del derecho comunitario, ahora reforzado con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, todavía son incipientes las ideas relativas a la configuración de un anhelado pluralismo constitucional en el ámbito europeo, como antecedente de un Estado Federal Europeo. Es claro que estas ideas han tenido como punto de partida el carácter de primacía que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha otorgado al derecho comunitario por sobre las disposiciones del ordenamiento interno de cada en Estado, en aquellas materias que han sido atribuidas o cedidas por los Estados a la unión.

Pero del resultado de tales procesos de integración no es posible concluir, en modo alguno, que los órganos de la unión ostenten la facultad de determinar cuáles materias o competencias son propias del derecho comunitario. En este sentido, han sido los Estados miembros quienes justamente en ejercicio de su soberanía han delineado qué competencias deben ser transferidas a la unión. De ahí que son los Estados quienes tienen la llave o la última palabra en la configuración del anhelado pluralismo constitucional y en la determinación de las competencias que son cedidas a la unión.

De ahí que la noción de soberanía, en el marco actual de la integración europea, no es un concepto inútil, en la medida en que, por una parte, permite delinear qué materias componen el derecho comunitario (al establecer límites al poder de cesión de competencias de los Estados a la unión) y, por otra, armonizar el carácter de primacía del derecho de la unión frente a la supremacía normativa de las Constituciones de los Estados miembros, las cuales siguen

³⁹ Véase González-Trevijano Sánchez, P. J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzandi, Sociedad Anónima, Navarra, España, 2000, pág. 121.

pecto a las materias que han sido cedidas a la unión, y de declararlas inaplicables siempre que afecten los valores transcendentales que han sido proclamados en ambos Textos Fundamentales. Esta realidad incluso ha sido reconocida expresamente en el artículo 4 del Tratado de la Unión Europea, según ha sido modificado por el Tratado Constitutivo

de la Comunidad Europea ¿Quiénes definen entonces el futuro de los actuales procesos de integración en el ámbito europeo? Sobre el particular, es innegable que los Estados miembros, mediante la adopción de determinados actos (de cesión de competencias a la unión por ejemplo) en los cuales se manifiesta su carácter soberano.

LA MUJER Y LAS FUENTES DEL DERECHO EN ROMA: UNA APROXIMACIÓN CON LA AYUDA DE LA LITERATURA

*Henry Campos Vargas**

A mi esposa Denia

Las mujeres siempre han constituido uno de los principales motores de los procesos de creación, reproducción y transformación del derecho en todas las culturas. El presente ensayo tiene como propósito ofrecer una aproximación a la forma como la mujer romana participó en la creación del derecho. Con este trabajo, se pretende hacer justicia a esta realidad, descuidada en numerosos estudios romanistas.

La palabra fuente procede del significante latino fons (fuente, manantial –COROMINAS 1997, 283-). De posible origen indoeuropeo (lengua hipotética que habría sido empleada por un pueblo antiquísimo del que surgirían grupos étnico-lingüísticos como el itálico, el germánico, el griego y el celta, entre otros – sobre el tema puede consultarse SEGURA 1983, 11) fons parece derivar de una raíz dhen- (ROBERTS 1997, 43), que significa correr, fluir; en una clara alusión a la imagen de la corriente de los ríos.

Propiamente, los juristas latinos no emplearon la denominación de fuentes del derecho (al respecto puede consultarse IGLESIAS 1989, 23). En su lugar, Gayo, por ejemplo, habla de la composición del derecho:

Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis,

constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.

- *El derecho del pueblo romano se encuentra en las leyes, en los plebiscitos, en los senadoconsultos, en las constituciones de los Príncipes, en los edictos de los que gozan del poder de promulgarlos y en los dictámenes de los jurisconsultos (GAYO 1990, I, 2)*

Puede apreciarse que la perspectiva asumida por los romanos es predominantemente analítica, característica que se aprecia en mayor medida en Justiniano (consúltese JUSTINIANO 1976, I, II), cuyas Instituta tomaron como modelo la obra de Gayo (JUSTINIANO 1976, Proemium). En cambio, la doctrina y la legislación modernas han desarrollado la expresión de fuentes del derecho, en sentido figurado (sobre esta posibilidad en las lenguas romances consúltese ERNOUT 1967, 245), para referirse a aquello que se considera derecho (en este sentido véanse el art. 7° la Ley General de la Administración Pública y el art. 1° del Código Civil, por ejemplo).

La doctrina distingue entre fuentes formales y fuentes materiales del ordenamiento jurídico. La denominación de fuente formal de-

*- Filólogo clásico y abogado.

signa lo que es considerado derecho en una comunidad (ley, costumbre, jurisprudencia, etc), interpretación que puede acusarse, con no poca razón, de positivista en sentido kelseniano (véase al respecto REALE 1976, 109).

Fuentes materiales son, en cambio:

los procesos o medios en virtud de los cuales las normas jurídicas se positivizan con fuerza legítima obligatoria, esto es, con vigencia y eficacia (REALE 1979, 111).

Este concepto atiende a los mecanismos de poder mediante los cuales surgen las normas. Para Miguel Reale, estas fuentes son cuatro, porque son cuatro las formas de poder:

el proceso legislativo; expresión del poder legislativo; la jurisdicción, que corresponde al poder judicial; los usos y costumbres jurídicos, que expresan el poder social, el poder decisorio anónimo del pueblo; y, finalmente, la fuente negocial, expresión del poder negocial o de la autonomía de la voluntad (REALE 1979, 112).

Aunque esta categoría abra la posibilidad del desarrollo del objeto de este trabajo, conviene aprovechar preferentemente un sentido aún más lato de fuente material, entendida como:

el estudio filosófico y sociológico de los motivos éticos y de los hechos que condicionan la aparición de las transformaciones de las normas jurídicas (REALE 1979, 111-112).

En Roma, la mujer no sólo contribuyó a la conservación y reproducción del derecho en el ámbito educativo del hogar, sino que fue una importante fuerza de su transformación.

Transmisora del mos maiorum (las costumbres de los antepasados), participó activamente en los procesos de cambio en Roma, hecho que atestigua el famoso historiador romano Tito Livio. En su De Urbe Condita, Livio describe, por ejemplo, la forma como las mujeres romanas se enfrentaron a Catón al saber que éste se opondría a la derogación de la Lex Oppia Sumptuaria, ley que reprimía el empleo de ornamentos femeninos lujosos (GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO 1982, 412). La economía de guerra impuesta por las Guerras púnicas exigió una vida austera. En este contexto tuvo lugar la aprobación de la Lex Oppia. Sin embargo, derrotados los cartagineses, la ley devino en obsoleta. De acuerdo con Livio, los tribunos Marco Fundanio y Lucio Valerio propusieron su derogación (MUÑOZ JIMENEZ (1992), 38). Catón, anteriormente Censor de la Urbs, se opuso vehementemente al proyecto, pero fue derrotado:

sin tener derecho al voto (las mujeres) vencieron con el voto de los hombres (MUÑOZ JIMENEZ (1992), 38)

A pesar de su fracaso, el otrora censor intervino con una alocución, que, por su gracia, me permito citar y traducir libremente:

Si in sua quisque nostrum matre familiae, Quirites, ius et maiestatem uiri retinere instituisset, minus cum universis feminis negotii haberemus; nunc domi victa libertas nostra impotentia muliebri hic quoque in foro obteritur et calcatur, et quia singulas non continuimus universas oremus - Ciudadanos, si cada uno de nosotros hubiera ordenado a la mujer en su casa conservar el derecho y la autoridad del varón, menos tendríamos que ver en este momento con todas las mujeres de este asunto; pero, ahora, vencida

en la casa nuestra autoridad por la impotencia mujeril, también aquí se la pisotea y humilla. Así las cosas, como no las contuvimos a cada una, temámosle a todas (LIVIO 34, 1-7).

Junto a esta intervención, trivial para algunos, puede citarse la participación de la mujer en la lucha por alcanzar importantes transformaciones sociales, cuyos

puntos de inflexión, que ayudan a parcelar y periodizar el largo ámbito temporal, son la secessio del mons sacrum en 494; la codificación de las Doce Tablas, en 450; las leges Liciniae Sextiae, de 367, y la citada lex Hortensia, que da fin a la lucha (ROLDÁN 1999, 74).

La secesión del Monte Sacro consistió en la huída masiva de la plebe hacia dicho monte en señal de protesta contra los patricios. Allí amenazaron con fundar su propia ciudad, proyecto que, gracias al cónsul Menenio Agripa, no llegó a término, sino que concluyó con el regreso de los plebeyos.

En relación con las leyes Licinio-Sextias, Tito Livio describe:

La ocasión parecía oportuna para hacer cambios a causa del ingente peso de las deudas, cuyo aligeramiento las masas de la plebe no esperaban en modo alguno a menos que los suyos fueran situados en lo más alto del poder. Y una tal reflexión se debió asumir; pues con intentos y movimientos los plebeyos estaban ya a un paso de, si se esforzaban un poco más, poder alcanzar la cima y equipararse con los patricios tanto en honor como en poder (TITO LIVIO, VI, 35, citado por GARCIA MORENO 1999, 18).

No cabe duda que en esta revuelta, al igual que en todas las que tuvieron lugar en los períodos de la Monarquía y la República, las mujeres participaron en la consecución de todas y cada una de las principales vindicaciones sociales. De las conquistas plebeyas son testimonio la Ley de las doce tablas, tal y como se ha dicho antes, la elección del primer cónsul plebeyo en el 337, su primer pretor en el 314, el primer dictador en 312, la publicación del ius Flavianum, que hizo del dominio público las fórmulas procesales, la lex Ogulnia -que permitió a los plebeyos acceder a los colegios pontificales- y, en el 287, la Lex Hortensia -que equiparó el plebiscito a la ley- (Sobre el tema puede consultarse una brillante relación y estudio en sus fuentes en GARCIA MORENO 1999, 3-129).

Contrario al pensamiento generalizado, las mujeres intervenían cotidianamente en la cosa pública y en los negocios privados. No en vano, cuatro siglos después de los eventos narrados por Livio, Gayo, jurista romano, escribió:

Feminas uero perfectae aetatis in tutela esse fere nulla pretiosa ratio saussise uidetur; nam quae uulgo creditur, quian leuitate animi plerumque decipiuntur et aequum erat eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa uidetur quam uera; mulieres enim quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant, et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem summa; saepe etiam inuitus auctor fieri a praetore cogitur.

-Pero, en cambio, apenas hay alguna razón de pesa que persuada para que las mujeres en edad adulta estén bajo tutela: pues lo que vulgarmente se cree de que en general son engañadas

por la ligereza de su espíritu, y por eso resultaba justo que fueran dirigidas por la autoridad de sus tutores, es más una razón aparente que verdadera, pues las mujeres adultas tratan de sus negocios por sí mismas y hay casos en que el tutor interpone su autoridad por mero formalismo, y con frecuencia también autoriza actos contra su voluntad forzado por el pretor (GAYO 1990, I, 190).

La crítica gayana a la tutela es vehemente y comprueba que las mujeres no tuvieron una posición pasiva en materia negocial. Así lo confirma una comedia togata del siglo II a. C. (se llamaba comedia togata porque los personajes se vestían con togas, ropa propia de los romanos; en la comedia palliata, los personajes se vestían con el pallium, vestido de los griegos -los versos se han tomado de LOPEZ LOPEZ 1983-):

*nam proba et pudica quod sum,
consulo et parco mihi,
quoniam comparatum est, uno ut simus
contentae uiro.
-Pues dado que soy honrada y
virtuosa, velo por mí misma y me
cuido, ya que está dispuesto que nos
conformemos con un solo marido
(Epistula -La carta-, Afranio, 115 y 116
-por su orden, nombre de la comedia,
autor y versos de la obra).*

Otra comedia de Afranio, Divortium -El divorcio-, ofrece la misma vertiente:

*uigilans ac sollers, sicca, sana, so-
bria; uirosa non sum, et si sum, non
desunt mihi
-soy despierta y hábil, sobria, sana,
frugal; no soy buscona, y si lo soy, no
me faltan ... (50 y 51).*

Una actitud semejante, se encuentra también en uno de los pocos pasajes conservados de la Tarentilla de Gneo Nevio (puede consultarse el texto en CODOÑER 1997, 29), quien también pertenece al período de la literatura latina arcaica.

Estos pensamientos claramente autoafirmativos también se encuentran en Plauto, autor de comedias palliatae, dramas que recurrían a una ambientación y personajes griegos.

Sin embargo,

*aunque en las comedias de Plauto
las protagonistas sean griegas, la
descripción bien pudiera corresponder
con las de las mujeres romanas
(MUÑOZ JIMÉNEZ 1992, 36)*

No debe olvidarse, en este sentido, que en Amphitruo -Anfitrión-, comedia plautina basada en el mito sobre del nacimiento de Hércules, Alcmena, madre del héroe y esposa de Anfitrión, pronuncia las palabras que en el derecho romano se empleaban, por el hombre o la mujer, para obtener el divorcio: tibi habeas res tuas -quédate con tus cosas- (PLAUTO 1994, 928).

Los propios jurisconsultos romanos procuraron interpretar el derecho de manera que los actos de las mujeres conservaran su eficacia jurídica

*Item. Matrem, quae sine tutoris
auctoritate filio donationis causa
praesentes seruos mancipio dedit,
perfecisse donationem apparuit.*

*- Igualmente. Fue manifiesto que la
madre, que sin autorización del tutor
dio por mancipación a su hijo unos
esclavos a la vista por causa de
donación, llevó a cabo una donación
(CASTRESANA 1988, 264).*

En estrados judiciales las mujeres dieron instrucciones, verdaderas órdenes, a sus abogados y tutores, formulaban interrogatorios, presentaban pruebas, impugnaban decisiones ... Disputas sobre dotes, derechos hereditarios, conflictos patrimoniales, divorcios, etc. son materias en las que, sin lugar a dudas, las mujeres intervinieron tanto mediante sus tutores como personalmente. Empero, no debe olvidarse que el Digesto consigna claramente lo siguiente:

*Feminae ab omnibus officiis civilibus
vel publicis remotae sunt et ideo nec
iudices esse possunt nec magistratum
gerere nec postulare nec pro alio
intervenire nec procuratores existere
(Dig. 50.17.2pr., Ulpianus 1 ad sab.,
Justiniano 2005: 1).*

*- Las mujeres han sido excluidas
de toda labor civil y pública, de esta
forma, no pueden ser jueces, ni ejercer
una magistratura ni tampoco accionar,
ni intervenir por otra persona, ni
ser procuradores.*

Este principio del derecho justiniano parece no haber tenido excepción a lo largo de toda la historia de Roma. Las pretensiones de alguna mujer para ejercer lo que hoy se conoce como abogacía habrían sido rápidamente reprimidas. Fuera de este límite, ningún ámbito fue legal o socialmente vedado a las romanas.

Gayo escribe sobre la mujer sui iuris, una mujer con plena capacidad de actuar gracias a las Leyes Julia y Papia Popea:

*Tutela autem liberantur ingenuae
quidem trium liberorum iure, libertinae
uero quattuor, si in patroni liberorumue
eius legitima tutela sint; nam et ceterae
quae alterius generis tutores habeant,*

*uelut Atilianos aut fiduciariorum, trium
liberorum iure tutela liberantur.*

*- Las que nunca han sido esclavas
se liberan de la tutela a causa del
derecho por maternidad al tener tres
hijos, y las libertas al tener cuatro, si
es que estaban bajo tutela legítima
del patrono o de sus descendientes,
pues las que tienen otra clase de
tutor, como son los tutores atilianos o
fiduciariorum, se liberan de la tutela con
tres hijos (GAYO 1990, I, 194).*

La liberación de la tutela también se extendió a las Vírgenes Vestales (ibid I, 145).

De acuerdo con lo anterior, la personificación de algunas mujeres que gozaban de autonomía en su quehacer como las Bacchides -Báquides-, en la comedia homónima, o la Lena en Cistellaria -La comedia de la cestita-, tal y como ofrece Plauto, correspondió a la realidad romana.

En esta última obra, otra fémica, de nombre Gimnasia, explica:

*Por Pólux, al precio con que nos
pagan, resulta fácil frecuentar tu casa
(Selenia) y ofrecer nuestros servicios:
y es que nos has agasajado en tu
casa con un banquete tan exquisito
y suculento que no lo olvidaremos
jamás (PLAUTO 1994, 9-14).*

Esta mujer independiente no es una figura extraña. Lesbia-Clodia, en los términos que describe Catulo, poeta del siglo I a. C., coincide con este modelo a cabalidad (al respecto puede consultarse CATULO 1994). Igualmente, concuerda con la imagen ofrecida por la esposa de Cicerón durante el destierro de su compañero. La epistolografía ciceroniana nos muestra un Cicerón vulnerable:

tum vero cum aut scribo ad vos aut vestras lego, conficior lacrimis sic ut ferre non possim

- así, realmente cuando te escribo o leo vuestras cartas, confieso con lágrimas que no puedo sobrellevar esta situación (FROST ABBOTT 1897, 50 -traducción libre-).

Lejos de él, Terencia, su esposa, debió asumir personalmente el cuidado y la dirección de la casa, sin mediar tutor o encargado alguno, por eso se escuchan estas palabras del afamado jurista:

Cura, quod potes, ut valeas et sic existimes, me vehementius tua miseria quam mea commoveri

- Cuida, como puedas, que estés bien y así te mantengas: me conmueve mayormente tu miseria que la mía (FROST ABBOTT 1897, 53 traducción libre-).

Las mujeres no sólo vivían y aplicaban el derecho como lo demuestran las citas anteriores. Ellas constituyeron una de sus verdaderas fuentes materiales.

Aunque no se encuentre nombre femenino alguno revestido del ius publice respondendi, ni se conozca la existencia de jurisprudencias, la mujer fue causa eficiente de la creación del derecho.

Una comedia del siglo II a. C., perteneciente al subgénero cómico denominado togata, se titula Iusperita –La jurisprudencia-. Por su título parece aludir cruelmente a la transgresora idea de que una mujer interviniera en el foro.

Sin embargo, los Fragmenta Vaticana – Fragmentos vaticanos- (código romano del siglo IV o V de nuestra era descubierto en un

palimpsesto en 1821 por el cardenal Angelo Mai) comprueban la existencia de numerosas respuestas de emperadores y jurisconsultos a cuestionamientos formulados por mujeres.

Estas respuestas, llamadas rescriptos (tipo de Constitución Imperial), eran fuente del Derecho en época del imperio (JUSTINIANO 1976, I, II, 6). A través de la instancia directa de las mujeres, el derecho romano se vio enriquecido y forzado a adecuarse a las circunstancias de una sociedad compleja.

Por este medio, se permitió a la mujer nombrar procurador procesal, incluso, sin autorización de su tutor:

Diui Diocletianus et Constantius Aureliae Pantheae. Actor rei forum sequi debet et mulier quidem facere procuratorem sine tutoris auctoritate non prohibetur.

- Los divinos Dioclecianos y Constancio a Aurelia Pantea. El demandante debe acudir a la jurisdicción del demandado y a la mujer no se le prohíbe desde luego nombrar un procurador sin autorización del tutor (CASTRESANA 1988, 325).

En otro fragmento se conservaron los efectos de una venta realizada por una mujer:

Diocletianus et Maximus Constantius Atinae Plotianae. Si deserta praedia ... ob cessationem conlationum ... distracta uera FIDE comparasti et uenditionem sollemniter perfecisti, uenditio ... necessitate facta conuelli non debet ...

- Diocleciano y Máximo Constancio a Atina Plociana. Si adquiriste con auténtica buena fe unos terrenos abandonados ... por retraso de las contribuciones ... vendidos y llevaste a cabo

una venta, según el uso, la venta ... no debe anularse cuando se produce una necesidad (CASTRESANA 1988, 22).

También se encuentran consejos sobre la forma de proceder en determinadas situaciones y recomendaciones de profesionales en la materia:

Diocletianus et Maximus Constantius Tannoniae Iuliae. Usum fructum locari et uenundari posse a fructuario nulli dubium est. Proinde si, uendente filio tuo possessionem, etiam tu certo pretio usu fructu proprio cessisti, quem testamento mariti tui tibi relictum esse proponis, quando quidem emptorem contractus fiden commemores minime custodire, aditus Aelius Dionysius uir clarissimus amicus noster id tibi faciet repraesentari, quod te constiterit iure deponere. Proposita VI id. Mart. Carthagini Fausto II et Gallo cons.

- Diocleciano y Máximo Constancio a Julia Tanonia. Nadia duda de que el usufructuario puede arrendar y vender el usufructo. por consiguiente si, al vende tú hijo la posesión, tú también por un precio determinado hiciste cesión de tu propio usufructo, que según dices, se te dejó a ti por el testamento de tu marido, puesto que efectivamente recuerdas que el comprador no observa en absoluto la buena fe contractual, Elio Dionisio, hombre ilustrísimo, amigo nuestro, que una vez que hayas acudido a él, hará que se te pague lo que determine que puedes reclamar legalmente.

Propuesta el día 6 de los idus de marzo, en Cartago, en el consulado de Fausto por segunda vez y Galo (CASTRESANA 1988, 41).

Estos pasajes muestran la gran variedad de materias que fueron tratadas y reguladas gracias al interés de las mujeres. En igual sentido, la jurisprudencia romana, a través de su iniciativa se vio enormemente enriquecida.

Cabe destacar, además, que algunas mujeres, como Teodora, esposa del emperador Justiniano, conquistaron altos reconocimientos. Esta emperatriz mereció ser citada en numerosos documentos legales:

Quando Justiniano tuvo el imperio, dice Juan Zonaras, no hubo un poder solo, sino dos, porque su mujer mandaba no menos, sino más que él. En más de una ocasión le cedió el cetro, que él debía empuñar dando leyes a su instancia, y citándola en sus constituciones como un consejo que lo auxiliaba en el gobierno: los títulos, los triunfos, las inscripciones en los monumentos públicos, y hasta el juramento de los empleados, eran comunes tanto a una como a otro (JUSTINIANO 1976, 14).

Contrario al pensamiento generalizado, las mujeres contribuyeron considerablemente al derecho romano. Grosso modo, las líneas anteriores han tratado de mostrar al lector varios de sus múltiples aportes en una línea de investigación que ha dado sus primeros pasos en años recientes.

BIBLIOGRAFÍA

CASTRESANA HERRERO, Amelia, 1988, Fragmentos Vaticanos (Edición bilingüe), Editorial Tecnos, S. A., Madrid.

CATULO, 1996, Poesías, 4ª reimpression, Alianza Editorial, S. A., Madrid.

CODOÑER, Carmen, 1987, Géneros literarios latinos, 1a. edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

COROMINAS, Joan, 1997, Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, 8ª reimpression, Editorial Gredos, S. A., Madrid.

ERNOUT, A., et MEILLET, A, 1967, Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots, Librairie C. Klincksieck, Paris.

FROST ABBOTT, Frank, 1897, Selected letters or Cicero, The Athenaeum Press, Boston.

GAYO, 1990, Instituciones, edición bilingüe, reimpression de la 1ª edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid.

GARCIA MORENO, Luis, 1999, Historia del mundo clásico a través de sus textos, 2. Roma, 1ª Edición, Alianza Editorial, S. A., Madrid.

GUTIERREZ-ALVIZ Y ARMARIO, Faustino, 1982, Diccionario de Derecho Romano, 3a. edición, Reus, S. A., Madrid.

IGLESIAS, Juan, 1989, Las fuentes del derecho romano, 1ª Edición, Editorial Civitas, S. A., Madrid.

IRIGOYEN TROCONIS, Martha Patricia. 2005. Sobre las diversas reglas del derecho antiguo (Digesto 50.17). 1a edición. UNAM. México.

JUSTINIANO, 1976, Instituciones de Justiniano, edición bilingüe, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires.

LOPEZ LOPEZ, Aurora, 1983, Fabularum togatarum fragmenta, 1a. edición, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca.

MUÑOZ JIMENEZ, Ma. José, (1992), Roma ludens: reflejos de humor en la literatura latina, Estudios Clásicos, No. 101, Tomo XXXIV, España.

PLAUTO, 1994, Comedias I, 4a. edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.

PLAUTO, 1995, Comedias II, 1ª. Edición, Ediciones Cátedra, S. A., Madrid.

REALE, Miguel, 1976, Fundamentos del derecho, Ediciones Depalma, Buenos Aires.

REALE, Miguel, 1979, Introducción al derecho, reimpression de la 3ª edición, Ediciones Pirámide, S. A., Madrid.

ROBERTS, Edward A., 1997, Diccionario etimológico indoeuropeo de la lengua española, 3ª reimpression, Alianza Editorial, S. A., Madrid.

ROLDÁN, José Manuel, 1999, Historia de Roma, Tomo I, La República Romana, 5ª Edición, Ediciones Cátedra, S. A. Madrid.

SEGURA MUNGUÍA, Santiago, 1983, Latín 2º, Ediciones Anaya, S. A., Madrid.

LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN LA JURISPRUDENCIA PENAL COSTARRICENSE A PROPÓSITO DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

*Frank Harbottle Quirós**

INTRODUCCIÓN

Las medidas de seguridad constituyen un tema apasionante y complejo.

En Costa Rica, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que en un proceso penal a una persona inimputable no se le puede sancionar con una pena de prisión, siendo viable que se le imponga una medida de seguridad como el ingreso a un hospital psiquiátrico, a un establecimiento de tratamiento especial educativo o el sometimiento a un tratamiento psiquiátrico ambulatorio.

La jurisprudencia nacional en los últimos años ha sido vacilante en diversos tópicos – los cuales serán analizados en el presente artículo– relacionados con las medidas de seguridad, a saber: *i)* la obligatoriedad de que los Jueces cuenten con el informe del Instituto de Criminología para imponer este tipo de medidas; *ii)* su procedencia a personas con imputabilidad disminuida, y, *iii)* su aplicación en materia penal juvenil.

Recientemente (9 de diciembre de 2011) entró en vigencia la Ley N° 8837, “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”, la cual dispone que la Sala de Casación Penal es el único órgano competente para conocer de los recursos de casación y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, por lo que los Tribunales de Casación Penal han pasado a ser Tribunales de Apelación. Se espera que con esta reforma se pueda dejar de hablar de disparidad de criterios jurisprudenciales y se logre la pretendida uniformidad en la jurisprudencia penal, lo cual sin duda incidirá en el tema de medidas de seguridad.

1- MEDIDAS DE SEGURIDAD Y PENAS

El sistema penal costarricense tiene un sistema llamado de doble vía o binario. De esta forma, el régimen de sanciones penales se divide en penas y medidas de seguridad.

* Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Ex-asistente de la Cátedra de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría de Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público. Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

De acuerdo con la Sala Constitucional, las únicas medidas de seguridad posibles en nuestro país son las que se imponen a las personas inimputables, mismas que se han definido como:

“medios especiales preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por las autoridades judiciales a aquellas personas que nuestro ordenamiento jurídico penal califica de “inimputables”, con el fin de “readaptarlos” a la vida social, sea con medidas de educación, de corrección o curación. Son medidas de internamiento en centros hospitalarios o centros técnicos especializados en la atención de discapacitados mentales...” () “...Suponen la separación del “inimputable” de la sociedad, como una medida preventiva en razón de la protección de la misma y como medida “curativa” para el inimputable”¹.

Las medidas de seguridad y las penas presentan similitudes tales como: naturaleza punitiva, sometimiento al derecho represivo, imposición por parte de funcionarios judiciales que buscan imponer un precepto penal, responsabilidad jurídica, reacciones a una acción prohibida e imposibilidad de determinarlas discrecionalmente en respeto al principio de legalidad².

En razón de estas características que presentan en común, en el año 2002 la Sala Constitucional señaló:

“...Al disponer el constituyente que no se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior, no puede estimarse que el término pena lo utilice en sentido restrictivo, sea para referirse únicamente a las que aparecen en el artículo 50 del Código Penal. El término se utiliza como sinónimo de sanción y dentro de esta institución es indudable que encontramos a las medidas de seguridad...”³.

Ahora bien. Es evidente que el fundamento de las penas y de las medidas de seguridad es distinto. En las primeras, es el principio de culpabilidad, mientras que en las segundas es la peligrosidad del delincuente. En este sentido, se ha dicho:

...las medidas de seguridad curativas y las penas tienen una naturaleza distinta, pues las primeras son medidas administrativas que sólo son procesal y jurisdiccionalmente penales, pero en modo alguno, materialmente penales, por lo que no pueden ser llamadas “sanciones” -no constituyen sanción a ninguna conducta-, pero para su imposición se requiere acreditar la existencia de un injusto penal (típico y antijurídico), ejecutado materialmente por el sujeto a quien se le impone la medida. La naturaleza de las medidas de seguridad es entonces netamente preventiva y su objetivo expresamente asistencial, pues se imponen al sujeto inimputable, quien al momento de la

1 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 02586-93 de las quince horas con treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.
2 Burgos Mata, Álvaro. La Medida de Seguridad en Costa Rica. Revista de Medicina Legal de Costa Rica N° 1, marzo de 2005, pp. 79-98.
3 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2002-10301 de las doce horas con un minuto de veinticinco de octubre del dos mil dos.

comisión del hecho se encontraba en estado de incapacidad psíquica para ejecutar el delito, y dependiendo, de igual forma, del grado de peligrosidad del sujeto...”⁴.

En forma similar se ha pronunciado el Tribunal de Casación del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, al afirmar:

“...Cuando un individuo no es imputable, no sería viable realizarle el juicio de reproche, en este caso es en el que entra a regir el régimen de medidas de seguridad. El fundamento del sistema de medidas de seguridad no es la culpabilidad, sino la peligrosidad. Con estas lo que se pretende es evitar el peligro para la colectividad y su finalidad se cifra en la prevención especial. Por ello, se ha dicho que con la culpabilidad y el sistema de sanciones se mira hacia el pasado, tomando en cuenta el evento delictivo como base para mesurar la pena; en tanto que con el sistema de medidas de seguridad se mira hacia el futuro, tratando de evitar la reiteración del evento...”⁵.

Se ha considerado que *“la imposición de una pena a un inimputable sí viola el*

derecho al debido proceso”⁶, por lo que un sujeto declarado inimputable no puede ser remitido a un centro penitenciario regular, sino a establecimientos psiquiátricos en caso de internamiento⁷.

Las medidas de seguridad pueden llegar a ser incluso más perjudiciales que la pena de prisión en razón de la indeterminación temporal, y de que las personas a las que se les ha impuesto estas medidas no pueden ser objeto de ciertos beneficios, tales como el indulto, el contemplado en el artículo 55 del Código Penal y la libertad condicional que se otorgan a los reos, por tratarse de medidas eminentemente curativas y preventivas⁸.

De conformidad con el artículo 100 del Código Penal costarricense, las medidas curativas de seguridad presentan una duración indeterminada. La Sala Constitucional ha sido categórica en cuanto a que la indeterminación temporal dispuesta por la norma no puede considerarse como una sanción perpetua en los términos del artículo 40 de la Constitución Política, por cuanto ello obedece a que en el momento de la imposición de la medida no se sabe con certeza cuándo pueda terminar, pues dependerá de la respuesta del sujeto inimputable⁹.

4 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2008-17298 de las catorce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de noviembre del dos mil ocho.
5 Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón, Sección Primera. Sentencia 2008-0080 de las diez horas treinta y cinco minutos del veintinueve de febrero de dos mil ocho.
6 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 3679-93 de las nueve horas dieciocho minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.
7 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias 2009-04555 de las ocho horas y veintitrés minutos del veinte de marzo del dos mil nueve.
8 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2586-93 de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.
9 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2008-17298 de las catorce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de noviembre del dos mil ocho.

Tal y como lo expone Patricia Ziffer¹⁰, quien es internado en un establecimiento psiquiátrico con frecuencia cuenta con menos derechos que un condenado penal, pues no pocas veces, a igualdad de delito, el tiempo de internación es mucho más prolongado que el tiempo correspondiente a una pena, pues al autor culpable le espera una pena temporalmente limitada con independencia de que los esfuerzos resocializadores durante la ejecución de la pena tengan éxito o no, situación que, en principio, no se plantea respecto de un enfermo psiquiátrico.

En relación con este punto, el artículo 478 del Código Procesal Penal refiere que el Tribunal *“Fijará un plazo no mayor de seis meses entre cada examen, previo informe del establecimiento y de los peritos. La decisión versará sobre la cesación o continuación de la medida y, en este último caso, podrá ordenar la modificación del tratamiento. Cuando el juez tenga conocimiento, por informe fundado, de que desaparecieron las causas que motivaron la internación, procederá a su sustitución o cancelación”*.

Así, la medida de seguridad debe ser establecida por el Tribunal de sentencia, no obstante, corresponde al Juez de Ejecución de la Pena revisar cada seis meses la situación particular de la persona a la que se le impuso la medida, pudiendo sustituirla por otra o cesarla en caso de que desaparezcan los motivos que la fundaron.

Partiendo del principio de proporcionalidad, las medidas de seguridad no pueden ser de mayor duración que la pena abstractamente

aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite necesario para prevenir la peligrosidad del autor. En este sentido, la medida de internamiento sólo deberá aplicarse cuando la pena impuesta fuere privativa de libertad y su duración no puede exceder la de esta última.

El panorama mostrado refleja que las medidas de seguridad pueden llegar a ser más gravosas que la pena de prisión. Por ello, es necesario que en las fases de imposición y ejecución de la medida, se cumplan a cabalidad principios básicos propios de un Estado de Derecho como el costarricense, entre los que destacan: dignidad humana, legalidad y proporcionalidad. Esta labor no es ajena a los órganos de casación. De ahí la importancia de contar con una jurisprudencia uniforme, respetuosa de los derechos de las personas a las que se les impone una medida de seguridad.

A continuación se procede a realizar un análisis de diversos tópicos que involucran el tema de las medidas de seguridad, en los que la jurisprudencia ha sido vacilante.

II. OBLIGATORIEDAD DEL INFORME DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA

Históricamente, los órganos de casación de nuestro país han coincidido en cuanto a que resulta procedente imponer una medida de seguridad a la persona que en un proceso penal se demuestra que cometió una conducta típica y antijurídica bajo un estado de inimputabilidad.

Conforme el numeral 97 del Código Penal

“...Las medidas de seguridad se aplicarán solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se deduzca la posibilidad de que vuelvan a delinquir...”.

En nuestro medio, este artículo ha sido analizado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Sala Tercera y de los Tribunales de Casación Penal. No obstante, **no existe consenso en cuanto a si para imponer la medida de seguridad necesariamente se debe contar con el informe del Instituto de Criminología, con la finalidad de determinar la “peligrosidad criminal”**.

La Sala Constitucional ha asumido el criterio de que es necesario contar con dicho informe. Al respecto ha señalado:

*“...No a todos los inimputables se les impone este tipo de medidas, pues ello depende de su necesidad, de las condiciones personales del sujeto, con miras a la mejoría de su estado psíquico anormal, de ahí la necesidad de informe del Instituto Nacional de Criminología en el que se establezca la posibilidad de que se vuelva a delinquir en razón del estado de inimputabilidad...”*¹¹.

La Sala Tercera en forma reiterada ha dicho que el informe del Instituto de Criminología es una exigencia previa para la imposición de una medida de seguridad, siendo que en los casos en que ésta se ha impuesto sin haberse recabado el respectivo informe, se ha procedido a ordenar la nulidad de la sentencia en lo que atañe a la fijación de la medida de seguridad y se ha ordenado el reenvío para su determinación conforme a derecho. Sobre este punto se ha dicho:

*“...Además de la condición de inimputable, para la aplicación de la medida de seguridad, se requiere de un pronóstico sobre su comportamiento futuro, de conformidad con el artículo 97 del Código Penal...”*¹².

El voto 2007-00625 se pronunció en este mismo sentido destacando:

*“...El artículo 97 del Código Penal contiene una norma general para la aplicación de las medidas de seguridad en cualquier caso. De esta se deriva que para imponer una medida de seguridad, siempre y en todos los casos ha de examinarse la posibilidad de que la persona vuelva a cometer el delito...”*¹³.

Esta misma Sala, en resoluciones más recientes se ha pronunciado reiterando la obligatoriedad de dicho informe¹⁴. En el fallo 2010-00763 se indicó:

“...Por otro lado, tampoco resulta procedente obviar el recabar repetido

¹⁰ Ziffer, Patricia. Medidas de seguridad: pronósticos de peligrosidad en derecho penal. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp.243-244.

¹¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2586-1993, de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

¹² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-00300 de las nueve horas del veintiocho de marzo de dos mil siete.

¹³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2007-00625 de las nueve horas treinta minutos del ocho de junio de dos mil siete.

¹⁴ Ver en este sentido sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: 2009-01573 de las quince horas y treinta y siete minutos del dieciocho de noviembre del dos mil nueve; 2010-00763 de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del nueve de julio del dos mil diez; 2010-01045 de las nueve horas dieciocho minutos del ocho de octubre de dos mil diez; 2011-00419 de las nueve horas y veinticinco minutos del quince de abril del dos mil once.

dictamen, como lo arguye la representante fiscal, en virtud de la aplicación del principio de libertad probatoria. Su análisis deviene obligatorio, no sólo porque, en nuestro medio, el juez no se encuentra autorizado para aplicar sus propios y eventuales conocimientos técnicos en esta materia, sino, también por existir un mandato expreso de la ley, lo que precisamente constituye una excepción al principio de libertad probatoria aludido...¹⁵.

Por su parte, dentro del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial se han asumido diversas posiciones con respecto a este tema, prevaleciendo la tesis sobre la obligatoriedad del informe¹⁶. En este mismo sentido el Tribunal de Casación de Cartago ha dispuesto:

“...la imposición de la medida de seguridad...fue impuesta por la juzgadora de juicio sin tener a la vista el informe del Instituto de Criminología exigido por el numeral 97 del Código Penal, con el fin de determinar la posibilidad de que el imputado volviera a delinquir. Esta situación hace que la juzgadora no ponderara la necesidad del internamiento en un centro psiquiátrico sobre alguna base

técnica. Por ello, debe declararse con lugar el motivo, y en su lugar anular el fallo parcialmente únicamente en lo que atañe a la imposición de la medida de seguridad...¹⁷.

Diverso ha sido el criterio sostenido por otra de las integraciones del Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, en razón de que han considerado que:

“... el Juez no está vinculado a lo que informe el Instituto de Criminología, sino más bien, a la determinación real sobre la condición mental de la persona sometida a proceso penal. Claro está, que dicho informe puede resultar una herramienta útil para decidir las condiciones para fijar la medida de seguridad, pero su ausencia no hace que se convierta en ilegal esa fijación...¹⁸ () “...no es posible que una autoridad jurisdiccional se condicione por lo que un órgano administrativo pueda indicar. Por el contrario, este tipo de informes si bien pueden ser útil, no deben tener un carácter vinculante sobre todo si, como en este caso, aluden a cuestiones tan subjetivas o inciertas como sería el determinar si alguien va a volver a delinquir (artículo 97 del código penal)...¹⁹.

15 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia 2010-00763 de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del nueve de julio del dos mil diez

16 Pueden consultarse sentencias del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José: 2010-0213 de las dieciséis horas diez minutos del veinticinco de febrero de dos mil diez; 2009-1010 de las catorce horas veinticinco minutos del catorce de setiembre de dos mil nueve; 2009-0528 de las once horas treinta y cinco minutos del veintiuno de mayo del año dos mil nueve.

17 Tribunal de Casación Penal de Cartago. Sentencias 2009-0400 de las quince horas veinte minutos del dieciséis de diciembre de dos mil nueve; 2009-0304 de las quince horas treinta y un minutos del cinco de octubre de dos mil nueve.

18 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2009-1129 de las diez horas cinco minutos del nueve de octubre de dos mil nueve.

19 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencia 2009-1354 de las quince horas treinta y cinco minutos del siete de diciembre del dos mil nueve.

III. EL SUPUESTO DE LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA

De conformidad con el artículo 42 del Código Penal costarricense:

“Es inimputable quien en el momento de la acción u omisión, no posea la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo a esa comprensión, a causa de enfermedad mental, o de grave perturbación de la conciencia sea ésta o no ocasionada por el empleo accidental o involuntario de bebidas alcohólicas o de sustancias enervantes”.

En la imputabilidad se analiza la existencia de estados psicopatológicos o anomalías psíquicas graves (enfermedad mental) de carácter orgánico o de base biológica. También se determina la existencia de trastornos, cuya causa no es orgánica o cuya base no es biológica, corporal o biológica (trastornos de la conciencia)²¹.

La enfermedad mental o la grave perturbación de la conciencia pueden afectar las facultades de las personas, al extremo de que no tengan la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus actos (aspecto cognoscitivo) o de adecuarse a esa comprensión (aspecto volitivo). Si la capacidad se excluye completamente, el sujeto es inimputable. Si la exclusión no es completa, nos encontramos ante un

Esta última tesis fue asumida por una de las integraciones del Tribunal de Casación de Santa Cruz. Al respecto en la sentencia 2009-191 se consignó:

“...si bien es lo idóneo contar con el informe aludido, su ausencia o preterición no causa per se la nulidad de la sentencia que impuso la medida de seguridad curativa de internamiento, especialmente cuando la nulidad como fin en sí misma es un atavismo procesal...²⁰.

De lo expuesto, se colige que en Costa Rica existe disparidad de criterios jurisprudenciales en lo que se refiere a la obligatoriedad de contar con el informe del Instituto de Criminología previo a la imposición de la medida de seguridad, situación que evidentemente se traduce en inseguridad jurídica sobre este punto, debido a que la decisión ha dependido del órgano de casación asignado al caso concreto, e incluso en algunos casos a su integración.

Desde mi perspectiva, la normativa nacional es clara en cuanto a que para imponer una medida de seguridad necesariamente se debe contar con el respectivo informe del Instituto de Criminología.

20 Tribunal de Casación Penal de Santa Cruz. Sentencia 2009-191 de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del veinticinco de setiembre de dos mil nueve. En este mismo sentido ver voto 2010-034 de las trece horas treinta y dos minutos del quince de febrero de dos mil diez de este mismo Tribunal de Casación.

21 Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto (2009). Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos. San José: Editorial Juriscentro S.A., pp. 415-416.

supuesto de imputabilidad disminuida, según el numeral 43 del Código Penal²².

La normativa costarricense vigente no es totalmente clara en cuanto a la procedencia de una medida de seguridad en los casos de imputabilidad disminuida, por lo que no existe consenso en la doctrina y jurisprudencia al respecto, pues hay quienes consideran que debe imponerse una pena de prisión atenuada.

En los votos de mayoría de las sentencias 2004-214 y 2005-406, así como en los votos de minoría de los fallos 2005-537 y 2005-616 –todos del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José–, se sostuvo que cuando se determina que una persona actuó bajo un estado de imputabilidad disminuida para el momento de los hechos delictivos, lo procedente es el dictado de una pena de prisión atenuada (sentencia condenatoria).

Siguiendo esta línea, el Juez Jorge Luis Morales García ha indicado que la imputabilidad disminuida sólo puede entenderse como concepto compuesto, en el sentido de imputabilidad subsistente o reducción de la capacidad de culpabilidad²³.

Diverso ha sido el criterio asumido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias 524-F-92, 1254-

99, 2002-808, 2008-1391, 2008-317, 2011-0934; el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José en los fallos 2002-379, 2004-365 y 2009-296 y el Tribunal de Casación Penal de Cartago en las resoluciones 2009-234 y 2009-295.

En estas sentencias se ha estimado que en los casos de imputabilidad disminuida lo procedente es imponer una medida de seguridad, debiendo dictarse una sentencia absoluta o de sobreseimiento definitivo dependiendo de la fase en que se encuentre el proceso.

De acuerdo con la Jueza Rosaura Chinchilla Calderón, bajo estos supuestos debe imponerse una medida de seguridad y no una pena de prisión atenuada, pues de lo contrario se violentaría el principio de legalidad²⁴.

Recientemente, el Dr. Francisco Castillo González ha indicado que conforme al principio de legalidad, al imputado disminuido no se le puede imponer ni una pena ni una medida de seguridad, pues en el único supuesto expresamente contemplado de imputabilidad disminuida en la normativa nacional (intento de suicidio), se tiene que la conducta no es antijurídica²⁵.

Como hemos visto, este tema ha sido ampliamente discutido en el foro nacional.

22 Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana y Vargas González, Patricia (2007). La Culpabilidad, Teoría y Práctica. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 92.

23 Morales García, Jorge Luis. La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales. Revista de Ciencias Penales N° 25, mayo de 2008, pp. 125 a 139.

24 Chinchilla Calderón, Rosaura. Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.? Artículo: LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA NO PUEDE DAR LUGAR, ACTUALMENTE EN COSTA RICA, A LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA ATENUADA. IJSA, julio del 2010, pp. 145 a 157.

25 Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2010, pp. 471-472.

Si bien, la Sala Constitucional en la sentencia 2009-10383 afirmó que las medidas de seguridad resultan procedentes para las personas con imputabilidad disminuida –y este ha sido el criterio que aplican con mayor frecuencia en la actualidad los Tribunales de Juicio–, lo cierto es que no puede afirmarse categóricamente que la discusión en cuanto a este tema esté acabada.

IV. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN MATERIA PENAL JUVENIL.

En Costa Rica, los numerales 1 y 8 de la Ley de Justicia Penal Juvenil disponen que los menores hasta 12 años de edad en forma absoluta carecen de imputabilidad, por lo que no pueden ser juzgados por el Derecho Penal.

La controversia se ha presentado en los supuestos en que se determina la existencia de una causa de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida en personas mayores de 12 años y menores de 18 años.

Hay quienes consideran que las normas de la Ley de Justicia Penal Juvenil por ser especiales privan sobre las normas generales del Código Penal, por lo que no es posible imponerle a una persona menor de edad el internamiento en el hospital psiquiátrico o un tratamiento ambulatorio como medida curativa²⁶.

Otros estiman que las reglas sobre la inimputabilidad e imputabilidad disminuida contempladas en los artículos 42 y 43 del Código Penal deben aplicarse en materia penal juvenil²⁷.

No sólo la doctrina se encuentra dividida en cuanto a cómo se debe proceder en estos casos. A nivel interno del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José²⁹ tampoco existe consenso en cuanto al tema.

La tesis mayoritaria considera que dentro de la justicia penal juvenil no es posible la imposición de medidas de seguridad a las personas menores de edad declaradas inimputables o con imputabilidad disminuida³⁰. Por su parte, por voto de mayoría, en las sentencias 2006-0917 y 2007-0116 se dispu-

26 Barboza Blanco, Roy. El internamiento de las personas menores de edad en el Hospital Nacional Psiquiátrico. Violación a los principios de interés superior y legalidad. Revista estudios de la niñez y la adolescencia N° 2, enero-junio, 2008, pp.119-129.

27 Al respecto se refieren Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2010, p. 489; Campos Zúñiga, Mayra; Vargas Rojas, Omar. Las medidas de seguridad en materia penal juvenil. Revista estudios de la niñez y la adolescencia No. 2, Enero-Junio, 2008, pp. 77-87.

28 Debe recordarse que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 8837, este Tribunal de Casación Penal fue el único competente a nivel nacional para conocer de los recursos de casación y revisiones en materia penal juvenil.

29 Pueden consultarse entre otras las sentencias N° 2007-01506, 2005-00811, 2002-0441, 2002-0469, 2002-0470, 2002-0471, 2002-0472, 2002-0474, 2002-0475, 2002-0476, 2002-0538, 2002-0579, 2002-0854 del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.

30 Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Sentencias 2006-0917 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de setiembre de dos mil seis, 2007-0116 de las dieciséis horas veinte minutos del dos de febrero del dos mil siete.

so que es perfectamente posible aplicar estas medidas a los menores de edad³¹.

La Ley de Justicia Penal Juvenil en su catálogo sancionatorio (artículos 121 y 123), no contempla sanciones para quien actúe bajo un estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida. A su vez, el ordinal 26 de dicha ley establece que no es posible aplicarle sanciones indeterminadas a los menores de edad, siendo que conforme el artículo 100 del Código Penal, las medidas de seguridad son de carácter indeterminado.

Lo anterior nos permite concluir que al no contemplarse en la legislación penal juvenil las medidas de seguridad, éstas no pueden ser impuestas a esta población, pues ello conllevaría a que los jueces se convirtieran en legisladores y por ende, se violentaría el principio de legalidad.

V. PANORAMA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY DE CREACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN DE SENTENCIA

En nuestro país, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia fue creada por la Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980, la cual ha sido objeto de sucesivas reformas legales entre ellas: la Ley de la Jurisdicción

Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989; Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993, Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997 y Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006. Desde su creación, a esta Sala se le ha encomendado conocer en sede de casación y de revisión la materia penal de adultos.

En el año 1993, mediante Ley N° 7333 se creó un Tribunal de Casación Penal (Segundo Circuito Judicial de San José), al que se le asignó la competencia de conocer los recursos de casación y los procedimientos de revisión, en los procesos penales en los que se conocieran ilícitos sancionados hasta con cinco años de prisión, así como cualquier otra sanción penal no privativa de libertad. A partir de este momento, la Sala Tercera asumió el conocimiento de los recursos de casación y revisión de sentencia, en los asuntos por delitos cuya penalidad excedía los cinco años de prisión.

Posteriormente, la Ley N° 8503, le asignó al Tribunal de Casación, entre otras competencias, conocer del recurso de casación y el procedimiento de revisión en los delitos contra la libertad sexual y los referidos a estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas.

Mediante sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX celebrada a las ocho horas treinta horas del nueve de octubre del dos mil seis, se dispuso crear el Tribunal de

Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela, Sede San Ramón. Asimismo, en sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada a las trece horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil siete se crearon los Tribunales de Casación Penal de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Sede Santa Cruz.

En síntesis, en materia penal de adultos de inicios del año 2008 a la actualidad, conocen en sede de casación la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales de Casación del Segundo Circuito Judicial de San José, del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón), de Cartago y del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Sede Santa Cruz).

Esta situación ha originado una gran disparidad de criterios jurisprudenciales a nivel nacional sobre distintos temas –entre los que destaca las medidas de seguridad–, tal y como se ha expuesto a lo largo del presente artículo.

La problemática anterior, podría llegar a solventarse con la reciente entrada en vigencia (9 de diciembre de 2011) de la Ley N° 8837, “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”.

Conforme esta nueva ley, los Tribunales de Casación Penal han pasado a ser Tribunales de Apelación de Sentencia, órganos jurisdiccionales colegiados encargados de conocer y resolver en alzada de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas

por los tribunales unipersonales y colegiados de juicio, así como del recurso de apelación de sentencia en la jurisdicción especializada penal juvenil (artículo 4, 6 y 8).

Por ende, actualmente la Sala Tercera es el único órgano competente para conocer de los recursos de casación (procedentes contra las sentencias emitidas por los Tribunales de Apelación) y procedimientos de revisión en materia penal de adultos y penal juvenil, con competencia en todo el territorio nacional con rango superior a todos los demás (artículos 5, 6 y 8).

De esta forma, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se le asignado la tarea de uniformar la jurisprudencia en materia penal. Para lograr dicho objetivo se ha establecido como uno de los motivos de casación la existencia de un precedente contradictorio de un Tribunal de Apelación de Sentencia con otro Tribunal de la misma naturaleza, o de un Tribunal de Apelación de Sentencia con la Sala de Casación Penal (artículos 5 y 6).

Se espera que con la implementación de la Ley de Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia se pueda dejar de hablar de disparidad de criterios jurisprudenciales sobre las medidas de seguridad para pasar a una uniformidad jurisprudencial sobre el tema.

REFLEXIONES FINALES

Las medidas de seguridad constituyen un vivo ejemplo de un tema en el que se ha presentado una gran disparidad de criterios jurisprudenciales en nuestro país.

³¹ El artículo 5 de la Ley N° 8837 introduce un título V al libro III del Código Procesal Penal, siendo que el nuevo artículo 468 se refiere a los motivos de casación entre los que se incluye la existencia de precedentes contradictorios. El artículo 6 de esta misma ley adiciona el numeral 116 bis a la Ley 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil, del 8 de marzo de 1996, regulándose este mismo motivo pero en esta materia.

Para imponer la medida de seguridad, es necesario que los Jueces tomen en cuenta (obligatorio) el informe al Instituto de Criminología del que se desprenda la posibilidad de que la persona vuelva a delinquir.

Atendiendo al principio de legalidad, pareciera ser que en los casos de imputabilidad disminuida lo procedente es imponer una medida de seguridad y no una pena de prisión atenuada como se ha dispuesto en otros ordenamientos jurídicos.

Siguiendo esta misma tesitura, se considera que la aplicación de medidas de seguridad en materia penal juvenil violenta el principio de legalidad, en razón de que la Ley de Justicia Penal Juvenil no las contempla.

Con la "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, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia es la llamada a uniformar la jurisprudencia en materia penal (de adultos y juvenil) y por supuesto, de forma específica, en lo que se refiere al tema de medidas de seguridad. Si bien, esta ley no le asigna un carácter vinculante a la jurisprudencia penal, lo cierto es que la Sala Tercera será quien a fin de cuentas definirá la línea jurisprudencial en esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Camacho Morales, Jorge, Montero Montero, Diana y Vargas González, Patricia. **La Culpabilidad, Teoría y Práctica**. San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 92.

Castillo González, Francisco. **Derecho Penal. Parte General. Tomo II**. Editorial Jurídica Continental. San José, Costa Rica, 2010, pp. 506-512.

Chinchilla Calderón, Rosaura. **Principio de legalidad ¿muro de contención o límite difuso para la interpretación de la teoría del delito en C.R.? Artículo: LA IMPUTABILIDAD DISMINUIDA NO PUEDE DAR LUGAR, ACTUALMENTE EN COSTA RICA, A LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA ATENUADA**. IJSA, julio del 2010, pp. 145 a 157.

Sánchez Romero, Cecilia y Rojas Chacón, José Alberto. **Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos**. San José: Editorial Juriscentro S.A., 2009, pp. 415-416.

Ziffer, Patricia. **Medidas de seguridad: pronósticos de peligrosidad en derecho penal**. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 243-244.

ARTÍCULOS DE REVISTA

Barboza Blanco, Roy. **El internamiento de las personas menores de edad en el Hospital Nacional Psiquiátrico. Violación a los principios de interés superior y legalidad**. Revista estudios de la niñez y

la adolescencia No. 2, Enero-Junio, 2008, pp.119-129.

Burgos Mata, Álvaro. **La Medida de Seguridad en Costa Rica**. Revista de Medicina Legal de Costa Rica N° 1, marzo de 2005, pp. 79-98.

Campos Zúñiga, Mayra; Vargas Rojas, Omar. **Las medidas de seguridad en materia penal juvenil**. Revista estudios de la niñez y la adolescencia No. 2, Enero-Junio, 2008, pp. 77-87.

Maza Martín, José Manuel. **Las penas y medidas de seguridad. La Necesaria reforma del Código Penal en Materia de Medidas de Seguridad**. Revista del Consejo General del Poder Judicial N° 17, Madrid, 2007, pp. 13-45.

Morales García, Jorge Luis. **La imputabilidad disminuida. Una confrontación de tesis jurisprudenciales**. Revista de Ciencias Penales N° 25, mayo de 2008, pp. 125 a 139.

NORMATIVA

Constitución Política de Costa Rica

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 N° 8837 del 3 de mayo de 2010.

Ley de Apertura de la Casación Penal N° 8503 del 28 de abril de 2006.
Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996.

Ley de Justicia Penal Juvenil N° 7576 del 8 de marzo de 1996.

Ley de Reorganización Judicial N° 7728 del 15 de diciembre de 1997.

Ley Orgánica del Poder Judicial N° 7333 del 5 de mayo de 1993.

Ley de la Jurisdicción Constitucional N° 7135 del 11 de octubre de 1989.

Ley de Reorganización de la Corte Suprema de Justicia, N° 6434 de 22 de mayo de 1980.

Código Penal, Ley N° 4573 del 30 de abril de 1970.

Acta de Corte Plena. Sesión ordinaria de Corte Plena N° 32-2007, artículo XXXIII, celebrada a las trece horas treinta minutos del tres de diciembre del dos mil siete.

Acta de Corte Plena. Sesión ordinaria de Corte Plena N° 30-2006, artículo XIX, celebrada a las ocho horas treinta minutos del nueve de octubre del dos mil seis.

JURISPRUDENCIA

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

2010-12189 de las diecisiete horas y doce minutos del veinte de julio del dos mil diez.

2009-10383 de las trece horas treinta y nueve minutos del veintiséis de junio del dos mil nueve.

2009-04555 de las ocho horas y veintitrés minutos del veinte de marzo del dos mil nueve.

2008-17298 de las catorce horas y cincuenta y uno minutos del diecinueve de noviembre del dos mil ocho.

2002-10301 de las doce horas con un minuto del veinticinco de octubre del dos mil dos.

3679-93 de las nueve horas dieciocho minutos del treinta de julio de mil novecientos noventa y tres.

2586-93 de las quince horas treinta y seis minutos del ocho de junio de mil novecientos noventa y tres.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

2011-00934 de las once horas y treinta y ocho minutos del veintinueve de julio del dos mil once.

2011-00419 de las nueve horas y veinticinco minutos del quince de abril del dos mil once.

2010-00763 de las nueve horas y cincuenta y cuatro minutos del nueve de julio del dos mil diez.

2010-01045 de las nueve horas dieciocho minutos del ocho de octubre de dos mil diez.

2009-01573 de las quince horas y treinta y siete minutos del dieciocho de noviembre del dos mil nueve.

2008-01391 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veintiuno de noviembre de dos mil ocho.

2008-00317 de las diez horas diez minutos del dieciocho de abril de dos mil ocho.

2007-00625 de las nueve horas treinta minutos del ocho de junio de dos mil siete.

2007-00300 de las nueve horas del veintiocho de marzo de dos mil siete.

2002-00808 de las nueve horas veinticinco minutos del veintitrés de agosto de dos mil dos.

1999-1254 de las catorce horas treinta y seis minutos del ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

524-F-92 de las nueve horas cuarenta minutos del seis de noviembre de mil novecientos noventa y dos.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José

2010-0582 de las once horas treinta minutos del veintisiete de mayo de dos mil diez.

2010-0213 de las dieciséis horas diez minutos del veinticinco de febrero de dos mil diez.

2009-1354 de las quince horas treinta y cinco minutos del siete de diciembre del dos mil nueve.

2009-1129 de las diez horas cinco minutos del nueve de octubre de dos mil nueve.

2009-1010 de las catorce horas veinticinco minutos del catorce de setiembre de dos mil nueve.

2009-0528 de las once horas treinta y cinco minutos del veintiuno de mayo del año dos mil nueve.

2009-0296 de las once horas cincuenta minutos del trece de marzo del año dos mil nueve.

2007-1506 de las quince horas con cuarenta y cinco minutos del veintiséis de noviembre de 2007.

2007-0116 de las dieciséis horas veinte minutos del dos de febrero del dos mil siete.

2006-0917 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del cinco de setiembre de dos mil seis.

2005-00811 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del veinticinco de agosto de 2005.

2005-616 de las diez horas cuarenta minutos del treinta de junio de dos mil cinco.

2005-537 de las once horas del diez de junio de dos mil cinco.

2005-406 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cinco.

2004-365 de las nueve horas cuarenta y cuatro minutos del veintidós de abril de dos mil cuatro.

2004-214 de las once horas siete minutos del cuatro de marzo de dos mil cuatro.

2002-0441 de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del veinte de junio de dos mil dos.

2002-0854 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del diecisiete de octubre de dos mil dos.

2002-0579 de las diez horas con diez minutos del primero de agosto de dos mil dos

2002-0538 de las ocho horas con cincuenta minutos del dieciocho de julio de dos mil dos.

2002-0476 de las diez horas con quince minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-0475 de las diez horas con diez minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-0474 de las diez horas con cinco minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-0472 de las nueve horas con cuarenta y cinco minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-0471 de las nueve horas con cuarenta minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-0470 de las nueve horas con treinta y cinco minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-0469 de las nueve horas con treinta minutos del primero de julio de dos mil dos.

2002-379 de las nueve horas treinta y cinco minutos del diecisiete de mayo de dos mil dos.

Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela (Sede San Ramón)

2008-0080 de las diez horas treinta y cinco minutos del veintinueve de febrero de dos mil ocho.

Tribunal de Casación Penal de Cartago

2009-0400 de las quince horas veinte minutos del dieciséis de diciembre de dos mil nueve.

2009-0304 de las quince horas treinta y un minutos del cinco de octubre de dos mil nueve.

Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de Guanacaste (Sede Santa Cruz).

2010-034 de las trece horas treinta y dos minutos del quince de febrero de dos mil diez.

2009-191 de las nueve horas con cuarenta y nueve minutos del veinticinco de septiembre de dos mil nueve.

PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COMERCIAL INTERNACIONAL

Lic. Federico Piedra Poveda

SUMARIO

Introducción

Lex Mercatoria

Origen

Principios de UNIDROIT

- 1. Contratos "Internacionales"**
- 2. Contratos "comerciales"**
- 3. Los Principios y los contratos nacionales entre particulares**
- 4. Los Principios como normas que rigen el contrato**
 - a. Decisión expresa de las partes
 - b. Los Principios aplicados como una manifestación de los "principios generales del derecho", la "lex mercatoria" o similares a que se refiera el contrato
 - c. Los Principios aplicados en la ausencia de cualquier elección de ley por las partes
- 5. Los Principios como medios de interpretar y complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme**
- 6. Los Principios como medios para interpretar y complementar el derecho nacional**
- 7. Los Principios como modelos para legislación nacional e internacional**
- 8. Otros posibles usos para los Principios**
- A. Principios instrumentales**
 - A.1 El principio de la autonomía de la cláusula compromisoria
 - A.2 El principio de interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria
 - A.3 El principio Kompetenz-Kompetenz

B. Principios de fondo

- B.1 El derecho aplicable a las controversias sometidas a arbitraje
 - B.1.1 Propósito de los Principios
- B.2 Principio general de buena fe
- B.3 Deber de informaciones
- B.4 Principio Contra proferentem Rule
- B.5 Principio del efecto útil (Principio ut res magis valeat quam pereat)
- B.6 Principio de Buena Fe
- B.7 Deber de minimizar pérdidas
- B.8 Culpa in contraendo
- B. 9 Estoppel (Principio non venire contra factum proprium)
- B.10 La pérdida de chance o de oportunidad
- B.11 Rebus sic Stantibus y el Principio de Pacta Sum Servanda
- B.12 Principio de Competencia Profesional

Conclusiones**Bibliografía**

PRINCIPIOS DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL COMERCIAL INTERNACIONAL

Lic. Federico Piedra Poveda

INTRODUCCIÓN***Lex Mercatoria***

El tema a desarrollar en el presente trabajo, será el de los Principios que más peso han tenido en la jurisprudencia arbitral, de singular importancia para los contratos de comercio, esos principios están recogidos por el Instituto encargado de desarrollar lo referente al derecho privado a nivel internacional, UNIDROIT, y están necesariamente relacionados con el concepto de *Lex Mercatoria*.

El **concepto de *Lex mercatoria*** podría ser definido de una manera muy amplia, como un conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho, mercantil principalmente, que posee una vocación para ser utilizado como un derecho de clase, informal e internacional y regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional.¹

La llamada nueva *lex mercatoria*, (como le llama alguna parte de la doctrina para diferenciarla de la *lex mercatoria*² originaria, está formada al igual que esta última, por usos que constituyen un derecho espontáneo, uniforme, y en cierta manera universal; que son usos propios de los comerciantes, y que tratan de superar las dificultades del conflicto de leyes cuando se trata de determinar el derecho nacional que regirá determinada relación jurídica, o que plantean evitar dicha confrontación dejando claras las reglas del juego de antemano al eventual diferendo.³

La *lex mercatoria* en sus inicios, por su propio origen corresponde a un "ordenamiento no escrito esencialmente" que por varias razones, entre ellas de seguridad, certeza, y que por iniciativa de organismos internacionales ha sido recopilada en diferentes textos normativos, siendo los que mayor reflejan su esencia los Principios de UNIDROIT.

-
- 1 CADENA AFANADOR, Walter René. La *Lex Mercatoria*: Un Caso Pionero en la Globalización del Derecho. Papel Político N° 13 de 2001. (101-114).
 - 2 Definir el sentido o el nacimiento de la *lex mercatoria* no debe hacerse demarcando el nacimiento del Derecho comercial como un fenómeno separado del comercio. ¿Cuándo nace la ley de los comerciantes, el antecedente inmediato a las relaciones jurídicas comerciales tal y como las conocemos hoy? No se puede determinar específicamente. Su evolución como un fenómeno jurídico esta inevitablemente ligado al Derecho como un fenómeno que se cristalizó, y que bien podría tratar de delimitarse espacial y temporalmente usando como fecha inicial el redescubrimiento del Digesto hasta la consolidación del *Ius Commune* como un cuerpo normativo claramente definido. Sí se puede, sin embargo, hablar de un antecedente histórico en la época medieval de Europa Central. (De Sousa Santos, Boaventura. *Toward a new legal common sense. Law, Globalization and Emancipation*. Butterworths Lexis Nexis, 2nda Edición. 2002. Londres, Reino Unido, p.209.)
 - 3 GUILLÉN JIMÉNEZ, Daniel. Introducción a la *Lex mercatoria*. http://www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introduccion%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm

La iniciativa o actividad promotora de los convenios dirigidos al expresado fin ha correspondido a *organismos internacionales* como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) creado en 1926, con sede en Roma, es uno de los principales organismos que tiene como encargo la recopilación por medio de principios traducidos en normas, las disposiciones de la *lex mercatoria*, y que propone para su aprobación convenios internacionales, en las denominadas "Conferencias diplomáticas", y más recientemente, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission for International Trade Law, UNCITRAL).

También hay que resaltar, como parte de estos esfuerzos "compilatorios" el Convenio de Viena sobre la compraventa de mercancías (11 de abril de 1980), promovido por UNCITRAL o la Conferencia Diplomática de Ottawa, de UNIDROIT, (1988).

Es la Cámara de Comercio Internacional⁴, CCI, mediante sus cuerpos arbitrales, la que más peso y relevancia (no así de forma exclusiva) ha tenido en el desarrollo de los Principios arbitrales por medio de la jurisprudencia.

Reitero lo dicho, en el sentido de que, en el ámbito internacional, la labor, se podría decir a grandes rasgos, recopiladora, la viene realizando la Cámara de Comercio Internacional, en lo que respecta a la

integración de su contenido como en la progresiva adaptación a los nuevos hechos. La concordancia entre la institución del arbitraje y la *lex mercatoria* ocurre por el hecho de que el contenido comercial de esta última se adapta perfectamente a la institución arbitral, la cual ofrece la flexibilidad y versatilidad que necesita la *lex mercatoria* para desarrollarse como es debido, lo cual encontraría mayor dificultad en los organismos jurisdiccionales comunes.

Así mismo, establece García que "La *lex mercatoria* es, en términos muy generales y abstractos, un ordenamiento. Contiene todos los elementos propios de un lenguaje normativo (hecho, valores, normas y sanciones. Es impuesto al sujeto y no procede de su interioridad. Ante el incumplimiento de cierto deber-ser en el comercio, la *lex mercatoria* impone una sanción."⁵

Origen

El Derecho Mercantil Medieval, donde encuentra su antecedente más claro la *lex Mercatoria*, apareció entre los siglos XI y XII, compuesto por un régimen legal de comercio más allá de las fronteras, relativamente amplio y eficiente. Este sistema legal era operado por los comerciantes y sus agentes. La lógica funcional del Derecho Medieval Mercantil era sencilla: permitía a los comerciantes no someterse a los conflictos entre los variados usos y costumbres locales, evitaban el sometimiento a la autoridad de

4 La Cámara de Comercio Internacional con sede en París, Francia (ICC por sus siglas en inglés) fundada en 1919, es la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales de carácter internacional, por medio de su Corte Internacional de Arbitraje (...). GUILLÉN DOWNING, Luis A. Comentario. Nociones sobre el Arbitraje Internacional.

5 Revista Judicial N. 92.; *Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización, El Monopolio del Derecho por parte del Estado*. García, Ignacio. San José, Costa Rica, 2009. Pág. 166.

jueces atados a jurisdicciones preexistentes (los tribunales de los señores feudales, las ciudades estados, los gremios locales, la Iglesia).

Esta *lex mercatoria* medieval fue "voluntariamente producida", voluntariamente adjudicada, y voluntariamente cumplida", (citando a Benson 1992: 15–19). El régimen consagra ciertos principios constitutivos, incluyendo Buena fe (las promesas deben de ser mantenidas), reciprocidad, la no discriminación entre "extranjeros" y "locales" en el sitio de intercambio; y resolución de conflictos favoreciendo la equidad en las controversias. En la práctica la "lex mercatoria medieval" requirió de comerciantes para aplicar los contratos, los cuales fueron gradualmente estandarizados, y de resolver sus controversias en cortes ocupadas con otros comerciantes (expertos y no generalistas). Los comerciantes y sus jueces mercantiles dieron mayor importancia a la rapidez en los juicios y no se quitó el énfasis en los procedimientos litigiosos.

La efectividad de la *Lex Mercatoria Medieval* dependía de modo crítico de los efectos de su reputación, y del miedo de ser condenado al ostracismo de la comunidad comerciante.⁶

Con respecto a la figura del **arbitraje internacional**, Daniel Guillén lo expresa de forma más que precisa: "La institución del arbitraje es muy antigua, antecede incluso a la función judicial cuya estructuración se da en tiempo de los romanos, perfeccionada

siglos después por la división de poderes de Montesquieu. Figura en el Antiguo Testamento, cuyo ejemplo quizás más conocido sea el laudo de Salomón sobre el niño en disputa (1 Reyes) y en el Nuevo, en San Pablo a los Corintios (1, Corintios. B. Latinoamericana.). Se utilizó en la Edad Media en las ciudades de la liga Hanseática, aplicando la "Lex Mercatoria" para resolver las disputas entre los comerciantes.

Aunque no ocurre todo el tiempo, como se desprende de lo mencionado anteriormente, la *lex mercatoria*, entendida dentro de los cuerpos normativos modernos, puede vastarse sin necesidad de acudir a ninguna legislación en particular, así se desprende de las afirmaciones de la siguiente cita.

Contra algunos de estos laudos, se han presentado peticiones de anulación ante los juzgados y tribunales de los Estados. Los juzgados y tribunales británicos y franceses han rechazado dichas peticiones, al tiempo que sostenían que un árbitro puede basar sus decisiones en principios de derecho internacionalmente aceptados que rijan las relaciones contractuales o la *lex mercatoria*.⁷

PRINCIPIOS DE UNIDROIT

Establece al respecto Ignacio Garcia "(...) la *lex mercatoria* se refiere a una fuente del Derecho completamente privada. Ciertamente que hay otras fuentes de carácter privado en materia comercial internacional, como

6 Journal of European Public Policy 13:5 August 2006: 627–646. **The new Lex Mercatoria and transnational governance**. Alec Stone Sweet

7 *Lex mercatoria y principios generales del derecho*. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001. Pág. 105.

UNIDROIT o los fallos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional. Sin embargo, la *lex mercatoria* se refiere más bien a un código jurídico objetivo, creado y utilizado por los sujetos de Derecho Privado. Con este fin, resulta interesante hacer un recuento de otro contexto comercial internacional en donde se aplica este lenguaje jurídico objetivo, generalmente de enorme incidencia social sobre poblaciones enteras, pero de mínima difusión o conocimiento popular.⁸

Hay que aclarar que de lo mencionado anteriormente por el autor, parece que se hace una diferenciación entre los Principios de UNIDROIT y la *lex mercatoria* como dos fuentes de derecho privado separadas, sin embargo, **en mi opinión** los principios en cuestión no son más que una recopilación de *lex mercatoria*, o sea son *lex mercatoria* codificada, dicho sea de paso de una manera muy completa, pero no agotan los Principios a la *lex mercatoria*, ya que esto sería imposible debido a su vastedad y constante evolución.

En el Preámbulo de los principios de UNIDROIT⁹, en su Comentario Oficial, se establece que *los mismos establecen reglas generales, las cuales están básicamente concebidas para "los contratos comerciales internacionales."*

Se pueden sintetizar algunos de estos comentarios de la siguiente manera:

1- Contratos "Internacionales"

Mencionan sobre este particular los Principios:

(...) Los Principios no establecen expresamente ninguno de estos criterios. La hipótesis, sin embargo, es que el concepto de contratos "internacionales" debe de ser interpretada de la forma más amplia posible, así, en última instancia se deben excluir sólo aquellas situaciones cuando no hay ningún elemento "internacional" relacionado, cuando todos los elementos relevantes del contrato en cuestión están referidos sólo a un país."

Lo anterior, se ejemplifica en el caso de la CCI siguiente:

CCI, N°12174 de 2003¹⁰

En una controversia relativa a una serie de transacciones de negocios una de las cuestiones que debían resolverse es si el procedimiento arbitral era de carácter internacional o nacional. La ley aplicable es la ley turca, pero el Tribunal Arbitral se refirió también a los Principios de UNIDROIT - a saber, un comentario al Preámbulo a favor de una interpretación amplia del concepto de "contratos internacionales" - en apoyo de su constatación de que en el presente caso los procedimientos arbitrales debían considerarse de carácter internacional.

C.C.I., N° 10930, del 2002

Un contrato entre una empresa francesa y una compañía a rumana que establecía la cláusula de selección de legislación nacional, a favor de la ley rumana. Sin embargo, cuando

surgió una controversia el tribunal arbitral, ante puntos relativos a error y el fraude, no se refirió únicamente a las disposiciones de la ley rumana a los mismos, únicamente a las disposiciones pertinentes de la legislación rumana, sino también a los de la ley francesa y de los Principios de UNIDROIT, este últimos por ser "internacionalmente reconocidos".

Así mismo dispone Miguel Checa: "La primera hipótesis de internacionalidad (art. 3. 1.a) consiste en que en el momento de la celebración del convenio arbitral, las partes tengan su domicilio en Estados diferentes. El domicilio o el establecimiento de las partes en diferentes Estados son evidencia suficiente del carácter internacional de la relación controvertida y son considerados en variados instrumentos internacionales como primera circunstancia de internacionalidad de un supuesto (así, entre otros, el art. 1 del Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, referido al lugar de establecimiento en países distintos de las partes)."¹¹

2. Contratos "comerciales"

"En este particular es importante resaltar una situación, que se presta a confusión, La restricción que se hace de contratos "comerciales" de ninguna manera tiene la intención de hacerse cargo de la distinción tradicional hecha en algunos ordenamientos jurídicos entre "civil" y "comercial" (...), así mismo "Los Principios no prevén ninguna definición expresa, pero la hipótesis es que el concepto de contratos "comerciales" debe ser entendido en el sentido más amplio posible,

a fin de incluir no sólo, las transacciones comerciales para el suministro o intercambio de bienes o servicios, sino también para otro tipo de transacciones económicas, como la inversión y/o contratos de concesión, contratos por servicios profesionales, etc."

3. Los Principios y los contratos nacionales entre particulares

A pesar de que los contratos han sido concebidos para los contratos comerciales internacionales, no hay nada que impida a los particulares, que acuerden en aplicar los Principios a un contrato nacional "puro". Dicho acuerdo estaría sin embargo sujeto a las reglas imperativas de la legislación nacional que rige para el contrato.

C.C.I. Desconocido del 2006¹²

La parte actora, una empresa europea y el arrendatario de una aeronave, venden la aeronave, con el consentimiento del arrendador, una institución financiera, al demandado, otra empresa europea.

El árbitro (unipersonal) decidió a favor de otorgar los daños y perjuicios al demandante por la violación por el demandado del acuerdo de la primera venta. (...) se hace referencia al Comentario 3 (a) del artículo 7.2.2 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales [2004] indica. Además, el árbitro, al señalar que en el caso que concreto el demandado no podía invocar el incumplimiento de la demandante en la medida en que tal incumplimiento haya sido causado por el demandado, a que se

8 GARCÍA A., Ignacio. Pág. 171.

9 Comentario Oficial. Principios de UNIDROIT. 2010. <http://www.unilex.info/dynasite.cfm>

10 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

11 CHECA MARTINEZ, Miguel. Estudios sobre el arbitraje; arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro, España, La Ley, año desconocido. Pág. 326.

12 www.unilex.info visitado el 12 de Octubre

refiere el artículo 7.1.2 de los Principios de UNIDROIT, así como a Stefan Eberhard, (...) el cual aplica la misma solución se impone en virtud de la legislación suiza, aunque el Código Suizo de Obligaciones no tiene un expresa norma a tal efecto, véase ATF 114 II 274, 277.

4. Los Principios como normas que rigen el contrato

a. Decisión expresa de las partes

Como los Principios representan un sistema de Principios y normas del derecho contractual que son comunes a los sistemas de las legislaciones nacionales existentes o mejor adaptados a las necesidades especiales de las transacciones comerciales internacionales, puede haber buenas razones para las partes para la escogencia de los mismos¹³, (...)

b. Los Principios aplicados como una manifestación de los “principios generales del derecho”, la “lex mercatoria” o similares a que se refiera el contrato.

“Las partes en los contratos comerciales internacionales que no se pueden poner de acuerdo en la elección de una legislación nacional particular como la ley aplicable a sus contratos, algunas veces establecen que los mismos deberán regirse por “los principios generales del derecho” por los “usos y costumbres del derecho internacional”, por la lex mercatoria, etc.”, esa referencia a sido

criticada por vaga y por la amplitud de sus conceptos con el fin de reducir o limitar esa vaguedad “sería aconsejable, con el fin de determinar su contenido, a recurrir a un conjunto sistemático y bien definido conjunto de normas como los Principios.”

c. Los Principios aplicados en la ausencia de cualquier elección de ley por las partes.

(...) Los Principios sin embargo pueden ser aplicados incluso si el contrato es omiso en cuanto a la ley aplicable. Si las partes no han escogido la ley aplicable a su contrato, esta debe de ser determinada sobre la base de las normas pertinentes del derecho internacional privado. En el contexto del arbitraje comercial internacional tales reglas son muy flexibles, permitiendo a los tribunales arbitrales aplicar “las normas legales que ellos determinen apropiadas” (ver e.g. Artículo 17(1) de las Normas de arbitraje de 1998 de la Cámara Internacional de Comercio; artículo 24(1) de las Normas del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo).(...) Sobre este particular establece Rubén Santos que “(...) los árbitros son muy prudentes en el manejo de las normas de conflicto y siguen en la mayoría de los casos la advertencia contenida en el artículo 26 del Reglamento de la CCI, que señala que deben esforzarse “siempre que el laudo sea susceptible de sanción legal.” En base a ello buscan una solución convergente con la de los sistemas de conflicto de leyes nacionales.”¹⁴ Sigue apuntando el comentario oficial de los Principios que (“”) Normalmente los tribunales

13 Es importante mencionar que a diferencia de la legislación interna, los Principios no obedecen, o en alguna medida no está viciados por intereses de índole, por ejemplo político, como ocurre con las legislaciones internas, donde muchas veces en los órganos parlamentarios “no se discute derecho” dando como resultado, normas, de una calidad inferior a las reguladas en los Principios.

14 SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 1998. Pág. 223.

arbitrales aplicarán una legislación nacional particular como la ley apropiada al contrato, sin embargo, excepcionalmente pueden recurrir a normas a-nacionales o supra-nacionales como los Principios. Esto puede ocurrir cuando se puede inferir de las circunstancias que las partes intentaron excluir la aplicación de cualquier ley nacional (...), o cuando el contrato presenta factores de conexión con muchos países, en donde ninguno de ellos es suficientemente predominante justificando la aplicación de un derecho nacional particular y la exclusión de todas las demás.

El supuesto anterior queda representado en los siguientes casos de la CCI:

CCI, N° 11265 del 2003¹⁵

Un contrato internacional de ventas, no hace referencia a la ley aplicable al mismo, el contrato tiene puntos de conexión con varias jurisdicciones de varios países, ninguna de la cual es suficientemente cercano al contrato para justificar la aplicación de cualquiera de sus legislaciones nacionales, por lo que la aplicación de principios a nacionales deben de preferirse, respectivamente se hace referencia a los principios de UNIDROIT, antes que la lex mercatoria, debido a su vaguedad.

En cuanto a la interpretación del contrato, debe decidirse, debe decidirse según los criterios establecidos en los artículos 4.1 –a 4.3 de los principios de UNIDROIT.

CCI, N° 13012 del 2004¹⁶

Un contrato entre una empresa francesa, y una empresa estadounidense, no hace referencia respecto del derecho aplicable al acuerdo, la primera invoco la aplicación de la ley francesa, la otra, la aplicación de la ley del estado, estadounidense de Illinois, el tribunal determino que ninguno de los FACTORES DE CONEXION eran lo suficientemente convincentes, como para aplicar alguna legislación en particular, así que la decisión de baso en los principios generales del derecho y la lex mercatoria. Se recurre a los principios de UNIDROIT como regla primaria para determinar de aplicación al contrato.

C.C.I. 12889 de 2004¹⁷

En una disputa el árbitro “unipersonal” teniendo en cuenta que el contrato no se pronunciaba sobre la legislación aplicable, le invita a las partes desde el inicio a ponerse de acuerdo sobre la ley aplicable al fondo de la controversia. Por otra parte, ya que no había desacuerdo entre las partes en cuanto a la aplicación de la ley de Madagascar que en el caso concreto habría sido aplicable de acuerdo en el conflicto de las normas legales pertinentes, el árbitro invita a las partes a considerar la aplicación de los Principios de UNIDROIT como la ley aplicable al fondo de la controversia. Las partes estuvieron de acuerdo en la aplicación de los principios de UNIDROIT.

15 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

16 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

17 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

5. **Los Principios como medios de interpretar y complementar los instrumentos internacionales de derecho uniforme**

Al respecto establece el comentario oficial de los Principios "(...) Hasta ahora, estos principios uniformes y los criterios para la interpretación y complement de los instrumentos internacionales de derecho uniforme, han tenido que encontrarse en cada caso concreto por los propios jueces y árbitros sobre la base de un estudio comparativo de las soluciones adoptadas en los diferentes sistemas jurídicos nacionales.

Los Principios, podrían facilitar considerablemente la tarea de los mismos en ese sentido.

En este sentido:

(CCI, N° 12698 del 2004)¹⁸

En un conflicto el árbitro, unipersonal, declaro sin más explicación que "El Tribunal Arbitral decidiría sobre el fondo de la controversia, de conformidad con los Principios de UNIDROIT. Así mismo:

C.C.I, N° 15089 del 2008¹⁹

El actor de un país de Medio Oriente, "A" el demandado de un país de Oriente Medio "B" El contrato se refiere a servicios de alta tecnología que deben facilitarse por el actor. El contrato no contiene una cláusula de elección de la ley aplicable y establece como medio de solución de controversias del

arbitraje, un Tribunal de la CCI en Londres y el idioma del arbitraje Inglés. En un laudo parcial del Tribunal Arbitral decidió que la ley aplicable al contrato serán los UPICC, siempre que sean necesarios para complementar la ley aplicable, de conformidad con el artículo 17 del Reglamento de la CCI sobre arbitraje.

CCI, 11789 del 2003²⁰

En una disputa, los actores declararon que "la interpretación correcta del Acuerdo promisorio se hará de acuerdo a la ley portuguesa, pero que esto no excluirá los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (por ejemplo, *fals demonstratio non nocet, contra proferentem and favor negotii*).

6. **Los Principios como medios para interpretar y complementar el derecho nacional**

(...) Los Principios también pueden ser usados para interpretar y complementar el derecho nacional, los tribunales judiciales y arbitrales pueden enfrentarse con dudas acerca de la solución adecuada a ser adoptada en virtud de la ley, ya sea porque diferentes alternativas están disponibles o porque parece no haber soluciones específicas del todo. Especialmente cuando la disputa se refiere a un contrato comercial internacional, puede ser conveniente recurrir a los Principios como fuente de inspiración.(...) De esta solución que nos da anteriormente no escapa Costa Rica, ya que son varias las sentencias de la Sala Primera de la Corte Primera de Justicia en las cuales

¹⁸ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

¹⁹ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

²⁰ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre

se han recogido principios imperantes en la jurisprudencia comercial internacional y que de alguna forma son incorporadas sistema normativo costarricense entendido este como un todo, y no necesariamente aquel limitado a las normas escritas.

International Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 91/2006 del 2007²¹

La actora, una compañía situada en las islas vírgenes británicas, constituyó un contrato con la demandada, una empresa rusa, para el abastecimiento de productos derivados del petróleo, durante un periodo de tiempo determinado.

La disputa surge en lo referente a la entrega de lotes individuales de bienes, bajo órdenes separadas a diferentes precios.

El contrato establecía, que la ley rusa sería la aplicable al contrato. En apoyo de esta interpretación del artículo 522 del Código ruso (aplicable al caso), el tribunal también hizo referencia a los comentarios al artículo. 6.1.13 de los UNIDROIT.

7. **Los Principios como modelos para legislación nacional e internacional**

En vista de sus méritos intrínsecos, los Principios pueden servir, adicionalmente como un modelo para los legisladores nacionales e internacionales para la elaboración de leyes en el campo del derecho contractual general o con respecto a a tipos especiales de operaciones. (...)

²¹ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

²² www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

²³ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

Así mismo "A nivel internacional los Principios pueden convertirse en un importante punto de referencia para la elaboración de convenciones y leyes modelo. (...)

CCI, N° 11256 del 2003²²

Respecto al derecho a aplicar se hace referencia al papel de los principios de UNIDROIT como un medio para interpretar la aplicación de la ley nacional y resolver las circunstancias inesperadas en aplicación de esa ley (nacional) a un contrato internacional, por lo que el Tribunal Arbitral, aplicó la ley mexicana, con la posibilidad, y ante la ambigüedad de la ley mexicana en determinados puntos específicos, de utilizar los principios de UNIDROIT como una herramienta, de interpretación, cuando ninguna fuente legal mexicana de interpretación resuelva el problema identificado.

Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce, T-9/07 DEL 2008²³

El vendedor falló en entregar junto con la mercancía el certificado de origen como se pide en el marco del contrato, lo cual constituye un incumplimiento (artículos 35(1), 36(1) AND 45(1) (B) CISG)).

El derecho del comprador de ser retribuido por los daños por las pérdidas causadas por el incumplimiento del vendedor de rendimiento, se hace referencia al artículo 74 de CISG y a los artículos de los artículos 9:501 y 9:502 de los principios del derecho

contractual europeo y con los artículos 7.4.1 y 7.4.4 de los principios de UNIDORIT.

En cuanto al derecho a los intereses, tasa aplicable, se hace referencia al método de cálculo indicado en los artículos 9:508 de los principios del derecho contractual europeo y 7.4.9 de los principios de UNIDROIT.

8- Otros posibles usos para los Principios

(...) La lista que figura en el Preámbulo de los Principios de las diferentes maneras en que estos pueden ser usados, no es exhaustiva.

Así como los Principios también pueden servir como una guía para la redacción de contratos.

Sobre lo anterior podemos mencionar el siguiente caso:

International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), ARB(AF)/98/1 del 2000)²⁴

Caso de un estadounidense, y el Gobierno de Ucrania, quienes constituyeron un acuerdo de inversión. Cuando surgió una disputa en cuanto a la correcta ejecución del acuerdo, las partes sometieron la controversia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En su acuerdo, las partes pidieron al Tribunal Arbitral, con el fin de registrar en forma de laudo, después de haber declarado los términos del acuerdo, agregar una sección aparte, titulada "Principios de interpretación y aplicación del Acuerdo" y que contiene disposiciones relativas a la interpretación,

validez y ejecución y el incumplimiento para la solución del acuerdo. Todas las disposiciones de la sección se toman literalmente, con unas adaptaciones menores, de los Principios UNIDROIT.

En particular los Principios facilitan la identificación de temas que se abordarán en el contrato y proveen de una terminología legal neutra igualmente comprensible para todas las partes involucradas en el contrato. Tal uso de los contratos se ve reforzada por el hecho de esta disponibles en un gran número de idiomas.

Los Principios también pueden ser utilizados como un sustituto de la legislación nacional aplicable. Este es el caso cuando resulta imposible o extremadamente difícil establecer una norma pertinente de una legislación nacional con respecto a un punto específico, i.e. que supondría un esfuerzo desproporcionado y/ costos. La razón de esto generalmente se encuentra en el carácter especial de las fuentes legales del derecho nacional en cuestión y/To el costo de acceder a ella.

Además los Principios pueden ser utilizados como material didáctico en las universidades y escuelas de derecho, promoviendo la enseñanza de la ley contractual sobre una base verdaderamente comparativa. (...)

A. Principios instrumentales

A.1 El principio de la autonomía de la cláusula compromisoria

Podríamos decir que la cláusula compromisoria es lo que fundamenta que

determinadas controversias sean sometidas al conocimiento de los tribunales arbitrales, al ser la justicia arbitral de tipo privado y por ende su sometimiento de interpretación restrictiva en caso de duda, o sea que en principio nadie está obligado a someterse a la misma sino es porque así de forma previa (o al surgir el conflicto lo hayan manifestado las partes), entonces es por esto que deben quedar clara la manifestación de las partes en este sentido.

Lo anterior lo concretiza de forma muy clara, el autor González Murillo, quien al respecto dice: *"La doctrina le ha atribuido una doble eficacia a la cláusula compromisoria, por un lado una eficacia positiva, al obligar a las partes a someter la controversia que surja a la decisión de los árbitros, y por otra parte una negativa, la cual consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los tribunales ordinarios."*²⁵

Esto doble eficacia, es más bien, **en mi opinión** una consecuencia "una de la otra", a saber; la eficacia de la cláusula compromisoria es su sometimiento a la decisión del tribunal arbitral, lo que obviamente tendrá como consecuencia la sustracción de la controversia del conocimiento de la jurisdicción judicial, al excluirla la jurisdicción arbitral.

Al respecto el la **CCI, N° 7929 de 1995** planteó:

"Si una de las partes plantea una o varias excepciones relativas a la existencia o validez de la cláusula arbitral, y debe la Corte de Arbitraje estar satisfecha prima facie de la

existencia de dicho acuerdo, la Corte debe, sin perjuicio alguno de la admisibilidad del fondo del asunto o asuntos, decidir que el arbitraje sea procedente. En este caso, cualquier decisión, como la competencia arbitral, debe ser tomada por el mismo árbitro. (El subrayado no es del original).

Queda de manifiesto en este caso los alcances (y la potencia si se quiere decir así) de la autonomía de la cláusula arbitral, al tener los árbitros en primera instancia, que revisar la procedencia de la misma, lo que les compete en primer orden, y en segundo orden, de ser esta competencia procedente, que curiosamente ellos mismos determinarán si procede o no analizar el fondo del asunto.

En ese mismo sentido se ha manifestado claramente la jurisprudencia arbitral, respecto a lo que se conoce en el derecho anglosajón como el principio de la "Separability of the arbitration clause", o la separabilidad de la cláusula arbitral, en el sentido de que la validez del contrato principal, no afecta la validez de esta cláusula, por lo que aquí se da una excepción al principio del derecho de que lo accesorio sigue a lo principal.

"Que un tribunal arbitral estime que el contrato en el que se recogía el acuerdo de arbitraje es inexistente o nulo, no se traduce en que el acuerdo de arbitraje en sí devenga inexistente o nulo. Es un principio conocido en arbitraje internacional que el acuerdo de arbitraje es "autónomo" y "separable

²⁴ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

²⁵ MURILLO GONZÁLEZ. Revista de Ciencias Jurídicas 118, Efectos de la cláusula compromisoria, San José, Costa Rica, 2009. Pág.139.

*“del resto de las estipulaciones del contrato. (...).”*²⁶

Podríamos decir que esta es una posición conteste de la doctrina, ya que siempre y cuando la manifestación de las partes a someterse a arbitraje sea clara (por lo menos la tesis que siguen los países con sistema jurídicos romano-germánicos), además es criterio generalizado la de calificar a la cláusula compromisoria como un contrato, por lo que se entiende que se trata de un acuerdo independiente y distinto de aquel en que se haya contenida.²⁷

Caso de Hoge Raad, Holanda, N° C07 /012HR del 2008²⁸

Dos empresas holandesas firmaron un contrato para el suministro de maquinaria para limpieza de válvulas. Las condiciones generales adjuntas al contrato contenían una cláusula exonerando al vendedor de cualquier responsabilidad por pérdidas sufridas por el comprador por el uso de la maquinaria. Efectivamente, el comprador sufrió una pérdida, el cual reclamó daños al vendedor. Cuando el vendedor invocó la cláusula de excepción, el comprador objetó que no era válida: alegó que no solo no fue puesto en conocimiento adecuadamente por parte del vendedor, (...). La Corte Suprema resolvió en contra del comprador.

En su conclusión, la *Advocaat-Generaal* señaló que las cláusulas de exención eran una práctica común y desempeñaban un papel

importante en el comercio. Por otra parte, al negar la validez de la cláusula de exención en cuestión, los Países Bajos se apartarían del enfoque internacional prevaleciente, y en apoyo de esa declaración, a lo referido en los artículos 7.1.6 de los Principios de UNIDROIT y sus comentarios, así como el artículo 8:109 de los Principios de Derecho Contractual Europeo.

A.2 El principio de interpretación restrictiva de la cláusula compromisoria

Cuando en los acuerdos, haya duda, respecto de la intención de las partes de someterse a arbitraje, únicamente se permite una interpretación restrictiva y debe atenderse en primera instancia al texto del contrato, debido esto a que la intención de una parte de no someterse a la jurisdicción común sede ser claramente manifestada, sin lugar a dudas de tal intención. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje tiene como efecto restringir los derechos de las partes de acudir a jurisdicción común a discernir sus controversias, por lo que, y a la luz del sistema de derecho romano germánico no puede ser interpretada esta voluntad restrictivamente, en síntesis por corresponder a una renuncia de derechos.

A.3 El principio Kompetenz-Kompetenz

El principio "Kompetenz-Kompetenz" tuvo su origen en un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955. En el mismo se determinó

que debía atribuir a los árbitros la facultad tanto de determinar el alcance del acuerdo arbitral como de su competencia y autoridad hacia el mismo.²⁹

Este principio fue recogido por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en español, UNCITRAL en inglés), en el artículo 21, numeral 1 de su Reglamento de arbitraje, que establece: *“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.”*³⁰

Posteriormente, en 1985, se estableció en el artículo 16, 1) acerca de este principio:

“Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia. El tribunal arbitral a cuestión previa, respecto a nuestra autoridad estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”

Previo a la ley Modelo anteriormente referida, la Convención Europea de Arbitraje Comercial de 1961 ya había adoptado el Principio Competencia de la Competencia.³¹

Se puede decir que el árbitro es el primer llamado a decidir sobre su propia competencia, lo que le coloca en una posición particular con respecto al resto de “tribunales” donde para la competencia existen una serie de principios que tienen como fin, el llegar a determinar “el tribunal competente para un asunto concreto” pero nunca presenta las particularidades de un tribunal arbitral al decidir sobre su propia competencia, o sea el principio de la competencia rompe sus reglas tradicionales aplicado al arbitraje comercial.

Puntualiza de una manera muy clara lo anterior un estudio del Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC, estableciendo al respecto:

*“Si una de las partes impugnara la competencia del tribunal arbitral, al tiempo que alegara la falta de validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral tendrá la facultad de decidir sobre su propia competencia. Es lo que en general se conoce como el principio de Kompetenz-Kompetenz. La dedición sobre la competencia la tomará el tribunal arbitral, ya sea en un laudo provisional o en su laudo definitivo.”*³²

26 La competencia se mantiene aunque el contrato sea nulo. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001. Págs. 94.

27 MURILLO GONZÁLEZ. Revista de Ciencias Jurídicas 118, Efectos de la cláusula compromisoria, San José, Costa Rica, 2009. Pág. 139.

28 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

29 SIERRA BOLLMANN, Daniela. Aspectos arbitrales. El Principio Kompetenz Kompetenz en el Arbitraje. Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho. Enero, 2005.

30 SIERRA BOLLMANN.

31 SIERRA BOLLMANN.

32 Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001 Págs. 94.

Un ejemplo jurisprudencial muy interesante nos lo señala BOLLAMAN, donde queda de manifiesto esta facultad del árbitro es el siguiente:

“(…) caso de la *Cámara de Comercio Internacional* número 5294, en el cual, la parte demandada consLa demandante, una empresa europea, ideró incompetente al árbitro para conocer del procedimiento, por lo que no se presentó. Al respecto, lo que hizo fue manifestarle al árbitro designado por el que la cláusula arbitral estaba inadecuadamente redactada, ya que en ella se había establecido que cualquier controversia se resolvería a través del procedimiento arbitral de acuerdo al Reglamento de Arbitraje y Conciliación de la Cámara Internacional de Comercio, Zurich, Suiza. Como es sabido, la Cámara Internacional de Comercio no se encuentra en Zurich, sino que en París, por lo que en esta oportunidad la parte demandada aprovecha la mala redacción de la clausula para cuestionar la jurisdicción.”³³

A este respecto ha resuelto la jurisprudencia mayoritaria, que los errores evidentes por ejemplo de redacción como en el caso anterior, no deben dar pie a un aprovechamiento por una de las partes, y tratar de evitar el sometimiento de la controversia a la jurisdicción arbitral, lo que a todas luces iría en detrimento del principio general de la *buena fe*, y el principio de *pacta sum servanda*, además de la *seguridad* en las negociaciones comerciales, al final se traduciría en violatoria de la voluntad de las partes, por lo que un simple error que no

debería ser motivo para viciar de nulidad el contrato.

Por lo que se puede concluir que el tribunal arbitral, debidamente constituido, es competente para decidir si tiene o no jurisdicción sobre una controversia o conflicto.

B. Principios de fondo

B.1 El derecho aplicable a las controversias sometidas a arbitraje

La jurisprudencia internacional en materia de arbitraje comercial, es rica en cuanto a casos donde las partes de un contrato no determinaron cual sería en caso de disputa el derecho aplicable a la negociación y por ende a las reglas utilizadas por los árbitros para buscar una solución a la controversia de las partes, o se puede dar el caso de que la determinación de ese derecho aplicable por parte de las mismas no fue claro, o se dio de forma ambigua generando dudas para el tribunal arbitral, por eso mismo, han existido diversos criterios que los árbitros han plasmado en la jurisprudencia arbitral, principalmente aquella de la Corte Internacional de Comercio, que tienen como fin dar soluciones a esas hipótesis del derecho aplicable.

El derecho aplicable a los contratos de comercio internacionales, siempre ha sido de los temas que más desarrollo jurisprudencial ha tenido por los tribunales arbitrales, posiblemente esto sea por lo común que se presente contratos donde no sea clara la manifestación de las partes de querer someterse a unos ordenamientos jurídico particular, o disposiciones determinadas.

El derecho o la ley aplicable, incluso puede ser elegido en un momento posterior a la celebración del contrato, así mismo no es necesario que la ley elegida manifieste ninguna vinculación con las circunstancias del caso. Teniendo el arbitraje su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y constando en el contrato o relación jurídica subyacente una elección de ley aplicable (choice of law clause), el árbitro habrá de respetarla.”³⁴

Sobre el particular, sea sobre el derecho aplicable a los contratos, el Preámbulo de los Principios de UNIDROIT en su versión 2010, establece al respecto ciertas reglas básicas como guía para los árbitros, puntos sobre los cuales se ha desarrollado la jurisprudencia;

B.1.1 Propósito de los Principios:

- Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
- Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.
- Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes.
- Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato.

- Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
- Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar el derecho nacional.
- Estos Principios pueden servir como modelo para los legisladores nacionales e internacionales.

CCI, N° 12193 del 2004

Por ejemplo, el caso de un contrato de distribución entre un fabricante alemán y un distribuidor libanés, en el cual el contrato no establecía lo referente a la ley aplicable al mismo, en este se determinó que la ley aplicable iba a ser la ley libanesa.

Una de las partes solicitó la aplicación subsidiaria de los principios generales del derecho o *lex mercatoria* como se expresa en los principios de UNIDROIT –lo cual fue rechazado - según el tribunal arbitral, porque la aplicación de la *lex mercatoria* solo se justifica si el contrato está estrechamente relacionado con más de un país o si el derecho nacional aplicable falla en proveer de solución al asunto debatido.

Hace referencia el tribunal arbitral al artículo 7.4.1 de los Principios de UNIDROIT para demostrar que la disposición correspondiente de la legislación libanesa se ajusta a la *Lex Mercatoria*.

33 SIERRA BOLLMANN.

34 CHECA MARTÍNEZ, Miguel. Estudios sobre el arbitraje; arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro. España, La Ley, año desconocido. Pág. 331.

C.C.I, N° 10422 del 2001

Otro caso importante, se da entre una parte; la demandada, la cual es una empresa europea de manufactura, y el actor, un distribuidor latinoamericano, quienes establecieron una cláusula de la elección de la ley aplicable, la cual era ineficaz, pero indicaba el deseo de las partes para una solución neutral del conflicto. Se dio la aplicación por parte del Tribunal Arbitral de la Lex Mercatoria (Artículo 17.1 de la reglas de arbitraje de la CCI), así mismo se hace referencia a los principios de UNIDROIT.

ICC International Court of Arbitration, Milano, N° 8908 del 1998³⁵

Se refiere este asunto al caso de un fabricante italiano, que constituyó una serie de contratos con un distribuidor de Liechtenstein para el suministro de tuberías. Posterior a las primeras entregas surgió una disputa entre las partes, cada una acusando a la otra de haber infringido sus obligaciones respecto del contrato, llegando las partes finalmente a un acuerdo de solución, pero poco después empezaron a discutir sobre el adecuado cumplimiento de este acuerdo.

El Tribunal Arbitral sostuvo que, mientras que los contratos de ventas individuales se rigen por la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de Compraventa Internacional de Mercancías (CISG), el acuerdo de solución estaría regido por la ley italiana. Sin embargo, a la hora de resolver el asunto por el fondo, el tribunal Arbitral se refirió repetidamente, además de las disposiciones relevantes del Código Civil italiano, a disposiciones contenidas en Convención (CISG) y a los

³⁵ www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

Principios UNIDROIT, definiendo ambos como texto como "textos normativos que pueden ser considerados de utilidad en la interpretación de todos los contratos de una naturaleza internacional".

En particular, con el fin de determinar el alcance del acuerdo de solución, el Tribunal Arbitral aplicó las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1362-1371 del Código Civil italiano, destacando sobre todo el principio de buena fe. En apoyo, se refirieron a las normas contenidas en los artículos 1.7 y 4.1 - 4.8 de los Principios de UNIDROIT.

Por otra parte, al encontrar que una aceptación modificada equivale a una contraoferta, que el oferente original podrá aceptar tácitamente por no contradecir los terminos variables contenidos en la aceptación, (...) y atendiendo al cumplimiento de sus propias obligaciones (en el caso concreto, el oferente empezó la producción de válvulas), el Tribunal Arbitral no sólo se refirió al artículo 1326 (5) del Código Civil italiano, sino también a las disposiciones relevantes contenidas en CISG (Art. 19(1) (2)) y los Principios de UNIDROIT (Art. 2.11 [Art. 2.1.11 de la edición 2004]).

Finalmente, el Tribunal Arbitral se refirió a la cuestión de la tasa de interés aplicable. Primero señaló que el "Art. 78 [CISG] no establece los criterios para hacer el cálculo de intereses y que la jurisprudencia internacional posee una amplia gama de posibilidades en este sentido".

Luego señaló que "entre los criterios aceptados en diferentes sentencias, el

más adecuado parece ser el de las tasas generalmente aplicadas en el comercio internacional, de la moneda pactada... En términos concretos, desde que la moneda pactada es el dólar y las partes son europeas, la tasa aplicable es la 3-meses LIBOR sobre el dólar, con un aumento del 1%, a partir de la fecha de vencimiento (...). La solución sustancialmente corresponde a la prevista para el caso, en el Art. 7.4.9 (2) de los Principios de UNIDROIT, aunque esta provisión no fue expresamente referida por el Tribunal Arbitral.

ICC, Corte Internacional de Arbitraje, París, N° 8261 de 1996³⁶

Caso de una compañía italiana y una agencia gubernamental de un país del oriente medio, constituyeron un contrato. En el mismo no se estableció ninguna opción respecto de la ley aplicable, porque ambas partes habían insistido en la aplicación de su propia ley nacional.

En un laudo parcial previo, referido a la cuestión de la ley aplicable, el Tribunal Arbitral declaró que basaría su decisión en los términos del contrato, complementados con los principios generales de comercio consagrados en la lex mercatoria.

Posteriormente, cuando se resolvió el fondo del asunto, se refirió el tribunal, sin dar mayor detalle, a las disposiciones particulares contenidas en los Principios de UNIDROIT, considerada implícitamente la segunda fuente de la lex mercatoria.

³⁶ www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

³⁷ www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

³⁸ SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 1998. Pág. 223.

³⁹ www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

Así, además de otro laudo parcial sobre algunas cuestiones preliminares sustanciales, en las cuales se refirieron a los artículos Arts. 4.8 ("Supplying omitted terms") y 4.6 ("Contra proferentem rule"), en su laudo definitivo el tribunal Arbitral hizo referencia a los Arts. 7.4.1 (Right to damages), 7.4.7 (Harm due in part to aggrieved party) y 7.4.13 (Agreed payment for non-performance) en apoyo a su razonamiento.

CCI, N° 12889 del 2004³⁷

En cuanto a las normas de conflicto la jurisprudencia ha establecido:

*"Sin embargo los árbitros son muy prudentes en el manejo de las normas de conflicto y siguen en la mayoría de los casos la advertencia contenida en el artículo 26 del Reglamento de la CCI, que señala que deben esforzarse "siempre que el laudo sea susceptible de sanción legal." En base a ello buscan una solución convergente con la de los sistemas de conflicto de leyes nacionales."*³⁸

B.2. Principio general de buena Fe**Arbitration Centre of the Costa Rican Chamber of Commerce, # desconocido, del 2003³⁹**

Una empresa costarricense del sector hotelero contrató a una firma de contabilidad para el reclamo de un seguro por daños. La firma de contabilidad presentó a la aseguradora un informe de daños dos semanas antes de la

fecha límite para el reclamo. La aseguradora informó a la empresa hotelera que debía ser especificado de una forma más detallada, por lo que la empresa contrató a otra firma de contabilidad sin dar aviso a la primera. La primera firma alegó en sus reclamos, con motivo de una demanda, que la hotelera había incumplido el contrato de manera unilateral, que no se informó a esta de las declaraciones de la compañía de seguros lo que impidió que complementa su informe.

El Tribunal de Arbitraje se refirió a los Principios de UNIDROIT, no como una fuente de la ley sino por su valor doctrinal, y falla a favor del demandante. Al hacer hincapié en el deber de las partes a actuar de conformidad con la buena fe en el cumplimiento de contrato, (artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT).

International Court of Arbitration of the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation, Russia, 18/2007 del 2008⁴⁰

La disputa surge de un contrato de suministro de gas natural entre una empresa de Rusia, la actora, y de una empresa de Moldavia, la demandada, el gas iba a ser entregado en parte a la propia demandada, y en parte a un tercero ("el Beneficiario").

Hubo un incumplimiento de la tercera parte por falta de pago en cuanto al precio del gas entregado, por lo que se solicita el pago del precio por el gas suplido al comprador, quien se niega a pagar, ya que se alega que el contrato está previsto para la entrega de gas

directamente así como el pago del precio de gas por terceros.

Referencia a la buena fe, principio esencial del comercio internacional, (artículos 1.7 , 7 y 8 de CISG así como los artículos 5.1.2 de los principios de UNIDROIT y los comentarios 1 a 3 del artículo 1.7 de los principios.

B.3 Deber de informaciones

Caso previamente citado de una empresa costarricense del sector hotelero contrató a una firma de contabilidad para el reclamo de un seguro por daños. La firma de contabilidad presentó a la aseguradora un informe de daños dos semanas antes de la fecha límite para el reclamo. La aseguradora informó a la empresa hotelera que debía ser especificado de una forma más detallada, por lo que la empresa contrató a otra firma de contabilidad sin dar aviso a la primera. La primera firma alegó en sus reclamos, con motivo de una demanda, que la hotelera había incumplido el contrato de manera unilateral, que no se informó a esta de las declaraciones de la compañía de seguros lo que impidió que complementa su informe.

CCI, N° 11849 del 2003⁴¹

Caso, en el cual el actor, un distribuidor estadounidense, constituyó un contrato de distribución exclusiva, con el demandado, una empresa manufacturera italiana, de productos de "moda".

Los principios CISG en principio no son aplicables, las partes los eligieron como el

derecho aplicable al acuerdo, la intención de las partes era excluir la aplicación de cualquier derecho aplicable, y regular el acuerdo por derecho "neutral" y normas a nacionales.

El acuerdo establecía que cualquier adición o aclaración, que se hiciera por escrito, la aceptación en una ocasión por la manufacturera del pago de la transferencia bancaria, no fue considerada suficiente, para inducir razonablemente al distribuidor a creer, que la apertura de la carta de crédito, no iba a ser necesaria.

B.4 Principio Contra proferentem Rule

Si los términos de un contrato suministrados por una parte no son claros, una interpretación contra esa parte es preferible.

El comentario oficial de los Principios de UNIDROIT establece que:

"Una parte puede ser responsable de la formulación de un término en particular de un contrato, ya sea porque esa parte lo haya redactado o de otra manera la haya suministrado, por ejemplo, usando condiciones generales usada por otros. Dicha parte debe asumir el riesgo de posible falta de claridad de la formulación elegida. Es por esta razón que este Artículo establece que si los términos de contrato dados por una parte no son claros, hay una preferencia de la interpretación contra esta parte. El grado de extensión a la que esta regla aplica dependerá de las circunstancias del caso; lo menos que el termino

del contrato en cuestionamiento fue objeto de nuevas negociaciones entre las partes, mayor será la justificación para interpretarla en contra de la parte que la incluyo en el contrato."

Court of Arbitration for Sport (CAS), 2002/A/593 del 2004⁴²

*En una disputa entre la Asociación de Fútbol de Gales (FAW) y la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA), y ante la negativa, de esta última de no penalizar a la Asociación de Fútbol Rusa, por haber sido encontrado culpable por dopaje uno de sus jugadores, la UEFA puso en duda la competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) al alegar que la decisión en cuestión era puramente deportiva y no referente a intereses económicos. En la interpretación de las disposiciones pertinentes de los Estatutos de la UEFA en un sentido favorable a FAW y en contra de la UEFA, el Tribunal Arbitral invocada la regla **contra proferentem** según la cual los términos del contrato, deben, en caso de duda de interpretarse en contra de la parte que los haya suministrado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral esta norma constituye un principio general de interpretación de la lex sportiva y en este contexto se hace referencia expresa al artículo 4.6 de los Principios de UNIDROIT.*

China 7 January 2000 CIETAC⁴³

Que ambas partes acordaron tener como la ley que rige el contrato convención (CISG), para resolver la disputa. Sin embargo, nota

40 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

41 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

42 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

43 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/00107cl.html>], visitado el 12 de Octubre de 2011

el tribunal, que la Clausula 5 es del contrato "modelo" elaborado por el vendedor. Según el principio básico de interpretación de los contratos - contra proferentem - , si los términos del contrato suministrados por una de las partes no están claros, la interpretación en contra de esa parte es la que debe ser tomada en cuenta.

Arbitration Court of the Lausanne Chamber of Commerce and Industry. Desconocido del 2002⁴⁴

Una empresa turca y una sociedad constituida en Anguilla, con una oficina en Filipinas, constituyeron un acuerdo en materia de equipos. El contrato contenía dos disposiciones sobre la elección de la ley, al parecer contradictorias.

Surgió una controversia y las partes se sometieron a un arbitraje ad hoc regulado por el Reglamento de Arbitraje, en un laudo parcial el tribunal arbitral determinó que una de las partes no habían realizado correctamente su obligación derivada del contrato. Para este efecto el tribunal arbitral que se refiere a las siguientes disposiciones (entre otras) de los Principios de UNIDROIT: - Arte. 4.6 y su comentario ("regla de contra proferentem", que en el caso que nos ocupa era, sin embargo no se considera plenamente aplicable porque a través de una revisión de los términos y condiciones del contrato, los mismos fueron pactados por ambas partes);

Court of Arbitration for Sport CAS/ 2002/A/593 del 2004⁴⁵

En una disputa entre la Asociación de Fútbol de Gales y la Unity de Asociaciones Europeas de Fútbol, y ante la negativa, de esta última de no penalizar a la Asociación de Fútbol Rusa, por haber sido encontrado culpable por dopaje uno de sus jugadores, la UEFA puso en duda la competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo al alegar que la decisión en cuestión era puramente deportiva y no referente a intereses económicos. En la interpretación de las disposiciones pertinentes de los Estatutos de la UEFA en un sentido favorable a FAW y en contra de la UEFA, el Tribunal Arbitral invocada la regla contra proferentem según la cual los términos del contrato, deben, en caso de duda de interpretarse en contra de la parte que los haya suministrado. De acuerdo con el Tribunal Arbitral esta norma constituye un principio general de interpretación de la lex sportiva y en este contexto se hace referencia expresa al artículo 4.6 de los Principios de UNIDROIT.

China 7 January 2000 CIETAC Arbitration proceeding (Cysteine case)⁴⁶

Que ambas partes acordaron tener como la ley que rige el contrato convención (CISG), para resolver la disputa. Sin embargo, nota el tribunal, que la Clausula 5 es del contrato „modelo“ elaborado por el vendedor. Según

el principio básico de interpretación de los contratos - contra proferentem - , si los términos del contrato suministrados por una de las partes no están claros, la interpretación en contra de esa parte es la que debe ser tomada en cuenta.

B.5 Principio del efecto útil (Principio ut res magis valeat quam pereat)

La Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-001 de 1992, define el principio del efecto útil de un modo muy puntual pero completo, señalando "que el principio de interpretación normativa que se funda en el "efecto útil" enseña que, entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero"

Una característica de muchas de las disposiciones contenidas en los Principios de UNIDROIT de los contratos internacionales, es el esfuerzo de mantener el contrato hasta donde sea posible. La afirmación del principio ,in favorem validitatis' refleja una preocupación de la práctica comercial, (favor contractus') y también en el campo del arbitraje comercial internacional .Ya sea formulado como un marco normativo integral de las partes o elaborado en función de las condiciones generales del comercio, el contrato se desprende la relación jurídica entre las partes de la ,otra' la legislación nacional aplicable. Debido a su carácter auto-suficiente el contrato se convierte, en „ley sustituta“ para las partes.⁴⁷

Una característica de muchas de las disposiciones contenidas en los Principios de UNIDROIT de los contratos internacionales, es el esfuerzo de mantener el contrato hasta donde sea posible. La afirmación del principio ,in favorem validitatis' refleja una preocupación de la práctica comercial, (favor contractus') y también en el campo del arbitraje comercial internacional .Ya sea, formulado como un marco normativo integral de las partes o elaborado en función de las condiciones generales del comercio, el contrato se desprende la relación jurídica entre las partes de la 'otra' la legislación nacional aplicable. Debido a su carácter auto-suficiente el contrato se convierte, en "ley sustituta" para las partes.⁴⁸

ICC, No.1434, Clunet 1975

Una norma de interpretación universalmente reconocida dispone que en caso de dos interpretaciones contradictorias o dos posibles significados del mismo contrato, se debe, caso de duda, preferir la interpretación que conserva un significado ciertos a esas palabras en lugar de seguir un enfoque que les dan un significado inútil o incluso absurdo. Este "principio del effet utile" también llamado "principio de efectividad" ("ut res magis valeat quam pereat") (...).⁴⁹ En una disputa el Demandante estableció que "la interpretación correcta de el Acuerdo Promisorio debe ser hecho de acuerdo a la legislación Portuguesa, pero esta no debe excluir los Principios de Contrato Internacional Comercial de UNIDROIT (tal como fals demonstration non nocet, contra proferentem y favor negotii)⁵⁰

44 www.unilex.info/case.cfm?id=624, visitado el 12 de Octubre de 2011

45 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/00107cl.html>], visitado el 12 de Octubre de 2011

46 <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/00107cl.html>], visitado el 12 de Octubre de 2011

47 Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston 1999.

48 Berger, Klaus Peter, The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague, London, Boston 1999.

49 ICC Award No.1434, Clunet 1975, at 978 et seq. www.trasnlx.com.

50 www.unilex.info/case.cfm?id=1431, visitado el 12 de Octubre de 2011

ICC, Desconocido, 2000⁵¹

El Demandante, una compañía Francesa, y Acusado, una compañía Japonesa, entraron en un acuerdo de licencia según el cual el Demandante fue dado un licencia exclusiva para manufacturar, vender y distribuir productos del Acusado en Europa. Posteriormente el Acusado entro en un acuerdo con una compañía Americana otorgándole una licencia exclusiva para el mercado Norte Americano y una licencia no exclusiva para otros países.

Según el defensor del Demandante, por no haber excluido expresamente a Europa de esos otros países, se violo su acuerdo con el Demandante.

Despues de determinar en un laudo parcial que el conflicto debe ser arreglado con base a la lex mercatoria, en su ultimo laudo el Tribunal Arbitral abordo los meritos del caso y decidió o favor del Demandante. Llego a su conclusión en base a la cuidadosa interpretación de los acuerdos de licencia en cuestión y en este contexto se baso en Artículos 4.1, 4.3 y 4.4 de los Principios de UNIDROIT al cual ambas partes se refirieron en sus alegaciones. Aun es soporte a su decisión el Tribunal Arbitral también invoco Artículo 1.7 de los principios de UNIDROIT y el principio general de buena fe y trato justo en comercio internacional establecidos en el mismo: verdaderamente sería contrario a su principio de hacer indirectamente lo que el contrato previene de hacer directamente.

B.6 Principio de Buena Fe

DÍEZ PICAZO, establece que el ordenamiento jurídico exige este comportamiento de buena

⁵¹ www.unilex.info/case.cfm?id=697, visitado el 12 de Octubre de 2011

fe no sólo en lo que tiene de limitación o veto a una conducta deshonesto (v.gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v.gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.).

B.7 Deber de minimizar pérdidas

Este deber se refiere, a aquel que tiene el acreedor de una obligación que no fue cumplida de minimizar su perjuicio. En reiterados laudos se subraya la importancia que tiene para cualquier parte, y consecuentemente para cualquier tribunal arbitral llamado a juzgar una controversia, el tener en cuenta correctamente cualquier posibilidad de minimizar el perjuicio. Es decir, los árbitros se apoyan en la "jurisprudencia arbitral" para recordar que el acreedor de una obligación sin ejecutada debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance para minimizar sus pérdidas.

Establece el artículo 7.4.8. de los Principios de UNIDROIT

- 1 *La parte incumpliente no es responsable por los daños sufridos por la parte agraviada en la medida en que el daño pudo haber sido reducido por esta última parte tomando medidas razonables.*
- 2 *La parte agraviada está legitimada para recuperar los gastos razonablemente incurridas en atender el reducir el daño.*

CCI, N° 8817 de 1997⁵²

Una compañía Española y una compañía Holandesa establecieron un contrato de distribución exclusiva y venta de productos alimenticios. Surgió una disputa cuando el Demandado, enfrentado en ambos un cambio en la administración del Demandante y atrasos en pago (Demandante no había respetado el plazo hecho por el Demandado para el pago), termino el acuerdo. El demandante inicio un procedimiento arbitral argumentando que el despido del gerente general fue justificada por el hecho que el último había establecido una relación comercial competitiva con el Demandado.

Para determinar la ley aplicable a los meritos (el contrato no contenía una opción de ley de clausula), el Tribunal Arbitral encontró que los elementos de venta prevalecían sobre los de distribución exclusiva y, citando Artículo 13(3) del ICC Rules of Conciliation and Arbitration, decidieron aplicar las provisiones del 1980 Convención Internacional de las Naciones Unidas para Contratos de Ventas Internacionales de Bienes y sus principios generales, "ahora contenidos en los Principios de UNIDROIT para los Contratos Comerciales Internacionales(...)".

Con respeto al contenido de el caso, el Tribunal Arbitral otorgo el Demandante daños derivados por la terminación del contrato y competición injusta por el Demandado. Al hacer esto, se refirió al Artículo 1.8 de los principios del UNIDROIT para confirmar el carácter vinculante de las practicas establecidas de ambas partes (Art

9 (1) CISG), y al Art. 7.4.8 del los principios de UNIDROIT para confirmar que una parte sufriendo daños debe tomar pasos para mitigar el daño (Art. 77 CISG).

ICC, N° 9594, de1999⁵³

El demandante, una compañía Española, constituyó un contrato con el demandado, una compañía con sede en India, para el envío e instalación de maquinaria industrial. Una vez instalada la maquinaria, esta resulto ser defectuosa. A pesar del ofrecimiento del Demandante (...) el demandado detuvo los pagos pero al mismo tiempo comenzó a utilizar la maquinaria, manufacturando, de este modo, bienes defectuosos, lo que causo un incremento en reclamos por daños departe de sus clientes. El Demandante y el demandado se acusaron uno al otro por incumplimiento del contrato y el Demandado también reclamó daños consecuentes como resultado del mal funcionamiento de la maquinaria.

(...) el Tribunal Arbitral no solo se refirió a los casos importantes Ingleses declarando el deber de minimizar pérdidas, sino que también encontró apropiado el agregar que "(a) *norma similar ha sido establecida internacionalmente, principalmente en los Principios de Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT (1994) el cual establece en sub-sección 1 del Artículo 7.4.8 como a continuación: "La parte no ejecutante no es responsable de daños sufridos por la parte agraviada en la medida de que el daño pudo haber sido reducido por la parte latter tomando pasos razonables"*.

⁵² www.unilex.info/case.cfm?id=659, visitado el 12 de Octubre de 2011

⁵³ www.unilex.info/case.cfm?id=659, visitado el 12 de Octubre de 2011

B.8 Culpa in contraendo

Ha establecido la Jurisprudencia de la Corte de Comercio Internacional, respecto de la culpa *"in contrahendo"* que la misma, aplicada como se dijo (al arbitraje internacional): "Es un principio del derecho suizo conforme además con un principio general del derecho, que aquel que causa un daño durante una negociación, faltando a sus deberes de diligencia o a los deberes dictados por la buena fe o la equidad, debe repararlo; y esto se aplica tanto si la negociación tiene por objeto un contrato propiamente dicho o como en este caso, una transacción para resolver un litigio"⁵⁴

Tribunal Arbitral de la Ciudad de Panamá, número desconocido de 2001⁵⁵

El demandante inicia un procedimiento arbitral ante el Tribunal Arbitral de la Ciudad de Panamá de acuerdo con una cláusula de arbitraje contenida en el contrato, y reclama por daños y perjuicios por el incumplimiento de contrato por parte del demandado.

El Tribunal Arbitral, por mayoría, concedió al demandante daños y perjuicios por el perjuicio sufrido, incluido el lucro cesante, basando su decisión, de forma expresa sobre los principios de UNIDROIT (art. 7.4.2 y el comentario 2, así como en antecedentes de la práctica internacional. Sin embargo, siendo difícil determinar el monto exacto de

las pérdidas efectivamente sufridas por el demandante, el Tribunal Arbitral se refirió de nuevo a los Principios de UNIDROIT (precisamente al artículo 7.4.3), así como a los laudos arbitrales que adoptaron la misma solución.

B.9 Estoppel (Principio non venire contra factum propium)

En las citas del arbitro de "English Court of Exchequer, Cave v. Mills (1862), Hurlstone & Norman" disponen poeticamente acerca del principio de estoppel: "a un hombre no debería permitirse jugar con dos barajas -para afirmar en un tiempo y para negar en otro...Este principio tiene su fundamento en el sentido común y en la justicia común, y bien es llamado estoppel o por cualquier otro nombre, este es uno de los cuales las cortes de derecho han adoptado con más utilidad en los tiempos actuales .

De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de las buena fe-lealtad, ya que no puede haber información más certera para una parte que el propio dicho o checho de que la dice o ejecuta.

54 PADILLA DURÁN, Diego y VILLAREAL LOAICIGA. Laura. Los Principios Modernos en el Arbitraje Comercial Internacional. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad de Costa Rica. Sede Universitaria Rodrigo Facio. 2011. Pág. 139.

55 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

Es una institución jurídica que proviene de la *Common Law*, a la cual se le ha relacionado con la Teoría de los Actos Propios⁵⁶. Se le define como "regla del derecho anglosajón que desconoce la facultad de afirmar o bien negar la existencia de ciertos derechos a quien anteriormente hubiera adoptado una conducta jurídica contraria a sus manifestaciones o actos respecto de tales hechos o derechos"

ICC, N° 6363, de 1992

"El demandante sostiene que el demandado cambió su argumento después de prevalecer en el procedimiento de (...) y debe ser impedido ya que está actuando de mala fe. El demandado parece aceptar la doctrina de estoppel pero dice que su posición en el procedimiento (...) ha sido mal interpretado.

"La teoría de Estoppel requiere que la parte que alega se haya basado en una representación para la otra parte con un resultado con consecuencias en detrimento para sus propios intereses. No hay evidencia de que el demandante se baso en la defensa del demandado en su perjuicio. Sin embargo, este tribunal está de acuerdo con una posición común relacionada a ambas partes sobre la pertinencia de las declaraciones anteriores que ellos invocan.

El Tribunal no puede ignorar tomadas por las partes en la larga historial de su relación,

ya que son indicativos de su pensamiento contemporaneo y de su concepción de sus derechos legales."

B.10 La perdida de chance o de oportunidad

La pérdida de chance es un concepto, aún hoy día, no muy bien manejado seas por juzgadores o bien por los abogados encargados de someter los conflictos a la jurisdicción.

Menciona Torrealba⁵⁷ haciendo referencia al concepto de la perdida de chance o de oportunidad lo siguiente:

"La doctrina y jurisprudencia francesas han desarrollado el concepto de "perte d'une chance" o pérdida de una oportunidad, como categoría autónoma de daño indemnizable. La doctrina y la jurisprudencia latinoamericanas han acogido dicho concepto con total naturalidad – incluido el galicismo "chance"--,(...), así mismo establece que "La pérdida de oportunidad se define como la desaparición de la probabilidad seria y real de un evento favorable"⁵⁸. Bajo esta categoría se indemnizan tanto menoscabos de naturaleza patrimonial –v.gr., la pérdida de las oportunidades de devengar un lucro o de economizar determinados costos-- , como daños extrapatrimoniales, por

56 Teoría de los actos propios. De acuerdo con esta teoría, nadie puede asumir en sus relaciones con otras personas, una conducta que contradiga otra suya anterior, cuando ésta haya despertado una legítima confianza en esas personas de que mantendrá una línea coherente con sus propios y anteriores actos. Es también una aplicación de las buena fe- lealtad. (BORDA, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Parte General. Tomo I. Abeledo-Perrot. 1999. Pág 28.

57 TORREALBA NAVAS, Federico. Artículo. La pérdida de Oportunidad o Chance.

58 Citando el autor a V. LE TOURNEAU, Phillipe y Loïc CADIET: Droit de la Responsabilité, Dalloz, 1998, p. 213.

ejemplo: la pérdida de la oportunidad de supervivencia⁵⁹ o la pérdida de la oportunidad de curación; o mixtos, como la privación de chances de superación profesional. Nuestra doctrina más autorizada propone un concepto amplio de este rubro indemnizatorio, al considerar que el "... chance resarcible está fundamentado en una probabilidad de maduración de una situación jurídica, tanto de una expectativa como de un interés legítimo⁶⁰ (es decir, la noción abarca mucho más que la mutilación del capullo de un derecho subjetivo)."

Así mismo el anterior autor dijo que este principio adquirió carta de naturalización costarricense en el siguiente laudo:

Tribunal Arbitral Ad hoc, San José Costa Rica. 30 de abril del 2004. En (...): Una compañía francesa y una empresa de Costa Rica acordaron participar en un procedimiento de licitación pública para la construcción y explotación en régimen de exclusividad por un período de diez años de los centros de revisión técnica de vehículos en Costa Rica. El contrato fue adjudicado finalmente a un tercero. Según la empresa de Costa Rica la adjudicación fue inadecuada, pero la empresa francesa se negó a unirse a su socio para impugnar la adjudicación ante la autoridad competente, lo que impidió la empresa costarricense de concluir el procedimiento. La empresa de

Costa Rica inició un procedimiento arbitral contra la empresa francesa basada en la violación del acuerdo de empresa conjunta y reclamó la indemnización por los daños sufridos como la pérdida de los beneficios que pudo haber obtenido por el periodo de los diez años.

En cuanto al alegato del demandante de una indemnización por lucro cesante, el Tribunal Arbitral consideró que los beneficios esperados por esta son demasiado inciertos para ser resarcible en su totalidad y por lo tanto sólo se concedió una indemnización por la pérdida de una oportunidad, refiriéndose expresamente al artículo 7.4.3 de los principios UNIDROIT.

En vista de que la parte actora no cumplió con la obligación de realizar los mejores esfuerzos para el cumplimiento del contrato y debido al perjuicio sufrido por la otra parte, la noción de pérdida de oportunidad es la que mejor se adapta a los daños sufridos, los cuales no pueden ser determinados ya que están basados en presunciones, sin embargo esto priva a la otra parte de concretar su objetivo común ya que le otra decidió unilateralmente abortar con el proyecto.

B.11 Rebus sic Stantibus y el Principio de Pacta Sum Servanda

Se ha escogido darle un tratamiento conjunto a estos temas ya que están necesariamente ligados uno del otro, o sea se contraponen

ya que la línea por la que se ha decantado la jurisprudencia internacional en materia comercial ha a sido, casi en la exclusividad de los casos darle todo el peso a lo pactado por las partes como las cláusulas por las cuales se resolvera el conflicto entre los mismos, (Pacta sum servanda), dicho esto cuando, en virtud de la intención de las partes de preveer que en caso de conflicto se dilucidaran sus controversias por un tribunal arbitral, y una de las partes "haciendo uso" de esa potestad somete el acuerdo al tribunal arbitral para que el mismo sea revisado, dicho generativamente, porque opera al mismo una situación de cambio de circunstancias, o un escenario distinto de las circunstancias exteriores respecto de las que le vieron nacer, se ha establecido casi de forma unánime por la jurisprudencia que esa revisión o adaptación del contrato "a las nuevas circunstancias" es improcedente salvo si está prevista por el derecho aplicable o mla misma voluntad de las partes, pero no como una posibilidad conservadora, con una concepción un poco civilista que no toma en cuenta la idoneidad (profesionalidad) que deben de tener los sujetos que llevan a cabo actos se comercio, principalmente a cierta escala, por la tanto priva el principio Pacta sum Servanda de sobre el adagio Rebus sic stantibus.

CCI, 12446 del 2004⁶¹

Conflicto relativo a un contrato de ventas internacionales, la demandada, que se había negado a cumplir con su obligación de comprar una cierta cantidad de bienes por

motivo de un fuerte descenso de la demanda de dichos bienes en el mercado, invocó las disposiciones pertinentes contenidas en dificultades sobrevinientes (hardship) en los Principios de UNIDROIT. La ley que rige es la ley japonesa, que permite a las partes estar de acuerdo sobre la aplicación de "los usos del comercio", siempre que no contravengan el orden público japonés (véase el artículo 92 del Código Civil japonés). Sin embargo, el Tribunal Arbitral, integrado por tres miembros japoneses, excluyeron la aplicabilidad de los Principios de UNIDROIT, (...).

La clausula que establece la excesiva onerosidad (hardship), son usualmente muy complejas, y varían significativamente (sustancialmente) de caso a caso. Sin embargo, en términos generales, se puede afirmar que las disposiciones actualmente pactadas comparten dos características, a saber, la determinación de los hechos que pueden desembocar en un proceso de reajuste y en el establecimiento de un proceso adecuado para adecuar la relación a las nuevas circunstancias.⁶²

Maskow, Dietrich, Hardship and Force Majeure, 40 Am.J.Comp.L. 1992, at 657 et seq⁶³

"Un principio básico del derecho contractual, que parece ser aceptado universalmente, es el de "pacta servanda sunt". El mismo refleja la justicia natural y los requerimientos económicos porque une a una persona con sus promesas y protege los intereses de la

59 18 V. ZIVIZ, Patricia: Il risarcimento per la perdita di chances di sopravvivenza, en Responsabilità Civile e Previdenza. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione. Directa da Giovanni Iudica-Ugo Carnevali. Milano, Giuffrè Editore, Vol LXIII, No. 3., 1998, pp. 705-727.

60 PÉREZ VARGAS, Víctor. La pérdida de chance y la tutela del "affidamento" en un reciente laudo costarricense, en: Liber Amicorum per Francesco d. Busnelli, Volume II, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pág 427 a 446.

61 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre de 2011

62 hyperlink "http://trans-lex.org/127600" 1974, 794Fontaine, "Hardship Clauses", D.P.C.I. 1975. 512 and Report on "Hardship Clauses", D.P.C.I. 1976.51; Lando, "Renegotiation and Revision of International Contracts", German Y.B. Int'l L. 37 (1980); Schmitthoff, "Hardship and Intervener Clauses", J. Bus. L. 1980, 82; Peter, "Arbitration and Renegotiation Clauses", 3 J. Int. Arb. (No.2) 29 (1986). www.trans-lex.org

63 www.trans-lex.org/969000, visitado el 12 de Octubre de 2011

estipulante. Dado que la actividad económica efectiva no es posible sin promesas fiables, la importancia de este principio debe ser subrayado.

Por el otro lado, la práctica ha demostrado que en muchas ocasiones este principio puede conducir a un objetivo contrario del que tiene. Es decir, que el promitente no puede cumplir su promesa porque las circunstancias han cambiado, o sea fundamentalmente que le ha operado una excesiva onerosidad (hardship) a él. Sin embargo por otro lado, el promitente, no puede razonablemente, esperar que los beneficios de las ventajas del cambio deben entenderse sin ningún tipo de compensación.”

Zurich, Switzerland, 8486 1996⁶⁴

Por lo tanto, la terminación del contrato por circunstancias imprevistas ('hardship', 'clausula rebus sic stantibus') debe ser permitida solo en circunstancias realmente excepcionales (ICC Award No. 1512, in Jarvin/Derains, eds., *Collection of ICC Arbitral Awards* (1990) p. 3, 4). En el comercio internacional, más bien se debe de asumir en principio, que las partes asumen los riesgos de realizar y llevar a cabo el contrato por ellos mismos, a menos que una asignación de riesgo este expresamente para ese efecto, en el contrato, Art. 6.2.1 de los Principios de UNIDROIT, expresamente establecen que el mero hecho de que la ejecución del contrato implique una mayor carga económica para alguna de las partes no es suficiente para asumir que hay 'hardship' (excesiva onerosidad).

Maskow, Dietrich, Hardship and Force Majeure, 40 Am.J.Comp.L. 1992, at 657 et seq⁶⁵

Las razones para la necesidad de cambiar la programación y para la adaptación del contrato deben ser diferentes por lo tanto el problema se presenta bajo diferentes aspectos en varias partes del los Principios de UNIDROIT.

Un ejemplo de estas razones son las lagunas en el contrato. Una segunda razón para la readaptación toma lugar en relación con las infracciones, ya que las consecuencias jurídicas pertenecientes al programa original contienen elementos de cambio respecto del mismo, de la adaptación, es decir, las alternativas. (Artículos 7.1.5 (Periodo suplementario para el cumplimiento) y para el artículo 7.2.3 (Reparación y reemplazo de la prestación defectuosa).

El excesiva onerosidad "hardship" es un tipo importante de la adaptación del contrato que tiene como consecuencia final la terminación del mismo.

Internationales Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Öterreich, desconocido de 2007⁶⁶

La demandante, una empresa europea, trató de obtener una declaración en el sentido de que había ejercido válidamente una opción de compra del demandado, otra empresa europea. La ley aplicable al fondo de la controversia era la ley de un país de europeo del este y la lex arbitri era la ley austriaca.

64 www.trans-lex.org/969000, visitado el 12 de Octubre de 2011

65 www.trans-lex.org/969000, visitado el 10 de Octubre de 2011

66 www.unilex.info, visitado el 12 de Octubre del 2011

Cuando se planteo la cuestión (...), el Tribunal Arbitral decidió en forma negativa señalando que las expectativas de las partes en el primer procedimiento debían de ser protegidas y que debía evitarse la existencia de colusión entre ellas. El Tribunal Arbitral consideró que las potestades de los árbitros derivan del contrato entre las partes y los árbitros, y los contratos, deben cumplirse de buena fe en tanto la ley aplicable al fondo de la controversia y el lex arbitri. En este contexto, el Tribunal Arbitral se refirió también al artículo 1.7 de los Principios de UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales [2004].

B. 12 Principio de Competencia Profesional

Según los autores, Padilla y Villareal⁶⁷ que las presunciones de "competencia profesional" y "de apreciación de los riesgos de los operadores del comercio" han sido aplicadas en dos campos: los vicios de la voluntad y el campo de circunstancias, quines establecen en su vasta investigación que el Principio de competencia profesional establece que "los comerciantes tienen la suficiente capacidad profesional para definir sus contratos libremente y para ejercitar una salvaguardia diligente de sus propios intereses, comportándose como prácticos razonables en lo que hacen."⁶⁸

Así mismo establecen que "La justificación fáctica de este principio se basa en el hecho que los sujetos del comercio internacional, a través de su experiencia en los negocios, se

*encuentran en la obligación de protegerse por sí mismos de los acontecimientos que puedan sobrevenir y que sean susceptibles de perturbar la ejecución del contrato."*⁶⁹

Respecto de lo anteriormente señalado, más conveniente sería señalar que la justificación (que se valdría por sí misma en mi opinión), del principio de competencia profesional, es la constitución por parte de los sujetos de ciertos tipos de contrato, o sea una justificación que parta desde un punto de vista objetivo de los actos de comercio, claro está sin negar la importancia y lo certeza que encierra la afirmación de los autores, ya que comerciante debe encerrar y demostrar (y por ende no está en la posición de alegar) una justificante que vaya en contra de la pericia máxima que se presume tiene de la materia, lo que pasa es que de no ser así (por causas que no interesan), este hecho, que si bien es aislado en los comerciantes, tampoco justificaría la revisión del contrato.

Así mismo parece esta ser la línea que se incluye en la jurisprudencia judicial, la cual se puede decir tiende a ser más conservadora, en principios como el de competencia profesional, en nuestro caso se ha señalado "Los tribunales arbitrales costarricense, han manifestado un criterio cercano al de los tribunales judiciales, abogando por el mantenimiento de lo pactado en el contrato. Y han introducido la aplicación de los principios de "competencia profesional" y "diligencia profesional" desarrollados por los tribunales arbitrales internacionales, en la

67 PADILLA DURÁN . Pág. 164.

68 PADILLA DURÁN, Diego y VILLAREAL LOAICIGA. Pág. 164.

69 PADILLA DURÁN, Diego y VILLAREAL LOAICIGA. Pág. 164, 165.

*interpretación de la voluntad y la buena fe de las partes.*⁷⁰

Estos Principios, y como se sabe, en la breve introducción que se hizo, corresponden, a la práctica de los comerciantes, normativizada, en principios, algunos generales y otros más específicos, los cuales están, y reflejan la fuerza que tiene, particularmente en esta materia los pactado entre las partes, como lo señala Ramirez, estos principios "plasmados en normativas uniformes tales como las leyes modelo y principios de la UNCITRAL y UNIDROIT (...) Dentro de estos principios destaca el del "efecto vinculante del contrato"(pacta sunt servanda) y la presunción de competencia profesional "la cual supone que el comerciante tiene pleno conocimiento de los compromisos que adquiere, en especial si no ha hecho reservas y provisiones en el contrato."⁷¹

CONCLUSIÓN

Se estableció que la *lex mercatoria* se asemeja a un código jurídico objetivo, creado y utilizado por los sujetos de Derecho Privado, perfectamente adaptable a la institución del arbitraje comercial internacional, por su flexibilidad y constante evolución, además de sus elementos de justicia privada.

En cuanto a los Principios de UNIDROIT, en el Preámbulo de los mismos, como se analizó, y se comprobó con algunos laudos arbitrales, los mismos establecen reglas generales aplicables, las cuales están

básicamente concebidas para "los contratos comerciales internacionales.

En cuanto al principio de la autonomía de la cláusula compromisoria, la misma fundamenta que determinadas controversias sean sometidas al conocimiento de los tribunales arbitrales, siendo esta cada vez más aceptada, como más aceptada es la institución del arbitraje, por sus evidentes beneficios con respecto a la justicia jurisdiccional, así mismo la validez de la cláusula compromisoria, no afecta la validez del contrato principal, por lo que aquí se da una excepción al principio del derecho de que lo accesorio sigue a lo principal.

También otro de los Principios, más tratados por la jurisprudencia internacional, por los laudos arbitrales, es el particular principio de "Kompetenz-Kompetenz", el cual como se estableció, tuvo su origen en un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955, y establece este principio que corresponde a los árbitros la facultad tanto de determinar el alcance del acuerdo arbitral como de su competencia y autoridad hacia el mismo.

En cuanto al derecho aplicable a la resolución de los conflictos sometidos a arbitraje, los árbitros han plasmado en la jurisprudencia arbitral, principalmente aquella de la Corte Internacional de Comercio, la no necesidad de que la ley elegida manifieste vinculación con las circunstancias del caso, acá podríamos fundamentar estas soluciones en que nos encontramos en un campo donde la voluntad

70 RAMIREZ CALDERÓN, Ana Lucía. Revista Judicial N. 92, La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses, San José, Costa Rica, 2009. Pág. 92.

71 RAMIREZ CALDERÓN, Ana Lucía. Pág. 94.

de las parte tiene un papel fundamental, o primordial.

Sobre este particular, el Preámbulo de los Principios de UNIDROIT en su versión 2010, establece al respecto ciertas reglas básicas como guía para los árbitros, en el caso de que no haya forma de determinar, y atendiendo primero a la voluntad de las partes, la legislación aplicable a determinada relación jurídica.

En cuanto a ciertos principios sustanciales, como el deber de informaciones de las partes, enteramente relacionados con el principio general de buena fe, o el principio Contra proferentem rule, el cual establece que si los términos del contrato suministrados por una de las partes no están claros, la interpretación en contra de esa parte es la que debe ser tomada en cuenta para resolver el conflicto.

Así mismo podemos mencionar el principio del efecto útil, que establece que entre dos interpretaciones contradictorias del contrato, se deberá optar por aquella que le dé un sentido a la disposición respectiva, el deber de minimizar pérdidas, sea el deber del acreedor de una obligación que no fue cumplida de minimizar su perjuicio.

También, de particular importancia, los principios Rebus sic Stantibus y el Principio de Pacta Sum Servanda, los cuales según se mencionó, se contraponen, así mismo, la línea por la que se ha decantado la jurisprudencia internacional en materia comercial ha a sido, casi en la exclusividad de los casos de darle todo el peso a lo pactado por las partes, sólo, permitiéndose a alguna de las partes a revisar la "relación jurídica" por disposición expresa de las mismas, o porque así lo quieran en determinado momento

futuro, esto por la competencia profesional, que es aquella pericia que deberían tener los comerciantes, la cuales no les permite excusarse, por motivos en los cuales se presume su experticia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

Comentario Oficial. Principios de UNIDROIT. 2010 <http://www.unilex.info/dynasite.cfm>.

CADENA AFANADOR, Walter René. La Lex Mercatoria: Un Caso Pionero en la Globalización del Derecho. Papel Político N° 13 de 2001.

GUILLEN DOWNING, Luis A. Comentario. Nociones sobre el Arbitraje Internacional.

Journal of European Public Policy 13:5 August 2006: 627–646. **The new Lex Mercatoria and transnational governance.** Alec Stone Sweet

Lex mercatoria y principios generales del derecho. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001. Pág. 105.

CHECA MARTÍNEZ, Miguel. Estudios sobre el arbitraje; arbitraje internacional y ley aplicable por el árbitro, España, La Ley, año desconocido.

Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001

SANTOS BALANDRO, Rubén. Arbitraje Comercial Internacional. Montevideo, Uruguay, 1998.

MURILLO GONZÁLEZ. Revista de Ciencias Jurídicas 118, Efectos de la clausula compromisoria, San José, Costa Rica, 2009. Pág.139.

La competencia se mantiene aunque el contrato sea nulo. Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC. Arbitraje y solución alternativa de controversias –Cómo solucionar las controversias mercantiles internacionales-. Ginebra, 2001

SIERRA BOLLMANN, Daniela. Aspectos arbitrales. El Principio Kompetenz Kompetenz en el Arbitraje. Universidad Francisco Marroquín, Facultad de Derecho. Enero, 2005.

REVISTAS

Revista Judicial N. 92.; Lex Mercatoria, pluralismo jurídico y globalización, El Monopolio del Derecho por parte del Estado. García, Ignacio. San José, Costa Rica, 2009.

RAMIREZ CALDERÓN, Ana Lucía. Revista Judicial N. 92, La creación de una jurisprudencia arbitral difusa, y el análisis casuístico como método de estudio de los laudos arbitrales costarricenses, San José, Costa Rica, 2009

PÁGINAS DE INTERNET

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=34704>, visitado el 1° de Octubre del 2011

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=26612>, visitado el 1° de Octubre del 2011

GUILLEN JIMÉNEZ, Daniel. Introducción a la Lex mercatoria.

http://www.poderjudicial.go.cr/escuelajudicial/archivos%20actuales/documents/revs_juds/rev_jud_89/Introduccion%20a%20la%20Lex%20Mercatoria.htm.

LAS COMUNICACIONES CIUDADANAS DEL CAFTA-DR POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEY AMBIENTAL: CONSIDERACIONES SOBRE UN PROCEDIMIENTO NACIONAL.

Jorge Cabrera Medaglia

RESUMEN

El artículo explora los conceptos generales de las comunicaciones ciudadanas como un mecanismo de denuncia al país por incumplimiento de la legislación ambiental establecido en el CAFTA-DR; se expone la forma como este novedoso instrumento es regulado en el CAFTA-DR y en la legislación nacional y se concluye la necesidad de establecer un procedimiento interno de atención y trámite que establezca normas de coordinación y respuesta expeditas y efectivas.

SUMARIO

1. **Concepto y generalidades de las comunicaciones ciudadanas.**
2. **El Capítulo 17 (Ambiental) del CAFTA-DR y los procedimientos de la Secretaría de Asuntos Ambientales en materia de Comunicaciones Ciudadanas**
Aspectos relevantes del CAFTA-DR
 - a. La aplicación de la legislación ambiental como obligación fundamental del capítulo.
 - b. La Obligación de no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental.
 - c. Procedimientos para denunciar, reparar y sancionar infracciones a las leyes ambientales
Participación pública.
 - d. Las comunicaciones relativas a la aplicación de la legislación ambiental (comunicaciones o peticiones ciudadanas).
 - e. No reducción de la protección ambiental para atraer inversión.
 - f- Cooperación y el ACA.
3. **Descripción de los procedimientos y práctica de la Secretaría de Asuntos Ambientales respecto las comunicaciones ciudadanas.**
Aspectos generales de los procedimientos.
Principales elementos regulados.
Definición de CC Y Parte.
Envío de comunicaciones e inicio del procedimiento.

Tipos de determinaciones posibles por parte de la SAA.

Etapas del procedimiento de la SAA relevantes de cara al establecimiento de un protocolo nacional.

- a) Revisión por parte de la SAA del cumplimiento de los criterios enunciados en el artículo 17.7(2) del CAFTA y publicación del aviso público (si es del caso)
- b) Determinación de si una CC que cumple los criterios del Capítulo amerita una respuesta de la Parte (s).
Procedimiento y contenido de la respuesta del país.
- c) Consideración sobre la elaboración de un Expediente de Hechos
Contenido del Expediente de Hechos y su proceso de elaboración.
- d) Retiro y suspensión de las CC.
Hipótesis de retiro.
Hipótesis de suspensión.
- e) Confidencialidad y publicidad de la información presentada.

4 Legislación Nacional Aplicable a para la atención, trámite, respuesta y seguimiento de los procesos de comunicaciones ciudadanas en sus diferentes fases procesales.

5 Conclusiones.

LAS COMUNICACIONES CIUDADANAS DEL CAFTA-DR POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEY AMBIENTAL: CONSIDERACIONES SOBRE UN PROCEDIMIENTO NACIONAL.

Jorge Cabrera Medaglia

1- CONCEPTO Y GENERALIDADES DE LAS COMUNICACIONES CIUDADANAS

Las Comunicaciones o Peticiones Ciudadanas (de ahora en adelante CC) fueron una innovación incorporada en el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, México y Canadá, conocido como NAFTA, que las previó en el Acuerdo Paralelo (Side Agreement) de Cooperación Ambiental¹ y han sido utilizadas con relativa frecuencia en el contexto de dicho Acuerdo².

Las disposiciones más importantes del NAFTA en esta materia se encuentran en los artículos 14 y 15 del Acuerdo Paralelo y en las directrices desarrolladas para su aplicación³. Se trata de mecanismos de participación ciudadana (en el sentido amplio del término) orientados a promover la aplicación de la legislación ambiental de los países miembros y de esta manera avanzar hacia la consecución de objetivos de desarrollo sostenible mediante instrumentos establecidos en la legislación comercial internacional. Han sido objeto de numerosa jurisprudencia y práctica disponible en la página web de la Comisión de Cooperación Ambiental.⁴

1 Sobre el proceso de negociación y contenido del Acuerdo Paralelo en Materia Ambiental del NAFTA cfr, entre otros, Llobet, Gabriela y Cabrera Medaglia, Jorge, La Dimensión Ambiental del Libre Comercio, Capítulo 16 en Robles, Edgar y Ulate, Anabelle (eds), *Centro América y los Acuerdos Comerciales Internacionales*, IICE, San José, 1998 y sobre esta misma temática, incluyendo además los resultados e impactos de las disposiciones ambientales del Acuerdo Comercial, cfr, Deere, Carolyn y Esty Daniel, *Greening he Americas*, MIT Press, USA, 2002.

2 Se han elaborado en el contexto del NAFTA unos 16 expedientes de hechos y se han tramitado unas 80 Peticiones o Comunicaciones Ciudadanas.

3 Cfr. las *Directrices para la presentación de peticiones relativas a la aplicación efectiva de la legislación ambiental*, elaboradas por la Comisión y las cuales se encuentran disponibles en la página de ésta www.cec.org

4 Cfr. además la publicación de la Comisión de Cooperación Ambiental denominada " *Los Hechos en Claro: Guía del Proceso Conforme a los artículos 14 y 15 del Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte*" disponible en www.cec.org.

2- EL CAPÍTULO 17 (AMBIENTAL) DEL CAFTA-DR Y LOS PROCEDIMIENTOS DE LA SECRETARÍA DE ASUNTOS AMBIENTALES EN MATERIA DE COMUNICACIONES CIUDADANAS.

El Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana (CAFTA-DR) fue debidamente ratificado por Ley N° 8622 del 21 de noviembre de 2007. El mismo contempla un Capítulo 17 en materia ambiental dentro del propio texto del Convenio Internacional. A continuación se presenta una síntesis de las obligaciones más importantes del citado Capítulo, con especial énfasis en lo concerniente a las Comunicaciones Ciudadanas.

2.1 Introducción.

La conveniencia y necesidad de vincular los temas comerciales y los ambientales se encuentra hoy fuera de toda duda. Lo anterior incluso por consideraciones estrictamente pragmáticas: es difícil pensar en un acuerdo de comercio sin elementos ambientales a la luz de las disposiciones de la Autoridad de Promoción Comercial

(TPA) y por la atención y sensibilidad que estos tópicos despiertan en el Congreso de los Estados Unidos⁵. En este sentido no sorprende que el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos (CAFTA-DR) contenga un Capítulo dedicado enteramente al tratamiento de los asuntos ambientales (17) y un Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA). Dicha vinculación tampoco resultó del todo novedosa para el país, aunque el contenido del Capítulo 17 del CAFTA si conlleva cambios significativos con relación al Acuerdo de Cooperación Ambiental existente con Canadá⁶.

La vinculación de la temática ambiental y el comercio internacional cobra particular fuerza a partir de los años noventa⁷.

La apertura comercial, los tratados de libre comercio, en un mundo cada vez más globalizado, constituyen una pieza fundamental para el crecimiento económico. A la vez, las preocupaciones ambientales han cobrado especial fuerza en las últimas décadas, particularmente a partir de la Conferencia de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano de 1972. La mayoría de los autores son contestes en afirmar la relación existente entre las políticas comerciales y las ambientales. La liberalización del comercio, lograda a través de acuerdos comerciales, puede tener impactos importantes en el

5 Cfr Audley, John, *Environments New Role in US Trade Policy*, Carnegie Endowment, Issue 3, September 2003.

6 En el caso del TLC con Canadá, el Acuerdo de Cooperación Ambiental, ratificado por separado mediante Ley No 8286, refleja la política costarricense de no aceptar sanciones y buscar enfoques cooperativos.

7 Debe indicarse que en 1971 el entonces GATT había conformado el Grupo de Medidas Ambientales y Comercio Internacional, cfr sobre la evolución de las preocupaciones ambientales en ese foro, Llobet, Gabriela y Cabrera, Jorge, *op cit* y Esty, Daniel, *El reto ambiental de la Organización Mundial del Comercio: sugerencias para una reconciliación*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2001.

desarrollo sostenible⁸. Igualmente políticas ambientales pueden impactar el comercio internacional. Reconociendo, este vínculo y la importancia del comercio y el desarrollo sostenible para el bienestar humano es necesario que las políticas ambientales y las comerciales se apoyen recíprocamente.

Precisamente, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA⁹, por sus siglas en inglés) contempló un Acuerdo Paralelo (Side Agreement) de cooperación ambiental y a partir de allí, en negociaciones subsecuentes los Estados Unidos han incorporado el tema ambiental en sus acuerdos comerciales, en ocasiones de manera lateral, y en otras en el texto mismo. Tal es el caso, por ejemplo, de los TLC con Chile y Perú (de los vigentes en la región)¹⁰.

Por último, la Ronda de Doha lanzada en el marco de la Organización Mundial del Comercio, contempla específicamente el tema¹¹.

2.2 Aspectos relevantes del CAFTA-DR.

Desde la perspectiva que interesa se repasa seguidamente algunas de las principales

obligaciones contenidas en el Capítulo 17 del CAFTA-DR.¹²

a. La aplicación de la legislación ambiental como obligación fundamental del capítulo.

La principal obligación contenida en el Capítulo consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de **modificar** sus leyes y políticas ambientales. Cada Parte debe garantizar que sus leyes y políticas ambientales proporcionen y **estimulen** altos niveles de protección ambiental y deben **esforzarse** en mejorar esas leyes y políticas (art 17.1). Dicha formulación general obedece a la necesidad de respetar la soberanía y al reconocimiento de las diferentes prioridades y condiciones ambientales que pueden existir en cada Parte. Nótese que la redacción se refiere no solo a proporcionar altos niveles de protección, sino que menciona de forma expresa al estímulo, lo cual se conecta directamente con los mecanismos

8 Por ejemplo, se indica que la liberalización del comercio puede afectar el ambiente debido a: la introducción de nuevos productos; la diseminación de nuevas tecnologías; las modificaciones en la estructura de las actividades económicas; y, el incremento de la escala y el impacto de las actividades económicas, cfr. Stilwell, Mattew, *Trade and Sustainable Development: an overview of key issues*, en *Sustainable Justice: reconciling economic, social and environmental law*, Cordonier, Marie Clare and Weeramantry (eds), Christopher, Martines Nijhoff, Leiden, 2004.

9 Un muy interesante análisis de los aspectos ambientales del NAFTA puede encontrarse en Deere, Carolyn y Esty, Daniel (eds), *op cit* Igualmente se detallan los impactos, en su mayoría positivos, que el Acuerdo de Cooperación Ambiental y la Comisión de Cooperación Ambiental que el mismo creó, han producido en la generación e implementación de proyectos, políticas y normativa ambiental. Cfr además Marie Claire Segger and Jorge Cabrera, *Green Smoke Signals in the Americas? Strengthening public participation in Hemispheric Trade and Environment Regimes*, Hemispheric Civil Society, McGill Center for Developing Area Studies, Montreal, 2003.

10 Para un análisis de los aspectos ambientales y su tratamiento en acuerdo comerciales (bilaterales y regionales) cfr. OECD, *Environment and Regional Trade Agreements*; París, 2007.

11 Cfr www.wto.org donde se encuentran propuestas y documentos presentados para cumplir con el mandato del párrafo 31 y 32.

12 Parte de esta sección de ha tomado, con las modificaciones y actualizaciones del caso, de Cabrera Medaglia, Jorge, *La Dimensión Ambiental del CAFTA*; en González, Anabel, *Ensayos Jurídicos del TLC*; San José, 2005.

indicados en el artículo 17. 4 relacionados con las medidas voluntarias para mejorar el desempeño ambiental. Igualmente, cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único calificativo de que dichas reformas deben orientarse a otorgar altos niveles de protección. Como se observa de manera correlativa al reconocimiento de dicho derecho se establece que cada parte debe esforzarse-obligación indeterminada-por tener altos niveles de protección (los cuales no se definen), sin que ello implique necesariamente adoptar determinados estándares o armonizar la legislación con la de los Estados Unidos. Esta disposición no se encuentra sujeta al mecanismo de solución de controversias del tratado.

Esta ausencia de una obligación específica y cuantificable de adoptar o armonizar la legislación tiene diversas explicaciones.

Una de las más relevantes se relaciona con la soberanía de cada país para determinar sus propios niveles de protección ambiental, de acuerdo a sus prioridades y particularidades del desarrollo. Por otra parte, la conveniencia de armonizar legislación o estándares ambientales ha sido igualmente cuestionada, excepto por la necesidad de contar con un “piso mínimo” de marcos legales e institucionales, más allá del cual cada país puede determinar sus estándares ambientales.

En síntesis, se respeta la soberanía de cada país al tiempo que se reconoce

implícitamente la inconveniencia de armonizar legislación ambiental, sin tomar en cuenta las condiciones propias y realidades de cada sociedad¹³. Aunque existen algunas cláusulas que comprometen a los Estados a poseer altos niveles de protección ambiental, en la práctica ello no conlleva la obligación de adoptar determinados estándares o de modificar sus leyes de una forma específica.

b) La Obligación de no dejar de aplicar efectivamente la legislación ambiental.

Igualmente (art. 17.2. a) se dispone que ninguna Parte dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción u omisión sostenido o recurrente, de una **manera que afecte el comercio** entre las Partes. Como aclaración se sostiene de seguido que se reconoce que las Partes tiene derecho de ejercer su discrecionalidad con respecto a las acciones ante los Tribunales y otros órganos administrativos y de tomar las decisiones que competa respecto a la asignación de los recursos destinados a la fiscalización de otros asuntos ambientales a los cuales se les haya dado mayor prioridad. Se entiende que no se está dejando de aplicar la legislación ambiental cuando el curso de inacción u omisión se derive de la aplicación de tal discrecionalidad fiscalizatoria.

Es importante destacar que no cualquier incumplimiento conlleva la posibilidad de iniciar el proceso de solución de controversias que establece el Tratado, pues el mismo se califica: debe ser recurrente o sostenido y

13 A nivel regional se han realizado diversos esfuerzos para armonizar aspectos puntuales de la legislación ambiental, en algunas áreas particulares como la evaluación de impacto ambiental y otras, especialmente en el marco de las actividades de la Comisión Centroamericana de Ambiente y Desarrollo, cfr. al respecto González Pastora, Marco, *Tendencias Generales y desarrollo del derecho ambiental en Centroamérica*, en *Introducción al Derecho Ambiental en Centroamérica: Construyendo la Integración Regional*, Fundación Manual Gallardo, CCAD, USEPA, 2006 y Cabrera Medaglia, Jorge, 54. *Oportunidades de desarrollo sostenible para los países de Centroamérica*, en *Comercio, Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable*, Enrique Leff y Mindahi Bastida (eds), PNUMA-IISD, México, 2001.

debe afectar el comercio. Por ende, acciones u omisiones de la legislación ambiental no vinculadas con el comercio entre Partes, que no lo afecten o que constituyan casos aislados, no estarían sujetas a las anteriores disposiciones. Asimismo, debe considerarse la definición de legislación ambiental contenida en el Capítulo. Esta es particularmente importante pues precisa los alcances de las obligaciones Se excluyen fundamentalmente dos aspectos: normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales” (art 17.13)¹⁴. La referencia a recolección o explotación comercial tiene como antecedente el propio NAFTA, de forma que se excluyen, por ejemplo, regulaciones sobre cuotas pesqueras que no involucren medidas para la conservación del recurso. Estas últimas, verbigracia, el uso de dispositivos excluidores de tortugas, sí se considerarían legislación ambiental para los efectos del Capítulo 17.

Con relación a la solución de controversias el Capítulo no contempla un esquema específico remitiendo al existente para todo el Tratado, contenido en el Capítulo 20, pero con algunas particularidades tratándose de materia ambiental. Las Partes pueden solicitar la realización de consultas con

respecto a cualquier asunto que surja de conformidad con el Capítulo, lo cual incluye la participación del Consejo de Asuntos Ambientales, buenos oficios, conciliación y mediación. Si se trata de la no aplicación sostenida y recurrente de la legislación ambiental (art 17.2.1.a) y si las consultas establecidas en el Capítulo no son suficientes, la parte podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias. Si se determina que efectivamente el Estado no cumple con su obligación de aplicar adecuadamente su propia legislación, la parte incumpliente debe adoptar un plan de cumplimiento. Si el mismo no se adopta o si este no se lleva a cabo se prevé la posibilidad de multas por un monto máximo de 15 millones de dólares, monto que será indexable posteriormente. Dicho monto debe ser invertido en la parte incumpliente y para su fijación se debe considerar ciertos aspectos. En caso de no honrarse la multa, proceden sanciones comerciales (medidas de retorsión). Las Partes establecerán una lista de árbitros ambientales (art 17.11).¹⁵

Cabe indicar que el primer acuerdo comercial que contempló un sistema similar, aunque con ciertas variantes, fue el NAFTA. No obstante a pesar de haber transcurrido más de 15 años de la vigencia del mismo, nunca se ha recurrido a este esquema para dirimir conflictos entre Estados debido a la falta de aplicación de las normas ambientales.

Previsiblemente y siguiendo la lógica de los acuerdos anteriores negociados por los

14 También se indica que para los efectos de la definición de legislación ambiental, el propósito primario de un estatuto o disposición particular se deberá determinar por referencia a su propósito primario, en vez del propósito primario del estatuto o regulación del cual es parte. Es decir, disposiciones sobre protección ambiental en leyes o reglamentos de carácter no ambiental, se considerarían legislación ambiental.

15 Recientemente en la reunión del 23 de febrero del 2011, la Comisión de Comercio creada por el Tratado acordó una lista de árbitros ambientales cfr la Resolución de la Comisión designando los diferentes árbitros requeridos por el CAFTA-DR en la página www.comex.go.cr

Estados Unidos (NAFTA, Chile, Singapur), la principal obligación establecida en el texto radica en el cumplimiento de la legislación ambiental nacional. Esta disposición principal, cumplir efectivamente con lo que los ordenamientos jurídicos nacionales prevén, no resulta tan fácil de honrar como aparenta. Sin duda dicha obligación, deber ya de por sí estipulado en el ordenamiento jurídico nacional, representa un reto importante para la institucionalidad ambiental del país.

c) Procedimientos para denunciar, reparar y sancionar infracciones a las leyes ambientales¹⁶. Participación pública¹⁷

Otro de los componentes del CAFTA-DR en el Capítulo ambiental se relaciona con los procedimientos para sancionar o reparar infracciones a la legislación ambiental. Se detallan aspectos jurídicos a ser tomados en consideración por las Partes en los procedimientos administrativos, judiciales o cuasijudiciales (art 17.3.1). En general los requisitos establecidos en dicho artículo son congruentes con los establecidos en la legislación ambiental local¹⁸ y en los principios del debido proceso. En nuestros países usualmente se cuenta con una estructura institucional para exigir la reparación y sanción de las infracciones ambientales, por medio del Poder Judicial

(Ministerios Públicos y Tribunales Penales, Sala Constitucional, etc) y otros órganos de naturaleza administrativa (Tribunal Ambiental Administrativo, Defensorías de los Habitantes, Procuradurías y por supuesto las propias autoridades administrativas de ambiente o salud). Igualmente las medidas indicadas en el texto del CAFTA (sanciones civiles, penales multas, medidas precautorias, etc, art 17.3.4) son, con sus diferencias, reconocidas en los distintos países.

Respecto al daño ambiental, aunque este se encuentra aceptado por los instrumentos legales y se cuenta con algunos precedentes judiciales y administrativos¹⁹, en general aún se requiere avanzar de forma importante en el establecimiento de metodologías adecuadas, aspecto sobre el cual, en el marco de las estructuras institucionales creadas, podrían desarrollarse proyectos o programas de cooperación.

La legitimación para accionar o denunciar será determinada de manera local, por lo cual el tratado no crea un sistema de legitimación procesal diferente al que cada país posea. De esta manera se establece que la legitimación se otorgará a personas con un interés jurídicamente reconocido conforme al derecho interno (art 17.3.3).

16 Para una descripción del sistema de aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental en Costa Rica, cfr. Cabrera, Jorge, *Sobre la Aplicación y el Cumplimiento de la Legislación Ambiental*, Revista Acta Académica, San José, UACA, 2001.

17 El Decreto No. 34754-MINAET-COMEX publicado en La Gaceta del 24 de setiembre del 2008 regula en el Capítulo III el tema de la participación pública respecto a las comunicaciones sobre asuntos relacionados con el Capítulo 17. La Dirección de Cooperación Internacional del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones es el órgano encargado de recibir y considerar las mismas. Este aspecto se desarrolla posteriormente.

18 Cfr especialmente la Ley Orgánica del Ambiente, No 7554 del 4 de octubre de 1995, arts. 98 a 112.

19 Tanto el Tribunal Ambiental Administrativo, órgano de desconcentración máxima del Ministerio de Ambiente, como la Sala Constitucional (véase especialmente votos 2002-1645 y 2000-1669), ha establecido que en materia de daño ambiental existe un responsabilidad objetiva, es decir por el riesgo creado.

En el caso costarricense dicha legitimación es sumamente amplia (todo ser humano) a tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política y de reiterada jurisprudencia de la Sala Constitucional²⁰.

Dicha obligación se relaciona con las disposiciones que promueven la participación pública (art 17.6), limitado eso sí a asuntos relacionados con el Capítulo 17. El ordenamiento jurídico costarricense prevé numerosas formas y mecanismos para garantizar la participación ciudadana en los asuntos ambientales. También la Sala Constitucional ha respaldado el principio de participación ciudadana en esta materia (cfr. Votos 6640-2000 y 10466-2000, entre muchos otros).

Es importante sin embargo, no confundir las tres situaciones anteriormente indicadas con la figura o mecanismo de las Comunicaciones Ciudadanas. Las disposiciones anteriores pueden dar lugar a consultas entre los Estados (consultas ambientales colaborativas y eventualmente en el caso específico de no aplicación de la legislación de manera reiterada de forma que se afecte el comercio a un panel de solución de controversias) o se refieren a mecanismos generales de participación pública en el contexto del Tratado (artículo 17.6). Por

su parte, las CC son un instrumento de denuncia ante un órgano independiente (la SAA) cuando una Parte no ha cumplido con su deber de aplicar la legislación ambiental nacional.

d) Las comunicaciones relativas a la aplicación de la legislación ambiental (comunicaciones o peticiones ciudadana).

Como se indicó un mecanismo que ha sido utilizado con cierta frecuencia en el seno del NAFTA es el de las Peticiones Ciudadanas o Comunicaciones Ciudadanas por omisiones en la aplicación efectiva de la legislación ambiental, procedimiento que también se regula en el CAFTA (artículo 17.7) y que no aparecía en el Acuerdo Ambiental con Canadá. Según este procedimiento cualquier persona de una Parte puede comunicar a Secretaría del Acuerdo (con sede en el SIECA en Guatemala) dicha omisión en que ha incurrido otra cualquier Parte. Si la comunicación cumple con ciertos requisitos, el Secretariado²¹ puede requerir una respuesta al país cuestionado. El asunto puede ir aún más allá. El Secretariado puede recomendarle al Consejo de Asuntos Ambientales (compuesto por Ministros, sus equivalentes o quienes estos designen) que se elabore un "expediente de hechos" para investigar las alegaciones de incumplimiento.

20 Así lo ha establecido la Sala Constitucional desde inicios de los noventa, cfr el Voto 3705-93.

21 Por medio entendimiento firmado el 18 de febrero del 2005 entre los países de Centroamérica, República Dominicana y Los Estados Unidos se prevén arreglos para la creación y funcionamiento del Secretariado en el SIECA, exclusivamente para atender los aspectos relacionados con la aplicación de los artículos 17.7 y 17.8. El Consejo nombrará el Coordinador General del Secretariado y este contará con el staff necesario para cumplir con las responsabilidades contempladas en los artículos indicados. A la fecha el Secretariado ha recibido diversas CC (aproximadamente 15). En uno de los casos (relacionado con aplicación de legislación para la protección de tortugas marinas en República Dominicana) solicitó al Consejo la preparación de un expediente de hechos y el mismo ha sido finalizado y puesto a disposición del público en enero del 2001 Documento Expediente de Hechos CAALA-07-001 Tortugas Marinas República Dominicana. Véase www.saa-caftard.sieca.org.gt o www.saa-sem.org. Mediante comunicado de prensa del 28 de marzo del 2011 se expresa la recomendación de la SAA de instruir un segundo Expediente de Hechos en el caso de la Laguna del Tigre, Comunicación identificada como CAALA/10/2006 Laguna del Tigre-GT.

Si cualquier miembro del Consejo le ordena llevarlo a cabo, se procederá a redactar el mismo. Tal expediente puede ser hecho público y concluir que una de las Partes ha sido omisa en aplicar su ley ambiental. Aunque este sistema no termina en sanciones económicas si puede ser una suerte de reproche moral al Estado y además, nada lo impide, podría ser utilizado para un proceso de solución de controversias esta vez entre Estados. Este mecanismo ha probado ser útil, no sin sus deficiencias y sin sus potenciales abusos²², para que un gobierno tome medidas para mejorar su desempeño ambiental, como lo demuestra la experiencia del NAFTA²³. Aproximadamente unos 16 expedientes de hecho han sido autorizados por el NAFTA. Para atender tales denuncias la Comisión de Cooperación Ambiental creada por el NAFTA, posee inclusive una unidad específica²⁴.

Potencialmente, se presenta una nueva oportunidad para que los ciudadanos usen las vías internacionales para denunciar incumplimientos de los Estados en la aplicación de la legislación ambiental y puede comprometer seriamente el prestigio de éstos.

El procedimiento se detalla en el artículo 17.7. Cualquier persona de una Parte podrá remitir comunicaciones que aseveren que dicha Parte está incurriendo en omisiones en la aplicación efectiva de su legislación nacional, las cuales serán dirigidas a la

secretaría a ser designada. La secretaría considerara tales comunicaciones si:

- a) se presentan por escrito en inglés o en español.
- b) identifica a quien presenta la comunicación
- c) proporciona información suficiente incluyendo pruebas
- d) parece encaminada a promover la aplicación de la Ley y no a hostigar una industria
- e) señale que el asunto ha sido comunicado por escrito a las autoridades de una Parte y si hubiere la respuesta
- f) la presenta una persona de una Parte

El Secretariado podrá requerir una respuesta de la Parte para lo cual deberá considerar, entre otros:

- a) si la comunicación no es frívola
- b) si la petición por sí sola o conjuntamente con otras contribuiría a alcanzar las metas del Capítulo y del ACA
- c) Si se ha acudido a los recursos al alcance de la persona conforme a la legislación de la parte
- d) si la petición se basa exclusivamente en noticias de los medios de comunicación.

La Parte notificará al Secretariado en un plazo determinado si el asunto es materia de un procedimiento judicial o administrativo pendiente de resolución, en cuyo caso no se continuará con el trámite, así como cualquier otra información que desee presentar (ej, si

el asunto ha sido previamente objeto de un procedimiento, etc.).

El Secretariado una vez recibida la respuesta puede informar al Consejo si la comunicación amerita un Expediente de Hechos, cuya elaboración se regula en el artículo 17.8 (Expediente de Hechos y Cooperación Relacionada). Este será elaborado por el Secretariado si el Consejo le ordena hacerlo mediante el voto de cualquiera de sus miembros (artículo 17.7.2). Dicho Expediente será elaborado tomando en cuenta ciertas fuentes de información y se presentará en forma de proyecto al Secretariado para que las Partes realicen sus comentarios sobre la exactitud del mismo dentro de los 45 días siguientes a su presentación, los cuales serán incorporados, según corresponda, en el expediente final que será presentado al Consejo (arts 17.8.5 y 6).

El artículo 17.8. 4 dispone que para la elaboración del Expediente de Hechos, el Secretariado tomará en cuenta toda la información proporcionada por una Parte y podrá tomar en cuenta toda información pertinente, de naturaleza técnica, científica o de otra índole que:

- a- Este disponible al público;
- b- Sea presentada por personas interesadas
- c- Sea presentada por Comités Nacionales consultivos o asesores
- d- Elaborada por expertos independientes; o
- e- Desarrollada bajo el ACA

Este podrá hacer público el expediente final de hechos mediante el voto de cualquiera de sus Partes, normalmente en el plazo de 60 días

a partir de su presentación (artículo 17.8.7). El Consejo proveerá recomendaciones a la Comisión de Cooperación Ambiental relacionadas con los asuntos abordados en el expediente de hechos, incluyendo recomendaciones para el ulterior desarrollo de los mecanismos de la Parte referentes al monitoreo de la aplicación de la legislación ambiental (artículo 17.8.8).

Cabe indicar que estas disposiciones representan obligaciones directamente aplicables provenientes del derecho internacional (votos 6240-93 y 2313-95 de la Sala Constitucional, entre muchos otros, con respecto a convenios ambientales en específico) y por ende prevalecen sobre la legislación ordinaria en aquello que pudiera considerarse contradictorio con ésta.

e) No reducción de la protección ambiental para atraer inversión.

Uno de los aspectos que inicialmente fueron abordados en la temática comercio y ambiente fue el relativo a la existencia de "paraísos de contaminación" (pollution haven) en los cuales se ubicarían aquellas empresas atraídas por la inexistencia, laxitud o falta de aplicación de regulaciones ambientales. Lo anterior con el propósito de reducir los costos asociados al cumplimiento de la legislación ambiental, generando lo que algunos han calificado como "dumping ecológico". Aunque esta relación entre débiles estándares ambientales y atracción de las inversiones no ha sido demostrada fehacientemente ni siquiera en sectores altamente regulados donde los costos del cumplimiento pueden ser altos (industria

²² Por ejemplo, el expediente de hechos se realiza siguiendo las instrucciones del Consejo. Igualmente cabe indicar que no existe una obligación de agotar las vías nacionales previamente, como sucede en materia de derechos humanos según se establece en la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

²³ Cfr adicionalmente a la obra de Deere y Esty, op cit, Gallagher, Kevin y otros (eds), *The Future of North America Trade Policy: lessons from NAFTA*; Boston University, 2009.

²⁴ Cfr la información al respecto contenida en el sitio de la Comisión de Cooperación Ambiental del NAFTA, www.cec.org.

química, etc)²⁵, se ha tratado de prevenir que los países se aboquen a una carrera “hacia el fondo”, eliminando requisitos ambientales exigidos a los inversionistas. Por ello ya desde el NAFTA se había estipulado, aunque de una forma más débil jurídicamente que “es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental. Cada Parte debe asegurar que no dejará sin efecto o derogará dicha legislación como una forma de incentivar el comercio con otra Parte o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio” (artículo 17.2.2). El cumplimiento de esta obligación sin embargo, no se encuentra sujeto al mecanismo de solución de controversias.

f) Cooperación y el ACA.

De interés resultan las áreas prioritarias de cooperación que define el CAFTA. Es importante mencionar el punto 17.4 “medidas para mejorar el desempeño ambiental”, que se refiere a medidas de incentivos y mecanismos voluntarios, entre los cuales se cita:

- mecanismos que faciliten la acción voluntaria para proteger o mejorar el ambiente, tales como asociaciones involucrando la participación del sector empresarial, comunidades, organizaciones no gubernamentales, etc o lineamientos voluntarios para el desempeño ambiental.

²⁵ Diversos estudios demuestran que ha sido probado que los inversionistas prefieren países con regulaciones ambientales insuficientes o inaplicables. Cfr Samaryska, Beata y Wei, Shang-Jin, Pollution havens and foreign direct investment: dirty secret or popular myth, disponible en <http://www.bepress.com/bejeap/contributions/vol3/iss2/art8/>.

- compartir información y experiencia entre las autoridades, partes interesadas y público relacionadas con : métodos para lograr altos niveles de protección tales como auditorías y presentación de reportes ambientales voluntarios, monitoreo ambiental, recolección de datos básicos, etc.
- incentivos para estimular la protección de los recursos naturales y el ambiente, incluyendo mecanismos basados en el mercado, tales como, incentivos para conservar o restaurar el medio, para el intercambio de permisos ambientales u otros instrumentos que faciliten el logro de las metas ambientales o el reconocimiento público de compañías que han demostrado ser superiores en su desempeño.

Igualmente, el Anexo del Capítulo 17.1, establece las siguientes áreas prioritarias de cooperación:

- a) Fortalecimiento de sistemas de gestión ambiental, incluyendo el de marcos legales e institucionales para aplicar las leyes, así como estándares y políticas ambientales.
- b) Desarrollo y promoción de incentivos y otros mecanismos voluntarios y flexibles para promover la protección ambiental.
- c) Fomento de asociaciones para tratar temas, incluyendo la capacitación de personal y la creación de capacidades.
- d) Manejo y conservación de especies migratorias compartidas objeto de

comercio internacional, parques marinos y áreas protegidas.

- e) Intercambio de información sobre implementación nacional de acuerdos ambientales multilaterales ratificados.
- f) promoción de mejores prácticas para lograr la gestión sostenible del medio.
- g) facilitar el desarrollo y transferencia de tecnología.
- h) desarrollo y promoción de bienes y servicios ambientales.
- i) expansión y fortalecimiento de los mecanismos para promover la participación del público en la toma de decisiones
- j) Intercambio de información y experiencias para llevar a cabo revisiones ambientales, incluyendo de los tratados

3. DESCRIPCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y PRÁCTICA DE LA SECRETARÍA DE ASUNTOS AMBIENTALES RESPECTO LAS COMUNICACIONES CIUDADANAS²⁶

Al igual que lo acaecido con el NAFTA, la SAA ha oficializado sus procedimientos internos. Si bien es cierto dichos procedimientos tiene como principal destinatario a la SAA y a las Partes, y no se refieren de manera directa a los posibles procedimientos internos utilizados

²⁶ A la fecha un organización costarricense ha presentado la única CC contra el país, la cual aún no ha sido admitida requiriéndose al peticionante aclarar algunos aspectos. Se alega la inaplicación de la legislación ambiental relacionada con el uso de dispositivos excluidores de Tortugas por parte fundamentalmente del INCOPECA.

²⁷ En una nota al final del documento de procedimientos se indica que negociadores reconocen que los presentes Procedimientos tienen la intención de abordar la gama de circunstancias que puedan surgir en relación con las comunicaciones sobre asuntos de cumplimiento de leyes ambientales y que el Consejo podrá complementar, enmendar o rescindir los presentes Procedimientos en cualquier momento, proporcionando a la Secretaría directrices adicionales o alternativas, conforme a los Artículos 17.7 y 17.8 del CAFTA-DR.

por cada país para el trámite nacional de las CC, resulta imprescindible considerarlos en el tanto cualquier propuesta de Protocolo de Trámite requiere ser congruente con aquellos (en términos de plazos y actividades requeridas por las Partes)²⁷.

A continuación se realiza un breve descripción de los procedimientos de la SAA en el tanto tengan incidencia o deban ser conocidos para la preparación de procedimientos nacionales.

Aspectos generales de los procedimientos

El Consejo de Asuntos Ambientales, estableció Procedimientos de Trabajo para las Comunicaciones Relativas a la Aplicación de la Legislación Ambiental bajo el Capítulo 17 del con el objeto de facilitar orientación adicional sobre el proceso de presentación y la consideración de comunicaciones sobre asuntos de cumplimiento. (“Procedimientos”) en el año 2009. Los Procedimientos describen y desarrollan los pasos y actividades que se deben seguir para la presentación de CC y del proceso que sigue la Secretaría en la consideración de estas comunicaciones, bajo los Artículos 17.7 y 17.8 del CAFTA-DR (artículo 1.1). Cuando surjan asuntos que no se abordan específicamente en estos Procedimientos de Trabajo, la Secretaría los resolverá en forma congruente con el Capítulo 17 del CAFTA-DR de manera que favorezca

la transparencia y un Procedimiento de comunicaciones efectivo (artículo 1. 2). Los Procedimientos no modifican el Acuerdo de la Secretaría ni el CAFTA-DR. En el caso de inconsistencias entre una disposición de los Procedimientos y una disposición del Acuerdo de la Secretaría o del CAFTA-DR, prevalecerá la disposición del Acuerdo de la Secretaría o del CAFTA-DR en la medida de la inconsistencia (1.5).

Principales elementos regulados

Definición de CC Y Parte.

Una comunicación relativa a la aplicación de la legislación ambiental (“comunicación”) es una aseveración escrita con arreglo al Artículo 17. 7(1) del CAFTA-DR de que una Parte no está haciendo cumplir efectivamente una o más de sus leyes ambientales, según se definen en el Artículo 17.13. del CAFTA-DR. Una comunicación puede referirse a una aseveración de que una o más Partes no están haciendo cumplir efectivamente sus respectivas leyes ambientales (art. 2.1). Para efectos de los Procedimientos, el término “remitente(s)” se entenderá como una persona de una Parte que presente una comunicación a la Secretaría en la que asevere que una Parte no está cumpliendo efectivamente sus leyes ambientales. Un remitente podrá involucrar/consultar a cualquier persona para que le ayude en la preparación o presentación de una comunicación (artículo 3.1). Para efectos de los Procedimientos, el término “persona de una Parte” significa un nacional o una empresa de una Parte según se definen en el Artículo 2.1 del CAFTA-DR. Una empresa de una Parte incluye una organización no

gubernamental constituida u organizada bajo la legislación de una Parte (artículo 3.4).

Envío de comunicaciones e inicio del procedimiento

La primera fase procesal regulada en los Procedimiento radica en el envío de los mismos y en la notificación por parte de la Secretaría al Consejo de la recepción de una CC y su posterior análisis a efectos de determinar si cumple los criterios del artículo 17.7.2 anteriormente descritos.

Las Comunicaciones pueden ser enviadas a la Secretaría por servicio postal o de mensajería urgente a la dirección siguiente: Secretaría de Asuntos Ambientales, SIECA Apartado Postal 1237, Guatemala 01901, Guatemala; por correo electrónico a: saa-caftadr@sieca.org.gt²⁸; por fax a: (502) 2368-1071 ó (502) 2337-3750; o por Internet, a través del sitio Web de la Secretaría en <http://www.saa-caftadr.sieca.org.gt/>.

La Secretaría prontamente acusará (en la medida de lo posible, en el plazo de siete días) recibo por escrito de cualquier comunicación al remitente, así como de toda correspondencia u otro documento escrito que reciba de un remitente en relación con la Comunicación. La Secretaría transmitirá su acuse de recibo y toda la correspondencia que envíe a un remitente utilizando cualquier medio confiable que deje constancia del envío del acuse de recibo o de la correspondencia (artículo 4.4).

La Secretaría remitirá al Consejo (en la medida de lo posible, en el plazo de siete días), la comunicación prontamente.

Inicialmente, la Secretaría reenviará la comunicación al Consejo en el idioma en el cual fue recibida y, conforme al Artículo 10.2 del Acuerdo de la Secretaría, proporcionará al Consejo una traducción de la comunicación a los otros idiomas oficiales de la Secretaría, a más tardar a la fecha en que determine que la comunicación cumple los requisitos enunciados en el Artículo 17.7 (2) del CAFTA-DR (artículo 4.5).

Pronto después de remitir la comunicación al Consejo, la Secretaría preparará y remitirá al Consejo un borrador de aviso público en el que se describa brevemente la comunicación y se informe al público que la Secretaría examinará la comunicación conforme a los presentes Procedimientos a fin de determinar si cumple los requisitos contenidos en el Artículo 17.7 (2) del CAFTA-DR. Salvo que la Secretaría reciba una decisión del Consejo que ordene lo contrario, la Secretaría finalizará y publicará (o pondrá a disposición del público por otros medios) el aviso público 15 días después de la fecha en que lo remita al Consejo. La Secretaría considerará todos los comentarios o las modificaciones propuestas que reciba de cualquier miembro del Consejo durante el período de 15 días. Para mayor certeza, la Secretaría seguirá toda decisión del Consejo que proporcione instrucciones relativas al aviso público, incluidas las instrucciones de no publicar el aviso público (artículo 4.6).

Tipos de determinaciones posibles por parte de la SAA

En cumplimiento de los párrafos 7 y 8 del Artículo 17 del CAFTA-DR, la Secretaría hace hasta tres determinaciones (artículo 5.1):

1. Primero, la Secretaría determina si la comunicación cumple los requisitos estipulados en el Artículo 17.7 (2) del CAFTA-DR. La Secretaría resolverá esta determinación, en la medida de lo posible, normalmente en un plazo de 45 días a partir de la fecha de recibida la comunicación.²⁹
2. Si la Secretaría encuentra que la comunicación cumple dichos requisitos, la Secretaría, sobre la base de los factores enunciados en el Artículo 17.7 (4) del CAFTA-DR (que se detallan más adelante en el párrafo 9 de los presentes Procedimientos), determina si la Comunicación merece la solicitud de una respuesta a la Parte interesada. La Secretaría deberá, en la medida de lo posible, hacer esta determinación en un plazo de 60 días a partir de la fecha en que llega a la conclusión de que la comunicación cumple los requisitos establecidos en el Artículo 17.7 (2).
3. Por último, si la Secretaría solicita una respuesta a la Parte interesada, la Secretaría determina, a la luz de la respuesta facilitada por dicha Parte, si debe informar al Consejo de que

²⁸ La página actual de la SAA es www.saa-sem.org y se indica como correo info@saa-sem.org

²⁹ Debe indicarse que, en principio, esta determinación realizada directamente por la SAA, no requiere de ninguna acción particular a ser emprendida por la Parte cuya omisión en la aplicación de la legislación ambiental se alega. La SAA realiza esta valoración de manera independiente sin que se requiera a la Parte la presentación de información o documentación sobre el cumplimiento de los criterios del artículo 17.7.2. Lo anterior no obsta, a que si se requiere una respuesta de la Parte, esta no pueda abordar estos aspectos en la misma, cfr artículo 11.2 de los Procedimientos.

la Secretaría considera justificada la elaboración de un expediente de hechos, según lo dispuesto en el Artículo 17.8(1) del CAFTA-DR. La Secretaría en la medida de lo posible, hará esta determinación en un plazo de 60 días a partir de la fecha en que la Secretaría reciba la respuesta de la Parte o, si la Parte no responde, dentro del plazo dispuesto en el Artículo 17.7.5 del CAFTA-DR, de 75 días a partir de la fecha en que la Secretaría llegue a la conclusión de que la comunicación merece la solicitud de una respuesta de la Parte.

La Secretaría podrá solicitar información adicional en relación con la comunicación o con la respuesta de la Parte.

De lo dispuesto en estas tres potenciales determinaciones o decisiones de la SAA, resultan particularmente de interés los puntos 2 y 3 (determinación que la CC amerita una respuesta y que debe prepararse un Expediente de Hechos), dado que estas actuaciones por parte de la SAA, requieren del desarrollo de actividades a nivel nacional.

Etapas del procedimiento de la SAA relevantes de cara al establecimiento de un protocolo nacional.

Las siguientes actividades contempladas en los procedimientos son de interés para la elaboración de un Protocolo nacional de actuación.

a- Revisión por parte de la SAA del cumplimiento de los criterios enunciados en el artículo 17.7(2) del CAFTA y publicación del aviso público (si es del caso).

Una comunicación deberá cumplir los criterios enunciados en el Artículo 17.7 (2) del CAFTA-DR, que se detallan en los párrafos 6.2 a 6.6 de los Procedimientos (artículo 6.1).

Si la Secretaría determina que una comunicación cumple los requisitos estipulados en el Artículo 17.7(2) del CAFTA-DR, se lo notificará prontamente al remitente y (en la medida de lo posible, en el plazo de siete días después de realizada su determinación) al Consejo por escrito y explicará la manera en que la comunicación satisface dichos requisitos. La Secretaría determinará entonces si la comunicación merece que se solicite una respuesta a la Parte interesada, según lo dispuesto en el Artículo 17.7 (4) del CAFTA-DR, como se detalla en el párrafo 9 de los Procedimientos (artículo 7.1). Prontamente después de notificar al Consejo que ha recibido una comunicación que cumple los requisitos estipulados en el Artículo 17.7(2) del CAFTA-DR, la Secretaría preparará y remitirá al Consejo un borrador de comunicado de prensa o aviso público que describa la comunicación. A menos que la Secretaría reciba otra instrucción del Consejo, la Secretaría finalizará y publicará (o pondrá a disposición del público de otro modo) el comunicado de prensa o el aviso público 15 días después de enviárselo al Consejo. La Secretaría tomará en consideración cualquier comentario o propuesta de modificación que reciba de cualquier miembro del Consejo durante el plazo de 15 días. Para mayor

certeza, la Secretaría atenderá cualquier decisión del Consejo que dé instrucciones sobre el comunicado de prensa o aviso público, incluyendo las instrucciones de no publicar el comunicado de prensa o aviso público.

Si la Secretaría determina que una comunicación no cumple los requisitos estipulados en el Artículo 17.7 (2), la Secretaría suspenderá la revisión de la comunicación y así se lo notificará prontamente (en la medida de lo posible, en un plazo de siete días después de realizada su determinación) al remitente y al Consejo y expondrá los motivos de la suspensión (artículo 8.1).

En esta fase de los procedimientos, las actividades de requeridas de alguna Parte se refieren primordialmente a la presentación de comentarios al borrador de aviso público que se pueden ejercer como miembro del Consejo de Asuntos Ambientales.

b- Determinación de si una CC que cumple los criterios del Capítulo amerita una respuesta de la Parte (s).

Con arreglo al Artículo 17.7 (4) la Secretaría debe determinar si una comunicación merece que se solicite una respuesta a la Parte interesada. Para llegar a esta decisión, la Secretaría se basará en las consideraciones siguientes (artículo 9.1):

- a. si la comunicación no es frívola;
- b. si la comunicación alega que se perjudica al remitente;
- c. si la comunicación, por sí sola o en combinación con otras comunicaciones, plantea asuntos cuyo estudio ulterior propiciaría la consecución de las metas del Capítulo 17 del CAFTA-DR y el

- Acuerdo de Cooperación Ambiental (ACA), con la debida consideración a cualquier orientación respecto a dichas metas que haya sido provista por el Consejo y la Comisión de Cooperación Ambiental establecida con arreglo al ACA;
- d. si se ha acudido a la vía de los recursos al alcance de los particulares con arreglo a la legislación de la Parte, tomando en cuenta que en algunos casos pudieran existir obstáculos al ejercicio de dichos recursos; y
 - e. si la comunicación se basa exclusivamente en noticias transmitidas por los medios de comunicación, con la debida consideración, entre otras cosas, a toda información facilitada en la comunicación que tenga que ver con estos factores.

Para mayor certeza, en el Artículo 17.7 (4) del CAFTA-DR se incluyen factores cuyo propósito es guiar la determinación de la Secretaría sobre solicitar o no una respuesta de una Parte y, como tales, no constituyen requisitos que una comunicación debe cumplir para que la Secretaría solicite una respuesta de la Parte. En consecuencia, la Secretaría puede solicitar una respuesta de una Parte aún si determina que uno o más factores no están presentes con respecto a la comunicación. La Secretaría resolverá cualquier duda en cuanto a si solicitar una respuesta a favor de la solicitud de respuesta (artículo 9.2).

Al considerar si la comunicación alega que se perjudica al remitente, la Secretaría examinará factores tales como si el supuesto perjuicio (artículo 9.3):

- a. se debe, en su totalidad o en parte sustancial, al hecho de que no se esté

cumpliendo efectivamente la legislación ambiental de la Parte; y

- b. está relacionado con la protección ambiental o la prevención de un peligro para la vida o la salud humana, animal o vegetal (pero no directamente relacionado con la seguridad o salud de los trabajadores).

Al considerar si se ha acudido a los recursos al alcance de particulares disponibles con arreglo a la legislación de la Parte, la Secretaría examinará si la elaboración del expediente de hechos podría interferir o duplicar cualquier otro recurso al alcance de particulares que el remitente esté intentando o haya intentado considerar, y si el remitente ha tomado medidas para acudir a dichos recursos, teniendo presente que en algunos casos pudieran existir obstáculos al ejercicio de los mismos (artículo 9.4).

Si la Secretaría determina que una comunicación merece una respuesta de la Parte interesada, la Secretaría se lo notificará prontamente (en la medida de lo posible en un plazo de siete días después de realizada su determinación), por escrito, a la Parte, al remitente y al Consejo, y enviará a la Parte una copia de la comunicación en los idiomas oficiales de la Secretaría, junto con cualquier información complementaria. En la solicitud se deberán exponer los motivos de la determinación, junto con una explicación de cómo los factores previstos en el Artículo 17.7 (4) del CAFTA-DR y cualquier otro factor que la Secretaría hubiere considerado, guiaron a la Secretaría en su determinación (artículo 11.1).

Asimismo, esta determinación respecto a que se amerita una respuesta de la Parte, no requiere actividades a ser realizadas

previamente por la Parte cuya respuesta se solicita, en el tanto la decisión respectiva es tomada exclusivamente por la SAA y posteriormente comunicada al Consejo y la Parte en cuestión.

Procedimiento y contenido de la respuesta del país

Según el artículo 11.3 si la Parte interesada desea responder a cualquier asunto planteado en la solicitud de la Secretaría, deberá hacerlo en su respuesta por escrito (artículo 11.2) **La Parte deberá remitir su respuesta por escrito a la Secretaría en un plazo de 45 días a partir de la fecha en que la Secretaría presente la solicitud o, en circunstancias excepcionales y previa notificación a la Secretaría, no más tarde de 60 días después de la entrega de la solicitud.**

La Parte podrá, dentro del mismo plazo, complementar su respuesta por escrito con cualquier información prevista en los párrafos 11.3 (a) o (b). La respuesta deberá:

- a. avisar a la Secretaría si el asunto concreto objeto de la comunicación está pendiente de resolución por vía judicial o administrativa, según lo estipulado en el Artículo 17.13(2) del CAFTA-DR; y
- b. contener cualquier otra información que la Parte desee presentar, por ejemplo,
 - i.* si el asunto ha sido objeto previamente de un procedimiento judicial o administrativo;
 - ii.* si existen recursos al alcance de particulares relacionados con el asunto a disposición del remitente, y si se ha recurrido a ellos; o
 - iii.* información sobre cualquier actividad de fortalecimiento de la capacidad emprendida de conformidad con el ACA.

Esta etapa procesal de los Procedimientos constituye una de las más relevantes de cara a la redacción de un Protocolo de actuaciones nacionales debido a que es obligación de la Parte realizar la presentación de una respuesta (considerando entre otros los elementos anteriormente indicados) y aportar los documentos que sea consideren pertinentes (legales, técnicos, etc) dentro del plazo de 45 días, más la prórroga prevista de 60 días.

c- Consideración sobre la elaboración de un Expediente de Hechos

La siguiente fase procesal potencial prevista en los Procedimientos lo constituye la determinación si debe prepararse o no un Expediente de Hechos.

Después de recibida la respuesta de la Parte o transcurrido el plazo para la respuesta, la Secretaría considerará si la comunicación justifica que se elabore un expediente de hechos (11.5). Para decidir si una comunicación amerita la elaboración de un expediente de hechos, la Secretaría examinará la comunicación a la luz de cualquier respuesta presentada por la Parte con arreglo al párrafo 11.3 de los presentes Procedimientos (artículo 12.1).

Si la Secretaría considera que una comunicación amerita la elaboración de un expediente de hechos, la Secretaría así se lo notificará (en la medida de lo posible, en un plazo de siete días de la fecha en que hizo su determinación), por escrito, al remitente y al Consejo y expondrá los motivos de su determinación con suficiente detalle para que el Consejo pueda llegar a una decisión razonada sobre el asunto. Además, la Secretaría facilitará al Consejo una copia de

la comunicación, pruebas documentales u otra información complementaria presentada en apoyo de la comunicación, cualquier respuesta presentada por la Parte y cualquier información adicional que la Secretaría estime pertinente (12.3).

En el término de los 21 días siguientes a la fecha en que la Secretaría notifique al Consejo de una determinación en virtud del párrafo 12.3, cualquier miembro del Consejo podrá solicitar a la Secretaría que aclare todos o algunos de los motivos que llevaron a su determinación y, (en la medida de lo posible, en un plazo de siete días tras la fecha en que reciba dicha solicitud), notifique a los otros miembros del Consejo de dicha solicitud. La Secretaría deberá proporcionar su respuesta a dicha solicitud en el término de 21 días siguientes a la fecha en que la Secretaría reciba la solicitud de cualquiera de los miembros del Consejo. La Secretaría deberá proporcionar su respuesta al Consejo (12.4).

Cualquier miembro del Consejo podrá votar por la elaboración de un expediente de hechos por la Secretaría, mediante su notificación por escrito al Consejo y a la Secretaría. **Ninguna Parte deberá votar para que la Secretaría prepare un expediente de hechos hasta por lo menos 21 días** después de la fecha en que la Secretaría proporcione su notificación, con arreglo al párrafo 12.3 de los Procedimientos, de que considera que la comunicación justifica la elaboración de un expediente de hechos (artículo 13.1).

Si una Parte proporciona una notificación de conformidad con el párrafo 13.1, cada miembro del Consejo, en el plazo de 21 días a partir de la fecha en que la Parte proporcione la notificación, deberá dar a conocer el voto

a la Secretaría y darle instrucciones por escrito para que prepare un expediente de hechos. La Secretaría procederá a preparar un expediente de hechos 21 días después de la fecha en que la Parte haya entregado una notificación con arreglo al párrafo 13.1 aunque la Secretaría no haya recibido ninguna instrucción con arreglo al presente párrafo (artículo 13.2).

Como se observa, en el caso de que determine- por parte de la SAA- que procede la elaboración de un Expediente de Hechos, la Parte- en su condición de miembro del Consejo- puede solicitar las aclaraciones del caso si lo considera pertinente y expresar su posición respecto a la elaboración o no del Expediente de Hechos. La Parte goza de un plazo de 21 días para proceder a realizar cualquier solicitud de aclaración y transcurrido al menos dicho plazo, la Parte podrá manifestar su voto (favorable o no) a la elaboración del Expediente de Hechos. En todo caso, debe reiterarse que basta con el voto favorable de una Parte para que la SAA elabore el mismo.

Contenido del Expediente de Hechos y su proceso de elaboración.

Al redactar el borrador y la versión final del expediente de hechos, la Secretaría deberá tomar en consideración cualquier información contenida en la comunicación o de otra manera presentada por el remitente de conformidad con estos Procedimientos **y cualquier otra información presentada por una Parte interesada en su respuesta (o para complementar su respuesta) con arreglo al Artículo 17.7 (5) del CAFTA-DR y el párrafo 11.3 de los Procedimientos.** Adicionalmente, la Secretaría podrá considerar cualquier otra información per-

tinente técnica, científica o de otra índole que (artículo 14.1):

- a. esté a disposición del público;
- b. presentado por una persona interesada, incluida una persona natural o jurídica (por ejemplo, una empresa u organización no gubernamental);
- c. presentado por un comité nacional consultivo o asesor de una Parte, según se define en el Artículo 17.6(3) del CAFTA-DR;
- d. elaborada por un experto independiente; o
- e. elaborada por las Partes con arreglo al ACA.

Si un comité nacional consultivo o asesor de una Parte presenta información pertinente técnica, científica o de otra índole a la Secretaría en relación con la elaboración de un expediente de hechos, la Secretaría prontamente enviará ejemplares de la información al Consejo (artículo 14.2).

En el expediente de hechos se deberá identificar todas las fuentes en las que se haya basado la Secretaría para elaborar el expediente de hechos, salvo cuando la Secretaría determine que la identificación de la fuente expondría a ésta a graves represalias, en cuyo caso la Secretaría aplicará los procedimientos establecidos en el párrafo 22 para evitar revelar la identidad de la fuente (artículo 15.2).

La Secretaría deberá **elaborar y presentar al Consejo un borrador de expediente de hechos, en la medida de lo posible, en el término de 180 días** de haber recibido cualquier notificación con arreglo al párrafo 13.1 de los presentes Procedimientos de que una Parte vota para que se elabore un

expediente de hechos. Si no fuera posible presentar el borrador del expediente de hechos al Consejo en el plazo de 180 días, la Secretaría lo notificará prontamente al Consejo, explicando los motivos por los cuales no es posible cumplir con el plazo pertinente y el plazo adicional necesario. Posteriormente, la Secretaría podrá prorrogar el período de 180 días como sea necesario para finalizar y presentar al Consejo el borrador del expediente de hechos, a menos que el Consejo dé instrucciones en contrario. La Secretaría no podrá prorrogar el plazo de 180 días a menos que notifique al Consejo la necesidad de prorrogar dicho plazo con por lo menos 30 días de antelación al vencimiento del plazo de 180 días (artículo 16.1).

Cualquiera de las Partes podrá formular observaciones sobre la exactitud del borrador de expediente de hechos en **el plazo de 45 días después de que el Consejo lo reciba.** Al expirar el plazo de 45 días, la Secretaría elaborará un expediente de hechos final, en el que se incorporen cualesquiera observaciones pertinentes. La Secretaría procurará presentar el expediente de hechos final al Consejo dentro de los 60 días siguientes al cierre del plazo fijado para la presentación de las observaciones (artículo 16.2).

De conformidad con el Artículo 17.7(8) del CAFTA-DR, el Consejo **considerará el expediente final de hechos**, teniendo

presentes los objetivos del Capítulo 17 del CAFTA-DR y del ACA, en una reunión del Consejo que tenga lugar no más de 60 días después de que la Secretaría haya presentado al Consejo el expediente final de hechos (artículo 16.3).

La Secretaría no hará público ni permitirá el acceso del público a un borrador del expediente de hechos o al expediente final de hechos que el Consejo, mediante el voto de cualquiera de las Partes, no le haya ordenado a la Secretaría que haga público. Si la Secretaría, mediante el voto de cualquiera de las Partes, recibe la orden de hacer público un expediente de hechos, lo hará sólo de conformidad con el Artículo 9 del Acuerdo de la Secretaría y el párrafo 22 de los presentes Procedimientos (artículo 17.1).

Desde la perspectiva de la elaboración de procedimientos nacionales los aspectos más relevantes radican en³⁰: a) la presentación de la información solicita por la SAA según el Plan de Trabajo elaborado para la preparación del Expediente, el cual usualmente ha requerido a la Parte el suministro de determinada información³¹; b) la participación de la Parte (en su calidad de miembro del Consejo) en el análisis de los borradores de Expediente y del Expediente Final y los comentarios y apreciaciones que puedan ser formulados al respecto.

30 Como se indicó, además debe considerarse que el Consejo instruye a la SAA sobre la elaboración del expediente, aspecto en el cual interviene además la Parte como miembro de éste.

31 La práctica del NAFTA y el único Expediente terminado y publicado por la SAA (anteriormente citado), han requerido, como parte del Plan de Trabajo para preparar el borrador, determinada información de la Parte, dentro de plazos determinados por la unidad respectiva, considerando los plazos totales para finalizar el Borrador, cfr solo a título de ejemplo en el NAFTA: Expediente de Hechos: BC mining (SEM-98-04); ALCA-Iztapalapa II (SEM-03-04); y Aquanova (SEM-98-06) todos disponibles en www.cec.org.

d- Retiro y suspensión de las CC

Los Procedimientos prevén dos posibilidades no contempladas específicamente en el texto del Capítulo 17, a saber el retiro y la suspensión de los procedimientos de las CC.

Hipótesis de retiro

Si antes de que la Secretaría reciba una respuesta a la comunicación de una Parte interesada, el remitente, o en el caso de una comunicación conjunta, cada uno de los remitentes, solicita por escrito a la Secretaría que retire la comunicación (en lo sucesivo, "solicitud de retirar una comunicación"), la Secretaría dará por terminada su consideración de la comunicación. En este caso, la Secretaría notificará prontamente al remitente o a los remitentes y al Consejo la terminación de la consideración de la comunicación (artículo 18.1).

Si la Secretaría recibe una solicitud de retirar una comunicación después de recibir una respuesta de la Parte interesada, la Secretaría así se lo notificará al Consejo y dará por terminada su consideración de la comunicación, **a menos que no más tarde de 30 días después del recibo de la solicitud de retirar la comunicación, la Parte interesada** solicite a la Secretaría que continúe considerando la comunicación, en cuyo caso la Secretaría no dará por terminada su consideración de la comunicación. La Secretaría notificará prontamente al remitente y al Consejo su decisión de continuar o dar por terminada su consideración de la comunicación (artículo 18.2).

Si la Secretaría recibe una solicitud de retirar una comunicación después de que el Consejo ha ordenado a la Secretaría elaborar

un expediente de hechos, la Secretaría así se lo notificará al Consejo. En este caso, la Secretaría elaborará un expediente de hechos, a menos que el Consejo decida de otro modo (artículo 18.3).

Hipótesis de suspensión

Con respecto a cualquier comunicación, **el remitente y la Parte que es objeto de la comunicación pueden solicitar en forma conjunta que la Secretaría suspenda la consideración de una comunicación por un período no mayor de 90 días a partir de la fecha de la solicitud.** Si la Secretaría recibe dicha solicitud conjunta, suspenderá su consideración de la comunicación durante el período solicitado y notificará al Consejo prontamente de la solicitud y el período por el cual se suspenderá su consideración. Cualquier miembro del Consejo puede solicitar información adicional al remitente, a la Parte o a la Secretaría sobre la solicitud de suspensión. El remitente y la Parte pueden realizar en forma conjunta solamente una solicitud a la Secretaría de que suspenda la consideración de una comunicación (artículo 19.1).

e- Confidencialidad y publicidad de la información presentada.

Finalmente, el artículo 20 regula el tema del acceso público a la información pero por parte de la SAA no de las autoridades nacionales. Sujeto a lo dispuesto en el Artículo 9 del Acuerdo de la Secretaría (sobre el trato de la información confidencial), la Secretaría, salvo instrucción en contraria del Consejo, pondrá a disposición del público cualquier (artículo 20.1):

a. comunicación, incluida cualquier prueba documental o información factual en

apoyo a la comunicación, que estime que cumple los requisitos estipulados en el Artículo 17.7(2) del CAFTA-DR y otros requisitos de los presentes Procedimientos ;

- b. solicitud a una Parte de dar una respuesta;
- c. respuesta de la Parte interesada;
- d. otro documento o comunicación escrita que reciba o transmita la Secretaría en relación con una comunicación o con la preparación de un expediente de hechos, incluida cualquier notificación emitida por la Secretaría de conformidad con los presentes Procedimientos;
- e. determinación de la Secretaría con respecto a si la comunicación (i) cumple los requisitos del Artículo 17.7(2); (ii) merece la solicitud de una respuesta a la Parte interesada; o (iii) justifica la elaboración de un expediente de hechos; y toda información en la que se base la Secretaría para llegar a dichas determinaciones;
- f. notificación recibida por la Secretaría en la que una Parte ha votado para que elabore un expediente de hechos o para poner a disposición del público, el expediente de hechos final;
- g. instrucción que la Secretaría haya recibido de preparar un expediente de hechos o de poner a disposición del público un expediente de hechos; y
- h. expediente de hechos final que el Consejo, mediante el voto de cualquiera de las Partes, ha ordenado a la Secretaría poner a disposición del público.

Además, sin perjuicio de lo expuesto en el Artículo 9 del Acuerdo de la Secretaría y en el párrafo 22 de los presentes Procedimientos, la Secretaría podrá poner a disposición del

público cualquier documento que reciba o transmita y que no figure en los incisos (a) a (h), incluidas comunicaciones que ha determinado que cumplen los requisitos enumerados en el Artículo 17.7 (2).

De conformidad con el Artículo 9 del Acuerdo de la Secretaría, la Secretaría no facilitará al público ni permitirá el acceso público a ninguna información que reciba (artículo 22.1):

- a. *i.* que haya sido catalogada como confidencial por la persona que la aporte de conformidad con los procedimientos estipulados en el párrafo 22.3 de los presentes Procedimientos;
 - ii.* que no sea de otro modo de dominio público; y
 - iii.* cuya divulgación pudiera revelar:
 1. la identidad de la persona que la ha aportado y exponerla a graves represalias, o
 2. información confidencial o protegida por derechos de propiedad; o
- b. de una Parte, la cual ha determinado que su divulgación impediría la ejecución de la ley, comprometería la intimidad personal o revelaría información confidencial de la empresa o protegida por derechos de propiedad o la adopción de decisiones por el gobierno.

4. Marco jurídico nacional relevante.

Desde una perspectiva jurídica, el contenido anteriormente descrito de los procedimientos (en algunas situaciones particulares repiten el contenido del Capítulo 17) a ser empleados por la SAA es relevante fundamentalmente en los siguientes supuestos:

- Los plazos establecidos para que la Parte objeto de la CC presente su respuesta y cualquier documentación que la acompañe (45 días prorrogables a 60).
- Los plazos y acciones estipulados para que una Parte- en su condición de miembro del Consejo-manifieste lo que corresponda con respecto: a) el contenido de los avisos públicos previstos en los Procedimientos; b) las aclaraciones y comentarios respecto a la determinación de la SAA de preparar un Expediente de Hechos (21 días);c) los comentarios a los borradores del Expediente de Hechos (45 días); d) comentarios posibles al borrador final de Expediente de Hechos (en una reunión a celebrarse dentro de los 60 días posteriores a su elaboración); e) posición de la Parte respecto a la continuación de la determinación de si una respuesta amerita un Expediente de Hechos cuyo remitente manifestó que retira la CC (hasta 30 días); f) otras relacionadas con el voto de cualquier de las Partes respecto a la elaboración de un Expediente de Hechos (al menos 21 días después de que la SAA notifique su intención y justificación para elaborar el mismo); la puesta a disposición del público de éste y aquellas decisiones del Consejo en materia de confidencialidad de la información, entre otras.
- Los criterios enunciados para valorar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.7(2) del CAFTA-DR; los factores de valoración para determinar si se requiere o no una respuesta de la Parte objeto de la CC; los criterios para la determinación de si procede la apertura de una Expediente de Hechos; el contenido de las respuestas nacionales

requeridas; y el trámite de elaboración del Expediente, entre otros.

- Es necesario que cualquier Protocolo de actuación considere las disposiciones relevantes de los Procedimientos de la SAA, primero en el tanto pueden tener un valor legal desde la perspectiva del derecho comunitario (cfr votos 301- 1998 del Tribunal Superior Agrario y votos de la Sala Constitucional 1293-2002 y 7193-97,entre otros) y en segundo lugar, lo más importante desde una perspectiva práctica, debido a que se requiere una congruencia entre lo establecido en éstos y cualquier iniciativa de Protocolo nacional.

4- LEGISLACIÓN NACIONAL APLICABLE A PARA LA ATENCIÓN, TRÁMITE, RESPUESTA Y SEGUIMIENTO DE LOS PROCESOS DE COMUNICACIONES CIUDADANAS EN SUS DIFERENTES FASES PROCESALES

Con respecto a la legislación nacional propiamente dicha, es pertinente indicar lo siguiente:

En lo tocante al procedimiento administrativo se debe en primera instancia referir a los plazos y elementos existentes en el Capítulo 17 del CAFTA-DR como se explicó anteriormente. No obstante, en lo que no resulte divergente, es de aplicación al procedimiento a seguir las reglas generales de la Ley General de Administración Pública, la Ley de Control

Interno y la Ley de Protección a Ciudadano del Exceso de Trámites Administrativos en lo que sea pertinente.

En segundo lugar, es necesario analizar lo establecido en el Reglamento Interno del MINAET de repetida cita sobre funciones de la Dirección de Cooperación Internacional que dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 16.—**De la Dirección de Cooperación Internacional.** Créase la Dirección de Cooperación Internacional.

Artículo 17.—**De las funciones de la Dirección de Cooperación Internacional.** Serán funciones de la Dirección de Cooperación Internacional las siguientes:

- Coordinar, en conjunto con el Ministro y Viceministros, las actividades de cooperación internacional que permitan cumplir con las políticas, lineamientos, directrices y estrategias de las áreas de especialidad.
- Coordinar, en conjunto con el Despacho Ministerial, la política bilateral y multilateral.
- Planificar, coordinar y asesorar a nivel ministerial y sectorial las áreas de cooperación internacional, así como lo relativo a la coordinación de la internalización de fondos internacionales y la ubicación de cooperación técnica nacional e internacional.
- Coordinar con el Ministerio de Relaciones Exteriores la política exterior en materia de ambiente, energía y telecomunicaciones.
- Coordinar con el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, la cooperación internacional competencia del MINAET.

- Coordinar y apoyar los procesos comerciales que lidere el Ministerio de Comercio Exterior, en los ámbitos de competencia del MINAET.
- Coordinar a lo interno, las responsabilidades y cooperación que se deriven de los Acuerdos, Tratados, Convenios y otros instrumentos jurídicos en los que Costa Rica es Parte.
- Actuar como equipo gerencial de apoyo al Despacho Ministerial en la atención de misiones y personeros de agencias, organismos y organizaciones internacionales.
- Coordinar y planificar con los distintos enlaces de cooperación internacional del Ministerio, el Plan de Cooperación externa.
- Colaborar en la preparación, negociación, ejecución y seguimiento de los proyectos que cuenten con cooperación externa.
- Mantener información actualizada de las propuestas del Gobierno, relacionadas con las Convenciones internacionales, que hayan sido ratificadas por el país.
- Servir como punto focal o enlace institucional ante los organismos, organizaciones, agencias y secretariados regionales e internacionales, sin menoscabo de las responsabilidades específicas que se puedan asignar a otras dependencias en calidad de puntos focales técnicos, científicos y administrativos, según corresponda.
- Brindar la información que se requiera para el funcionamiento de los Sistemas de Información que se encuentren operando oficialmente y de los que se forme parte.
- Velar en el ámbito ministerial y sectorial, por el cumplimiento de los instrumentos y mecanismos de cooperación internacional.

- o. Cualquier otra establecida por el ordenamiento legal, que correspondan a su nivel y competencia.
- p. Las que sean asignadas por el Ministro o Viceministros.”

Como se observa, dentro de las competencias de la Dirección (especialmente los incisos f, g, l y o) se establecen funciones que pueden considerarse comprenden aspectos relacionados con el proceso de las CC, aunque expresamente las mismas no se mencionen.

En tercer lugar (y especialmente a tenor de lo indicado en los incisos f, g y l del Reglamento del MINAET), el decreto No. 34754-MINAET-COMEX, denominado “ Implementación del Capítulo 17 Ambiental del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos,” podría considerarse que regula- de manera un tanto imprecisa- el tema de la CC en el contexto de la aplicación general de las disposiciones pertinentes del referido Capítulo.

Es importante describir brevemente algunas de sus disposiciones.

De conformidad con el artículo primero (**Consejo de Asuntos Ambientales**) se designa al **Ministro de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones o su sucesor, o quien éste nombre para tal efecto, como representante oficial de la República de Costa Rica en el Consejo de Asuntos Ambientales** creado en el artículo 17.5.1 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos. La Dirección de Cooperación y Relaciones Internacionales del Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, en adelante MINAET o su sucesor actuará como punto de contacto para llevar a cabo

el trabajo del Consejo. El representante del MINAET ante el Consejo **deberá consultar previamente al Ministerio de Comercio Exterior, en adelante COMEX o su sucesor cuando las reuniones y acuerdos estén relacionadas con temas de interés comercial**. Este Ministerio deberá participar en dichas reuniones en calidad de asesor en temas de comercio y ambiente (artículo 2).

Se crea además un comité asesor (artículo 3) para proporcionar opiniones a MINAET y COMEX o sus sucesores, en asuntos relacionados con la implementación del Capítulo 17 Ambiental del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos, y será denominado en adelante el Comité. Este Comité tendrá como función principal constituirse en el órgano dedicado a la asesoría, consulta y canalización de la participación ciudadana para la implementación de las obligaciones y deberes establecidos en dicho Capítulo 17.

El Comité estará integrado por:

- a) Un representante propietario y un suplente de los siguientes Ministerios de Gobierno o sus sucesores:
 1. Ministerio del Ambiente, Energía y Telecomunicaciones (MINAET).
 2. Ministerio de Comercio Exterior (COMEX).
- b) Un representante propietario y un suplente de tres organizaciones no gubernamentales con una de trayectoria demostrada de buen juicio, objetividad y experiencia relevante en comercio y asuntos ambientales demostrada, en el área de comercio y medio ambiente.
- c) Un representante propietario y un suplente de tres organizaciones que

representen al sector privado, con una trayectoria demostrada de buen juicio, objetividad y experiencia en comercio y asuntos ambientales.

Los órganos que aportan representantes al Comité acreditarán a sus representantes ante los ministerios correspondientes.

El Comité Asesor será coordinado por el MINAET mediante la Dirección de Cooperación y Relaciones Internacionales, o su sucesor, la cual tendrá las siguientes funciones (artículo 3):

- a) Convocar las reuniones del Comité; de oficio o por solicitud de cualquier miembro.
- b) Preparar la propuesta de agenda de los asuntos a analizar en cada reunión.
- c) Preparar las actas de las reuniones en las que se consignen los temas tratados y los acuerdos alcanzados.
- d) Tomar cualquier acción necesaria para la buena ejecución de los acuerdos alcanzados.
- e) Cualquier otra función que le sea encomendada en este Decreto Ejecutivo o que se derive de la aplicación del Capítulo 17 Ambiente del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos.

El Comité podrá celebrar reuniones con representantes de otras instituciones gubernamentales o de la sociedad civil, cuya actividad se relacione con el comercio y el ambiente; y que el Comité, basado en una consulta, haya determinado que son capaces de contribuir a un mejor desempeño del Comité (artículo 5).

En el Capítulo relativo a la participación pública se recogen diferentes aspectos de esta. El MINAET mediante la Dirección de

Cooperación y Relaciones Internacionales o su sucesor, recibirá y considerará las comunicaciones del público sobre asuntos relacionados con el Capítulo 17 Ambiental del Tratado de Libre Comercio República Dominicana – Centroamérica – Estados Unidos; y las pondrá de manera oportuna, a disposición de COMEX o su sucesor, de las otras Partes y al público en general; y responderá todas las comunicaciones que reciba de acuerdo con las disposiciones del presente Reglamento (artículo 7).

Las comunicaciones del público sobre asuntos relacionados con el Capítulo 17 Ambiental, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Ser presentadas por escrito en idioma español.
- b) El nombre completo de la persona física o jurídica y su personero, y el domicilio de la persona física o jurídica. En el caso de persona jurídica el solicitante deberá adjuntar copia del documento idóneo que otorgue la representación de la entidad a quién presenta.
- c) Señalar una dirección de correo, para recibir notificaciones oficiales; y una dirección de correo electrónico, número de teléfono o número de fax en el cual se le pueda localizar para efectos de informarle acerca del trámite de su comunicación.
- d) Citar la disposición del Capítulo 17 Ambiental del Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica - Estados Unidos, objeto de la comunicación.

Esta disposición resulta un tanto compleja, debido a que, podría considerarse que la referencia a comunicación del público comprende las denominadas CC. El artículo

anterior trata de las comunicaciones que el público presente sobre aspectos generales (y cuyo contenido puede ser sumamente variado) de la implementación del Capítulo 17 (cfr. Particularmente el artículo 17.6), las cuales deberán ser respondidas según el procedimiento fijado en el propio decreto. Constituye en este sentido una expresión del principio de participación pública en materia ambiental que se recoge, en lo pertinente, en diversos artículos del Capítulo, pero no se refiere a las Comunicaciones Ciudadanas en sentido estricto, es decir a la argumentación de una persona sobre la potencial omisión en el cumplimiento de la legislación ambiental nacional regulada en el artículo 17.7 y 17.8 del CAFTA-DR. No obstante, desde el punto de vista del trámite interno, el plazo establecido en el artículo 9 puede ser utilizado para requerir a los posibles órganos o entes involucrados en la alegada omisión en la aplicación de la legislación ambiental para que brinden una respuesta o informe.

Desde el punto de vista del procedimiento, se establece que MINAET u otra institución competente deberá revisar y responder la comunicación dentro de los 10 días hábiles siguientes a su recepción, de conformidad con lo establecido en el artículo 9. Si la comunicación no cumpliera con alguno de los requisitos indicados supra, el MINAET deberá prevenir por escrito al peticionario o solicitante; que complete o subsane cualquier requisito omitido o faltante en la comunicación o bien que aclare cualquier comunicación, otorgando para ello el plazo de diez días hábiles posteriores a la comunicación de la prevención para completar o aclarar la comunicación. Una vez transcurrido este plazo y aportada la información el MINAET u otra institución competente deberá responder

a la comunicación dentro de los diez días hábiles siguientes.

Cuando el contenido de la comunicación lo amerite, la Dirección de Cooperación y Relaciones Internacionales de MINAET, atendiendo a las competencias, atribuciones y facultades de los distintos órganos, instituciones y entes del Estado determinará si traslada dicha comunicación, dentro de los tres días hábiles siguientes a otra institución competente para su respuesta. En este caso la institución competente deberá responder el asunto contenido en la comunicación dentro de los diez días hábiles siguientes a su recepción por parte del MINAET. Si es necesario este plazo se prorrogará por un periodo no mayor a cuarenta y cinco días hábiles, en cuyo caso dicha prórroga deberá ser notificada al solicitante (artículo 9).

La comunicación será declarada inadmisibles en los siguientes casos (artículo 10):

- a) Si la comunicación no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en el presente Reglamento, una vez que ha transcurrido el plazo otorgado para corregir la deficiencia.
- b) Cuando la comunicación no se refiere a asuntos relacionados con el Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana- Centroamérica- Estados Unidos.
- c) Si la comunicación fuere similar o idéntica a una comunicación anterior presentada a MINAET o su sucesor o ante alguno de los órganos, instituciones o entidades del Estado, por la misma persona sin que se adjunte nueva información, o documentos adicionales o las justificaciones o las razones que motivan una nueva consideración.

5. CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE UN PROTOCOLO PARA LA RECEPCIÓN, TRÁMITE Y SEGUIMIENTO DE LAS DE CC ESTABLECIDAS EN EL CAPÍTULO 17 DEL CAFTA-DR.

La legislación nacional indicada no contempla una regulación adecuado del trámite interno para atender las comunicaciones ciudadanas. Por la naturaleza e importancia de responder a una comunicación admitida contra el país, es necesario contar con un protocolo de coordinación para preparar las respuestas del caso y dar el seguimiento a las mismas, según se explicó al analizar los procedimientos de la Secretaría de Asuntos Ambientales.

Un aspecto esencial es la determinación de las responsabilidades institucionales de cada uno de los diferentes involucrados. Debe indicarse que debería contarse con un Punto Focal en los diferentes Ministerios e instituciones, cuya función sea participar en el procedimiento de las CC según corresponda, por ejemplo, mediante la elaboración de un Informe sobre el contenido de la CC, presentación de documentación, realización de comentarios puntuales a borradores y documentos, etc. Se sugiere incluir como Puntos Focales al menos lo

siguientes, considerando su responsabilidad en la aplicación de la legislación ambiental:

- MINAET (especialmente direcciones de Agua; Combustibles; SETENA; TAA; Contraloría Ambiental; Geología y Minas; Sistema Nacional de Areas de Conservación, DIGECA; Oficina Técnica de la CONAGEBIO, entre otros).
- Ministerio de Salud
- Ministerio de Agricultura
- Ministerio de Obras Públicas y Transportes
- Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura
- Servicio Nacional de Riego y Avenamiento
- Servicio Nacional de Guardacostas
- Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados
- Instituto Costarricense de Vivienda y Urbanismo
- Municipalidades
- Instituto Costarricense de Turismo
- Otros

Adicionalmente cada órgano o institución debe comunicar en el momento en que se produzca un cambio en el Punto Focal. Debe igualmente aclararse, que esta lista no es exhaustiva y por ello se prevé que además de los denominados Puntos Focales puedan ser convocados y participados del proceso a otras autoridades gubernamentales.

EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.

M.Sc. Mario Peña Chacón¹

El principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad. Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Para cumplir con dicho cometido se hace necesario avanzar en la protección ambiental, eventualmente mantenerla y por supuesto, evitar a toda costa retroceder.

Al estado actual de su desarrollo es posible deducir su contenido, alcances y limitaciones

acudiendo al Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como a la misma Constitución Política y en especial, a la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1- PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO AMBIENTAL

El Diccionario de la Lengua Española en su vigésima segunda edición² le otorga varios significados al vocablo "*Principio*", entre ellos: base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discutiendo en cualquier materia; causa, origen de algo; cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes; y norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta.

Por su parte, el Diccionario Jurídico Elemental Guillermo Cabanelas edición 2003³ al definir "*Principios Generales del derecho*" expone que se trata de uno de los conceptos jurídicos

1 Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN).

2 Disponible en: <http://buscon.rae.es/drae/>

3 Disponible en: <http://www.mediafire.com/?01unzvz1fyw>

más discutidos. Sánchez Román considera como tales los axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea las reglas del Derecho (v.). Según Burón, los dictados de la razón admitidos por el legislador como fundamento inmediato de sus disposiciones, y en los cuales se halla contenido su capital pensamiento. Una autorización o invitación de la ley para la libre creación del Derecho por el juez (Hoffmann); y despectivamente, como el medio utilizado por la doctrina para librarse de los textos legales que no responden ya a la opinión jurídica dominante (Mu-ger).

En doctrina a los Principios Generales del Derecho también se les conoce como: principios rectores, principios fundamentales de ley, principios deontológicos fundamentales, exigencias fundamentales, reglas con valor constitucional, principios elementales del derecho, entre otros. Para Jaquenod de Zsogon se entiende por *Principio* (del latín *principium*), aquella "norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales", y por *Rector* (del latín *rector*), lo que 'rige o gobierna', por ende son principios rectores los postulados fundamentales y universales que la razón especula, generalizando por medio de la abstracción las soluciones particulares que se obtienen partiendo de la justificación y la equidad social, atendiendo a la naturaleza de

las cosas positivas. Son principios rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, porque suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho.⁴

El jurista argentino Cafferatta⁵ citando a Vigo y a Cañiza-Merlo destaca que "A pesar de la multiplicidad de concepciones y la ambigüedad del término, los principios son muy usados por el juez para resolver, por el legislador para legislar, por el jurista para pensar y fundar y por el operador para actuar".⁶ En ese mismo sentido, "tienen carácter fundamentales o postulados universales. Son Principios Rectores generales por su naturaleza y subsidiarios por su función, pero que suplen las lagunas de las fuentes formales del Derecho. Los principios son reglas sucintas que sirven de fuente de inspiración de la legislación, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos, además de inspirar, incluso, la actividad de los particulares".⁷

Lorenzetti, destaca las siguientes funciones propias de los principios generales o rectores del derecho, función integrativa: es un instrumento técnico para colmar una laguna del ordenamiento; función interpretativa: permite orientar la interpretación hacia fines más amplios de la política legislativa; función delimitativa: pone un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial. Sin que se ahogue la tarea creativa y dinámica del Derecho, los principios jurídicos constitu-

4 Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

5 Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en http://www.idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

6 Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

7 Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

yen lineamientos básicos que permiten establecer un límite, al igual que los valores a las bruscas oscilaciones de las reglas; y por último una función fundante: ofrece un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas".⁸

Tanto Código Civil como Ley General de Administración Pública encasillan a los principios generales como fuentes o normas no escritas del ordenamiento jurídico, asignándoles funciones de interpretación, delimitación e integración de las fuentes escritas. En el caso específico de la Ley General de Administración Pública, los principios generales llegan a obtener el rango jerárquico de la norma que interpretan, integran o delimitan y ostenta rango de ley en el tanto suplan la ausencia y no la insuficiencia de las disposiciones que regulan el derecho administrativo.⁹

A fin de evitar que la existencia del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado se restrinja al plano semántico de la realidad jurídica, el Derecho Ambiental ha integrado una serie de principios rectores que garantizan la tutela efectiva del derecho. Estos axiomas describen los compromisos adquiridos por las Partes Contratantes de los más representativos instrumentos internacionales en materia ambiental. Debido a la rápida evolución del Derecho Ambiental Internacional se ha creado una gran gama de *soft law* que, aunque no es vinculante, da pautas que luego pueden convertirse en

normativas (constituyéndose una obligación que vincula a los Estados).¹⁰

Forman parte del *soft law* o derecho blando todas aquellas Resoluciones y Declaraciones de Principios emanadas de Conferencias y Organismos Internacionales, tales como la Declaración de Estocolmo sobre Medio Ambiente Humano, la Carta Mundial de la Naturaleza, Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible. Se trata de principios que se proponen en abstracto para orientar la conducta de los Estados.

La doctrina los ha calificado como normas programáticas, las cuales disponen como los Estados deberían actuar, careciendo de obligatoriedad, limitándose a trazar un plan de acción futuro para el posterior desarrollo normativo del sector ambiente.

El *soft law* no necesita del trámite normal que siguen los tratados internacionales para ser incorporados a los distintos ordenamientos jurídicos y su función se circunscribe a interpretar, integrar y delimitar el ordenamiento interno de los Estados.

La Declaración de Estocolmo de 1972 marca un hito en el desarrollo de la problemática ambiental en el mundo constituyéndose en el inicio fundacional del Derecho Ambiental. A lo largo de su articulado se consagran los siguientes principios del Derecho Internacional:

8 Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal-Culzoni, 1995.

9 Artículo 1 del Código Civil y artículo 7 de la Ley General de Administración Pública.

10 Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

- El principio de igualdad: reconoce que en materia ambiental todos los estados son iguales en deberes y derechos. En este principio hay una doble mención, por un lado al hombre, y por otro a los estados, al condenar, entre otros, el apartheid, la segregación racial y la discriminación.
- El principio del derecho al desarrollo: señala que hay un vínculo estrecho entre desarrollo económico y social y medio ambiente.
- El principio de soberanía estatal sobre los recursos naturales propios: establece que los estados exploten sus recursos naturales libremente, cuidando el uso racional de los mismos;
- El principio de no interferencia: implica la obligación de los estados de no perjudicar con sus actividades al medio ambiente de otros estados.
- El principio de responsabilidades compartidas: obliga a los estados a asumir su responsabilidad internacional

cuando con sus actos dañen la ecología de otro estado.

- El principio de cooperación internacional: este principio debe guiar a los estados en todas las actividades relacionadas al medio ambiente teniendo en cuenta los intereses correspondientes de los demás estados.

Posteriormente, durante la Conferencia de Río en 1992 fue aprobada la Declaración sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual reconoce dentro de sus postulados los siguientes principios rectores del derecho ambiental: soberanía, desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, preventivo, precautorio, evaluación de impacto ambiental, responsabilidad estatal por daño ambiental, responsabilidad común pero diferenciada, internalización de los costos ambientales, contaminador-pagador, corrección o solución en la fuente, solidaridad, participación ciudadana, cooperación internacional, notificación previa, entre otros.¹¹

11 La Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo postula:

- Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible, tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza.
- Los seres humanos tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, además de la responsabilidad de velar porque las actividades no causen daños al ambiente de otros estados.
- El derecho al desarrollo debe ejercerse de forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras.
- A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada.
- Todos los estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable para el desarrollo sostenible. Se dará especial prioridad a la situación y necesidades especiales de los países en desarrollo.
- Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y establecer la salud y la integridad del ecosistema de las tierras.
- Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los estados deberán reducir o eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles.
- Los estados deberán cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible aumentando el saber científico. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es mediante la participación de todos los ciudadanos interesados en el nivel que corresponda.
- Los estados deberán cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que lleve al crecimiento económico y al desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental.

continúa en la siguiente página

Como dato importante a destacar, la jurisprudencia constitucional costarricense no sólo ha reconocido la función de integración, delimitación e interpretación del bloque de legalidad ambiental por parte de los principios rectores del derecho ambiental derivados tanto de la Constitución Política y del Derecho Internacional Ambiental, sino que además, les ha otorgado rango de principios constitucionales, elevándolos por encima de todo el ordenamiento jurídico e

incluso utilizándolos como parámetros para el control de constitucionalidad.¹²

A partir de la sentencia constitucional 1993-6240 se instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.¹³

- Los estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y a la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales.
- Los estados deberán cooperar efectivamente para desalentar o evitar la reubicación o la transferencia de cualesquiera actividades o sustancias que causen degradación ambiental grave o se consideren nocivas para la salud humana.
- Los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades con el fin de proteger el medio ambiente.
- Las autoridades nacionales deberán fomentar la internalización de los costos ambientales y el uso de instrumentos económicos, teniendo en cuenta el criterio de que el que contamina, debe, en principio, cargar con los costos de la contaminación, teniendo debidamente en cuenta el interés público y sin distorsionar el comercio ni las inversiones internacionales.
- Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente produzca un impacto negativo.
- Los estados parte deberán notificar inmediatamente a otros estados de los desastres naturales u otras situaciones de emergencia que puedan producir efectos nocivos súbitos en el medio ambiente de esos estados.
- Los estados deberán proporcionar la información pertinente, o notificar previamente y en forma oportuna, a los estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener efectos ambientales transfronterizos adversos y celebrar las consultas con estos estados en fecha temprana y de buena fe.
- Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo.
- Deberán movilizarse la creatividad, los ideales y el valor de los jóvenes del mundo para lograr forjar una alianza mundial orientada a lograr el desarrollo sostenible y asegurar un mejor futuro para todos.
- Debido al conocimiento de las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como de otras comunidades locales, éstas desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y del desarrollo. Los estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.

12 "Este Tribunal Constitucional ha derivado de los artículos 7, 48, 50 y 89 constitucionales, y los Tratados Internacionales enunciados, los derechos y principios ambientales, pero a la vez, reconoce la necesidad del Estado de contribuir con políticas para impulsar la diversidad económica, a la vez que de conservación y protección de los bienes culturales y naturales, porque sin uno ni el otro, no podría entenderse que existe progreso humano equitativo para todos los sectores sociales" Voto 2010-13099 de las 2:56 horas del 04 de agosto de 2010.

13 "De las sentencias 719-90 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-90 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional" Piza Escalante, Rodolfo, La Justicia Constitucional en Costa Rica, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Aplicando el anterior criterio y en múltiples ocasiones, la Sala Constitucional costarricense¹⁴ al resolver recursos de amparo por violaciones al derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, o bien, acciones de inconstitucionalidad en esta materia, ha procedido a fundamentar sus fallos por medio del derecho internacional ambiental haciendo uso incluso de aquellos principios rectores contenidos en las declaraciones de *soft law* antes citadas, gozando de especial preponderancia los principios precautorio y desarrollo sostenible.¹⁵

2- PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN, CONTENIDO Y ALCANCES.

Básicamente, el principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad.

Tiene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación.

A primera luz no aparece expresa o taxativamente plasmado en ninguna de las Declaraciones de Principios, Convenios o Tratados ambientales, sin embargo, encuentra su mayor desarrollo y aplicación a nivel internacional a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como contracara del principio de progresión.

Como bien lo afirma Prieur,¹⁶ la terminología utilizada para la aplicación de este principio aún no se encuentra establecida de forma definitiva, de ahí que, tanto en doctrina como en derecho comparado es posible encontrarlo como: principio de no regresividad, principio de no retrogresión, antidegradation policy, standstill, cláusula de status quo, cláusula de eternidad, cláusula de salvaguardia, intangibilidad de derechos adquiridos, intangibilidad de los derechos fundamentales, normas pétreas, efecto trinquete anti retorno, entre otros.

El principio de no regresión implica necesariamente una obligación negativa de no hacer. De esta forma, el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido sino incrementado.

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es precisamente la de no retroceder, no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental ya adquiridos, no derogar o modificar normativa

14 Para efectos de este artículo los términos: Sala Constitucional, Tribunal Constitucional, Corte de Constitucionalidad y Corte Constitucional se utilizan indistintamente al tratarse de un mismo órgano jurisdiccional, haciendo hincapié en que el nombre oficial es Sala Constitucional según la Ley de Jurisdicción Constitucional.

15 A manera de ejemplo, la sentencia constitucional número 1250 de las once horas con veinticuatro minutos del diecinueve de febrero de 1999, declaró la inconstitucionalidad del decreto ejecutivo 14524-A que permitía la caza y explotación de la carne de la tortuga lora y la tortuga verde por contravenir abiertamente la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres (CITES), la Convención de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como el principio 15 de la Declaración de Río Sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

16 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección. Por ello, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas o políticas regresivas, vedando al Estado el “dar un paso hacia atrás”.¹⁷

En contraste, su contracara el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “progreso” o “mejora continua en las condiciones de existencia”. Aquí el imperativo manda a “hacer”, el Estado debe “moverse hacia adelante” y generar progresivamente la ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas graduales y escalonados cuando puedan verse afectados otros derechos fundamentales. Debido al carácter finalista del Derecho Ambiental y siendo sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser eficaz cuando las modificaciones que le afecten impliquen un medio ambiente mejor y no peor que el anterior, por tanto, cualquier retroceso sería inmoral. La ineficacia a raíz del incumplimiento en la aplicación del derecho ambiental por sí misma constituye una regresión.

El principio de no regresión no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente

e inevitable) a raíz de que no existe ningún derecho que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad es a cambios en el bloque de legalidad y jurisprudencial que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

Este principio encuentra en los procesos de desregulación y simplificación de trámites a su principal enemigo y amenaza permanente.

Por medio de este tipo de procesos, y en muchos casos por razones eminentemente políticas y económicas (tales como cambios de gobierno o bien crisis económicas) grupos de presión pretenden romper el equilibrio óptimo entre los aspectos ambientales, sociales y económicos propios del desarrollo sostenible, en favor del crecimiento económico a través de la derogación o modificación de normativa ambiental. La ideología desreguladora se suele centrar en la ciencia de la ineficacia de la gestión burocratizada y en la preferencia del sector privado abogando por una reducción del peso del Estado en la vida social. Se resume en la máxima de que los controles gubernamentales sólo estaban justificados cuando resultasen necesarios más allá de toda duda y sus beneficios tuviesen mayor peso que sus costos para la sociedad.¹⁸

17 Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

18 Masquerade for privilege: Deregulation undermining environmental protection, Washington and Lee Law Review, vol. 45, N° 3, Summer 1988.

La plasmación de las ideas de la desregulación trae consigo diversos efectos en la política ambiental, en especial la reducción de presupuestos, desmantelamiento de programas de intervención del Estado, así como la rebaja, disminución o relajación e incluso la derogación de normativa que protege al medio ambiente en pro de un supuesto “mejoramiento” o “incremento” de la eficacia del derecho y la tutela de los consumidores y usuarios de servicios.¹⁹ De esta forma, escuchándose en la simplificación del derecho, el Poder Ejecutivo o el Parlamento aprovechan para disminuir de forma insidiosa el nivel de protección, procediendo en realidad a un retroceso del derecho existente y de la protección del medio ambiente,²⁰ fenómeno que precisamente se busca evitar con la puesta en práctica del principio de no regresión.

Es importante tener presente como lo indica Prieur que “la regresión manifiesta en materia de medio ambiente es inimaginable. No sería factible la abrogación brutal de las leyes anticontaminación o de las leyes de protección de la naturaleza. En cambio, las regresiones insidiosas o progresivas se encuentran a la orden del día. Se trata de regresiones graduales, que son las que más amenazan el derecho ambiental”.²¹

19 “El impacto de la desregulación no sólo debe medirse en términos de batalla ideológica mercado-intervención. La desregulación-liberalización impacta sobre la propia estructura técnica del Derecho Ambiental o los principios constitucionales; Koepfer ha destacado tres serias objeciones frente a los nuevos instrumentos desde el punto de vista del Estado de Derecho: seguridad jurídica, reserva de Ley y principio de igualdad; problemas de tutela jurídica para los terceros y pérdidas de la posibilidad de impugnar y, por último, problemas derivados de la acumulación desordenada de instrumentos” En torno a las nuevas formas de actuación medioambientales del Estado”, D.A., 1993, citado por Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

20 Prieur, Michel, La déréglementation en matière d’environnement, Revue juridique de l’environnement, N° 3, 1987.

21 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

3- FUNDAMENTOS DE LA NO REGRESIÓN AMBIENTAL.

Además de lo ya expuesto respecto al carácter finalista del derecho ambiental, es posible también derivar y fundamentar el contenido, alcance y limitaciones del principio de no regresión basado en el Derecho Internacional Ambiental, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional regulador del Libre Comercio y las Inversiones, así como en la misma Constitución Política y en especial, en la jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

4- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL Y SUS PRINCIPIOS RECTORES.

Es posible sustentar la idea de la no regresión ambiental basado en los principios rectores del derecho ambiental plasmados tanto en instrumentos internacionales de declaraciones de principios (*soft law*) como en los convenios ambientales vinculantes (*hard law*).

En un primer orden de ideas, resultaría imposible interpretar el concepto del desarrollo sostenible desvinculándolo del principio de no regresión. Tal y como fue concebido en el Informe Brundtland el desarrollo sostenible consiste en aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de la generaciones presentes sin menoscabar la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades, y derivado de este precepto nace el precepto de equidad intergeneracional recogido en el principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

Coincidiendo con Prieur,²² al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo, conducta que estaría en flagrante discordancia con el principio de equidad intergeneracional, en la medida que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.²³

A la vez, los principios de prevención y precaución también contenidos en la Declaración de Río complementan al principio

de no regresión en la medida que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica. Esta postura fue adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en el voto 2010-18202, único precedente existente a la fecha sobre la aplicación directa del principio de progresión y no regresión en materia ambiental:

“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior, algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas

22 Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.

23 “La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la construcción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión” Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales”.

Por su parte, también es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Costa Rica, en razón que en general todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental; esto conlleva a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho que para el

caso costarricense el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad.

Afirma Prieur que en materia de medio ambiente no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que de lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente. Costa Rica ha suscrito un elenco altísimo de convenios ambientales donde destacan el Convenio Diversidad Biológica, Convenio Marco de Cambio Climático, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, y a nivel regional: Convenio sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regional sobre Movimiento Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

Entre ellos, y a manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente (pro natura); mientras tanto, el Convenio de Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más

estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos. En estos casos, la normativa internacional posterior debe ser más rigurosa y por tanto, se descarta la regla de “*lex posterior derogat priori*”, ya que se busca la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Descartadas las regresiones a nivel estrictamente del derecho internacional ambiental, reviste interés destacar el rol de “*dique de contención*” que asumen los convenios ambientales en pro de evitar regresiones a nivel del derecho interno.

Especial atención merece el Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas Naturales de los países de América, también conocido como Convenio de Washington, el cual en su artículo III prohíbe alterar los límites de los parques nacionales y enajenar parte alguna de ellos sino por acción de autoridad legislativa competente.

A la luz del Convenio de Washington toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas sería considerado una regresión en materia ambiental y por tanto queda expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Esta disposición debe complementarse con el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que además de exigir norma de rango legal para reducir los límites de un Área Silvestre Protegida, obliga también a realizar estudios técnicos que justifiquen la medida. Sobre el aumento y/o disminución de los límites territoriales del patrimonio forestal y en aplicación de la no regresión prevista en el Convenio de Washington, la Sala Constitucional en la sentencia 1999-5399 señaló:

“V. En relación con la alegada violación del artículo 3 del Convenio para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América -aprobado por Ley número 3763, de primero de octubre de mil novecientos sesenta y seis- en relación con el artículo 7 constitucional, que en lo que interesa dice así:

“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales.

Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas”.

Deben esas normas interpretarse en sentido restrictivo, de manera que, la exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado. Este artículo debe completarse con el artículo 40 de la Ley Forestal que dice: “El área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre,

reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida por ley de la República, previos estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida”.

Y esto es así en virtud de que el bien jurídico que se protege es el “recurso forestal”, término que “significa la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural,” (resolución de la Sala Constitucional número 2233-93, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintiocho de mayo) que existe en la zona declarada como parque nacional, y que es reconocido tanto por la legislación internacional, por las leyes especiales dictadas al efecto, como por los textos de las cartas políticas. En este sentido, el artículo 69 de la Constitución Política es que habla de “explotación racional de la tierra”, constituyéndose un principio fundamental su protección (...).”

Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo, no puede reducir los límites territoriales un área silvestre, pero sí puede extenderlos. De ahí que los Decretos cuya derogación o puesta en vigencia hayan producido como consecuencia inmediata el aumento del territorio de una determinada área protegida, son constitucionales”.

De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por

otro lado, la derogatoria del artículo 6° del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre de Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este”.

Es importante considerar que excepcionalmente algunos convenios en materia ambiental permiten ciertas formas de “regresión” que no podrían equipararse al concepto de regresión desarrollado en este trabajo, ya que necesariamente deben ser interpretadas a la luz de las distintas disposiciones y obligaciones contraídas en otros convenios ambientales y en la legislación nacional. Bajo esta óptica la Convención Ramsar permite en su artículo 2.5, por motivos urgentes de interés nacional, retirar un humedal de la Lista Oficial, o bien reducir su extensión siempre que se informe de inmediato sobre estas modificaciones a la Secretaría del Convenio. Por su parte, el Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna silvestre en su artículo XVI faculta a las Partes de la Convención a retirar cualquier especie previamente insertada en el Apéndice III, previa comunicación de dicho retiro a la Secretaría respectiva.

Por lo anterior, si bien es posible la exclusión de un humedal de la lista Ramsar por motivos urgentes de interés nacional, también es cierto que de conformidad con la Ley Orgánica del Ambiente los humedales que forman parte del Patrimonio Natural del Estado ostentan categoría de Áreas Silvestres Protegidas, y en virtud de ello, les asiste la protección especial

prevista en la Convención de Washington y por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente que impiden su desafectación, disminución o alteración de límites sin previa ley que así lo autorice, o bien sin estudios científicos y técnicos que lo justifiquen. De igual forma, la exclusión de una especie de flora y fauna silvestre del apéndice III de la Convención CITES no excluye al Estado Parte de sus obligaciones internacionales y nacionales respecto a la protección de la flora y fauna y de la biodiversidad, por lo que subsistirían siempre las disposiciones de la Convención de Diversidad Biológica, Ley de Biodiversidad, Ley de Conservación de la Vida Silvestre y demás normativa que tutele a este bien jurídico.

5- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL REGULADOR DEL LIBRE COMERCIO Y LAS INVERSIONES.

También es posible afirmar la existencia y aplicación del principio de no regresión sustentado en las obligaciones ambientales contraídas por Costa Rica al suscribir y ratificar el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, conocido como CAFTA-DR.²⁴

Manifiesta Cabrera²⁵ que la principal obligación contenida en el Capítulo 17 del CAFTA-DR consiste en la aplicación de la propia legislación ambiental, de forma que se reconoce el derecho de cada Parte de

establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de modificar sus leyes y políticas ambientales. Esta obligación se encuentra contenida en el artículo 17.1:

Niveles de Protección. Reconociendo el derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental y sus políticas y prioridades de desarrollo ambiental, así como de adoptar o modificar, consecuentemente, sus leyes y políticas ambientales, cada Parte garantizará que sus leyes y políticas proporcionen y estimulen altos niveles de protección ambiental y deberán esforzarse en mejorar esas leyes y políticas.

Del artículo anterior se interpreta que cada Parte puede modificar su normativa ambiental vigente, con el único condicionante que dichas reformas busquen lograr “altos niveles de protección” concepto que evidentemente se opone a la idea de la regresión. A la anterior disposición hay que sumarle la obligación de aplicar de manera sostenida y recurrente la legislación ambiental contenida en el artículo 17.2.1.a:

Una Parte no dejará de aplicar efectivamente su legislación ambiental, a través de un curso de acción o inacción sostenido o recurrente, de una manera que afecte al comercio entre las Partes, después de la fecha de entrada en vigor de este Tratado.

Esta segunda obligación busca evitar la ineficacia en la aplicación y cumplimiento de

²⁴ Ratificado por Ley N° 8622 del 21 de noviembre de 2007

²⁵ Cabrera Medaglia, Jorge, “Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional”, 2011.

la legislación ambiental, ineficacia que por sí misma constituye una regresión ambiental.

Según Cabrera, no cualquier incumplimiento conlleva la posibilidad de iniciar el proceso de solución de controversias que establece el CAFTA-DR, sino únicamente aquellos que califiquen como recurrentes, sostenidos y que además afecten el comercio entre las Partes. Otro aspecto a considerar respecto a esta obligación es la restrictiva definición de legislación ambiental que ofrece el Tratado en el artículo 17.13.1, y que excluye toda aquella normativa relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales:

Para los efectos de este Capítulo:

Legislación ambiental significa cualquier ley o regulación de una Parte, o disposiciones de las mismas, cuyo propósito principal sea la protección del medio ambiente o la prevención de algún peligro contra la vida o salud humana, animal o vegetal, mediante:

- (a) *la prevención, reducción o control de una fuga, descarga o emisión de contaminantes ambientales;*
- (b) *el control de químicos, sustancias, materiales y desechos ambientalmente peligrosos o tóxicos y la diseminación de información relacionada con ello; o*
- (c) *la protección o conservación de la flora y fauna silvestres, incluyendo las especies en peligro de extinción, su hábitat y las áreas naturales bajo*

protección especial, en áreas con respecto a las cuales las Partes ejercen soberanía, derechos de soberanía, o jurisdicción, pero no incluye ninguna ley o regulación, o ninguna disposición en las mismas, relacionadas directamente a la seguridad o salud de los trabajadores.

Para mayor certeza, “legislación ambiental” no incluye ninguna ley ni regulación o disposición de los mismos, cuyo propósito principal sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, o la recolección con propósitos de subsistencia o recolección indígena, de recursos naturales;

Para los efectos de la definición de “legislación ambiental”, el propósito primario de una disposición particular de una ley o regulación se deberá determinar por referencia a su propósito primario en vez del propósito primario de la ley o regulación de la que es parte.

Aunada a las anteriores obligaciones se encuentra aquella contemplada en el artículo 17.2.2 que con el fin de evitar “dumping ambiental” y la existencia de “paraísos de contaminación”, taxativamente prohíbe regresiones ambientales mediante la derogación, debilitamiento o reducción de la normativa ambiental:

Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia,

cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.

Sobre esta disposición expresa de no regresión, única dentro del bloque de legalidad ambiental costarricense, es importante tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- Al estar establecida en un tratado internacional ostenta rango superior a la ley ordinaria y demás normas infralegales;
- La normativa ambiental que estaría protegida de la no regresión sería únicamente aquella que se ajuste a la definición restrictiva de “legislación ambiental” según el artículo 17.13.1, excluyendo la legislación relacionada con la salud y seguridad de los trabajadores y aquella cuyo principal propósito sea la administración de la recolección o explotación comercial de recursos naturales, ni la recolección de recursos naturales con propósitos de subsistencia o de recolección indígena, de recursos naturales;

- Debe considerarse la intención o “animus” de la regresión, tomando en cuenta que únicamente estarían vedadas aquellas derogatorias, reducciones o debilitamientos normativos cuyo fin sea incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o pretendan otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de una inversión en el territorio.

Las obligaciones establecidas en el capítulo 17 del CAFTA-DR, incluyendo por supuesto la prohibición expresa de no regresión, fueron objeto de una consulta preceptiva de constitucionalidad²⁶ por parte de la Defensoría de los Habitantes y un grupo de diputados de la Asamblea Legislativa ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la cual, mediante el voto de mayoría 2007-9469, les otorgó la viabilidad constitucional disponiendo al efecto:

“En cuanto a la materia ambiental, debe indicarse que en el Tratado analizado se establece un capítulo completo destinado a la materia ambiental y además, incluye disposiciones específicas sobre el tema en el Capítulo 7 “Obstáculos Técnicos al Comercio”, en el Capítulo 9 “Contratación Pública”, en el Capítulo 10 de “Inversiones” y en Capítulo 21 “Excepciones”. Sobre este aspecto, esta Sala destaca que el artículo 17.1 del Tratado reconoce el

²⁶ Según lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, existen dos tipos de control previo de constitucionalidad: el que se ejerce a través de la consulta preceptiva de constitucionalidad y aquel que se ejerce mediante la consulta facultativa. El inciso a) de dicho artículo es el que regula lo relativo a la consulta preceptiva de constitucionalidad pues establece como obligatoria la consulta de los proyectos de reformas constitucionales, de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales. Asimismo, los incisos b), c), y ch), regulan lo relativo a la consulta facultativa, pues legitima a ciertos funcionarios públicos por el cargo que ostentan a presentar la consulta sobre proyectos de ley si estiman que violentan algún principio o valor constitucional.

derecho de cada Parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, además que insta a cada una a estimular altos niveles de protección en esta materia a través de la emisión de leyes y políticas ambientales. Asimismo, en el artículo 17.2.2 del Tratado, se reconoce que es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna”, por lo que se insta a cada Parte a asegurar que no dejará sin efecto o derogará, la legislación ambiental como una forma de incentivar el comercio con otra Parte, o como un incentivo para el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio. Por lo anterior, es evidente que el Estado costarricense mantiene su poder de regulación y fiscalización en esta materia, además que se mantiene vigente toda la legislación existente en nuestro país, respetándose lo dispuesto en el artículo 50 de la Constitución Política, el cual en todo caso tiene un rango superior a cualquier disposición del Tratado de Libre Comercio y debe ser tomado en cuenta para efectos de su interpretación. De todas formas, no encuentra esta Sala disposición alguna en el tratado que contradiga nuestra norma constitucional, pues incluso las Partes se comprometen a no disminuir ni dejar de aplicar sus estándares ambientales con el objetivo de promover el comercio y la inversión y se remite a la legislación interna para sancionar las infracciones en materia ambiental (artículo 17.3). Asimismo, se

permite el establecimiento de medidas cautelares (17.3.4.d), de incentivos para contribuir al mantenimiento de la protección ambiental (17.4), crea un Consejo de Asuntos Ambientales (17.5) y mecanismos de participación pública (17.6 y 17.7). De igual forma, se establecen principios de cooperación ambiental entre las Partes para fortalecer la capacidad de proteger el ambiente y para promover el desarrollo sostenible (17.9 y anexo 17.9), se crean mecanismos de consulta ambientales entre las partes (17.10) y la fijación de una lista de árbitros especializados en la materia (17.11). De lo anterior, se desprende que en realidad el Tratado de Libre Comercio establece una serie de garantías ambientales que en nada contradicen el precepto contenido en el artículo 50 de la Constitución Política, por lo que no observa esta Sala inconstitucionalidad alguna en cuanto a este aspecto”.

Sin embargo, en voto de minoría los magistrados Fernando Cruz y Gilbert Armijo no sólo encontraron vicios de constitucionalidad en el Tratado de Libre Comercio objeto de estudio, sino que además determinaron dentro del mismo violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente:

“En primer lugar, tal y como menciona la Defensoría de los Habitantes, conforme al PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD, está prohibido tomar medidas que disminuyan la protección de derechos fundamentales. Así entonces, si el Estado costarricense, en aras de proteger el derecho a la salud y el derecho a la vida, tiene una

política de apertura al acceso a los medicamentos, no puede -y mucho menos por medio de un Tratado Internacional- reducir tal acceso y hacerlo más restringido, bajo la excusa de proteger al comercio. De hacerlo, se trataría entonces de una violación al derecho a la salud. En cuanto a la protección de este derecho no se puede retroceder en la implementación, o tomar medidas que disminuyan este derecho. Toda normativa o actuación del Estado, debería dirigirse a la expansión de la protección y garantía de los derechos fundamentales. En el caso del Tratado, no nos encontramos frente a una acción que garantice beneficios para la generalidad de la población, sino únicamente para aquellas personas que se constituyan en inversionistas o comerciante.”.

“Por un lado, si bien el artículo 17.1 establece el derecho de cada parte de establecer sus propios niveles de protección ambiental, este principio general sufre algunas limitaciones o inconvenientes imprecisiones que por el contenido y alcance de un Tratado, con valor superior a la ley ordinaria, con su valor derogatorio y convencional, pone en peligro materia tan sensible y de trascendencia constitucional como el medio ambiente. Por otro lado, igualmente, aunque el artículo 17.2.2 del Tratado establece que es “inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna” esta previsión, si bien constituye una disposición que pretende tener un efecto tutelar del

ambiente, se comprende que se trata de una limitación para que los Estados no reduzcan la legislación vigente en función del comercio o la inversión, pero se trata de una disposición muy imprecisa que debe ser contrastada con otras disposiciones, especialmente las normas que definen en el Tratado, lo que se entiende por ambiente, pues siendo evidente que existe una permanente tensión entre ambiente, desarrollo, inversión y crecimiento económico, tales disposiciones abrirán espacios muy amplios de discusión sobre los que las disposiciones generales comentadas, teniendo una incidencia muy limitada, situación que torna muy vulnerable la protección del ambiente, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista constitucional. Por lo anterior, si bien es importante mencionar la vigencia incuestionable del artículo cincuenta de la Constitución Política, tal reconocimiento no resuelve la vigencia de las disposiciones del Tratado cuyo contenido puede objetarse en función de las definiciones explícitas del Tratado y el concepto que puede tenerse entre medio ambiente, desarrollo e inversión”.

Por todo lo anteriormente manifestado, es posible extraer de las obligaciones derivadas del Capítulo 17 del CAFTA-DR una prohibición manifiesta de no regresión de carácter restringida, ya que la misma se encuentra supeditada a la limitada definición de legislación ambiental prevista en el artículo 17.13.1. y al “animus” o intención de incentivar el comercio entre las Partes del Tratado o a la intención de otorgar un incentivo para el establecimiento, expansión o retención de

una inversión en el territorio. De esta forma, el Capítulo 17 del CAFTA-DR busca que los países suscriptores logren “*altos niveles de protección ambiental*” estableciendo medidas de protección reforzadas o salvaguardias, bajo la premisa –proteger más y contaminar menos – obligando a los Estados Parte a aplicar de manera sostenida y recurrente su propia legislación ambiental, prohibiendo expresamente una rebaja en los umbrales de protección. Pero a la vez, y al amparo del voto de minoría de la consulta preceptiva de constitucionalidad antes citado, de ese mismo Tratado se podrían deducir violaciones al principio de no regresión en materia de salud y medio ambiente.

6- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Donde mayor desarrollo ha encontrado el principio de no regresión en Costa Rica es en materia de derechos humanos, en especial como contracara del principio de progresión, siendo la Sala Constitucional, por medio de sus fallos, quien ha ejercido el rol de garante de los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.²⁷

Al tenor de lo anterior y por medio de la sentencia 1994-2485, la Corte Constitucional refiriéndose al derecho internacional ambiental estipuló que el fenómeno de internacionalización del derecho ambiental había seguido un patrón de desarrollo similar al de los Derechos Humanos, pues pasó de ser materia de jurisdicción doméstica de los Estados, a ser parte de la jurisdicción internacional. Es así como los derechos ambientales forman parte de los Derechos Humanos de la tercera categoría, no en importancia, sino por su ubicación de aceptación universal e histórica.²⁸

En la sentencia 1995-2313,²⁹ el Tribunal Constitucional elevó, por encima de la Constitución Política a los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos, pudiéndose afirmar entonces que se ha internacionalizado al Derecho de la Constitución, y al mismo tiempo, se ha constitucionalizado al Derecho Internacional, y dentro de éste, al Derecho Ambiental. Este mismo tratamiento ha dado como resultado un singular enfoque de identificación entre Derecho Humano y Derecho Fundamental, en tanto no hay diferencia entre un derecho reconocido expresamente en la Constitución y los Derechos Humanos que pudieran no estar incluidos en su texto.

De tal manera que el derecho ambiental reconocido en los tratados de Derechos Humanos, forma parte del elenco positivo

27 Así lo dispone expresamente el artículo 2 inciso a) de la Ley de Jurisdicción Constitucional.

28 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

29 “... como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman sobre la Constitución”.

y valorativo de la Constitución Política de Costa Rica.³⁰

Además, el fallo constitucional 1993-6240 instauró el criterio jurisprudencial por medio del cual, los instrumentos internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.³¹ Y aunado a lo anterior, mediante las resoluciones constitucionales 1992-3435 y 1995-2313 se dispuso que las regulaciones y principios contenidos en los tratados y convenios, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento en nuestra legislación interna.

Ahora bien, ya en materia propia del principio de no regresión, se hace necesario exponer los instrumentos de derechos humanos de donde es posible fundamentar su existencia y contenido, siendo el artículo 28 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793³² el primer precedente al establecer que “una generación no puede

comprometer con sus leyes a generaciones futuras”, debido a que como afirma Prieur “la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituirá entonces una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que lleva a imponer a dichas generaciones futuras un medio ambiente degradado”.³³

Por su parte, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁴ abre la línea para el desarrollo del principio de progresividad de los derechos humanos, contracara de la no regresión, mismo que reza:

“Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁵ ratifica

30 Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001. // Cuando exista conflicto entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no prevalece ni uno ni el otro, sino que en cada caso, el que mejor tutele al ser humano. Al respecto puede consultarse las sentencias constitucionales 1993-1786 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y 1992-3435 de las 16:20 horas del 11 de noviembre de 1992.

31 “De las sentencias 719-1990 de las 16:30 horas del 26 de junio de 1990 y 282-1990 de las 17 horas del 13 de marzo de 1990 se desprende por una parte, que el Derecho Internacional es en Costa Rica, inmediatamente operable y aplicable por sí mismo, sin necesidad de leyes u otras normas que los desarrollen o lo hagan aplicable, salvo cuando la misma naturaleza de la norma internacional lo exija; y por otra, que aún en los casos en que esta exigencia sea a texto expreso, la aplicabilidad inmediata del Derecho Internacional de los Derechos Humanos implica que basta con la existencia de otros remedios o, en general, de medios razonablemente aplicables, para que no haga falta ningún desarrollo legal ni institucional” Piza Escalante, Rodolfo “La Justicia Constitucional en Costa Rica” Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

32 Este instrumento jurídico nunca llegó a entrar en vigencia.

33 Prieur, Michel, “El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental.”

34 El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

35 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27

la visión de progresividad de los derechos humanos iniciada por la Declaración Universal de Derechos Humanos, visión que quedó plasmada en los siguientes artículos:

Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Artículo 5.2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Artículo 11.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia.

Artículo 12. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁶ en su artículo 5.2 dispone que no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

La Convención Americana de Derechos Humanos³⁷ abre la vía de la progresividad dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos por medio de su artículo 26:

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Además, su numeral 29 establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. *permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos*

y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

- b. *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c. *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*
- d. *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Por último el Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocida como Protocolo de San Salvador,³⁸ no sólo reconoce expresamente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos el derecho a un ambiente sano y a su protección, preservación y mejoramiento (Artículo 11), sino que además ratifica la idea de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales por medio de su numeral 1:

Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden

interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Tratándose el derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado de un derecho humano reconocido en instrumentos internacionales se beneficia de sus teorías previamente existentes que tienen por objetivo aumentar su eficacia, por ello la obligación de progresividad o de avance continuo de los derechos humanos se traduce jurídicamente en una prohibición de regresión que permea al derecho ambiental.

Es a partir del año 2001 que la Corte Constitucional mediante su jurisprudencia inicia el camino para el desarrollo del principio de no regresión, siempre ligado al ideal de progresión de los derechos humanos. De esta forma, al referirse sobre la normatividad de los derechos prestacionales en el voto 2001-3825 dispuso:

“La Constitución Política reconoce a favor del individuo y de los grupos sociales una gama extensa y muy variada de derechos, algunos de forma expresa, otros colegibles a partir de la comprensión del sistema que forman sus normas y principios. Algunas de estas prerrogativas (sin importar si son individuales o colectivas) tienen un carácter eminentemente social, al

³⁶ Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

³⁷ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

³⁸ Ley N° 4229-A de 11 de diciembre de 1968.

constituir derechos a la recepción de determinadas prestaciones por parte del Estado. Puede tratarse de bienes o de servicios, pero que en todo caso debe la Administración brindar debido al mandato (específico o genérico) contenido en la Ley Fundamental. Si se trata de una referencia general (vgr. protección a la madre y a los menores, cfr. artículo 51 constitucional), son los representantes de la soberanía popular, quienes a través de la Ley formal, desarrollarán estos preceptos imponiendo las formas en que la Administración deberá actuar con la finalidad de hacerlos valer efectivamente. El hecho de que requieran de actuaciones de otros agentes para poder ser efectivamente realizados en nada les resta normatividad, pero sí hace más compleja (respecto de las libertades públicas, por ejemplo) su puesta en operación, y más exhaustiva la labor del contralor de constitucionalidad, al cual le cabrá discurrir respecto del grado de compromiso mostrado por el Estado a la hora de hacer valer las normas que reconozcan derechos sociales. Si el legislador no instituye los mecanismos idóneos para realizarlas, su omisión podría significar una violación a la Constitución Política. Si emite las normas legales necesarias para hacer efectivo ese derecho y es la Administración la que evade su acatamiento, entonces esta última actuación estaría lesionando en forma refleja el derecho fundamental, mediante el incumplimiento de un deber legal. Lo revisable aquí es en todo caso no el desacato de la norma legal per se, sino la incidencia

que dicha falta haya provocado en el respeto de la norma constitucional por aquella desarrollada”.

Siempre en el tema de los derechos fundamentales prestacionales, mediante la sentencia 2007-1378 la Sala Constitucional estableció su necesario vínculo con el principio de progresividad contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“En el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, los Derechos Humanos de Segunda Generación -también denominados Derechos Económicos, Sociales y Culturales- tienen como objetivo fundamental garantizar el bienestar económico y el desarrollo del ser humano y de los pueblos. En sentido subjetivo, los derechos fundamentales prestacionales, demandan la actividad general estatal -en la medida de las posibilidades reales del país- para la satisfacción de las necesidades individuales o colectivas. Objetivamente, se configuran como mínimos vitales para los individuos por parte del Estado. En este particular, la satisfacción de esas necesidades supone crear las condiciones necesarias y el compromiso de lograr progresivamente su goce, lo que se encuentra condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio- económica de un país. Respecto al disfrute de esas condiciones, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, impone a los poderes públicos una obligación de cumplimiento progresivo, que incluye respeto, protección, garantía y promoción”.

Fundamentándose en el numeral 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos lo Corte Constitucional reconoció la progresividad y no regresión del derecho fundamental a la educación:

“Nótese, adicionalmente, que a tenor del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (aprobada por la Ley No. 4534 del 23 de febrero de 1970), los estados deben adoptar medidas internas para (...) lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura (...)”, razón por la cual los poderes públicos deben mantener en sus políticas de mejoramiento cuantitativo y cualitativo del sistema educacional una tónica que revele un ritmo progresivo o, por lo menos, sostenido y no adoptar políticas y realizar actuaciones que lejos de implicar un progreso supongan un retroceso”. Voto 2002-11515.

“En atención a la regla de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, reconocida en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Estado costarricense se encuentra obligado a elaborar y ejecutar políticas tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad del derecho fundamental a la educación. A la luz del Derecho de la Constitución, solo son tolerables los progresos (y excepcionalmente el sostenimiento) en la prestación del servicio de educación pública, y no su regresión”. Voto 2003-2443.

En materia del derecho fundamental al trabajo y jornadas laborales, por medio del voto

2004-11882 la Sala Constitucional aplicó el principio de progresividad de los derechos humanos a la hora de interpretar las restricciones y limitaciones impuestas por ley:

“Bajo esta tesitura, existe una evidente falta de acuerdo entre lo que dispuso la Constitución, en punto al carácter, verdaderamente, calificado de las hipótesis de excepción del artículo 58 de la Constitución Política, situación que sí parece haber traducido, adecuadamente, el legislador cuando en el artículo 143 del Código de Trabajo, excluyó de los límites de la jornada de trabajo, únicamente, a aquellos empleados que laboren <<sin fiscalización superior inmediata>> y lo que, al respecto, estableció la Administración, porque en las disposiciones impugnadas no se excepciona del pago de horas extra, únicamente, a los funcionarios que laboran sin fiscalización superior inmediata, mismos que, de acuerdo con nuestro ordenamiento administrativo, vendrían a ser, únicamente, los jerarcas institucionales, es decir, los superiores jerárquicos supremos, dentro de la estructura organizativa de la Administración. Esta amplitud excesiva con la que las disposiciones impugnadas han regulado el supuesto de excepción bajo examen, resulta lesiva no sólo de lo dispuesto, expresamente, en la Constitución, en cuanto al carácter, verdaderamente, calificado del indicado régimen de excepción, sino también del principio de progresividad de los derechos fundamentales que obliga a todo operador del derecho a no interpretar en sentido restrictivo todo derecho fundamental o en sentido amplio

sus restricciones o limitaciones, en perjuicio de la persona tutelada y de su contenido, constitucionalmente, reconocido. En razón de lo expuesto, procede también declarar con lugar la acción en cuanto a este extremo, con las consecuencias que a continuación se detallarán”.

Siempre respecto al derecho fundamental al trabajo, el salario y la seguridad, en el voto 2009-10553 la Corte Constitucional realizó un análisis de los instrumentos internacionales de derechos humanos vinculados con el principio de progresividad haciendo énfasis en que debe evitarse todo género de medidas de regresión de los derechos económicos, sociales y culturales:

“De otra parte, en el contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ley No. 4229-A de 11 de diciembre de 1968, consagra, igualmente, los derechos al trabajo, al salario y a la seguridad social, en los artículos 6, 7 y 9 respectivamente. De igual modo y en relación al desarrollo progresivo de estos derechos sociales o prestacionales, el artículo 2, párrafo primero, dispone lo siguiente:

“(…) 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí

reconocidos (…)” (Lo resaltado no corresponde al original).

El artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Ley No. 4534 de 23 de febrero de 1970, señala lo siguiente:

“(…) Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El artículo 1° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” –aprobado por Ley No. 7907 de 3 de septiembre de 1999–, estatuye que los Estados parte “(…) se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles, y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”.

Siendo que los artículos 7°, inciso a), y 9°, de ese protocolo contemplan,

respectivamente, el derecho el derecho a un salario que consista en “Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción” y a la seguridad social que proteja “(…) contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa (…)”.

De los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, transcritos, se deduce el deber del Estado, de lograr niveles cada vez más altos en la satisfacción de los derechos sociales a través de la gradualidad y la progresividad, evitando todo género de medidas regresivas en su satisfacción.

En criterio de este Tribunal, en virtud de las obligaciones contraídas por el Estado costarricense en aras de reconocer y garantizar la progresiva tutela de los derechos fundamentales económicos y sociales, no resulta conforme con el Derecho de la Constitución dictar medidas que supongan un retroceso en la tutela y efectividad de un derecho social, máxime, cuando éste ha sido potenciado por la jurisprudencia del máximo”.

En la resolución 2011-13641 la Sala Constitucional ratifica su línea respecto a la función que ostenta el principio de progresividad en materia interpretativa de los derechos fundamentales:

“La Sala no soslaya que la existencia de normas internas sobre estos aspectos

obedecen a razones clínicas o médicas de carácter general, pero es claro que su aplicación debe valorarse siempre de conformidad con las situaciones particulares, pues sujetarse a la mera o simple descripción normativa riñe tajantemente con una plena protección de los derechos fundamentales, donde las características de continuidad y progresividad imponen criterios de interpretación ágiles y versátiles alejados de dogmatismos jurídicos ampliamente superados”.

En la sentencia 2010-14467 el Tribunal Constitucional otorgó carácter de mínimo o “piso” a las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, y en virtud de la aplicación del principio de progresividad, éstas pueden ser ampliadas por el Estado en el ordenamiento interno, prohibiendo su desconocimiento o restricción posterior a través de disposiciones legales o administrativas sin sustento técnico:

“Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la citada Convención, imponen la obligación al Estado, de adoptar en forma progresiva medidas que garanticen la plena efectividad de tales derechos. La doctrina habla de “obligaciones mínimas” de los Estados, que pueden ser ampliadas de acuerdo con los recursos disponibles y tomando en cuenta el grado de desarrollo de los Estados, conceptos presentes también en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. De manera que, si el grado de protección de los derechos es ampliado en el ordenamiento interno, los poderes públicos no podrían luego desconocerlos o restringirlos

a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente”.

Los más recientes fallos ratifican el carácter progresivo de los derechos humanos así como la prohibición de adopción de medidas restringidas sobre lo ya logrado:

Tampoco se trata de convertir «deseos» en derechos de una manera irracional, pues debe comprenderse que cuando se opera jurídicamente con derechos fundamentales, se está en el ámbito de los derechos humanos, siendo que una de sus características elementales es la progresividad, entendida esta como el proceso constantemente inacabado de conformación y consolidación del reconocimiento de un derecho humano determinado; de esta manera, se impone al Estado el deber de brindar respeto y garantía a todos los derechos humanos, obligación que es paulatinamente creciente y absolutamente exigible en todas las etapas de su desarrollo y crecimiento. Voto: 2011-6329.

Es así que al transformar esta Defensoría en la Contraloría, los principios y finalidades originarias deben igualmente ser entendidas respecto del nuevo órgano creado, pues precisamente se está ante la protección de los derechos humanos donde el carácter de progresividad que los caracteriza impide la adopción de medidas restrictivas sobre lo ya logrado. Es por ello, que para garantizar el avance progresivo

característico de estos derechos, y procurar mejores y más adecuadas instancias de protección, se impone declarar con lugar este recurso. Voto 2011-1985.

De los sentencias constitucionales antes expuestas es posible deducir la existencia de una línea jurisprudencial que reconoce abiertamente el proceso constante e inacabado de conformación y consolidación de los derechos humanos que impone al Estado el deber de brindarles respeto y garantía, obligación que es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección y exigible en todas las etapas de su desarrollo y crecimiento.

Esta misma línea jurisprudencial que reconoce la gradualidad, progresividad y eventualmente, el sostenimiento de los derechos humanos, impide a la vez todo género de medidas regresivas sobre lo ya alcanzado que supongan un retroceso en su tutela y efectividad a través de disposiciones legales o administrativas carentes de motivación técnica suficiente.

7- FUNDAMENTACIÓN BASADA EN EL DERECHO DE LA CONSTITUCIÓN.

El derecho a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado al estar reconocido expresamente por el numeral 50 de la Constitución Política de Costa Rica y ostentar estatus de derecho

humano fundamental³⁹, se beneficia de los privilegios constitucionales de rigidez, intangibilidad y reserva de ley, reconocidos a nivel jurisprudencial por parte de la Sala Constitucional:

“Efectivamente, a la luz del principio de la supremacía constitucional, los derechos y garantías -éstas últimas, entendidas como instrumentos de servicio y eficacia de los primeros-sociales, son irrenunciables; sin embargo, esta especial condición debe entenderse referida a todos los derechos fundamentales (concepto más amplio que “constitucionales), independientemente de la clasificación o categorización que se haga de ellos, precisamente en virtud de su especial naturaleza, al conformarse de la esencia y condición del ser humano y su dignidad, en tanto los derechos fundamentales no pueden estar sometidos a la libre disposición de su beneficiario. Se entiende que la renuncia se configura en la manifestación expresa de abandono del derecho y su absoluta prescindencia. De manera que hay un interés público en la intangibilidad de los derechos fundamentales,

en protección de su beneficiario, precisamente para ponerlo a salvo de presiones indebidas que puedan orientar su accionar en ese sentido”. Voto 2000-878.

“Los derechos fundamentales, en el orden constitucional, ostentan una doble dimensión, son derechos subjetivos y son derechos objetivos. Por un lado son subjetivos, o sea derechos de los individuos, no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan la libertad en el ámbito de la convivencia democrática. Por otro lado, son elementos esenciales del ordenamiento objetivo, por cuanto éste se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica. En razón de su importancia, la Constitución ha previsto instrumentos normativos, especialmente reforzados, dirigidos a evitar la alteración de su contenido o la limitación de sus alcances por cualquier institución estatal: las garantías constitucionales. De lo anteriormente argumentado se deduce que la mutación o limitación del estatuto de los derechos fundamentales no implica una mera

³⁹ *“Nuestra Constitución Política, en su artículo 50, reconoce expresamente el derecho de todos los habitantes presentes y futuros de este país, de disfrutar de un medio ambiente saludable y en perfecto equilibrio. El cumplimiento de este requisito es fundamental garantía para la protección de la vida y la salud públicas, no sólo de los costarricenses, sino además de todos los miembros de la comunidad mundial. La violación a estos fundamentales preceptos conlleva la posibilidad de lesión o puesta en peligro de intereses a corto, mediano y largo plazo. La pérdida de biodiversidad producto de la contaminación, de la explotación inadecuada de especies, entre otras, es una de las formas a través de las cuales puede ser rota la integridad del ambiente, con resultados la mayoría de las veces irreversibles y acumulativos. El Estado costarricense se encuentra en la obligación de actuar preventivamente evitando -a través de la fiscalización y la intervención directa- la realización de actos que lesionen el medio ambiente, y en la correlativa e igualmente ineludible prohibición de fomentar su degradación. Es deber de la Sala Constitucional, como órgano encargado de la defensa de los derechos fundamentales, servir de contralor del cumplimiento de los deberes que para el Estado costarricense implica el citado artículo 50, que lo obliga no apenas a reconocer el derecho al medio ambiente, sino además a utilizar todos los medios material y jurídicamente válidos para su protección contra los ataques de que pueda ser objeto”.* Voto 2006-1109.

amputación parcial de la Constitución, sino que entraña la sustitución plena de la Constitución y el irrespeto a la voluntad popular. Todo lo anterior explica, porqué desde las primeras constituciones costarricenses, se consagró el principio de la “rigidez”, es decir, de la inalterabilidad del catálogo de derechos fundamentales y libertades ciudadanas o públicas. Voto 2003-2771.

A la luz de ambas sentencias resultaría imposible e impensable la derogación o modificación regresiva del contenido del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado consagrado en el numeral 50 de la Constitución Política, sin embargo sí es factible que se susciten regresiones a dicho derecho fundamental a raíz de omisiones al deber de desarrollar vía legal o reglamentaria normas ambientales que tornen ineficaz dicho derecho.

De esta forma, a partir de la sentencia número 1990-101 la Sala Constitucional

considera violatorio al inciso 3 del numeral 140 constitucional las omisiones del Poder Ejecutivo respecto a reglamentar leyes, en el tanto que si bien en principio el ejercicio de la potestad reglamentaria es de carácter discrecional, esa posibilidad es inaplicable cuando el legislador ha impuesto al Poder Ejecutivo la obligación de reglamentar una ley.⁴⁰ Al amparo de este criterio jurisprudencial la omisión a reglamentar normas ambientales representa una regresión ambiental que violenta el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, tal y como lo reiteró la Sala Constitucional al obligar al Poder Ejecutivo a reglamentar tanto la Ley de Pesca y Acuicultura como el artículo 71 de la Ley Orgánica del ambiente sobre contaminación visual:

“El artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, permite analizar por la vía del amparo la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar o hacer cumplir lo dispuesto por una norma, cuando dicha inactividad guarde relación con la tutela de un derecho fundamental.

40 “...distinto es el caso en el cual el legislador expresamente le impone en la ley el deber de reglamentarla. Aquí se hace inescapable para el Poder Ejecutivo el ejercicio de esa competencia. Dentro del ilimitado espacio de la legislación, aquí el destinatario de un deber hacer es el Poder Ejecutivo y, como tal, queda sujeto a la orden contenida en la Ley. Desaparece para él toda discrecionalidad, pues la norma legal regló su actuación, de modo que el ejercicio de la competencia se hace inevitable. En el tanto se haya apartado de lo ordenado, en ese tanto hay una infracción constitucional, pues como se sabe, el Poder Ejecutivo tiene una doble sumisión al estar sujeto a la Constitución y a la Ley. No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio”. De lo anterior se deduce que existe una doble vinculación del Poder Ejecutivo, por un lado a la ley y por otro a la Constitución. Por ello, es evidente que la Administración no cuenta con discrecionalidad alguna para excusarse de reglamentar una ley si así ha sido ordenado por el Legislador o por el Constituyente –teniendo en cuenta, asimismo, los alcances del principio de legalidad-. Cabe mencionar que el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política establece el deber del Poder Ejecutivo de sancionar, promulgar y reglamentar las leyes. Por ese motivo, este precepto resulta vulnerado si el Poder Ejecutivo soslaya su obligación de reglamentar las leyes, aún cuando no se afecta otra norma constitucional. Es decir, en todos los casos en que exista una omisión reglamentaria, el Poder Ejecutivo lesiona al menos el inciso 3) del artículo 140, eso sin contar la posible vulneración a cualquier otra norma que reconozca un derecho y que se vea afectada por esa omisión; en tales casos, dicha omisión es susceptible de control por la vía del recurso de amparo si esa inactividad está vinculada al disfrute de un derecho fundamental; de no ser así, siempre se puede efectuar el control por la vía de la acción de inconstitucionalidad por omisión. Lo anterior, evidencia que el Poder Ejecutivo no cuenta con ningún grado de discrecionalidad en los casos en que la Constitución o la ley le establecen una obligación de reglamentar (...)” Sentencia número 1990-101.

En el presente asunto, los recurrentes cuestionan la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar la Ley de Pesca y Acuicultura, la cual fue publicada en la Gaceta 78 del veinticinco de abril de dos mil cinco. Sobre el particular, debe mencionarse que el artículo 175 de la norma de cita establece que el Poder Ejecutivo debía emitir el reglamento respectivo para dicha ley, dentro del plazo de noventa días a partir de su publicación, no obstante del informe rendido por las propias autoridades recurridas se desprende que a la fecha no se procedido a cumplir con lo dispuesto por dicho ordinal. A criterio de este Tribunal la inactividad del Poder Ejecutivo constituye una clara violación de los recurridos a lo dispuesto por el artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política, omisión que es susceptible de ser conocida por vía del amparo, al estar en peligro el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado debido a la falta de emisión del reglamento antes mencionado. Lo anterior, por cuanto la norma que se echa de menos debe regular una serie de puntos relacionados con la pesca y la explotación adecuada de los recursos marítimos, conforme lo dispone la propia Ley 8436, tales como: a) la garantía económica que deberán rendir las entidades y empresas nacionales o extranjeras a las que se otorgue permiso de pesca con fines exploratorios -artículo 18-; b) las especies de tiburón carentes de valor comercial y el aprovechamiento que se dará a éstas para otros fines de la actividad pesquera -artículo 40-; c) el tamaño y pesos

proporcionales de cada especie de camarón por capturar -artículo 45-; d) los requisitos de sustitución, construcción e importación de las embarcaciones palangreras, así como las dimensiones y los sistemas o artes de pesca -artículo 62-; e) el trámite que debe seguir el titular de un proyecto acuícola, desee introducir una o más especies diferentes de las concedidas inicialmente, ampliar o modificar el área que le fuera autorizada -artículo 85-; f) los lineamientos que debe seguir cualquier actividad de cultivo y manejo, independientemente del nivel y estadio de desarrollo de especies de flora y fauna acuáticas, para fines productivos o de investigación por parte de instituciones públicas o privadas -artículo 89-; g) los requisitos y las condiciones de traslado de especies acuáticas, nativas o exóticas, de un cuerpo de agua a otro del país - artículo 97- ; h) los requisitos y las condiciones necesarios que deberán cumplir los patrones de pesca o capitán de la embarcación pesquera.-artículo 118-; i) los requisitos mínimos que deberán cumplir las instalaciones portuarias y marinas utilizadas para el desembarco y la limpieza de las capturas. Los aspectos mencionados anteriormente, sin lugar a dudas guardan una íntima relación con la explotación y aprovechamiento sostenible de los recursos marítimos del país, de ahí que la falta de reglamentación adecuada de los mismos, sin duda alguna conlleva a poner en peligro los ecosistemas marinos y el medio ambiente en general, situación que puede generar repercusiones para la población de Costa Rica con el tiempo.

Por otra parte, y sin demérito de lo anterior, conviene agregar que al estar de por medio el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, las autoridades recurridas se encuentran en la obligación de garantizar la participación ciudadana en la elaboración del reglamento a la Ley de Pesca y Acuicultura, pues ello es un derecho que es inherente a los habitantes del país, en razón de lo dispuesto por el propio constituyente, tal y como se indicó en el considerando V de esta sentencia”. Voto: 2009-8065. “Del análisis del caso este Tribunal verifica que la Ley Orgánica del Ambiente fue publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, de manera que, el Poder Ejecutivo desde hace trece años tenía la obligación legal de conformidad con los artículos 11 y 194 de la Constitución Política de regular el contenido del artículo 71 de la ley 7554, referente a la contaminación visual. De lo expuesto, y de conformidad con el artículo 49 párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional mismo que establece: “Si el amparo hubiere sido establecido para que una autoridad reglamente, cumpla o ejecute lo que una ley u otra disposición normativa

ordena, dicha autoridad tendrá dos meses para cumplir con la prevención”; lo procedente es declarar con lugar el recurso por la omisión del Poder Ejecutivo de reglamentar el artículo 71 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 publicada en la Gaceta número 215 del trece de noviembre de mil novecientos noventa y cinco. Se concede al Poder Ejecutivo el plazo de dos meses a partir de la notificación de esta sentencia, para que proceda a la reglamentación del artículo 71 de la Ley 7554”. Voto número 2008-11696.

Además, del principio constitucional de reserva de ley de los derechos fundamentales⁴¹ es posible también derivar la obligación de no regresión en materia ambiental. Del principio de reserva de ley se extrae la obligación negativa, tanto del Poder Legislativo como del Ejecutivo, de no restringir o limitar el derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, restricciones o limitaciones que de darse implicarían ineludiblemente regresiones en materia ambiental.

Por último, del propio artículo 50 constitucional también es posible interpretar la imposibilidad de regresiones relativas a este derecho fundamental, dicho numeral reza:

⁴¹ “En primer lugar, el principio mismo de “reserva de ley”, del cual resulta que solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales -todo, por supuesto, en la medida en que la naturaleza y régimen de éstos lo permita, y dentro de las limitaciones constitucionales aplicables-; En segundo, que sólo los reglamentos ejecutivos de esas leyes pueden desarrollar los preceptos de éstas, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas, y que deben respetar rigurosamente su “contenido esencial”; y En tercero, que ni aun en los reglamentos ejecutivos, mucho menos en los autónomos u otras normas o actos de rango inferior, podría válidamente la ley delegar la determinación de regulaciones o restricciones que sólo ella está habilitada a imponer; de donde resulta una nueva consecuencia esencial: Finalmente, que toda actividad administrativa en esta materia es necesariamente reglada, sin poder otorgarse a la Administración potestades discrecionales, porque éstas implicarían obviamente un abandono de la propia reserva de ley”. Voto: 1992-3550.

El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

A todas luces, la obligación estatal de garantizar, defender y preservar este derecho es creciente, gradual y progresiva en procura siempre de mejores y más adecuadas instancias de protección teniendo como norte lograr su mayor eficacia, exigencias que por ende se oponen a cualquier idea de regresión. Respecto a estos deberes el Tribunal Constitucional ha dicho:

“La Constitución Política establece que el Estado debe garantizar, defender y preservar ese derecho. Prima facie garantizar es asegurar y proteger el derecho contra algún riesgo o necesidad, defender es vedar, prohibir e impedir toda actividad que atente contra el derecho, y preservar es una acción dirigida a poner a cubierto anticipadamente el derecho de posibles peligros a efectos de hacerlo perdurar para futuras generaciones. El Estado debe asumir un doble comportamiento de hacer y de no hacer; por un lado debe abstenerse de atentar él mismo contra el derecho a contar con un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y por otro

lado, debe asumir la tarea de dictar las medidas que permitan cumplir con los requerimientos constitucionales”. Voto 1999-644.

Fundamentado tanto en el artículo 50 constitucional, como en el principio precautorio (parámetro y condicionante de constitucionalidad) el Tribunal Constitucional mediante un reciente primer precedente, reconoció por primera vez el carácter progresivo del derecho fundamental al ambiente y su consecuente no regresividad al resolver una consulta de constitucionalidad respecto al proyecto de modificación de la Ley de Concesiones y Operación de Marinas Turísticas, al efecto expuso lo siguiente:

“De tal forma, el principio precautorio encuentra aplicación en la medida que se carezca de certeza en cuanto al daño a producir y las medidas de mitigación o reparación que deben implementarse, pues al tenerse certeza sobre el tipo o magnitud del daño ambiental que puede producirse y de las medidas que deberán adoptarse en cada momento, se elimina todo sesgo de duda y, por consiguiente, resultaría impropio dar aplicación al principio precautorio. Dicho de otro modo, el principio precautorio debe ser aplicado en supuestos de duda razonable o incerteza, mas no cuando se tiene certeza del tipo de daño y de las medidas que deban adoptarse, ya que por su propia naturaleza resulta inviable la aplicación de este principio. Sin embargo, en el presente caso se echa de menos esta valoración. Ciertamente, cada concesión requerirá de previo un estudio de impacto ambiental evaluado por parte de SETENA, no obstante lo anterior,

algunos de estos ecosistemas, por ejemplo las reservas marinas, son áreas que fueron protegidas precisamente con la intención de que en esta zona no se realice ninguna actividad extractiva y no se vea afectada tampoco, por ningún tipo de contaminación (escapes de motores, contaminaciones acústicas, contaminaciones luminosas, etc.), para que la flora y la fauna se vayan regenerando a lo largo del tiempo, hasta que sus poblaciones alcancen el mayor número de ejemplares que pueda haber en ese sitio; lo cual es totalmente excluyente con la concesión de una marina turística por los efectos que evidentemente lo alterarán. Otros ecosistemas de los citados puede ser que no requieran necesariamente una veda absoluta de toda actividad, pero cualquier autorización en ese sentido debe ser valorada y anticipada. Como ya se indicó, resulta irrazonable proteger unas zonas y otras no sin un criterio técnico que así lo sustente, pues ello resulta lesivo del principio precautorio y del principio de progresividad del ámbito de tutela de los derechos fundamentales". Voto 2010-18702.

Un aspecto a resaltar es que ese mismo primer precedente sobre la progresión y no regresión del derecho fundamental al ambiente contó con un voto salvado por parte de los magistrados Mora Mora, Castillo Víquez y Hernández Gutiérrez, quienes a diferencia del pronunciamiento de mayoría,

le dieron una connotación de temporalidad a las medidas ambientales a adoptarse a favor del ambiente, disponiendo que éstas no deberían ser extremas e inmediatas sino graduales, escalonadas y progresivas cuando puedan afectar otros derechos fundamentales,⁴² al efecto se transcribe un extracto del voto de minoría:

"El legislador al desarrollar los derechos fundamentales debe velar por su progresiva intensificación y extensión de su eficacia y, en general, por su plena efectividad, para evitar cualquier regulación regresiva y restrictiva. (Ver, entre otras, sentencia número 2003-02794 de las catorce horas cincuenta y dos minutos del ocho de abril de dos mil tres). En materia ambiental el principio de progresividad implica por un lado la obligación de adoptar soluciones graduales, evitando medidas drásticas en pro de la protección del entorno. La progresividad evita soluciones extremas que comporten la anulación de derechos fundamentales a las personas humanas balanceando los tres objetivos principales -ambiental, social y económico- ya mencionados. Por otro lado, como pauta de interpretación y operatividad de un derecho fundamental, la progresividad implica que el esfuerzo hecho por el Estado en cuanto a la protección del ambiente no puede disminuir, sino que debe ser cada vez mayor; sobre todo a partir de las reglas derivadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la

42 La connotación de temporalidad del principio de progresividad de los derechos fundamentales ya había encontrado eco anteriormente en la jurisprudencia constitucional aplicada en materia de eliminación de discriminación y promoción de las personas con discapacidad en el voto 2006-1344.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo o Declaración de Río. Del análisis de las normas transcritas estimamos, contrario a lo dispuesto por la mayoría de este Tribunal, que el proyecto de ley no lesiona el principio de progresividad". Voto 2010-18702.

8- LÍMITES Y EXCEPCIONES PERMITIDAS AL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN.

Si bien la principal obligación que conlleva la correcta aplicación del principio de no regresión es la de no retroceder, no afectar el nivel de protección ambiental adquirido y no derogar o modificar normativa vigente siempre que esto pueda afectar, disminuir o menoscabar el nivel actual de protección, bajo ciertas circunstancias, condiciones y excepciones, actos que podrían calificarse a priori como regresiones ambientales resultarían lícitos.

En primera instancia el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto. Al igual que como sucede con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia, técnica, conveniencia y la lógica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de garantizar, defender y preservar este derecho, por los principios de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o

evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.⁴³

Como lo señala Cabrera,⁴⁴ la Sala Constitucional ha sido conteste que con respecto a la materia ambiental se debe de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general, de donde se deriva la exigencia de la vinculación a la ciencia y a la técnica, con lo cual se condiciona la discrecionalidad de la Administración. Al respecto el voto constitucional 2006-17126 dispuso:⁴⁵

"De la objetivación de la tutela ambiental: el cual, tal y como lo señaló este Tribunal en sentencia número 14293-2005, de las catorce horas cincuenta y dos minutos del diecinueve de octubre del dos mil cinco, es un principio que en modo alguno puede confundirse con el anterior, en tanto, como derivado de lo dispuesto en los artículos 16 y 160 de la Ley General de la Administración Pública, se traduce en la necesidad de acreditar con estudios técnicos la toma de decisiones en esta materia, tanto en relación con actos como de las disposiciones de carácter general – tanto legales como reglamentarias–, de donde se deriva la exigencia de la "vinculación a la ciencia y a la técnica", con lo cual, se condiciona la discrecionalidad de la Administración en esta materia. De manera que en atención a los resultados que se deriven de esos estudios técnicos – tales como los estudios de impacto

43 Al respecto puede consultarse el voto 2006-17126.

44 Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010

45 También pueden consultarse las sentencias constitucionales: 2006-11562, 2008-18529 y 2009-1056, entre otras.

ambiental–, si se evidencia un criterio técnico objetivo que denote la probabilidad de un evidente daño al ambiente, los recursos naturales o a la salud de las personas, es que resulta obligado desechar el proyecto, obra o actividad propuestas; y en caso de una “duda razonable” resulta obligado tomar decisiones en pro del ambiente (principio pro-natura), que puede traducirse en la adopción, tanto de medidas compensatorias como precautorias, a fin de proteger de la manera adecuada el ambiente”.

Bajo el anterior enfoque, la desafectación o disminución de los límites geográficos de áreas silvestres protegidas encontrarían validez jurídica siempre que se encuentren fundamentadas y justificadas en estudios técnicos y científicos, y se realicen a través de ley de la República, tal y como lo exige el Convenio de Washington y el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, y por tanto, tales casos no podrían ser calificadas de regresiones ambientales.

A contrario sensu, los decretos ejecutivos 34282-TUR-MINAE-C del 25 de enero de 2008 que modificó los límites del Refugio Nacional de Vida Silvestre San Lucas; 34043-MINAE del 11 de setiembre de 2007 que modificó el área del Refugio Nacional de Vida Silvestre Gandoca-Manzanillo y el Decreto Ejecutivo 35748-MP-MINAET-MI-VAH del 08 de enero de 2010 que reformó el Plan Regional de Desarrollo Urbano del Gran Área Metropolitana, sí constituyeron abiertas regresiones ambientales al no contar con justificación técnica ni científica que permitiera sustentar los fines propuestos en cada uno de ellos, siendo así reconocido por la Sala Constitucional al declararlos incons-

titucionales mediante los votos 2009-1056, 2010-13099 y 2011-13436 respectivamente.

En otro orden de ideas, de conformidad con la jurisprudencia constitucional sería posible la existencia de regresiones ambientales de carácter temporal, como podrían ser la inaplicación de normas o relajación de umbrales de protección, siempre que se trate de situaciones excepcionales justificadas en un estado de urgencia, emergencia o necesidad, e que las medidas adoptadas sean transitorias, tengan como propósito el bien común y sean justas, razonables proporcionadas. Sobre este tipo de situaciones excepcionales en materia ambiental ha sostenido la Sala:

“De la vinculatoriedad de la normativa ambiental, como consecuencia directa del principio de legalidad regulado en el artículo 11 constitucional y 11 de la Ley General de la Administración Pública, la Administración Pública está obligada a cumplir con el bloque de legalidad; sujeción que tiene especial connotación en relación con la tutela del ambiente, en tanto, al tenor de la obligación impuesta al Estado en su conjunto en el artículo 50 constitucional, es que se denota su indisponibilidad respecto de las instituciones públicas –condición que también se da respecto de los particulares–, esto es, no está sujeto a pacto o convenio en razón de la trascendencia que tiene para la vida y sobrevivencia de la humanidad; lo que hace imposible su excepción, salvo claro está, en situaciones de urgencia o emergencia, que en sí mismo, es una condición de fuente de derecho (al respecto consultar la sentencia 2340-92). Es así como resultan vinculantes

para las instituciones públicas el conjunto que conforma el Derecho Ambiental, formado tanto los principios constitucionales ambientales –que delimitan el contenido de este derecho fundamental–, como las diversas disposiciones normativas sobre la materia (legales y reglamentarias), así como los estándares ambientales, y requisitos dispuestos para la realización de proyectos que incidan sobre el ambiente; y que, están inmersos en la gestión pública encomendada a cada una. Por ello, es que son exigibles la realización de estudio de impacto ambiental, la conformidad de los proyectos con los planes reguladores (en las municipalidades donde hay), la adecuación del funcionamiento de las plantas y proyectos a los estándares ambientales, etc.; caso contrario, sería admitir un “derecho del Estado a contaminar”, lo que es imposible en atención al contenido del propio artículo 50 constitucional, según se ha indicado anteriormente, y como lo ha entendido este Tribunal (entre otras, consultar las sentencias número 5668-94, 5654-95, 8001-97, 2004-1923, 2005-15769, 2006-1963, y 2006-4497), al haber exigido a diversas instituciones públicas el cumplimiento de esa normativa a fin de tutelar de la manera debida el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”. Voto 2006-17126.

“El “estado de necesidad” permite al Poder Ejecutivo excepcionar cualquier

área de actividad del trámite ordinario y ese ejercicio conlleva, en algunos casos, un desplazamiento y otros un acrecentamiento de competencias; el derecho excepción -formado por el conjunto de normas dictadas en un momento de necesidad- deviene en inconstitucional en caso de normalidad, precisamente por ello, esta Sala estima que debe ser reflejo cierto de una realidad fáctica excepcional; otra de las características esenciales del estado de emergencia es su transitoriedad, no es admisible un trámite de excepción para realizar actividad ordinaria de la administración, aunque ésta sea de carácter urgente; además, la medida de emergencia para que se entienda como de desarrollo constitucional debe tener como propósito el bien común, debe ser justa y razonable (proporcionada en sentido estricto). Es decir, no basta con que se justifique el accionar administrativo en un estado de necesidad, la actuación material o normativa de la administración -en casos de necesidad- siempre podrá ser enjuiciada a luz de los principios que se han señalado y de ello nos ocuparemos a continuación”. Voto 2001-6503

A manera de conclusión, y tal como quedó plasmado en el Documento de Convocatoria adoptado en la Reunión Mundial de Juristas y Asociaciones de Derecho Ambiental de los estados participantes de la Conferencia de

Río+20⁴⁶ y en la resolución del Parlamento Europeo B7-0522-11 del 20 de setiembre de 2011,⁴⁷ se hace necesaria la consagración expresa del principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente en la medida que si queremos lograr una rápida y eficaz implementación del desarrollo sostenible es esencial hacer progresar el derecho ambiental e integrarlo mejor en las otras ramas de nuestra disciplina jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Rojas, Grethel e Iza, Alejandro, Derecho Ambiental en Centroamérica, Tomo I, UICN, 2009.

Berros, María Valeria y Sbresso Luciana, Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, 2011.

Cabrera Medaglia, Jorge, Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Cabrera Medaglia, Jorge, “Las comunicaciones ciudadanas del CAFTA-DR por incumplimiento de la ley ambiental: Consideraciones sobre un procedimiento nacional”, 2011.

Cafferatta, Néstor, Los Principios del Derecho Ambiental, en Revista de Derecho Ambiental del Instituto de Derecho y Economía Ambiental, 2009, disponible en: <http://www.>

idea.org.py/gfx/espanol/descargas/biblioteca/LOS_PRINCIPIOS_DEL_DERECHO_AMBIENTAL.pdf

Cañiza, Hugo Enrique – Merlo Faella, Ricardo, Derecho Ambiental con especial énfasis en la legislación paraguaya, Marben Editora, 2005.

Jaquenod de Zsögön, Silvia, El Derecho Ambiental y sus Principios Rectores, Editorial Dykinson 3ª edición. 1991.

Jiménez Meza, Manrique, Jurisprudencia Constitucional y Daño Ambiental, en Seminario sobre Daño Ambiental, Memoria, Procuraduría General de la República, San José, 2001.

Jordano Fraga, Jesús, Derecho Ambiental Siglo XXI, Medio y Derecho, Revista Electrónica de Derecho Ambiental, número 9, Universidad de Sevilla, 2002.

López Ramón, Fernando, Introducción General: Regresiones del Derecho Ambiental, disponible en: http://www.actualidadjuridica-ambiental.com/wp-content/uploads/2010/03/valoracion_general_2011.pdf

Lorenzetti, Ricardo L., Las Normas Fundamentales de Derecho Privado, Rubinzal- Culzoni, 1995.

Piza Escalante, Rodolfo “La Justicia Constitucional en Costa Rica” Editorial Investigaciones Jurídicas, 2004.

Prieur, Michel, El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental, 2011.

Prieur, Michel, La déréglementation en matière d’environnement, Revue juridique de l’environnement, n.º 3, 1987.

Valls, Mario Francisco, Presupuestos Mínimos Ambientales, 2011.

Vigo, Rodolfo, Los principios generales del Derecho, en Revista Jurisprudencia Argentina, 1986.

⁴⁶ Realizada en Limoges, Francia los días 29 y 30 de septiembre y 1 de octubre de 2011,

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo sobre la elaboración de una posición común de la Unión Europea ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), accesible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B7-2011-0522+0+DOC+XML+V0//ES>

COMENTARIOS EN RELACIÓN CON LA REFORMA OPERADA A LA LEY DE PROTECCIÓN AL REPRESENTANTE DE CASAS EXTRANJERAS, N° 6209 Y DEROGACIÓN DEL INCISO B) DEL ARTÍCULO 361 DEL CÓDIGO DE COMERCIO, LEY N° 3284.

*Lic. Carlos José Carrera Castillo**

I- INTRODUCCIÓN:

Dentro de los compromisos suscritos y asumidos por la República de Costa Rica, con ocasión de la aprobación mediante **Referendo** del Tratado de Libre Comercio con República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América (en lo sucesivo, indistintamente **TLC o CAFTA**), en el capítulo 11, anexo 11.13 (compromisos específicos, la sección a) del Tratado relacionado, encontramos la obligación de derogar parcialmente y modificar o reformar la Ley N° 6209 (Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras) y el artículo 361 inciso b) del Código de Comercio.

Mediante **Ley N° 8629** publicada en La Gaceta N° 243 del 18 de diciembre de 2007, ha operado una reforma de la Ley N° 6209 sobre la premisa de adecuar la legislación interna a los compromisos adquiridos por Costa Rica dentro del Tratado de Libre Comercio o CAFTA.

Pretendemos desarrollar en este artículo, haciendo comentarios y glosando las modificaciones, reformas, adiciones y derogatorias al texto legal citado, para los efectos de describir de manera general la nueva regulación sobre ésta materia y las reformas y adiciones legislativas que introduce.

II- REFORMAS:

El artículo 1° de la Ley N° 8629, reforma en primer lugar el inciso e) del artículo 4° de la Ley N° 6209, consistente en introducir un nuevo apartado que contiene el siguiente supuesto:

“Artículo 4.- Son causas justas para la terminación del contrato de representación, distribución o fabricación, con responsabilidad para la casa extranjera:..e) El nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante, cuando los afectados hayan ejercido la representación,

* Posgrado de Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de Costa Rica.
Profesor de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

distribución o fabricación en forma exclusiva y tal exclusividad haya sido pactada expresamente en el contrato respectivo. (lo subrayado no es del original).

Lo destacado constituye el agregado que contiene la reforma legal realizada. En el texto original del **TLC o CAFTA**, capítulo 11, anexo 11.13, sección a), apartado 2, punto c), se dispone el término “*explícitamente*” en lugar de “*expresamente*” como ha quedado en el artículo 4 inciso e) de la Ley.

Se incluye, a partir de la entrada en vigencia de ésta ley, que para alegar o invocar ésta causal (nombramiento de un nuevo representante, distribuidor o fabricante en el territorio nacional) **debe** la casa nacional demostrar o comprobar la existencia de una cláusula o disposición convencional en la que se haya pactado con la casa extranjera de manera expresa (no tácita o verbal) la “**exclusividad**” de la representación, distribución o fabricación.

Desde el punto de vista de los contratos de colaboración empresarial, entre los que sobresalen la agencia y distribución comercial, el legislador nacional, en principio, no ha considerado los caracteres **consensual y no formal** que le reconoce la doctrina mercantil a este tipo de contratos (1) (**MARZORATI**, Osvaldo J. Sistemas de distribución comercial. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1° reimpresión, 1992, páginas 62 y 63. En igual sentido: **FARINA**, Juan M. Contratos Comerciales Modernos, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2° edición actualizada y ampliada, 1997, páginas 415 y 416, sostiene que: “ *El contrato de distribución es un contrato consensual, en el cual impera la libertad de formas*). Nuestra

legislación, afirmamos, al exigir la forma expresa impone la escritura como criterio probatorio de la existencia del “pacto de exclusividad”, lo que viene a contrariar lo que ha sostenido un sector calificado de la doctrina. La exclusividad es un *elemento natural* del contrato de distribución comercial y **MARZORATI** sobre el tema ha expresado: “*La cláusula de exclusividad puede ser estipulada o no, tal como ocurre en gran variedad de contratos, y ser unilateral o bilateral*” (2) **MARZORATI**, en su *ibid*, pág. 66. Es decir, la “exclusividad”, no necesita ser pactada de manera expresa, dado los caracteres consensual y no formal del contrato, que prevén como posible la conclusión (perfección) del contrato de manera tácita y verbal.

El numeral 411 del Código de Comercio regula el principio de libertad de la forma de los contratos comerciales, al estipular genéricamente que no están sujetos, para su validez a formalidades especiales, sin embargo, ese precepto reconoce las excepciones a esta norma general, entre ellas las previstas por las leyes especiales que exigen o requieran formalidades o solemnidades especiales, lo que se desarrolla en los subsiguientes artículos 412 a 414 del Código de Comercio y en el artículo 4 inciso e) de la Ley N° 8629. Así las cosas, siendo una excepción al principio general de libertad de la forma, la exigencia del pacto expreso a propósito de la “exclusividad” queda cubierta por lo previsto en el Código de Comercio. Entonces, según nuestra opinión, ha operado la supresión de la denominada “*exclusividad de hecho*” o “contrato realidad” que ha sido reconocida por algunos fallos de nuestros Tribunales de Justicia (ver, **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia**, N° 941, de las 16:16 horas del 20 de diciembre de 2000),

es decir, aquella originada tácitamente como consecuencia de prácticas consuetudinarias entre las partes.

El fundamento para establecer el “**pacto de exclusividad**” de manera expresa encuentra su explicación en las siguientes razones:

a) La asunción del compromiso de Costa Rica con la aprobación del Tratado de Libre Comercio (NAFTA), en tanto, se adquieren obligaciones en el capítulo 11, sobre comercio transfronterizo de servicios, específicamente, en el anexo 11.13, que se denomina compromisos específicos, la sección a) de Costa Rica y particularmente responde al párrafo segundo inciso c), en donde se establece que Costa Rica deberá adecuar un nuevo régimen legal y donde el inciso c), que la operación se entenderá exclusiva sólo si el contrato explícitamente establece que la relación es exclusiva, b) por lo dispuesto en los artículos 10 y 12 de la Ley de Promoción Efectiva de la Competencia y Defensa del Consumidor (Ley N° 7472) que las consideran prácticas monopolísticas relativas.

Retomando el tema de la forma expresa en relación con la cláusula de exclusividad, estimamos que la interpretación que procede en relación con ese tópico es la que exponemos: No debemos llevar a extremos la exigencia de la forma escrita para todo el contenido del contrato; tal requisito está previsto limitadamente a la “cláusula de exclusividad”. Ello significa que la relación convencional puede pactarse entre la casa nacional y extranjera en forma consensual, de manera tácita incluso verbalmente. La necesidad de contar con la “cláusula de exclusividad”, de manera expresa, opera solamente para el caso de la terminación del

contrato por el nombramiento de un nuevo distribuidor, representante o fabricante y cuando la casa nacional alegue ese motivo o razón para la finalización de la relación contractual. Estimamos, que la “cláusula de exclusividad” expresa puede ser demostrada al amparo del canon 413 del Código de Comercio mediante cartas, telegramas o facsímiles, siempre que el original esté firmado por el remitente, o se pruebe que han sido debidamente autorizados por este. También, dentro de esa categoría debe incluirse el correo electrónico o cualquier otro medio electrónico que sea susceptible de ser probado dentro del proceso judicial (artículo 431 del Código de Comercio y 368 del C.P.C.). La forma escrita para los efectos de interpretación y comprobación de la existencia de la “cláusula de exclusividad” resulta recomendable, sin embargo, dentro de las relaciones comerciales, como consecuencia de los usos y costumbres mercantiles (artículo 2° del Código de Comercio) en ciertos casos, esas convenciones que incorporaran la “exclusividad” se perfeccionan sin recurrir a la forma escrita, siendo que nuestro legislador ha dejado éstas últimas sin tutela o protección para el supuesto de una terminación por nombramiento de otro distribuidor o representante por la Casa Extranjera en el territorio nacional.

La “cláusula de exclusividad” es válida solamente entre las partes contratantes pero no es oponible a terceros (3) **MARZORATI**, *ibid*, pág. 95. En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia nacional en el fallo de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia N° 216 de las 15:30 horas del 6 del 12 de 1991: “*El contrato realizado entre P. M. S.A. y T. M. C. surte efectos legales únicamente entre las partes contratantes, sin que puedan alcanzar a terceros ni derivarse*

de él que la exclusividad otorgada a la actora, vede a otras personas o empresas la importación y venta de los vehículos con la relacionada marca”.

No se regula o se prevé con la reforma legal operada, el supuesto de hecho cuando la Casa Matriz termina la relación convencional con el distribuidor, representante o fabricante nacional y decide instalarse ella, o por medio de una sociedad nacional por acciones que controla mediante la propiedad de su capital accionario u otro tipo de control. Esta última hipótesis, sostenemos, queda cubierta por el inciso e) del artículo 4° de la ley, en tanto, se reputará como nuevo distribuidor, representante o fabricante, independientemente del propietario de las acciones o quien ejerza el control sobre ella, dado que la ley no distingue ese supuesto. En el caso de nombramiento de la Casa Matriz por sí misma o inscribiéndose como sociedad extranjera (226 a 232 del Código de Comercio) para desarrollar la actividad que realizaba la casa nacional en el territorio nacional la situación ha quedado aparentemente sin tutela, salvo que se interprete extensivamente el mencionado precepto.

En otro orden de ideas, la tendencia actual, según nuestra experiencia, aunque sea limitado a los contratos de distribución, ha sido la concesión de la “*distribución no exclusiva*” de los bienes o servicios por la Casa Extranjera al representante o distribuidor nacional. La reforma legal ha operado en beneficio de la Casa Extranjera y en detrimento de la nacional, en virtud que ante supuestos de ausencia de “cláusula de exclusividad expresa” desaparece la obligación de indemnizar o resarcir al distribuidor nacional ante el nombramiento

de un nuevo distribuidor en el territorio o en su caso de uno o varios co-distribuidores no exclusivos.

b) La otra reforma que determina el texto de la nueva ley está contenida en el artículo 7. Dice el artículo en su actual versión:

“Los derechos del representante, distribuidor o fabricante, por virtud de esta Ley, serán irrenunciables.

La ausencia de una disposición expresa en un contrato de representación, distribución o fabricación para la solución de disputas, presumirá que las partes tuvieron la intención de dirimir cualquier disputa por medio de un arbitraje vinculante. Dicho arbitraje podrá desarrollarse en Costa Rica. No obstante, la presunción de someter una disputa a arbitraje no aplicará cuando una de las partes objete el arbitraje”.

Se mantiene el carácter de “**irrenunciabilidad**” de los derechos, aunque con la reforma legal, los derechos que otrora tenía la Casa Nacional han sido desmejorados o atenuados con esta nueva legislación.

En relación con el tema de la “**cláusula compromisoria**” o de arbitraje legal, presunta o implícita que introduce el ordinal relacionado, que fue objeto de amplia discusión en la Comisión Dictaminadora de la Asamblea Legislativa, estimamos que no tiene la relevancia o trascendencia que en principio se le pretendió atribuir. La polémica se suscitó en relación con la redacción del tema si el arbitraje debería ser (utilizando la forma imperativa) celebrado en Costa Rica o de manera facultativa o potestativa (podrá ser). Finalmente prevaleció la última tesis o posición y se empleó el verbo

“podrá”. Para fundamentar esta posición se esgrimieron aspectos tales como los Tratados internacionales suscritos y ratificados por Costa Rica (4) (Los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio contenidas en el Acta de Marrakech, acta final, por lo que se incorporan los resultados de la Ronda de Uruguay, de Negociaciones Comerciales Multilaterales, suscrito el 15 de abril de 1994, que fue aprobado aquí en el país mediante la Ley N.º 7475. El Convenio sobre Arreglo de Diferencia Relativas a Inversiones entre Estados y Naciones de otro Estado, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965 y que en el país fue aprobado el 16 de abril de 1993, mediante la Ley N.º 7333. El Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones suscrito en Seúl el 11 de octubre de 1985, incorporado al derecho interno mediante la Ley N.º 7318 del 27 de octubre de 1992. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrita en Washington en 1958, con la adhesión de Costa Rica aprobada mediante la Ley N.º 6157 del 2 de diciembre de 1977.

Iguales regulaciones hay en materia de fomento y protección recíproca de inversiones, catorce convenios rigen esta materia, que son: el Tratado entre Alemania y Costa Rica, sobre Fomento y Protección Recíproca de Inversiones y su Protocolo Incorporado por la Ley N.º 7695; el Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República Argentina para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, incorporado al país en su ordenamiento interno por Ley N.º 8068. El Acuerdo entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de Canadá, Ley N.º 7880, incorporado al país el acuerdo de la República de Costa Rica y la República

de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, incorporado por Ley N.º 7748. El Acuerdo entre la República de Costa Rica y la República de China, Ley N.º 7994. El Acuerdo entre Costa Rica y el Gobierno de Corea, para la promoción y protección recíproca, Ley N.º 8217. Acuerdo entre Costa Rica y el Reino de España, Ley N.º 7869. Acuerdo entre Costa Rica y la República Francesa, Ley N.º 7691. Acuerdo entre el Reino Unido de Gran Bretaña, Irlanda del Norte, Ley N.º 7715, es la Ley que autorizó la incorporación al Derecho Interno. El Acuerdo entre Costa Rica y el Reino de los Países Bajos, Ley N.º 8081. La Ley N.º 8076, Acuerdo con la República Checa. La Ley N.º 8218 con Suiza. La Ley N.º 8069 con Paraguay y la Ley N.º 8067 con Venezuela. Legislación interna (Ley de Resolución Alternativa de Conflictos), el numeral 43 de la Constitución Política, que limitaban la imposición del arbitraje doméstico en forma obligatoria.

Analizando con detenimiento la redacción del texto legal aprobado se puede inferir lo siguiente: el arbitraje como medio de solución de disputas queda pactado implícitamente en aquellos contratos en que “**las partes no fijaron expresamente la forma de resolver las controversias**” que se puedan presentar en el desarrollo, interpretación y ejecución del contrato respectivo. Entonces, las partes pueden en el momento de suscribir el contrato excluir de manera expresa la vía del arbitraje a los efectos de no quedar vinculadas por este medio de composición del conflicto que se regula en ausencia de pacto expreso, también es posible regular el supuesto contrario, es decir, estipular la cláusula arbitral para la solución de disputas, ello queda sujeta al principio de autonomía de voluntad.

La cláusula legal que presume la existencia de la cláusula arbitral en el supuesto abordado, no tiene efecto si alguna de las partes objeta su aplicación. Ello significa que la solución en la justicia arbitral dependerá siempre del concurso de voluntades de todas las partes involucradas.

En relación con el tópico acerca del domicilio o lugar del arbitraje ha quedado abierta la posibilidad que se realice en el extranjero. Seguramente, la Casa Extranjera exija como requisito *“sine qua non”* para conceder la distribución, fabricación o representación al nacional que se pacte la cláusula de arbitraje internacional, sea allende de nuestras fronteras con todas las dificultades y costos excesivos que ello provoca al nacional, lo que se revela en una desprotección de este como consecuencia de la globalización. La doctrina extranjera abordando la verticalidad de este tipo de convenios ha señalado: *“En estos contratos, las condiciones son impuestas por la parte dominante mediante cláusulas predispuestas que colocan al distribuidor (o concesionario o franquiciado) a su absoluta voluntad, estipulando plazos cortos de duración y condiciones de “preaviso” que configuran el abuso de ese poder en la contratación”*. FARINA, Juan M. Resolución del contrato en los sistemas de distribución. Buenos Aires, Editorial Astrea, pág. 22

III- ADICIONES.

Se incorpora al artículo 4° de la ley de marras (causas justas para la terminación de la relación contractual con responsabilidad de la casa extranjera), los incisos i) y j), que regulan como motivos o causales constitutivas de responsabilidad de la casa extranjera:

“la terminación del contrato antes del vencimiento del plazo acordado por las partes o no otorgar el aviso previo establecido en el contrato” y “ la terminación del contrato no notificada al representante, distribuidor o fabricante al menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto al aviso previo”.

La adición de los nuevos incisos i) y j) incorpora en ésta legislación la figura del *“preaviso”* o *“aviso previo”*, tanto para los contratos con o sin plazo determinado. En realidad, esta norma debe ubicarse dentro del principio de la buena fe contractual que debe estar impregnada en el contrato (artículo 21 Código Civil). La omisión o falta de comunicación en los plazos fijados convencionalmente o en su ausencia el plazo legal generan responsabilidad a la Casa Extranjera y surge un derecho resarcitorio a favor de la Casa Nacional.

Cabe advertir, que en Costa Rica por vía de jurisprudencia (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, N° 1, de las 15:00 horas del 5 de enero de 1994,) se había venido resolviendo el tema del aviso previo como causa o motivo que debe tenerse en consideración en el momento de dictar la decisión de fondo en torno a conflictos en que debe aplicarse la Ley N° 6209, así: *“La relación instaurada entre las partes lo fue sin plazo definido. Ante esta situación, como bien lo señala el Tribunal Superior, no es admisible mantener vinculadas a las partes en forma indefinida. Por ello, tratándose de este tipo de relación obligatoria, es admisible la decisión unilateral de una de las partes como causa de extinción del contrato. Se trata de una facultad que no tiene que fundarse*

en ninguna causa especial...Claro está, el ejercicio de esta facultad debe realizarse mediante una declaración de voluntad que ha de ser recepticia y, además, de buena fe, respetando un plazo de preaviso, el cual si no ha sido expresamente establecido en la reglamentación contractual, deberá regirse por los usos y costumbres o por el tiempo necesario para que, dada la naturaleza de la relación comercial que se quiera finalizar, la otra parte pueda tomar las medidas oportunas sin ser sorprendida por la decisión unilateral de la otra...Asimismo, la doctrina jurídica que ha analizado este tipo de contrato, concuerda en afirmar que una de las causas de extinción de la relación de distribución, cuando no exista un término final, es precisamente la voluntad unilateral de cualquiera de las partes, dando un aviso oportuno antes de la terminación del vínculo. El plazo de preaviso dado por la demandada para concluir la relación, dada las circunstancias del contrato de distribución existente entre las partes, permitía al actor tomar las medidas oportunas para reorganizar la actividad...” (lo destacado no es del original). Otra resolución señaló: *“quien ejercite esa facultad debe guardar los recaudos necesarios que según la buena fe (artículo 21 del Código Civil) y el principio de equidad, sean requeridos para no infligir daño a la contraparte, otorgándole un plazo razonable para que anticipe las consecuencias de la cesación adelantada del negocio, (en este sentido puede consultarse la sentencia de esta Sala N° 153 de las 10 horas 30 minutos del 21 de marzo del 2003), (lo subrayado es suplido). Ver RES: 000399-F-03. SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA de las nueve horas cuarenta minutos del once de julio del dos mil tres. La ley viene a desarrollar en materia de preaviso de manera*

explícita requisitos que habían sido previstos por la doctrina jurisprudencial de nuestros Tribunales de Justicia.

Procedemos a realizar un análisis acerca de cada uno de los incisos adicionados:

Inciso i): Este inciso prevé dos hipótesis: a) la Casa Matriz termina (revocación) del contrato *antes del vencimiento del plazo acordado por las partes*. Aquí debe estimarse lo siguiente: la existencia de una relación convencional con plazo determinado o fijado previamente por las partes, y en segundo lugar que se trata de una revocación o terminación contractual “ordinaria”, es decir, donde la Casa Extranjera no alega o invoca ningún motivo o causa justa para terminar el contrato, simplemente ejercita su “facultad” de extinguir unilateralmente la relación contractual. Cuando la Casa Extranjera argumente razones o causas graves, importantes y justificativas (revocación extraordinaria) para dar por terminada la relación, el preaviso previsto en este inciso no resulta necesario o indispensable, quedando a elección de la Casa Extranjera, si argumenta lo previsto en el inciso b) del artículo 5° de la Ley acudir a obtener la declaración judicial previa de la terminación por causa justa, en los demás casos, dar por terminada la relación contractual.

El segundo supuesto (b) que regula el inciso j) del artículo 4° de la Ley consiste en la responsabilidad de la Casa Extranjera por *“no otorgar el aviso previo establecido en el contrato”*. Amparado en el principio de buena fe contractual, tratándose de una revocación ordinaria, la entidad extranjera debe conceder el preaviso al distribuidor, representante o fabricante nacional acerca de la terminación del contrato en el plazo previsto, fijado o

pactado entre las partes. Conviene abordar un punto no previsto por el legislador en este tema del “aviso previo”. No se establece, a diferencia de lo que sucede en el inciso j) del artículo 4 de la ley de comentario, un plazo de preaviso estipulado legalmente. Tal plazo queda abierto para que sean las partes mediante el “principio de autonomía de voluntad” (1022 del Código Civil) las que lo regulen en definitiva. Se trata de un “preaviso” convencional y decidido por las partes. Su duración puede ser corta, breve, amplia o extensa. En otras legislaciones (Alemania) se establecen plazos escalonados dependiendo de la duración que haya tenido el contrato (artículo 89 del HGB o Código de Comercio de Alemania).

La ley nacional, regula residualmente –según nuestro punto de vista- en caso de ausencia de pacto concreto sobre el plazo del preaviso en los contratos con plazo determinado, al establecer el plazo de 10 meses de anticipación, en ausencia de disposición respecto del aviso previo (artículo 4° inciso j) de la Ley 6209), aunque puede interpretarse perfectamente que esa previsión únicamente se aplica para los contratos con plazo indeterminado y sin regulación específica de preaviso. El punto, en su oportunidad, deberá ser definido por nuestros tribunales.

El Inciso J del artículo 4° de la Ley 6209 regula los casos de: a) terminación no notificada al representante, distribuidor o fabricante al menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no indique fecha de vencimiento, b) o en ausencia de disposición respecto al aviso previo.

El plazo de diez meses de anticipación fue escogido por nuestro legislador, de manera fija, en lugar de acudir a plazos escalonados.

La pregunta en este aspecto consiste en determinar si ese plazo puede ser extendido o disminuido por acuerdo de partes. Estimamos que resulta posible la extensión o ampliación del plazo del preaviso con fundamento en el “*principio de autonomía de voluntad de las partes*”, en tanto, hay ciertas actividades muy específicas y especiales desarrolladas por la casa nacional, en las que el distribuidor, representante o fabricante debe adquirir un “*stock*” o inventario de productos (la mayoría de las veces por imposiciones o metas de ventas de la Casa Matriz), maquinarias y equipos sofisticados, de alta tecnología y sumamente especializados, que tiene utilidad únicamente para prestar dicha actividad o servicio que distribuyen, fabrican o representan, que el plazo de diez meses sería ínfimo o muy exiguo para dar por terminada la relación contractual. En algunas legislaciones se extiende hasta un plazo de 2 años.

Opinamos, que el plazo de diez meses del preaviso, por su carácter coercitivo e imperativo no puede ser disminuido en perjuicio del distribuidor o representante nacional, lo que coincide con la formulación del párrafo primero del artículo 7 de la Ley reformada que mantiene el concepto de la “irrenunciabilidad de derechos” y lo normado en el canon 18 del Código Civil.

Debe observarse que el “aviso previo” queda circunscrito como un deber u obligación de la Casa Extranjera, pues no se reguló la “denuncia” o terminación (unilateral) anticipada del contrato por la Casa Nacional. Somos del criterio o tesis, que existe la misma razón y consiguientemente debe operar la misma solución, por lo que recurriendo a una aplicación analógica de ese precepto normativo ha de considerarse que subyace el deber de

la Casa Nacional (distribuidor, representante o fabricante) de comunicar o informar con la anticipación legal o convencional a la extranjera su propósito o finalidad de terminar el contrato antes del vencimiento del plazo acordado contractualmente.

Otro aspecto que no prevé la reforma legal en esta materia consiste en la “renovación del contrato” celebrado por tiempo determinado en ausencia o falta de preaviso en los plazos pactados. Tampoco regula la situación fáctica de vencido el contrato, las partes de manera consensual deciden mantener y continuar la relación convencional. Para nosotros, en ambas circunstancias, ocurre la “renovación automática” del contrato por el periodo que han previsto las partes al suscribir el contrato, si vuelve a acontecer otra renovación, el contrato se entenderá de plazo indeterminado.

Otra inadvertencia del legislador consiste en no indicar la “forma” del preaviso. Usualmente ocurre la forma escrita, sin embargo, rigiendo en nuestro país el principio de “libertad de la forma” cualquier medio o notificación a la parte (distribuidora o distribuida) será estimada procedente y susceptible de demostración mediante las pruebas conducentes.

El artículo 5° de la Ley incorpora dos nuevos incisos: e) y f) que contienen igual redacción que los incisos i) y j) del artículo 4° de la Ley 6209, con la única diferencia, que su cumplimiento o ejercicio implican la ausencia de responsabilidad para la Casa Extranjera y se erigen como motivo o causas de justificación para dar la Casa Extranjera por finalizada la relación convencional sin tener que indemnizar al representante, distribuidor o fabricante nacional. En el anterior régimen

legal de carácter “tuitivo” y “proteccionista”, antes de la reforma operada, según nuestro punto de vista, la terminación anticipada del contrato a pesar de la notificación o preaviso no traía aparejada la exención de responsabilidad, por el carácter irrenunciable de los derechos y la naturaleza de orden público de la Ley N° 6209, aunque nuestra **Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en decisión muy estrecha y dividida de sus integrantes, en voto de mayoría, (sentencia N° 0062-F-04 de las 10 horas del 30 de enero de 2004,** resolvieron lo contrario, es decir, que si existía pacto o disposición concreta en el contrato acerca que las partes pueden terminar la relación convencional dando un preaviso a la otra, en esos casos, no surgía el deber de la Casa Extranjera de indemnizar al distribuidor o representante nacional, en cuanto, se trataba de una terminación consensualmente prevista en el convenio y que no implicaba una causa ajena a la voluntad del distribuidor, representante o fabricante nacional, salvo que el nacional impugnara la validez y eficacia de esa disposición convencional y alegara la nulidad de la disposición frente a las normas de orden público que regulaba la Ley 6209. Con la reforma operada se logra aparentemente implementar en el texto de la ley, la tesis de mayoría de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en el voto anteriormente citado, es decir, la notificación del preaviso estipulada en el contrato constituye causa justa de terminación de la relación convencional sin ninguna responsabilidad para la Casa Extranjera.

Empero, esa tesis que le atribuye, en palabras de FARINA un “**valor mágico al preaviso**” () FARINA, Juan M. **Resolución del contrato en los sistemas de distribución**, pág. 175., es decir, la completa exención de

responsabilidad del distribuido por haber preavisado al distribuidor, ha recibido serios y agudos cuestionamientos a la jurisprudencia argentina (que se ha expedido en términos similares a la de Costa Rica) por el doctrinario mencionado. El planteamiento de este autor –que compartimos- reside en sustentar la tesis que la ruptura o terminación unilateral del contrato por parte del “distribuido” o “casa extranjera” a pesar del “preaviso” o notificación previa siempre provoca u ocasiona daños y perjuicios al distribuidor, fabricante o representante nacional, dado que el “preaviso” no tiene el mérito de eliminar, enervar o hacer desaparecer estos, por que además debe considerarse que durante el plazo del preaviso subsisten los deberes, derechos, prestaciones y obligaciones establecidas en el contrato y el distribuidor o representante debe continuar con el servicio o distribución que presta a su distribuida. Las sentencias de casación (399-F-03 y 01-94 aquí citadas) le atribuyen un valor significativo y “mágico” al preaviso al estimar que ese plazo debe ser suficiente para que el distribuidor “reorganice” su actividad y anticipe las consecuencias del cese. Entonces, preavisado el distribuidor, no existe obligación de la Casa Extranjera de indemnizar al nacional, ese es el efecto práctico del preaviso. No estamos de acuerdo con esa posición. Existen en nuestro ordenamiento jurídico disposiciones o preceptos que permiten, aún contra el criterio jurisprudencial relacionado y ahora fundamentado en disposiciones legales, sostener que los daños y perjuicios causados al distribuidor, representante o fabricante nacional a pesar de haber sido preavisado por la Casa Extranjera en los plazos pactados o establecidos legalmente, aún en esos casos, deben ser indemnizados o resarcidos. Debemos aplicar la doctrina

que sustenta el resarcimiento del daño infringido originado en un acto lícito y el numeral 41 de la Constitución Política que obliga a reparar todos los daños causados. En nuestro medio el estimado Dr. Juan Marco Rivero relativo a la responsabilidad por acto lícito ha afirmado: “ *Más importante aún, es la observación de que el derecho civil admite, de manera general, la categoría de la responsabilidad por hecho lícito (categoría que también se aplica al derecho contractual)...Ciertamente, la existencia de la categoría de la responsabilidad por hecho lícito nos demuestra que para que exista responsabilidad civil no es estrictamente necesario que se de la violación de un deber. El que responde civilmente en los casos de responsabilidad por hecho lícito, por definición, no ha lesionado ningún deber, ni general –impuesto por el ordenamiento jurídico-, ni especial, impuesto por una relación jurídico-negocial particular. Como ya se indicó, el juicio de responsabilidad civil por hecho lícito se fundamenta, no en la lesión de un deber que tuvo que ser observado, sino en la lesión de un derecho ajeno. De ahí el concepto de “responsabilidad por el sacrificio”...Es decir, lo que se tiene que indemnizar en estos casos es que el titular del derecho se vio imposibilitado de ejercerlo..”.* **RIVERO SANCHEZ, Juan Marco.** *Responsabilidad Civil. Curso de Derecho Privado. Vol. I, San José, 1° edición, Mundo Gráfico, 1999, páginas 57 y 58-*. Para aquellos que fundamentan que el “preaviso” tiene el efecto de eximir a la Casa Extranjera de indemnizar a la Casa Nacional, dado que el origen o fundamento de esa exención deriva de la ley, hemos de responder que el daño debe ser resarcido aun en las hipótesis o supuestos de “actuación lícita”, aunque la revocación unilateral (que contradice el principio de “irrevocabilidad

del contrato”) no se puede calificar como una acto lícito y debe en consecuencia indemnizar los daños y perjuicios irrogados o causados. En un porcentaje muy calificado o importante las empresas distribuidoras o representantes se han preparado para desarrollar de manera exclusiva la actividad que distribuyen o representan, han adquirido inventarios, maquinaria, equipos altamente especializados para ejecutar esa función empresarial y no es suficiente avisarle con un plazo de 10 meses de antelación que la relación contractual se extingue y que ese plazo es suficiente para cambiar la actividad que han realizado por mucho tiempo. El daño que se le causa a la empresa es en algunos casos su ruina o desaparición del mercado nacional. Por ello, resulta oportuno citar al profesor Farina cuando señala: “*Según el mencionado fallo (agregamos, aplicables a las sentencias de la Sala Primera de Costa Rica citadas en este artículo), el plazo razonable de “preaviso” tiene por objeto “dar al perjudicado la posibilidad de re-organizar su actividad” Este sería el “reacomodamiento” del cual habla este mismo fallo. El fallo reconoce que, con preaviso o sin él, el distribuidor siempre será un perjudicado (lo hemos destacado precedentemente) pero entiende que – con un aviso previo...- el distribuidor, a pesar de ser un perjudicado, no merece indemnización, pues tendrá tiempo para reorganizar su actividad mediante el “reacomodamiento” de la empresa y de este modo superar su perjuicio. ¡Qué fácil! Es admirable el optimismo que trasunta esta sentencia, totalmente divorciado de la realidad y, además, por que este supuesto “reacomodamiento” resulta prácticamente imposible durante el plazo del preaviso”.* **FARINA, Juan M.** *Resolución del Contrato en los sistemas de distribución, págs. 178-179.*

El legislador, fue más allá y adicionalmente reguló otras causas justas para la finalización del contrato; en lo sucesivo, “*el vencimiento del plazo acordado por las partes*” constituye motivo suficiente para terminar el contrato. En vigencia de la anterior legislación, el artículo 2° de la Ley N° 6209 (que se ha derogado) previó que “cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos” (distribuidores, representantes y fabricantes nacionales), surgía la obligación de indemnizar por la Casa Extranjera. Tal deber de reparación o indemnización para el nacional supuestamente desaparece con la introducción de ésta nueva regulación, por lo que, el contratante nacional, en lo sucesivo, debe actuar con mucha cautela y prudencia en el momento de negociar una relación convencional con una Casa Extranjera y analizar con sumo cuidado las obligaciones que asume, el plazo del contrato, etc y tener presente que la Casa Matriz puede terminar la relación convencional al vencimiento del plazo establecido o acogerse al plazo del preaviso pactado, sin que para ella surja, en tesis de principio, el deber de indemnización o reparación.

El artículo 5 inciso f) regula los supuestos de terminación del contrato notificada al nacional por lo menos con diez meses de anticipación, cuando el contrato no tenga fecha de vencimiento o en ausencia de disposición respecto del preaviso. Nuevamente subsiste la duda, con la formulación legal final “o en ausencia de disposición respecto al aviso previo”.

Tenemos dos incisos que regulan supuestos diferentes: el inciso e) el contrato con fecha de vencimiento acordada y el f) el contrato sin fecha de vencimiento pactada. La ausencia de disposición respecto al aviso

previo rige para ambos casos, o solamente para el contrato con fecha indeterminada, en cuanto, se encuentra prevista en la redacción del inciso f).

En las hipótesis analizadas de terminación del contrato reguladas en el artículo 5 incisos e) y f), que en lo sucesivo serán consideradas “causas justas” de finalización sin responsabilidad para la Casa Extranjera, aparece un tema adicional que debe ser abordado: “*la recompra o readquisición de las existencias de los productos que tiene en su dominio el distribuidor, fabricante o representante*”. El canon 3 de la Ley N° 6209 conserva su vigencia al no sufrir modificación alguna, razón suficiente para afirmar que a la “cancelación” o terminación del contrato subsiste la obligación de la Casa Extranjera de recompra de los productos, a un precio que incluya los costos de estos productos más el porcentaje razonable de la inversión y que se fija en el Reglamento de la Ley (Artículo 4° inciso b) del Decreto Ejecutivo N° 8599-MEIC de 5 de mayo de 1978). La tesis jurisprudencial imperante en esta materia ha consistido en que esa recompra operaba o se definía su importe hasta en el proceso judicial o en la fase de ejecución del fallo, cuando el proceso lo hubiera ganado el nacional, sin embargo, cabe cuestionarse la redimensión de este asunto, en tanto, al no discutirse de ahora en adelante en la vía judicial estos casos de terminación con justa causa, en qué momento debe acontecer la recompra del producto. Al tenor del texto legal –artículo 3° de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras- debe ser inmediatamente después de la cancelación o finalización de la relación convencional que la Casa Extranjera debe readquirir el producto por el costo más un porcentaje fijado reglamentariamente.

La principal adición a la Ley de Representante de Casas Extranjeras se incorpora mediante la inclusión del artículo 10 bis. Este ordinal viene a sustituir los derogados artículos 2 y 9 de la Ley N° 6209 que se realiza mediante la formulación del artículo 3° de la Ley N° 8269 y que nos ocuparemos posteriormente.

Con la incorporación del artículo 10 bis se elimina toda la doctrina y jurisprudencia que sobre la materia se había dictado en los últimos 39 años de aplicación de la modificada, reformada y adicionada ley de representante de casas extranjeras en relación con el tema de la indemnización tasada o reglada, en virtud que desaparece el sistema de reparación legal y la fórmula de cálculo que regulaba el artículo 2° de la Ley 6209 actualmente derogado.

A partir de la vigencia de la Ley N° 8269, estimamos y afirmamos, que se elimina el régimen “tuitivo” y proteccionista del representante de casas extranjeras y en esencia o sentido estricto para reclamar la indemnización o resarcimiento que le corresponda o pueda corresponder al representante, distribuidor o fabricante nacional se debe acudir a las normas del Código Civil, en tanto, la parte “in fine” del párrafo primero del canon 10 bis remite a dicho cuerpo legal y sus principios. En realidad el primer párrafo del artículo 10 bis tiene gran similitud con las disposiciones contenidas en los preceptos 702 y 704 del Código Civil.

Según la nueva regulación la parte reclamante debe acreditar y demostrar la existencia de todos y cada uno de los daños sufridos, su extensión y cuantía, ante la derogatoria de la fórmula prevista que eximía el deber de demostrar los daños causados.

La reparación, sostiene la legislación actual, cuando se origine en alguna de las disposiciones de ésta ley, será plenaria, global o integral, es decir, se debe indemnizar todos los daños y perjuicios causados o los que necesariamente puedan causarse, por ende, entendemos que es plausible reclamar y pretender una indemnización que comprenda daño emergente, lucro cesante, daño patrimonial y daño moral, lo que de manera categórica y reiterada (con algunas salvedades) fue materia de rechazo por parte de nuestros tribunales, quienes estimaban con fundamento en la legislación derogada (equivocadamente) que tales conceptos se encontraban incorporados en la reparación o fórmula tasada legalmente, entre otras, ha sido la posición de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Voto N° 752-F, de las 13:30 horas del 5 de octubre de 2006 y de la misma Sala I, la sentencia N° 795-F-S1_2008 de las 10:15 horas del 27 de noviembre de 2008, en el caso de Centro Cars S.A. contra Volkswagen A.G. y otros.

Al desaparecer la fórmula legal tasada prevista en el artículo 2 de la antigua legislación e introducirse el ordinal 10 bis de la ley, no se han estipulado criterios objetivos al juzgador para que fije el importe de la indemnización, salvo que se entienda por tales, que debe ser con arreglo a la equidad y sana crítica. Los autores **GERSCOVICH y FIEZZONI**, citados por **FARINA** en Resolución del Contrato en los sistemas de distribución, pág. 182, refiriéndose al derecho francés, han manifestado: “*la fijación del monto indemnizatorio es una cuestión de hecho que depende de la antigüedad de la relación aunque de modo diverso: para algunos fallos cuando mayor ha sido la duración menor debe ser la indemnización y en otros pronunciamientos*

resuelven a la inversa”, otros prefieren fijar la indemnización tomando en consideración la utilidad que hubiere obtenido la distribuidora de haber continuado normalmente su operación, hasta por un plazo de 36 meses (similar al sistema derogado). Por supuesto, todo va a depender de las pretensiones materiales que soliciten las partes litigantes, ante la indeterminación del artículo 10 bis que pregona una indemnización plenaria o total. Deberá recurrirse, proponemos, como se ha hecho hasta ahora, a la justipreciación por peritos para determinar el monto de la indemnización (sin que exista la fórmula legal) y desconocemos que conceptos o criterios objetivos se consideraran al respecto si el juez al fallar debe aplicar la equidad (artículo 11 del Código Civil) y la sana crítica.

En tema de medidas cautelares se producen cambios significativos. El precepto 10 bis párrafo final, en sustitución de la derogada “suspensión de importaciones” (antiguo artículo 9°) que funcionó como medida coactiva y eficaz a favor o protección de la Casa Nacional, ahora se ha elegido y fijado una garantía pecuniaria (prudencial y proporcional) en el supuesto de ausencia de bienes suficientes en el país para responder a una eventual sentencia condenatoria, cuya sanción a la inobservancia de depositar la garantía prevenida será de naturaleza procesal, o sea, no se escuchará en el proceso mientras no deposite el monto prevenido, medida que se revela inocua y ornamental.

Evidentemente la reforma operada significa la destrucción del régimen proteccionista creado por la Ley N° 6209. La eliminación de la sanción de la “suspensión de importaciones” mediante comunicado a la Dirección General de Hacienda del Ministerio

de Hacienda realizada por el Juzgado constituía un método eficaz y verdadera tutela del interés de la Casa Nacional dado que la omisión del depósito de la garantía traía como consecuencia el “cierre de importaciones” de todos los productos de la Casa Extranjera al territorio nacional. En una época de globalización de los mercados y comercio transnacional libre la sanción legal imperante en nuestro sistema jurídico era gravosa, quizá violatoria y conculcatoria del comercio internacional aunque nunca fue declarada inconstitucional a pesar de varios intentos al respecto.

Debe advertirse que con fundamento en el artículo 4 de la Ley 8269, se conservan y mantienen los **DERECHOS ADQUIRIDOS** al amparo de la Ley 6209, es decir, los contratos celebrados en vigencia de la ley citada, han de resolverse y tramitarse con base en dicho texto legal. Importante resulta citar la posición de nuestros tribunales, concretamente el expresado por el **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCIÓN PRIMERA**, sentencia N° 267, de las 9:10 horas del 16 de octubre de 2008, que dispuso: “La ley 6209 de Protección al Representante de Casas Extranjeras número 6209, fue modificada recientemente por la Ley 8269, de 30 de noviembre del dos mil siete, en la cual en forma expresa derogó entre otros los artículos 2 y 9 que fueron mencionados en el considerando número dos de la presente resolución. Ambas normas son aplicables al presente caso, ya que el artículo 4 de la Ley 8629 dispone lo siguiente: “La derogación de los artículos 2 y 9 de la Ley N° 6209, de 9 de marzo de 1978, y sus reformas, no podrá menoscabar ningún derecho adquirido, cuando sea aplicable, derivado de esa legislación o de un contrato o relación comercial establecidos antes de la

publicación de esta Ley”. Lo cual se presenta en esta litis, al encontramos ante un contrato previo a la publicación de la derogatoria de los citados artículos...”. En similar sentido, el **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA** confirmó una sentencia en la que el **JUZGADO PRIMERO CIVIL** de San José, había expresado: “Si ello es así, a tenor de lo que dispone el hoy derogado artículo 2 de la Ley de Protección al Representante de Casas extranjeras (pero vigente para efectos de este proceso **dado que esa relación contractual se inició con anterioridad a que esta norma fuere derogada**), la indemnización a que se refieren los apartes cuarto y quinto de esa sentencia debe calcularse sobre la base al equivalente a cuatro meses de utilidad bruta por cada año o fracción de tiempo servido, advirtiendo un plazo de nueve años de servicio como límite máximo para el cálculo aludido” (**SENTENCIA No.40-09. JUZGADO PRIMERO CIVIL** San Jose, a las quince horas cuarenta minutos del veintisiete de julio de dos mil nueve. Esta sentencia fue confirmada por el **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL, SECCION PRIMERA**.- San José, N°456 a las nueve horas del veintitrés de octubre de dos mil nueve). En la misma orientación puede consultarse la sentencia N° 407-2011 de la **SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, de las 11:42 horas del 14 de enero de 2011. Concordamos con los precedentes judiciales, dado que es correcta la interpretación de la norma 4 de la Ley 8269, lo que encuentra respaldo en el artículo 34 de la Constitución Política. Los derechos adquiridos al amparo de la legislación reformada y/o derogada se mantienen y resultan aplicables. La nueva regulación legislativa se aplicará a los contratos o relaciones comerciales iniciadas después de la entrada en vigencia de la Ley 8269.

“EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMERICA Y ESTADOS UNIDOS Y LA LEY DE PROTECCION DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE.”

*Lic. Carlos Campos Ulate
Especialista en Derecho Comercial*

SUMARIO

Tabla de Abreviaturas

Introduccion

El Contrato de Distribución y Representación de Casas Extranjeras

- 1- Generalidades.
- 2- El Contrato de Distribución.
- 3- El Contrato de Representación de Casas Extranjeras.

El Tratado de Libre Comercio de República Dominicana, Centroamerica y Los Estados Unidos, y la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.

- 1- El Principio de Irretroactividad de la Ley y los Derechos Adquiridos

Conclusiones

Bibliografía

TABLA DE ABREVIATURAS

C.COM: Código de Comercio.

C.C: Código Civil.

LPRCE: Ley de Protección de Representantes de Casas Extranjeras.

TLC: Tratado de Libre Comercio Republica Dominicana, Centroamérica y los Estado Unidos.

“EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO ENTRE REPÚBLICA DOMINICANA, CENTROAMERICA Y ESTADOS UNIDOS Y LA LEY DE PROTECCION DE REPRESENTANTES DE CASAS EXTRANJERAS EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE.”

*Lic. Carlos Campos Ulate
Especialista en Derecho Comercial*

INTRODUCCIÓN.

Los representantes de casas extranjeras, según el Código de Comercio, se encuentran como una de las modalidades de “Auxiliares del Comercio”, al ser colaboradores imprescindibles de los comerciantes y fabricantes, a partir del crecimiento de la actividad mercantil.

El ordenamiento jurídico costarricense hasta el año 2007, tuvo un carácter altamente proteccionista, como forma de regular y garantizar las relaciones contractuales en materia de casas extranjeras; sin embargo con las nuevas modalidades de comercio, y en aproximación a un mayor tráfico mercantil, se han formado alianzas creadas mediante nuevas modalidades mercantiles de carácter contractual, derivadas en especial de mecanismos de trascendencia como lo son los tratados internacionales, los cuales han provocado cambios en los asuntos de representación de casas extranjeras en cuanto a su regulación en nuestro país.

Con la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, se dieron importantes reformas a la Ley de

Protección de Representantes de Casas Extranjeras, trayendo consigo la derogación de los artículos 2 y 9 de la citada ley ,los cuales eran los puntos fundamentales del régimen proteccionista que tenía nuestro ordenamiento jurídico en materia de casas extranjeras, garantizando a los representantes una debida indemnización en caso de que existiere un rompimiento contractual por parte de la casa matriz.

Los compromisos adquiridos por parte del Estado costarricense mediante la firma del TLC, provocaron un cambio total en la legislación respecto a las casas extranjeras, creando una modificación importante, pasando de un régimen especial y proteccionista a un régimen más liberal.

Sin embargo a partir de tal modificación, es necesario determinar en qué posición quedaron los representantes de casas extranjeras, en especial aquellos que suscribieron un acuerdo con las casas matrices antes de la entrada en vigencia del Tratado de Libre comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos y cuyo contrato sea incumplido después de su entrada en vigencia.

Por lo tanto para hacer referencia a este tema, es necesario determinar si los derechos establecidos en la Ley de Protección de Representantes de Casas Extranjeras, pueden calificarse como derechos adquiridos ya sea a favor o no de sus representantes.

La pregunta de mi investigación es la siguiente:

Es el Tratado de Libre Comercio de Republica Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos un nuevo precedente en la regulación de las Casas Extranjeras, en cuanto a su régimen proteccionista, y las nuevas disposiciones en cuanto a su regulación.

El objetivo general de este artículo, es poder analizar la importancia del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos y sus implicaciones en el régimen normativo de las casas extranjeras: derechos adquiridos, y los procesos indemnizatorios.

Los objetivos específicos establecidos son los siguientes:

- 1- Indicar si el representante es un auxiliar del comercio.
- 2- Estudiar el contrato de distribución, sus elementos, características, y regulaciones.
- 3- Analizar la figura del representante de casas extranjeras: determinar su concepto, enfoques, modalidades, actuaciones y responsabilidades.
- 4- Establecer con claridad las regulaciones de mayor relevancia del contrato de representación de casas extranjeras, antes y después de la reforma.

5- Analizar las implicaciones del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos en materia de casas extranjeras.

6- Analizar la irretroactividad de la ley en relación a la obtención de los derechos adquiridos a partir de un marco contractual mediante la representación de casas extranjeras.

El desarrollo de este análisis, es exclusivamente para fines académicos, y se aplicara un enfoque cualitativo, con alcance descriptivo, enfocado a la investigación y análisis doctrinal, jurisprudencial y normativo que ha tenido el tema de representantes de casas extranjeras en Costa Rica, mediante la utilización de fichas y unidades de análisis.

EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y REPRESENTACION DE CASAS EXTRANJERAS.

1- Generalidades.

Los cimientos del comercio, surgieron en la Edad Antigua; donde los griegos y con mayor importancia los romanos, sentaron las prácticas y características de dicha actividad. A pesar de que no existió de manera clara una especialización del Derecho Comercial, no fue sino hasta la Edad Media, con la caída del feudalismo y el surgimiento de la burguesía, cuando nacieron con gran auge las relaciones comerciales entre las distintas ciudades de Europa, provocadas por un intercambio de bienes y materias primas entre las diferentes ciudades, donde la navegación y el intercambio, en conjunto con las nuevas

prácticas derivadas del comercio, provocaron una gran movilización de la actividad.¹

La actividad mercantil, actualmente exige al comerciante, debido a su profesionalización, la posibilidad de contratar diversas formas de asistencia que le permitan desarrollar con éxito y claridad su labor, siendo capaz a su vez de asumir el volumen de trabajo y los niveles de responsabilidad que le derivan.

El auxiliar comercial, deviene en este mismo sentido al ser “(...) *todos aquellos sujetos que colaboran en cualquier forma (permanente u ocasional, con o sin subordinación respecto al empresario o bien dentro o fuera de la empresa), para la realización de los específicos fines de producción o intercambio que llevan al empresario a iniciar y a ejercer su empresa.*”² (Subrayado no es del original).

Nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 272 del Código de Comercio, enumera los auxiliares mercantiles, dentro de los cuales resaltamos el inciso f), indicando al representante de casas extranjeras como uno de ellos.

2- El Contrato de Distribución.

Las empresas productoras de bienes y servicios, tienen como fin primordial que

sus productos lleguen a los consumidores finales, ya que dadas las condiciones del mercado actual con la masificación de la producción y el avance de los medios de comunicación, se ha hecho necesario que las empresas realicen labores más complejas de distribución.³ Está claro que gracias a este servicio se ve beneficiado el productor que consigue que su producto se venda, prefiriendo pagar una comisión o porcentaje, ya que si lo realizara el mismo incurriría en gastos mayores; de igual forma el consumidor se beneficia ya que se le otorga la opción de elegir y poder adquirir bienes, que si no existiera la función de distribución, no tendría la posibilidad de disfrutar al mismo costo, y evidentemente el distribuidor el cual se beneficiara de la actividad que realice.”⁴

El distribuidor es, “(...) *toda persona física o jurídica que establece vínculos comerciales con una casa extranjera a fin de importar los bienes que esta produce, con el propósito de revenderlos en el mercado nacional y con esto logra un beneficio económico producto de la venta de dichos bienes.*”⁵ (Resaltado en negrita no es del original)

El distribuidor busca colocar órdenes, preparar, promover, facilitar, y perfeccionar la venta de productos en los mercados locales, lo que implica el desarrollo de una serie

1 Alvarado Santamaría, R. y Gurdián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** San José, Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. Pág 13-14

2 Certad Maroto, G. (2007). **Temas de Derecho Comercial:** Tercera Edición. Editorial Juritexto: San José, Costa Rica. Pág.91

3 Jiménez, R. (1988). **Representación de Casas Extranjeras,** Revista IVSTITIA, San José, Costa Rica, Numero. 27. Página. 13

4 Jiménez, R. (1988). **Representación de Casas Extranjeras.** Ob. Cit. Pág. 13

5 Salazar Porras, J. y Tenorio Sánchez, E. (1991) **Los Contratos de Representación, Distribución y Fabricación de Casas Extranjeras dentro del Proceso de Globalización Comercial.** San José, Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. Pág 34

de funciones para procurar mantener un consumo activo dentro del mercado que está trabajando, lo que determina la necesidad de desarrollar estrategias de mercadotecnia, con procesos claros de retroalimentación de la información para el óptimo cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto el distribuidor debe enfatizar que su función primordial es la de colocar órdenes y cerrar ventas.⁶

La Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, en su artículo primero, sobre este mismo tema, reza:

“Artículo 1º.- Para efectos de esta ley se dan las siguientes definiciones:

c) Distribuidor exclusivo o codistribuidor”: toda persona física o jurídica que, mediante un contrato con una casa extranjera, importe o fabrique en el país bienes para su distribución en el mercado nacional, actuando por cuenta y riesgo propio.”⁷

El intento por parte del legislador fue bueno en definir al distribuidor, atribuyéndole una función que no es propia de esta figura, que es la fabricación, porque aunque el distribuidor bien podría serlo, lo cierto del caso es que ambos auxiliares del comercio: distribuidor y fabricante son independientes; aunque pueden darse simultáneamente en la misma

persona, lo cierto es que para el ejercicio de ambas tareas, se requiere que quede expresamente consignada la atribución de distribuidor y fabricante o ambas, en contratos separados, o en un único contrato. Pero no podría pensarse que el contrato de distribución conlleva implícitamente la fabricación de los productos autorizados a distribuir.⁸

De igual manera, en nuestra legislación, el tema es tratado con cierta imprecisión, dado que así como se confunde el término de distribuidor con fabricante, de la misma forma el distribuidor es asimilado con la figura del representante, como lo indica el artículo 360 del Código de Comercio al establecer:⁹

“ARTÍCULO 360.- Se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras o de sus sucursales, filiales y subsidiarias, toda persona natural o jurídica, que en forma continua y autónoma, con o sin representación legal actúe colocando órdenes de compra o de venta directamente a las firmas importadoras o exportadoras locales sobre la base de comisión o porcentaje, o prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta de mercaderías o servicios que otro comerciante industrial extranjero venda o preste.”¹⁰

6 Jiménez, R. (1988). **Representación de Casas Extranjeras**, Ob. Cit. Pág. 13

7 **Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras**. (1978) Ley No. 6209 del 9 de marzo. San José, Costa Rica.

8 Salazar Porras, J. y Tenorio Sánchez, E. (2003). **Los Contratos de Representación, Distribución y Fabricación de Casas Extranjeras dentro del Proceso de Globalización Comercial**. Ob. Cit. Pág. 32

9 Alvarado Santamaría, R. y Gurdán Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos**. Ob. Cit. Pág. 73

10 **Código de Comercio de Costa Rica (2004)** Ley Número 3284 del 30 de abril de 1964. Octava Edición, San José, Costa Rica: EDITEC Editores.

La jurisprudencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado:

“No cabe duda que el Tribunal Superior... confundió los roles que desempeñan el distribuidor exclusivo y el representante de casas extranjeras. El Código de Comercio no hace tal diferencia; sin embargo, la doctrina sí la tiene bien establecida el representante siempre actúa a nombre y por cuenta de la casa que representa, el distribuidor, en cambio, puede que actúe por su propia cuenta”¹¹

Al establecer el legislador que “se denominan representantes o distribuidores de casas extranjeras”, se extrae que su intención fue asimilar ambos conceptos: el de representación y distribución, pese a que, se trata de dos actividades de índole mercantil totalmente diversas. Pero, con la enunciación de las conductas típicas se determina que, por un lado, está aquél que, actúa colocando órdenes de compra o de venta directamente de las firmas importadoras o exportadoras locales sobre la base de comisión (distribuidor), y por el otro, quien prepara, promueve, facilita o perfeccione la venta de mercancías que otro comerciante industrial extranjero venda o preste (representante). El Código de Comercio es una norma de carácter general, que tiene por pretensión regular las relaciones jurídicas ocurridas con ocasión del comercio, entre los sujetos participantes en esta actividad.”¹²

11 **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. (1991) Sentencia Número 214 de las 15 horas del 6 de diciembre.

12 **SALA PRIMERA DE LA CORTE**. (2009) Sentencia numero novecientos cincuenta y cinco, de las catorce horas cincuenta minutos del día diez de setiembre.

13 **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**. (1999) sentencia N° 205-F-99 de las 15 horas del 30 de abril.

3- El Contrato de Representación de Casas Extranjeras.

El representante mercantil es un auxiliar del comercio, y como tal es la persona física o jurídica que asiste a los comerciantes o casas extranjeras para que, a través de su negociación, preparación, promoción, facilitación, perfeccionamiento de ventas, distribución de bienes y servicios, y colocación de órdenes de compra, contacten y transen con los consumidores de una zona geográfica determinada.

La labor de intermediación mercantil entre extranjeros y nacionales, genera una obligación de medios y no de resultados, pues el compromiso del representante no consiste en garantizar el perfeccionamiento de la operación, sino propender a la ejecución de sus acciones, a través de los medios legales disponibles, tendentes a lograr las transacciones pretendidas.¹³

La Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, para efectos de poder determinar los alcances y los sujetos de las relaciones contractuales emanadas de la actividad mercantil en estudio, en su artículo primero, reza:

“Artículo 1º.- Para efectos de esta ley se dan las siguientes definiciones:

a) “Casa extranjera”: persona física o jurídica que, radicada en el

extranjero, realice actividades comerciales en el país, por sí o por medio de sucursales filiales o subsidiarias.

- b) “Representante de casas extranjeras”: toda persona física o jurídica que, en forma continua y autónoma, con o sin representación legal- prepare, promueva, facilite o perfeccione la venta o distribución de bienes o servicios que casas extranjeras venden o presten en el país.
- c) (...)
- d) “Fabricante”: toda persona física o jurídica que elabore, envase o fabrique en el país, productos con la marca de una casa extranjera que lo haya autorizado para ello, usando la materia prima y las técnicas que esa casa le indique.”¹⁴

Por lo tanto el contrato de representación de casas extranjeras, es un contrato de colaboración entre dos sujetos comerciantes, donde el representante adquiere una gran relevancia para las operaciones de mercado que pretende ejecutar la casa matriz, ya que conoce bien el campo al que se enfrenta, y sobre el cual tiene una amplia experiencia del comportamiento de consumo, conociendo el ámbito jurídico que aplica en el destino del

producto, la actividad de representación, distribución y fabricación de los bienes y/o servicios de las casas extranjeras.¹⁵

Sin embargo debe hacerse hincapié, que en nuestro país, en el Código Civil, el tema de la representación se encuentra contemplado en los artículos 1251 y siguientes, donde lo que se produce es una representación directa¹⁶, puesto que en la figura del mandato civil el mandatario actúa siempre en nombre y por cuenta del mandante; contrario a lo que sucede en el mandato mercantil, donde existe una representación indirecta, dado que se actúa en nombre propio y por cuenta de otro, adquiriendo para sí los derechos y las obligaciones del representado frente a terceros. Así afirma la Contraloría General de la República sobre el tema: “El contrato de mandato civil es esencialmente representativo, o sea, que el mandatario actúa siempre a nombre y por cuenta de su mandante, gestando los negocios que éste le ordene y obligando con sus actos a quien le ha otorgado el poder. De ahí que tradicionalmente se haya entendido que la esencia del mandato se encuentra en la representación (...) en el mandato mercantil el mandatario ya no representa al mandante, sino que actúa en nombre propio, pero por cuenta de quien la ha conferido poder suficiente.”¹⁷

14 **Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras.** (1978) Ley No. 6209 del 9 de marzo. San José, Costa Rica.

15 Alvarado Santamaría, R. y Guardián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Ob. Cit. Pág. 90

16 “La representación *directa* como legítima representante de la casa extranjera y dentro de los límites de poder, en cuyo caso sus actos o contratos que elabora (es a nombre y por cuenta ajena) obligan a la casa principal. La representación indirecta en donde se actúa a nombre propio aunque siempre por cuenta ajena. Los actos o contratos que celebre, obligan a la casa principal en virtud de su satisfacción.” Jiménez, R. (1988). **Representación de Casas Extranjeras**, Revista IVSTITIA, San José, Costa Rica, Numero. 27. Página 13.

17 Alvarado Santamaría, R. y Guardián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Ob. Cit. Pág. 81

El Código de Comercio al respecto indica; “ARTÍCULO 363.- *El representante de casas extranjeras actúa siempre por cuenta de las firmas que representa y no será responsable por el incumplimiento de éstas. Su responsabilidad se limita al estricto cumplimiento de las instrucciones que reciba de las firmas que represente, ajustándose a la más rigurosa moralidad y ética comercial.*”¹⁸

En este mismo sentido, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia N° 214, de las quince horas con quince minutos del seis de diciembre de mil novecientos noventa y uno, señaló que: “*El representante siempre actúa a nombre y por cuenta de la casa que representa (...)*”¹⁹ Está claro, que el representante de casas extranjeras, es un auxiliar de comercio autónomo, por cuanto no hay una relación de subordinación económica, típicamente laboral entre él y la casa matriz, además sus actividades pueden estar sujetas a diferentes casas extranjeras al mismo tiempo, sin que esto perjudique a sus actividades, y asimismo, las actividades que ejerce, no sólo es en beneficio patrimonial de la casa matriz, sino que también del suyo propio.²⁰ La relación de coordinación y subordinación, que existe entre el representante y la casa matriz, no

es en sentido estricto un contrato laboral, como ha querido equipararse, disposición que nuestra jurisprudencia ha definido con claridad, estableciendo que el representante de casas extranjeras cuenta con una libertad de actuación, los tribunales costarricenses de manera reiterada, han establecido los criterios de subordinación laboral: limitados a aspectos como percibir un salario, cumplir órdenes o instrucciones o subordinación en la dirección, por la tanto existe una clara diferencia en la equiparación de dos figuras jurídicas distintas, situación que en otros ordenamientos jurídicos, como el caso de la regulación de la ley española donde el representante de casas extranjeras si esta asimilado a un mandato.²¹

El Código de Comercio en su numeral 361 establece los requisitos para ejercer la representación, en lo que interesa indica:

“ARTÍCULO 361.- *Para ser representante de casas extranjeras se requiere:*

- a) *Ser costarricense o extranjero debidamente establecido en forma permanente en el territorio nacional;*
- b) *(Derogado por el artículo 3° de la Ley N° 8629 del 30 de noviembre de 2007).*
- c) *Tener preparación suficiente en materia comercial y ser de reconocida solvencia y honorabilidad”*²²

18 **Código de Comercio de Costa Rica (2004)** Ley Número 3284 del 30 de abril de 1964. Octava Edición, San José, Costa Rica: EDITEC Editores.

19 **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCION EXTRAORDINARIA.** (2006) Sentencia Número 291 de las diez horas veinte minutos del seis de octubre.

20 Alvarado Santamaría, R. y Guardián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Ob. Cit. Pág. 81

21 Jiménez, R. (1988). **Representación de Casas Extranjeras**, Ob. Cit. Pág. 13.

22 **Código de Comercio de Costa Rica (2004)** Ley Número 3284 del 30 de abril de 1964. Octava Edición, San José, Costa Rica: EDITEC Editores.

De la misma manera, en nuestro país se garantiza, por disposición legal que todas las empresas extranjeras puedan hacer sus operaciones comerciales en el territorio nacional, facultando en el caso que interesa por medio de distribuidores, y/o representantes de casas extranjeras,²³ la capacidad para estimular la venta de artículos proporcionados por la casa matriz.²⁴

Sin embargo, el promover la actividad mercantil para las empresas internacionales, en nuestro país, no deja de lado las implicaciones legales que nacen mediante las relaciones contractuales de representación y distribución, que fueron establecidas en un principio con un espíritu altamente proteccionista en la ley número 6209 del 9 de marzo del año 1978, para aquellas circunstancias en que operaba la finalización de los contratos de representación, por llegar a su término o de manera abrupta por una de las partes contratantes.

La Ley sobre Representantes de Casas Extranjeras le confirió el derecho a la indemnización a los representantes, cuando la entidad representada rompía unilateralmente

el contrato de representación, lo que permitió críticas por parte de las casas matrices a la normativa costarricense, ya que evidenciaba un interés proteccionista con ciertos matices de justicia, ya que se pretendía garantizar los intereses de la parte contractual más débil, ya que la disolución de esos nexos contractuales por decisión unilateral de la representada sin tener motivos justificados, causaba un perjuicio económico al representante.²⁵

Con la derogación del artículo dos como se hará referencia más adelante, se eliminó la posibilidad de una indemnización que en su momento les correspondió a los representantes en aquellos casos de una ruptura unilateral de contrato o de una negativa a prorrogar el mismo por parte de la casa matriz.²⁶

Por lo tanto, no cabe duda que el poder de negociación que puedan desplegar el empresario nacional al aceptar contractualmente una representación o distribución, será crucial en las ventajas o desventajas que pueda derivar de la relación con la casa extranjera, respecto de las implicaciones normativas y tropiezos legales que puedan llegar a afrontarse.²⁷

23 "ARTÍCULO 366.- Todas las firmas extranjeras a que se refiere esta Capítulo pueden hacer libremente sus negocios en Costa Rica por medio de distribuidores, concesionarios, apoderados o factores y representantes de casas extranjeras, los que deberán ser costarricenses o extranjeros con las limitaciones que establece el artículo 362, excepción hecha de agencias y sucursales de compañías extranjeras cuyos productos se elaboren en nuestro país, las cuales pueden ejercer directa y libremente la distribución y representación de sus propias líneas y de las de origen centroamericano debidamente comprobado." **Código de Comercio de Costa Rica (2004)** Ley Número 3284 del 30 de abril de 1964. Octava Edición, San José, Costa Rica: EDITEC Editores.

24 Rodríguez Rescia, V. (1992). **Jurisprudencia Mercantil II. Auxiliares del Comercio**, Primera Edición. San José, Costa Rica: Editec Editores S. A. Página 62

25 **SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**, (1983) Sentencia Número 31 de las 13:11 horas del 14 de junio.

26 Bogantes Varela, A. (2005). **La Ley de Protección al Representante De Casas Extranjeras en el Contexto del Proyecto de Tratado de libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y Republica Dominicana**. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. Página 117

27 APPICR (2009). **Compendio Propiedad Intelectual Asociación de Profesionales en Propiedad Intelectual**. Segunda Edición, San José Costa Rica: Arena, Transamerica S.A. Página 291

EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE REPUBLICA DOMINICANA, CENTROAMERICA Y LOS ESTADOS UNIDOS, Y LA LEY DE PROTECCION AL REPRESENTANTE DE CASAS EXTRANJERAS.

Costa Rica es una economía pequeña altamente dependiente del comercio y la inversión, y que ha buscado negociar tratados de libre comercio, como una forma de materializar el objetivo central de su política de comercio exterior, a saber, proveer, facilitar y consolidar una integración creciente del país a la economía internacional.²⁸

Con la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos, las partes establecieron una zona de libre comercio entre ellos (Artículo 1.1), es decir, un área en la que se eliminaron los obstáculos al comercio y se facilitó la circulación transfronteriza de las mercancías dentro de los territorios de cada una de las partes (Artículo 1.2) con el establecimiento de reglas de aplicación al comercio entre los suscriptores.²⁹ En el párrafo 2 de la Sección A: Anexo 11.13, Costa Rica asumió el compromiso de desarrollar un nuevo régimen legal

aplicable a los contratos de representación y distribución. En el desarrollo de ese régimen legal, nuestro país se comprometió a proveer transparencia de forma equivalente cumpliendo con los requisitos fijados en el Artículo 11.7 (Transparencia en el Desarrollo y Aplicación de Regulaciones) y el Capítulo Dieciocho (Transparencia) del Tratado.³⁰

En el anexo sobre compromisos específicos, en relación con el tema de agentes, distribuidores y representantes de casas extranjeras, se dio un reconocimiento explícito de la potestad de Costa Rica de establecer un nuevo régimen legal de los contratos de representación, distribución o fabricación, los cuales deberán fundamentarse en los principios generales del derecho de la contratación, la libertad contractual, y la equidad marcado por las obligaciones adquiridas en el tratado.³¹

Por lo tanto es totalmente oportuno, considerar cuales son los compromisos que adquirió nuestro país con el TLC, en materia de representantes de casas extranjeras, al alcance del Anexo 11.13, Sección A y que consecuentemente se convirtieron en modificaciones a la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras: En primer lugar Costa Rica derogó los artículos 2 y 9 de la Ley N° 6209 del 9 de marzo de 1978, y su reglamento, así mismo el inciso b)

28 MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR. (2004). **Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Costa Rica, la Republica de el Salvador, la Republica de Guatemala, La Republica de Honduras, la Republica de Nicaragua y los Estados Unidos de América, Documento Explicativo**. San José, Costa Rica: COMEX. Página 9

29 González Campabadal, A. (2005) **Estudios Jurídicos sobre el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos**. Primer Edición. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta Lil.

30 **SALA CONSTITUCIONAL**. (2007). Sentencia diecisiete mil ciento cuatro, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintitrés de noviembre.

31 MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR. (2004). **Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Costa Rica, la Republica de el Salvador, la Republica de Guatemala, La Republica de Honduras, la Republica de Nicaragua y los Estados Unidos de América, Documento Explicativo**. Ob. Cit. Pág. 86

del artículo 361 del Código de Comercio, Ley N° 3284 del 24 de abril de 1964, a partir de la fecha en que entró en vigor del Tratado.³²

Dentro de los compromisos asumidos, nuestro país en conjunto con el gobierno de los Estados Unidos se comprometieron a estimular a las partes en los contratos de representación, distribución o fabricación aún existentes, a renegociar éstos contratos con el objetivo de sujetarlos al nuevo régimen legal promulgado, esto en razón que la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras era un régimen especial y proteccionista, el cual se direccionó en favor de las empresas nacionales, con una serie de prerrogativas que no gozaron muchas otras empresas, como plazos de prescripción cortos para que la casa extranjera pudiera resolver el contrato, la declaratoria judicial previa a la terminación del contrato en algunas causales, la compra del inventario adquirido por la empresa nacional, en caso de resolución contractual, sea ésta justificada o no, entre otras disposiciones.³³

En todo caso, la derogatoria de los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209, no menoscabaron ningún derecho adquirido, cuando fuese aplicable, derivado de esa legislación y reconocido bajo el Artículo 34 de la *Constitución Política de la República de Costa Rica*. Por lo que los contratos suscritos posteriores a la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio entre República

Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos no estarán amparados en el régimen proteccionista de la Ley 6209, y en cuanto a la ruptura del contrato, no le son aplicables los artículos 2 y 9 que para este efecto ya fueron derogados; quedando en un abismo jurídico la situación de aquellos contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del tratado, pero que son rescindidos por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o no se prorrogaron por causas ajenas a la voluntad de éstos, cuando el contrato llegare a su vencimiento, posterior a la entrada en vigencia del TLC, lo que me lleva a cuestionar si existen derechos adquiridos derivados de la relación contractual o deberán regirse por la normativa vigente.³⁴

El compromiso del gobierno costarricense fue derogar los artículos 2 y 9 de la Ley 6209 del día 9 de marzo del año 1978, los cuales establecían:

“Artículo 2º.- Si el contrato de representación, de distribución o de fabricación, es rescindido por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o cuando el contrato a plazo llegare a su vencimiento y no fuere prorrogado por causas ajenas a la voluntad de éstos, la casa extranjera deberá indemnizarlos, con una suma que se calculará sobre la base del equivalente de cuatro meses de utilidad bruta, por

32 Alvarado Santamaría, R. y Guardián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos**. Ob. Cit. Pág.167

33 **TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCION EXTRAORDINARIA**. (2006) Sentencia Número 291 de las diez horas veinte minutos del seis de octubre.

34 Alvarado Santamaría, R. y Gurdián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos**. Ob. Cit. Pág. 176

cada año o fracción de tiempo servido. El valor de la indemnización en ningún caso se calculará en un plazo superior a los nueve años de servicio.

*Para establecer la utilidad bruta de cada mes, se tomará el promedio mensual devengado, durante los cuatro últimos años o fracción de vigencia del contrato, en el caso de los representantes y fabricantes y el promedio de los últimos dos años o fracción, en el caso de los distribuidores.”*³⁵

*“Artículo 9º.- Las indemnizaciones previstas en esta ley deberán ser pagadas en un pago único y total, inmediatamente después de terminado el contrato o cuando quede firme el fallo judicial condenatorio si lo hubiere. La casa extranjera deberá rendir una garantía sobre el total de las indemnizaciones reclamadas por el representante, el distribuidor o el fabricante, cuyo monto será determinado por el Juez. Si no lo hiciera, el Ministerio de Hacienda suspenderá, a solicitud del demandante, toda clase de importación, de los productos de la citada casa extranjera”.*³⁶

Ahora bien, la Sala Constitucional, de manera acertada, ha manifestado que las modificaciones aplicadas a la LPRCE, constituyeron con la incorporación del ar-

tículo 10 bis el fin del régimen proteccionista que tenían en Costa Rica los representantes y distribuidores locales de casas extranjeras. De tal manera que la modificación de los artículos 2 y 9 de la Ley 6209, además de vaciar de contenido la ley original, eliminaron las indemnizaciones tasadas conforme en la fórmula matemática del artículo 2. De manera tal, que para gestionar la indemnización en los casos permitidos por la ley, deberán demostrarse los daños y perjuicios, ante una engorrosa y tardía legislación y jurisdicción civil.³⁷

La mención del Código Civil, como normativa aplicable al tema de la indemnización de daños y perjuicios no establece una diferenciación substancial en cuanto al régimen de responsabilidad contractual: todo aquel que incumpla sus obligaciones contractuales y cause con ese proceder un daño deberá indemnizarlo integralmente.³⁸

Adquiere de sumo interés, por parte de este servidor, el análisis de la celebración de aquellos contratos celebrados entre la casa extranjera y el representante nacional, el cual, tuvo lugar en un momento anterior a la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio, pero la culminación de la relación se dio en una fecha posterior a dicho momento. Estamos en presencia de un verdadero conflicto legal, respecto a la determinación del régimen normativo aplicable, a partir de la determinación de la

35 **Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras**. (1978) Ley N° 6209 del 9 de marzo. San José, Costa Rica.

36 **Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras**. (1978) Ley numero N° 6209 del 9 de marzo. San José, Costa Rica.

37 **SALA CONSTITUCIONAL**. (2007). Sentencia diecisiete mil ciento cuatro, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintitrés de noviembre.

38 Fernández López, A. (2009). **El Arbitraje En Materia de Representación de Casas Extranjeras**. Revista IVSTITIA, San José, Costa Rica, Numero. 271 - 272 Página 4

existencia o no de derechos adquiridos en relación con el principio de irretroactividad de la ley.

El nacimiento del contrato de representación estuvo amparado bajo el control de una ley que posteriormente se reformó, y que afectó en gran medida, los derechos de los representantes de casas extranjeras, al eliminar las bases legales que permitían una indemnización del representante, en aquellos casos en donde existía ante el rompimiento contractual de manera unilateral según lo establecía la norma.

*“Algunos sectores de la doctrina se inclinan por pensar que respecto a los contratos celebrados antes de la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio, pero rescindidos unilateralmente posterior a este momento, deben aplicarse las reglas establecidas en los artículos 2 y 9 de la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras (ya derogados) en tanto son derechos adquiridos de los representantes. Por otro lado, la tesis contraria, deviene de la no aplicación de los mencionados artículos, dado que esta normativa no constituye derechos adquiridos para los representantes de casas extranjeras, y por lo tanto, no debe ni puede aplicarse desde una perspectiva jurídica, una legislación derogada.”*³⁹

1- **El Principio de Irretroactividad de la Ley y los Derechos Adquiridos.**

Como principio constitucional, se ha establecido que *“A ninguna ley se le dará efec-*

*to retroactivo en perjuicio de persona o de sus patrimonios adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas.”*⁴⁰

La garantía constitucional referida anteriormente se traduce en aquel momento sobre el cual se da un cambio en el ordenamiento jurídico, el cual no puede tener consecuencias inmediatas de sustracción del bien o del derecho ya adquirido y que se encuentra dentro del patrimonio de la persona, por lo que no puede haber un menoscabo generado por una reforma legal, sobre aquellos presupuestos facticos ocurridos con anterioridad, proveniente de una situación jurídica consolidada.

“(…) Resulta conveniente recordar el concepto de derecho adquirido. De forma general, se debe entender que este existe, cuando un determinado bien o derecho, anteriormente ajeno o inexistente, ingresa o afecta el patrimonio de una persona, de manera positiva; es decir, obteniendo un aumento, beneficio o ventaja, que puede ser verificable. Como se desprende de lo dicho, ese concepto está muy relacionado con el tema patrimonial, a diferencia del concepto de situación jurídica consolidada, que más expresa una definición de los efectos o consecuencias jurídicas de un cierto hecho o conjunto de estos, de forma cierta e indiscutible, que puede surgir mediante norma jurídica o por una sentencia firme de un órgano jurisdiccional. El ordenamiento jurídico

³⁹ Alvarado Santamaría, R. y Guardián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Ob. Cit. Pág. 180

⁴⁰ **Constitución Política de Costa Rica**, 7 de noviembre de 1949, San José, Costa Rica, Editorial IJSA, 28ª Edición 1980

*brinda una protección especial, a efecto de garantizar a quien se beneficie del derecho adquirido o la situación jurídica consolidada, de manera que no se le pueda modificar su estatus jurídico y patrimonial, ello en garantía de la seguridad jurídica y del principio de buena fe. Asimismo, debe dejarse claro como lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, que si bien existe esa protección especial, que se manifiesta entre otras formas en el principio de irretroactividad de la ley -artículo 34 constitucional-, es también lo cierto que no se puede hablar por ello de la existencia de un derecho a que la normativa jurídica no cambie, conocido como “derecho a la inmutabilidad de la ley”, sino que lo que se mantiene es el derecho a los efectos, a la consecuencia, en el caso de que la situación fáctica exigida por la norma para que se den esos resultados, se hayan cumplido durante la vigencia de esa norma jurídica.”*⁴¹

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, citando al autor Julián Restrepo Hernández, señaló que:

*“en toda disposición legal, hay un **elemento material y otro formal**. El primero se refiere al supuesto o hipótesis de hecho, previstos en la norma y, el formal, a la conclusión jurídica surgida como directa consecuencia del acaecimiento de aquellos supuestos e hipótesis fácticos. Verificado el hecho, nacen los efectos jurídicos que la ley le asigna y, que son, precisamente,*

*los derechos adquiridos.” De esta manera, las consecuencias de un hecho anterior a la promulgación de la nueva ley, no pueden ser desconocidas por ésta, cuando se hayan producido antes de que entre en vigor o, cuando no hubieren acontecido, se relacionen a su causa, como un resultado necesario y directo. (...)*⁴²

Con respecto a la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, el cuerpo normativo es claro en determinar que los derechos establecidos tienen efecto a partir de que se da la ruptura del contrato, a contrario sensu no se podría alegar la adquisición de un derecho, hasta que no se dé el hecho condicionante para que nazca a la vida jurídica sus efectos, como lo sería la ruptura del acuerdo derivado de las negociaciones entre las partes. Por lo tanto estaríamos en presencia de una mera expectativa y no una situación jurídica consolidada.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional, respalda el argumento indicado, en razón de que en ningún momento se están irrespetando situaciones que nacieron la vida jurídica, es decir en los casos que contemplaba la norma, el representante tendría acceso a la indemnización tasada (derechos condicionados); en el momento en que se dé el rompimiento del contratante (hecho condicionante) bajo los supuestos contenidos en la norma, pero si por el contrario el hecho futuro e incierto no se ha dado, el representante tendrá derecho a lo que establezca la ley cuando dicho hecho

⁴¹ **TRIBUNAL DE TRABAJO. SECCIÓN SEGUNDA.** (2009) Sentencia Número 046. 8:15 Horas del 23 de enero.

⁴² **SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** (1999) Sentencia Número 170 de las 15:30 Hrs. 15 de junio

nazca a la vida jurídica, mientras no exista un rompimiento, el derecho a la indemnización seguirá siendo una evidente expectativa, ya que como lo ha establecido la jurisprudencia a lo que se tiene derecho es al efecto condicionado, siempre y cuando se dé el hecho condicionante.⁴³

La posición establecida por el jurista Angelo Falzea, sobre ineficacia suspensiva, es decir, aquellas situaciones en las cuales se encuentran todos los elementos del hecho jurídico, pero por alguna circunstancia sus efectos no han surgido, implicaría la no eficacia del hecho, tesis que a nivel nacional es defendida a su vez por los Licenciados Alvarado Santamaría y Gurdián Arango, expuesta en su tesis de grado denominada *“Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.”* Y que parece adecuarse al conflicto normativo derivado de la reforma a la Ley de Protección del Representante de Casas Extranjeras en los supuestos valorados anteriormente.

El hecho que permite el surgimiento de los efectos jurídicos es el rompimiento contractual o alguna de las causales que lo permitan, por lo cual mientras no se dé la causal o el rompimiento en concreto, el hecho sobre el cual habla el jurista Restrepo Hernández no ha surgido a la vida jurídica. Al no haber nacido no se estaría ante ningún derecho, sino ante una mera expectativa de

derecho, que está esperando al momento en que el hecho condicionante surja, para traer a la vida jurídica el efecto condicionado. Es claro que mientras no se haya dado el rompimiento contractual de manera unilateral, o la no prórroga del contrato de manera automática por razones ajenas al representante, no existe necesidad de discutir si tiene o no derecho a la indemnización.

Es evidente que el hecho que hace nacer a la vida jurídica los derechos indemnizatorios aquí nombrados, son el rompimiento contractual, sin importar cuando nace a la vida la relación entre las partes, por lo cual si éste se produce después de la reforma de la Ley 6209, la normativa a aplicar es la vigente, debido a que es en ese momento en que nace a la vida el derecho del representante.⁴⁴

Por lo tanto es posible afirmar, que aquellos representantes de casas de extranjeras que celebraron un contrato de representación, antes de la entrada en vigencia del TLC, y cuyo rompimiento se dio en fecha posterior, no sufrirán ningún perjuicio producto de la derogatoria de los artículos 2 y 9, en razón que los derechos otorgados por dichos artículos, se consideran, desde el momento mismo de la ruptura contractual, en los supuestos que contemplaba la norma, ya que aun no estamos en presencia de derechos adquiridos sino más bien de supuestos de hecho que quedan condicionados a una situación emergente. Es más, los derechos que contemplaba la Ley con anterioridad

43 Alvarado Santamaría, R. y Gurdián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Ob. Cit. Pág. 200

44 Alvarado Santamaría, R. y Gurdián Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos.** Ob. Cit. Pág. 200

a la reforma, en esta situación, no le son aplicables debido a que no existía la causal que permita su nacimiento, y por lo tanto deben de considerarse como meras expectativas.

El rompimiento contractual de manera unilateral, así como la no prórroga del mismo, por causas ajenas al representante, son el presupuesto fáctico que le daba derecho al representante de cobrar la indemnización acorde con lo establecido en la ley. Por tanto, es evidente que mientras no se dé la causal, la indemnización resulta totalmente improcedente. El rompimiento que se dé de manera posterior de la aprobación del Tratado de Libre Comercio, no tiene derecho a ser indemnizado de una forma tasada, conforme lo establecía el artículo número dos de LPRCE ya que lo que tenía hasta antes del rompimiento, era una mera expectativa, y su derecho le corresponderá a lo establecido por la legislación vigente al momento del rompimiento, por lo que deberá de reclamar sus derechos en la vía ordinaria, en aplicación de la normativa civil.

Es importante establecer que si la causal que generó dicho rompimiento, se da antes de la entrada en vigencia del Tratado, el representante tenía derecho a ser indemnizado de conformidad con las tasaciones que se establecían en la normativa y a los demás derechos consagrados en la ley anterior.

CONCLUSIONES.

Al finalizar el análisis anteriormente expuesto, se debe hacer hincapié en los siguientes aspectos:

El distribuidor como un auxiliar mercantil, es definido por el mismo Código de Comercio, y tiene como finalidad el colocar órdenes y perfeccionar la venta de productos en los mercados locales. Al analizar la normativa vigente se puede con facilidad encontrar una confusión de la figura del distribuidor con la del fabricante e incluso con la del mismo representante. Sin embargo la misma jurisprudencia, ha sido clara en determinar que el distribuidor y su labor, puede ser por cuenta propia así como por cuenta ajena.

Ahora bien, respecto del representante mercantil, se le considera el encargado de asistir y colaborar a las casas extranjeras para que, a través de su negociación, y distribución de bienes y servicios, contacten y transen con los consumidores de un país determinado, actuando en nombre propio, pero por cuenta de quien le ha conferido poder suficiente para ello.

Establecido el marco conceptual, es importante tener claridad, en ciertos aspectos que derivan de la Ley de Protección de Representante de Casas Extranjeras, en especial aquellos aspectos medulares que permitieron la posibilidad de una indemnización tasada en aquellos casos donde la entidad representada rompía unilateralmente el contrato de representación, lo cual reflejaba un contenido altamente proteccionista, sin embargo a raíz de de las obligaciones adquiridas por parte del Gobierno de Costa Rica con la firma del Tratado de Libre Comercio, surgió la

obligación de establecer un nuevo régimen legal para los contratos de representación y distribución. De manera tal, que posterior a la entrada en vigencia del TLC, para poder gestionar la indemnización en los casos permitidos por la ley, se deben demostrar los daños y perjuicios en la vía civil.

Es necesario destacar, que a pesar de la derogatoria de los artículos 2 y 9 de la Ley No. 6209, y sus implicaciones jurídicas, en ningún momento se pueden menoscabar todos aquellos derechos adquiridos, en aplicación del principio constitucional establecido en el Artículo 34 de nuestra carta magna, por lo que los contratos suscritos posteriores a la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio no estarán amparados en el régimen proteccionista de la Ley 6209, rigiendo la normativa vigente; dándose únicamente un abismo jurídico para aquellos contratos suscritos antes de la entrada en vigencia del tratado, pero que son rescindidos de manera posterior a ésta, por causas ajenas a la voluntad del representante, del distribuidor o del fabricante, o simplemente no fueron prorrogados cuando el contrato llegó a su vencimiento.

Con respecto a la Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras, el cuerpo normativo es claro en determinar que los derechos establecidos tienen efecto a partir de que se da la ruptura del contrato, por lo que no se podría alegar la adquisición de un derecho, hasta que no se dé el hecho condicionante para que nazca a la vida jurídica sus efectos, como lo sería la ruptura del acuerdo derivado de las negociaciones entre las partes.

Estamos en presencia de un supuesto y no una situación jurídica consolidada, ya que

habría una ineficacia suspensiva, dentro de los elementos propios del hecho jurídico. Por lo tanto, el hecho que permite el surgimiento de los efectos jurídicos es el rompimiento contractual o alguna de las causales que lo permitan, por lo cual mientras no se dé la causa o el rompimiento en concreto, el hecho al no haber nacido no se estaría en presencia de ningún derecho adquirido, sino ante una mera expectativa, que está esperando el momento en que el hecho condicionante surja, para traer a la vida jurídica el efecto condicionado.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS DE TEXTO

APPICR (2009). **Compendio Propiedad Intelectual Asociación de Profesionales en Propiedad Intelectual**. Segunda Edición, San José Costa Rica: Arena, Transamérica S.A.

Certad Maroto, G. (2007). **Temas de Derecho Comercial**: Tercera Edición. San José, Costa Rica: Editorial Juritexto.

González Campabadal, A. (2005) **Estudios Jurídicos sobre el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos**. Primer Edición. San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta Lil.

Marzoeati, O. (1990) **Sistemas de Distribución Comercial**. Primera Edición. Buenos Aires, Argentina, Editorial ASTREA

MINISTERIO DE COMERCIO EXTERIOR. (2004). **Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de la República de Costa Rica, la Republica de el Salvador, la**

ción para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

Salazar Porras, J. y Tenorio Sánchez, E. (2003). **Los Contratos de Representación, Distribución y Fabricación de Casas Extranjeras dentro del Proceso de Globalización Comercial**. San José, Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

Bogantes Varela, A. (2005). **La Ley de Protección al Representante De Casas Extranjeras en el Contexto del Proyecto de Tratado de libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y Republica Dominicana**. San José, Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

LEYES

Constitución Política de Costa Rica, (1980) 7 de noviembre de 1949, 28ª Edición. San José, Costa Rica, Editorial IJSA,

Código Civil de Costa Rica (2011). Ley número XXX, del 19 de abril 1885. 23 Edición. San José, C.R.: Investigaciones Jurídicas S.A.

Código de Comercio de Costa Rica (2004) Ley Número 3284 del 30 de abril de 1964. Octava Edición, San José, Costa Rica: EDITEC Editores.

Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. (2005) Ley numero No. 6209 del 9 de marzo de 1978 San José, Costa Rica:CRECEX

Republica de Guatemala, La Republica de Honduras, la Republica de Nicaragua y los Estados Unidos de América, Documento Explicativo. San José, Costa Rica: COMEX.

Pérez Vargas, V. (2005). **Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras Anotada con la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales Superiores**. Primera Edición, San José, Costa Rica: Litografía e Imprenta LIL.

Rodríguez Rescia, V. (1992). **Jurisprudencia Mercantil II. Auxiliares del Comercio**, Primera Edición. San José, Costa Rica: EDITEC Editores S. A.

REVISTAS

Fernández López, A. (2009). **El Arbitraje En Materia de Representación de Casas Extranjeras**. Revista IVSTITIA, San José, Costa Rica, Numero. 271-272.

Bruce Esquivel, M. **Representantes de Casas Extranjeras**. Revista Judicial, San José, Costa Rica Número 88.

Jiménez, R. (1988). **Representación de Casas Extranjeras**, Revista IVSTITIA, San José, Costa Rica, Numero. 27.

TRABAJOS DE GRADO

Alvarado Santamaría, R. y Gurdían Arango, A (2009). **Los Derechos Adquiridos por los Representantes de Casa Extranjeras frente al Tratado de Libre Comercio entre Republica Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos**. San José, Tesis de Grada-

Ley de Protección al Representante de Casas Extranjeras. (2007) Ley N° 8629 del 30 de noviembre. San José, Costa Rica.

RESOLUCIONES

SALA CONSTITUCIONAL. (2007). Sentencia diecisiete mil ciento cuatro, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintitrés de noviembre.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2009) Sentencia numero novecientos cincuenta y cinco, de las catorce horas cincuenta minutos del día diez de setiembre

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2003) Voto Número 738-03 de las 10:55 horas. del 31 de enero

SALA PRIMERA DE LA CORTE PRIMERA DE JUSTICIA. (1983) Sentencia Número 31 de las 15:45 horas del 14 de junio.

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1999) sentencia N° 205 de las 15 horas del 30 de abril.

SALA SEGUNDA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1999) Sentencia Número 170 de las 15:30 Hrs 15 de junio

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (1991) Sentencia Número 214 de las 15 horas del 6 de diciembre.

SALA PRIMERA DE LA CORTE. (2008) Sentencia numero 0795, del veintisiete de noviembre del año dos mil ocho, a las diez horas quince minutos

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. (2010) San José, a las diez horas cuarenta y cinco minutos del quince de abril de dos mil diez.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCION EXTRAORDINARIA. (2006) Sentencia Número 291 de las diez horas veinte minutos del seis de octubre.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCION SEGUNDA. (2009) Sentencia Numero 363, de las tres horas y quince minutos del veintiocho de octubre del dos mil nueve.

TRIBUNAL DE TRABAJO SECCIÓN SEGUNDA. (2009) Sentencia Número 046. 8:15 Horas del 23 de enero.

TRIBUNAL SEGUNDO CIVIL SECCION PRIMERA. (2010) Sentencia Numero 13, de las trece horas y treinta minutos del quince de enero del año dos mil diez.

EL EXAMEN DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL AL ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL

*Luis E. Sibaja Guillén**

I- INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional se encuentra impregnado de tantos elementos del derecho internacional privado contemporáneo, que resulta difícil negar la aplicación de éste al estudio de aquél. Ciertamente, uno de los elementos que influye en el arbitraje comercial internacional es el *mecanismo de escape* conocido como *orden público internacional*. Según la doctrina del derecho internacional privado, los mecanismos de escape son institutos de los que se valen los Estados para desaplicar elementos extranjeros en su territorio. Es en este sentido que se utiliza el *orden público internacional*, como excusa para el no reconocimiento de un laudo arbitral dictado en el extranjero.

Si bien no se encuentra autorizada la aplicación del *orden público internacional* al acuerdo arbitral, en forma expresa, la extensión del instituto del *orden público internacional* al acuerdo arbitral no debe extrañar.

El presente artículo explora tal posibilidad, a la luz de conceptos generales del derecho internacional privado y dentro del contenido de la Convención del Nueva York de 1958, en especial, el Artículo II(3) de esta Convención, que trata sobre la posibilidad de desaplicar el acuerdo arbitral por considerarse éste nulo, ineficaz e/o inaplicable¹.

La pregunta que entonces nos planteamos es: ¿podrá una cláusula arbitral ser nula, ineficaz o inaplicable, si el conocimiento del asunto o el arbitraje atentara contra el *orden público internacional*?

Se advierte que el presente estudio no pretende una respuesta categórica. Máxime considerando que la intención de los redactores de la Convención de Nueva York nunca fue regular aspectos relativos a la invalidez o inaplicabilidad del acuerdo arbitral. Debemos recordar que no fue sino hasta el final de la redacción de la Convención que el tema de la invalidez e inaplicabilidad del acuerdo arbitral fue incluido, al punto de

* El autor es abogado litigante, miembro del bufete Lex Counsel, Licenciado en Derecho, con estudios de especialización en Comercio Exterior, de postgrado en Derecho Internacional Privado, y de maestría en Negocios Internacionales y Litigio Internacional.

¹ De igual forma, según el artículo 8(1) de la Ley 8937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI), de reciente aplicación en nuestro país. No obstante, siendo que por mandato constitucional y por disposición expresa de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI (artículo 1(1)), la Convención de Nueva York aplica sobre ésta y cualquier otra ley, la discusión central de este artículo se apoyará en lo dispuesto en el artículo II(3) de dicha Convención; pero sin perjuicio de que lo aquí indicado pueda ser igualmente extendido a la mencionada Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.

considerarse que el Artículo II fue “*redactado en una carrera contra el tiempo*”.² De esta manera es que la interpretación de este Artículo, y en especial de las definiciones de “nulo, ineficaz, e inaplicable”, no descansa en documentos de trabajo. Esto puede complicar cualquier conclusión que sobre el tema se haga. Por ello es importante recalcar que el presente estudio no es exhaustivo.

II- EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL.

1- El Orden Público Internacional como Mecanismo de Escape

Es ampliamente conocida la posibilidad de que el arbitraje comercial internacional sea restringido y limitado internamente por las cortes nacionales, no en virtud de una norma de competencia judicial exclusiva,³ sino más bien por contrariar principios y normas, a veces no escritas, del territorio donde se haga valer ese arbitraje o el laudo que de éste eventualmente emane. Estas normas y principios se encuentran en el contenido de lo que se conoce como *orden público internacional* (ver también *lois de police*, *ordre publique* o *public policy*).

El orden público, más concretamente denominado *orden público internacional*, corresponde a una de las posibles excepciones de las que se valen los Estados para excluir la aplicación de leyes y/o sentencias foráneas, o bien cualquier instituto jurídico o elemento extranjero en su territorio. A estas excepciones se les ha llamado Mecanismos o Técnicas de Escape. De esta manera, un Estado podría no aplicar ley extranjera, no reconocer una sentencia dictada en otro territorio, o bien no darle validez a un instituto jurídico de otro Estado, so excusa de que ello ofendería su *orden público internacional*.

El contenido del *orden público internacional* pretende la protección de las bases fundamentales sobre las que se asienta el ordenamiento jurídico de cada Estado. Su aplicación presupone la protección de los principios que sustentan dicho ordenamiento, ya que éstos no pueden sufrir derogación alguna por la aplicación de elementos extraños. Así, el *orden público internacional* aparece como un recurso excepcional que cada legislación establece para protegerse de la aplicación de institutos jurídicos extranjeros, cuyo contenido podría ser amenazante para el ordenamiento del Estado donde tales institutos jurídicos se quisieran hacer valer.⁴

Según Pérez Verdía la noción de *orden público internacional* es contingente y

2 Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 56, Kluwer (1981).

3 Aunque, la limitación de arbitraje, señalándole a las cortes nacionales competencia judicial exclusiva, puede responder a una limitación interna de arbitrabilidad de la controversia.

4 De la Torre, J.A.T, *Derecho Internacional Privado. Parte General, Volumen II. Técnica aplicativa de la regla de conflicto*. Segunda Edición. Servicios Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, España, 1985. Pág. 328.

variable, y sufre las influencias del tiempo y del medio en que existe, estando sometida a una amplia interpretación judicial.⁵ Asimismo, Monroy Cabra lo define como un conjunto de normas tendientes a salvaguardar en general el interés comunitario y el bien común.⁶ Finalmente, para Niboyet el papel que desempeña el orden público es el de un remedio para no aplicar una ley extranjera, cuando esta aplicación perjudica verdaderamente al país a donde se quiere aplicar.⁷

Al tenor de lo descrito anteriormente, el *orden público internacional* viene a ser un límite excepcional que evita la aplicación de leyes o resoluciones judiciales (o arbitrales) extranjeras, en razón de que su contenido material es adverso a los intereses o valores de un Estado.

Según las recomendaciones sobre la aplicación del orden público como base para rehusar el reconocimiento o ejecución de laudos arbitrales internacionales, emitidas en la Septuagésima Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, sostenida en Nueva Delhi, India, en abril del 2002; se incluye dentro del *orden público internacional* los principios fundamentales referentes a justicia o moralidad que un Estado desea proteger; las reglas diseñadas para servir la esencia política, o los intereses

sociales o económicos de un Estado, sean los conocidos como “*lois de police*” o “*public policy rules*”; y el deber del Estado de respetar sus obligaciones frente a otros Estados u organismos internacionales.⁸

El orden público internacional, conceptualizado por el derecho internacional privado, abarca normas o principios de carácter imperativas que atañen a ideas esenciales de la vida política, económica o social de un Estado. Como se ha dicho, éste permite la no aplicación de institutos o elementos extranjeros, siempre y cuando se verifique que ellos atentarian contra principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado donde se pretendan hacer valer.⁹ Así, se dice que el *orden público internacional* está condicionado por dos factores: la universalización del orden internacional de situaciones entre personas de comunidades nacionales o estatales culturalmente diversas, y la heterogeneidad internacional en sus manifestaciones más importantes, que son las sociales y políticas.¹⁰

2- El Arbitraje Comercial Internacional y el orden público internacional

A pesar de que la *Nueva Lex Mercatoria* contribuye en el mantenimiento y transcurso del arbitraje comercial internacional, como

5 Pérez Verdía, L. *Tratado Elemental del Derecho Internacional Privado*, Guadalajara, México, 1908. Pág. 53.

6 Monroy Cabra, M.G. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Cuarta Edición. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia. 1995. Pág.225.

7 Niboyet, J.P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Editora Nacional, México, 1960. Pág. 381.

8 Artículo 1(d) de la Resolución 2/2002 sobre Arbitraje Comercial Internacional, denominado “International Law Association Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitral Awards”.

9 Monroy Cabra. Op Cit. Pág. 227.

10 Ibidem.

fuerza autónoma,¹¹ es gracias a la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros (Convención de Nueva York de 1958) y la Convención Interamericana sobre Arbitraje (Convención de Panamá de 1975), que una gran cantidad de Estados, incluyendo Costa Rica, reconoce la importancia y la necesidad de recurrir y aceptar el arbitraje comercial internacional como alternativa para la solución de problemas de tráfico externo. No hay duda que dichas Convenciones son los pilares sobre los que descansa la regulación internacional –uniforme y armoniosa– referente al respeto que merece el acuerdo arbitral internacional y el laudo que del proceso arbitral internacional resulte.

No obstante, tanto en la Convención de Nueva York como en la Convención de Panamá (Ver artículos V. 2 y 5. 2, respectivamente), el *orden público internacional* es reconocido como una de las excepciones para el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Y sobre este punto, existe poca controversia: el *orden público internacional* de cada Estado será siempre resguardado y protegido por las autoridades competentes, en el momento en que un laudo arbitral extranjero sea ofensivo o violatorio de éste.

Sin embargo, el *orden público internacional* influye también –a nivel interno– para limitar la arbitrabilidad objetiva y subjetiva de una cuestión en controversia. La inarbitrabilidad de la cuestión imposibilita que ésta sea objeto de sometimiento a un proceso arbitral. Por ende, normas internas podrían regular que el arbitraje de una cuestión determinada aten-

taría contra el *orden público internacional*, y por ende, la cuestión sería inarbitrable según su ordenamiento. Al respecto, el Profesor Karl-Heinz Böckstiegel ha dicho que con el fin de observar el orden público y la arbitrabilidad de la disputa en su pleno contexto, debe verse que el orden público puede llevar a limitaciones o a falta de arbitrabilidad en sus dos esferas: arbitrabilidad objetiva y arbitrabilidad subjetiva.

Por falta de arbitrabilidad objetiva, el Prof. Böckstiegel nos cita el ejemplo de las cuestiones concernientes a asuntos de libre competencia (antimonopolio o *antitrust*), y por falta de arbitrabilidad subjetiva, nos cita la falta de capacidad en defensa de protección de menores o protección de la soberanía estatal en el caso de instituciones estatales. En ambas, la abstracción de la cuestión a ser solucionada por la vía del arbitraje puede llegar a ser considerada de tal importancia, que se traslada al orden público de la ley aplicable.¹²

El arbitraje comercial internacional debe estar sujeto al cuidadoso examen por parte de los Estados que deban otorgarle el reconocimiento y vigencia deseado. Dentro de este examen se analizaría la arbitrabilidad objetiva o subjetiva de la cuestión y en general la violación o no al *orden público internacional* del Estado interesado, dentro de lo cual podríamos incluir la violación o no a normas de derecho público, o leyes imperativas o irrenunciables.

Véase que las mismas fuentes que dan origen y sustento jurídico al arbitraje comercial

internacional, como la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, incluyen en su articulado disposiciones en este sentido. Así, el artículo V.2 de la Convención de Nueva York autoriza a los Estados a denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera comprueba que ésta, según la ley de su país, por la materia de la diferencia, no era susceptible de solución por vía de arbitraje o bien porque el laudo sería contrario a su *orden público internacional*. En igual sentido, la Convención de Panamá contiene exactamente la misma disposición, al indicar en su artículo 5.2:

“También, se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba: (a) Que, según la ley de este Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o (b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del mismo Estado.”

Sin embargo, lo antes dicho se refiere específicamente al reconocimiento y/o ejecución del laudo final, obtenido del procedimiento de arbitraje en el extranjero. Esto nos lleva a plantearnos la interrogante de si existe la facultad del Estado de extender el examen de *orden público internacional* a la arbitrabilidad de la cuestión y al acuerdo arbitral, en una etapa previa.

Para responder esta interrogante debemos considerar preliminarmente que las convenciones internacionales citadas lo que

pretenden es la unificación y armonización del instituto del arbitraje comercial internacional. Así, éstas les impone a los Estados signatarios reglas uniformes y armoniosas, no sólo respecto al procedimiento de reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales, sino también respecto a uniformar el criterio para darle validez al acuerdo arbitral internacional.

Esto es confirmado por la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá con la inclusión del artículo II y artículo 1, respectivamente, mediante los cuales los Estados se comprometen a reconocer la validez y vigencia de las cláusulas compromisorias. Claramente, no se lograría una total uniformidad del instituto del arbitraje –aunque el solo compromiso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros significaría bastante– si los Estados limitaran la armonización al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, mas no asumieran un compromiso de respetar lo pactado por las partes en disputa en cuanto a recurrir a un procedimiento de arbitraje internacional.

Habiendo indicado lo anterior, podríamos decir que el punto medular de ambas convenciones lo es la armonización del reconocimiento del arbitraje comercial internacional, mediante la unificación del procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros y, a su vez, mediante la obligación generalizada de los Estados signatarios a respetar la validez y vigencia de las cláusulas de arbitraje.

De esta manera, la disposiciones generales sobre la aceptación o no al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales deberían serle igualmente aplicables a la política adoptada

11 Sibaja Guillén, L.E., *Comentarios sobre el Acuerdo Arbitral Internacional en Costa Rica*, en Revista Judicial No. 99 (Costa Rica, Marzo, 2011), Pág. 192.

12 Böckstiegel, K.H. *Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement*, en el IBA Journal of Dispute Resolution, Edición Especial 2008, La Convención de Nueva York – 50 Años. Pag. 123 y seq.

por los Estados signatarios, en cuanto a darle validez y eficacia al pacto entre privados para recurrir al arbitraje comercial internacional. Así, si superar el orden público internacional de un Estado constituye una condición suprema para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, pues de igual manera, debería serlo para la admisión del arbitraje, tanto respecto a cuestiones de arbitrabilidad como aspectos de aplicación del acuerdo arbitral.

3- Orden público internacional y Arbitrabilidad

Como se dijo anteriormente, encontramos dos tipos de conceptos relativos a la naturaleza arbitrable de una cuestión. Uno, el “subjetivo”, que se refiere más a la capacidad de actuar en un proceso de arbitraje. En este concepto podemos mencionar que podrán haber cuestiones NO arbitrables, en razón de la intervención de menores de edad o instituciones estatales y gubernamentales. Y el segundo, es el concepto “objetivo” de arbitrabilidad, que se refiere al fondo de la cuestión a ser resuelta.¹³ Como ejemplo de lo anterior, podemos encontrar cuestiones relativas a conflictos laborales o sobre cuestiones no patrimoniales.

La arbitrabilidad subjetiva y objetiva de la cuestión emana de la legislación interna de cada Estado.¹⁴ Así, los mismos instrumentos internacionales sobre la materia lo respetan. Pero, en un contexto internacional, que presupone el involucramiento de partes, situaciones y lugares de diferentes Estados, nos preguntamos: ¿Cuál Estado es el llamado a establecer los límites de arbitrabilidad?

Si tomamos las Convenciones de Nueva York y Panamá, debemos reconocer que, indudablemente, las leyes aplicables a la cuestión sometida a arbitraje o al acuerdo arbitral, son las relativas a solucionar la interrogante planteada. En este sentido, notamos que los artículos V(1)(a) de la Convención de Nueva York y 5.1.a de la Convención de Panamá, disponen que el laudo podrá ser desconocido (i) si existiere alguna incapacidad de las partes, según la ley aplicable, la cual puede ser la elegida por las partes, o la que los árbitros, siguiendo el método conflictual, determinen; (ii) si el acuerdo no es válido en virtud de la ley, a la que las partes lo hayan sometido; o (iii) en ausencia de acuerdo de partes, sujeto a la ley del país sede. Pero igualmente, ambas convenciones, nos remiten a la ley del país donde se vaya a ejecutar el laudo (ver artículos V(2)(a) y 5.2.a.). La doctrina, respecto a las alternativas existentes, es inclusive aún más amplia, como veremos adelante.

Las formas de delimitar el concepto de arbitrabilidad de una cuestión son diversas. Los Estados pueden establecer leyes internas estableciendo que toda cuestión patrimonial o de derechos disponibles sea objeto de ser resuelta por medio de arbitraje. O bien, puede indicar expresamente legislación en contrario, según la materia o los intereses del Estado de que ciertos aspectos NO sean objeto de arbitraje. Igualmente, una cuestión puede ser excluida del ámbito arbitrable, al establecerse claramente que las cuestiones son de competencia de las cortes nacionales, limitando así, vía ley, la posibilidad de recurrir a arbitraje para resolver dicha cuestión.

El *orden público internacional* y la arbitrabilidad objetiva de una disputa están íntimamente ligados entre sí. Sin duda alguna, el *orden público internacional* influye en los Estados para emitir legislación respecto a las materias y cuestiones que serían o no arbitrables. Igualmente, el *orden público internacional* puede afectar la arbitrabilidad de una cuestión, no por así haberse plasmado en normas escritas, sino por el hecho de que un arbitraje en particular atente contra dicho *orden público internacional*. Así, muchas materias pueden ser excluidas del arbitraje, no por existir norma que así lo disponga, sino por el hecho de que dicha arbitrabilidad pueda comprometer el *orden público internacional* de cada Estado.

En mi opinión, la arbitrabilidad de la cuestión no sólo versa sobre la calificación de controversias permitidas por ley interna a ser sometidas a un procedimiento arbitral, sino también debe versar sobre la calificación de dichas cuestiones, aunque no prohibidas por ley interna a ser resueltas en arbitraje, a la luz los de los más fundamentales principios morales y de justicia de cada Estado. Serán, en estos casos, las cortes nacionales, a través de su competencia jurisdiccional, las que deban resolver tal calificación. Sin embargo, como veremos, tal posición puede encontrar cierta oposición.

Poco se discute sobre la alternativa de denegar la validez de la cláusula compromisoria por contenerse en ella la posibilidad de resolver asuntos o diferendos considerados no arbitrables, ya sea por

existir una norma expresa en ese sentido o porque se atente contra el *orden público internacional*. Claramente, las soluciones a los diversos casos varían según se trate de un árbitro o de un juez nacional, el que se encuentre ante la necesidad de determinar la arbitrabilidad o no de la cuestión.

Si se trata del árbitro, adicionalmente a lo indicado en las Convenciones de Nueva York y de Panamá, es aceptado en doctrina que si las limitaciones a la arbitrabilidad de la cuestión no emanan de una norma de *orden público internacional*, únicamente tendrán relevancia para él si se encuentran contenidas en: (a) la ley elegida por las partes;¹⁵ (b) la ley aplicable al acuerdo arbitral; (c) la ley aplicable al contrato principal que la contenga; (d) la ley aplicable a ambos, si fuera el caso; (e) la ley aplicable al procedimiento de arbitraje; (f) la ley aplicable a la cuestión jurídica, en general;¹⁶ o (g) la ley del lugar donde el laudo debe ejecutarse.¹⁷

Por el contrario, si el acuerdo arbitral compromete leyes que emanan del *orden público internacional*, que hacen que se limite la arbitrabilidad de la cuestión; o bien, violenta el *orden público internacional* de un Estado determinado, sea o no el Estado cuya ley sea la aplicable, el árbitro deberá analizar la situación más cuidadosamente. Lo anterior en razón de que para un árbitro no existe *lex fori* ni tampoco existe una jerarquía de leyes. Es importante mencionar que, así como es cierto que un árbitro no le debe mas respeto a una ley que a otra, es cierto también que el árbitro tiene la obligación moral de rendir

13 Hanotiau, B. *The Law Applicable to Arbitrability*, en el BOOK: ICCA Congress Series No. 9 (Paris/1999), Pags. 147.

14 Böckstigel, K.H. *Public Policy and Arbitrability*, en el BOOK: ICCA Congress Series No. 3 (New York/1986), Pags. 193 y 194. El autor comenta como difieren los distintos países en sus posiciones para limitar el arbitraje a nivel nacional.

15 Hanotiau, B. *Op. cit.* *The Law Applicable to Arbitrability*, Pag 154-155.

16 Böckstigel, K.H. *Op cit.* Pág. 184.

17 Marzorati, O.J. *Derecho de los Negocios Internacionales*, 2da. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1997. Pag. 758.

un laudo ejecutable, y así se podría decir que el árbitro debe revisar las normas de *orden público internacional* del Estado en donde se pretenda ejecutar el laudo arbitral a fin de asegurarles a las partes un laudo arbitral eficaz.

Lo anterior se refuerza con la intención de que el arbitraje comercial internacional no represente un mecanismo de fraude que evada normas de especial interés de los Estados, sean imperativas o irrenunciables, parte de su *orden público internacional*.¹⁸

El problema práctico es que los laudos que emanan de tribunales arbitrales internacionales pueden surtir efectos en un sinnúmero de Estados y territorios. Imponerle al árbitro la carga de anticipar donde el laudo surtirá efectos, sería iluso y poco razonable.

No obstante, ciertamente, hay casos muy particulares que tendrán efectos específicos en una jurisdicción, y ello puede ser previsible de antemano por cualquier árbitro.

No sugiero con lo anterior el deber del árbitro de revisar el *orden público internacional* de jurisdicciones específicas, sino más bien, asignarle la carga de la prueba a la parte interesada.

Por otro lado, si la cuestión es presentada ante las cortes de un Estado, tal vez la solución sea más asequible. Un juez, al que se le presente el acuerdo arbitral o cláusula compromisoria, deberá, según sus leyes internas, valorar si la cuestión es arbitrable o no.

Al hacer esta valoración, el juez deberá considerar:

- (a) La *lex fori* respecto a arbitrabilidad o de derecho público –imperativas e irrenunciables- que no se inspiren en valoraciones de *orden público internacional*;
- (b) La *lex fori* respecto a arbitrabilidad o de derecho público –imperativas e irrenunciables- que contengan valoraciones de *orden público internacional*;
- (c) Valoraciones de *orden público internacional*, según la *lex fori*.

Sin duda, en el caso de nuestro país, según la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional de reciente data¹⁹, el juez nacional aplicará ley costarricense. Lo anterior, en virtud del artículo 1 (5) de dicha ley, que dice:

“...La presente ley no afectará a ninguna otra ley de Costa Rica en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley...”

Pero nos preguntamos, ¿podrán las cortes nacionales de un Estado rehusar la eficacia del acuerdo arbitral, por cuestionar la arbitrabilidad de la cuestión según la ley extranjera de la sede foránea elegida por las partes? Ciertamente, este es un obstáculo que tendría que solventar la parte que pretenda que una corte nacional rehúse la remisión del asunto al arbitraje en el exterior.

Por otra parte, sin perjuicio de lo anterior, en referencia al *orden público internacional*,

para determinar la arbitrabilidad o no de una cuestión jurídica, la doctrina consultada se inclina a señalar que el juez debe determinar si el asunto es de carácter internacional.

Lo anterior con el fin de discernir si el *orden público internacional* local se vería afectado de no ser aplicado, o si el *orden público internacional* que se pretende hacer valer puede circunscribirse a cuestiones locales únicamente y no deba extenderse a cuestiones de carácter internacional.²⁰ Esto encuentra asidero en la tendencia actual de establecer que el *orden público internacional* puede prohibir el arbitraje local más no el arbitraje comercial internacional, si la cuestión tiene conexiones internacionales.

Lo anterior ha generado la discusión sobre la existencia de tres tipos de *orden público internacional*:

- (a) El *orden público internacional* aplicado a cuestiones locales o nacionales, mas no aquellas con conexiones internacionales;
- (b) El *orden público internacional* aplicado a cuestiones tanto locales o nacionales como a aquellas con conexiones internacionales; y
- (c) El *orden público transnacional*, derivado en parte de éste último.

Ahora bien, si la corte nacional que conociera de este asunto pertenece a un Estado signatario de la Convención de Nueva York, no haría la solución más sencilla, pues dicha Convención no deja claro cual será el Estado que determine, por medio del *orden público internacional*, la arbitrabilidad del asunto

o la validez del acuerdo arbitral. Aunque la Convención de Nueva York y de Panamá establecen expresamente la posibilidad de excluir el acuerdo arbitral por contrariar normas internas respecto a arbitrabilidad, sea que emane o no del orden público internacional, no se establece en forma expresa la posibilidad de excluir igualmente el acuerdo arbitral porque éste ofenda el *orden público internacional* de un Estado en particular.

En estos casos, la corte nacional de un Estado signatario a la Convención de Nueva York, deberá aplicar el artículo II (1) y (3), que dice, entre otras cosas, que las cortes de los Estados signatarios reconocerán los acuerdos arbitrales concernientes a un “...asunto que pueda ser resuelto por arbitraje...” y así deberán remitir a las partes a arbitraje, a menos que se compruebe que dicho acuerdo arbitral sea “...nulo, ineficaz o inaplicable...”.

Para los profesores Bernard Hanotiau y Olivier Caprassé, aún cuando el artículo II (3) de la Convención de Nueva York no lo dice en forma expresa, ellos consideran que la arbitrabilidad de la disputa es una condición más que debe ser satisfecha por la corte nacional, para estar obligada ésta a referir a las partes a arbitraje. Así, considerándose que la arbitrabilidad se relaciona con el orden público, éste se encuentra implícitamente incluido en el mencionado artículo II, al respecto manifiestan:

“...Ciertamente, es el carácter del orden público de una regla específica,

18 Hanotiau, B. Op cit. *The Law Applicable to Arbitrability*, Pág. 159-160.

19 Ley 8937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI)

20 Böckstigel, K.H. Op cit. Pág. 187; y Grigera Naón, H.A. *An Argentine View*. Public Policy and International Commercial Arbitration: BOOK: ICCA Congress series no. 3 (New York/1986). Pág. 333.

que gobierna la disputa, la cual puede ser, bajo la ley aplicable, un obstáculo a la arbitrabilidad de la disputa...²¹

Nos comenta Ramón Mullerat que cuando el asunto es presentado ante una corte nacional, ésta puede:

“...a) desechar el caso; b) aplazar los procedimientos esperando que los árbitros actúen en su jurisdicción; c) comprometer a las partes a que resuelvan la disputa por medio del arbitraje; y d) sostener el acuerdo arbitral como inválido manteniendo la jurisdicción sobre la controversia...”.²²

Al respecto continúa indicando:

“...Como el CNY nada dice, el reconocimiento de los efectos del acuerdo arbitral depende del grado de implementación de los códigos locales. Es más, no todos los jueces son conscientes de la regla de interpretación uniforme, adoptando una interpretación local, cuando son llamados a ejecutar un acuerdo arbitral. Generalmente, los tribunales aplican la regla imperativo del artículo II a la luz de su propio ordenamiento jurídico y el tecnicismo doméstico conlleva a menoscabar la uniformidad imperativa que pretende el artículo II. Para ahorrar tiempo y esfuerzos, los tribunales prefieren tratar el asunto

como un mero asunto de procedimiento doméstico, en vez de internacional, complicando la interpretación de la cláusula arbitral internacional con preceptos de jurisdicción y procedimientos innecesarios de orden jurídico local y retener la jurisdicción sobre el asunto...”.²³

Más adelante comentaremos este artículo con mayor detalle, pero por el momento nos limitaremos a cuestionarnos: ¿Cuál ley -u orden público internacional- debe la corte nacional aplicar para determinar que el asunto sea arbitrable y/o que el acuerdo arbitral no sea nulo, ineficaz o inaplicable? Es claro que la Convención de Nueva York no estableció guía alguna en este sentido. No obstante a que en diversas legislaciones –como nuestro país, al menos respecto a las normas sobre arbitrabilidad de la cuestión, según la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI- si establecen una clara disposición.

Respecto a la Convención de Nueva York, el Prof. Hanotiau ha expuesto tres corrientes doctrinarias que nos ayudan a interpretar el artículo II²⁴:

a- *Relación del artículo II con el artículo V de la Convención de Nueva York. Según el Prof. Hanotiau, esta posición ha sido adoptada por cortes italianas, y*

establece que en razón de que el Artículo V permite el rechazo del laudo arbitral si éste se opone a las reglas sobre arbitrabilidad según la *lex fori*, entonces, el artículo II debe ser interpretado en el sentido que la corte nacional que conozca sobre la arbitrabilidad de la cuestión, deba remitirse a su propio ordenamiento y así determinar si el acuerdo arbitral es válido o no. El Prof. Hanotiau critica esta posición en el sentido que el establecimiento de un vínculo entre el artículo II y el artículo V es “ilusorio” en razón que esta corte nacional, que conoce sobre la arbitrabilidad de la cuestión y validez del acuerdo arbitral, no necesariamente se sitúa en el Estado donde eventualmente se busque el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

b- *Según la ley aplicable al Acuerdo Arbitral. Esta es una tendencia que adquiere más fuerza entre autores y tribunales estatales. Bien esta ley podría ser la elegida por las partes o bien ser la ley propia del acuerdo arbitral, del contrato que la contiene o de la situación jurídica que se trate. Sin embargo, esta tendencia ha sido adoptada por la Corte de Apelaciones de Bélgica en asuntos donde lo que*

se ha discutido es la aplicación o no de la Ley Belga del 27 de julio de 1961, respecto al término indefinido de terminación de las relaciones de distribución exclusiva. Por otro lado, nos comenta el Prof. Hanotiau, y como veremos más adelante, este criterio se encuentra dividido entre las mismas cortes belgas, pues éstas han establecido que la arbitrabilidad se determina según la *lex fori* –y por ende por su orden público internacional- es decir las de la corte nacional que conoce del asunto.

c- *Según aspectos de índole internacional. Este criterio es el adoptado por una Corte Federal de los EEUU, que estableció que para aplicar el artículo II (1) y (3) debe remitirse a una escala internacional y revisar lo establecido por las partes signatarias a la Convención. No obstante, la Corte Federal reforzó el criterio estableciendo que la cláusula de arbitraje no debe violentar el orden público del forum, dando referencias a parámetros locales para determinar su validez.*²⁵

Ciertamente las anteriores son todas posiciones válidas para que un juez o corte

21 Hanotiau, B. y Caprasse, O., *Public Policy in International Commercial Arbitration*, en *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards The New York Convention in Practice*, Editors Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro, Cameron (May, UK, 2009), Pag 799. Traducción no oficial de: “...Indeed, it is the public policy character of a specific rule which governs the dispute which may be, under the applicable law, an obstacle to the arbitrability of the dispute...”

22 Mullerat O.B.E, R. *Los Segundos 50 años del Convenio de Nueva York: Reflexiones sobre la falta de interpretación uniforme de algunos de sus preceptos* en el *Spain Arbitration Review* (Madrid/2008), Pág 118.

23 Mullerat, R. Op cit. Pág. 119.

24 Hanotiau, B. Op cit. *The Law Applicable to Arbitrability*, Pág. 162-166.

25 Hanotiau, B. Ibidem. Pág. 166. Según el autor, la corte estableció: “...the arbitration clause itself (i) is subject to an internationally recognized defense such as duress, mistake, fraud, or waiver or (ii) contravenes fundamental policies of the forum State... The purpose of the Convention, to encourage the enforcement of commercial arbitration agreements, and the federal policy in favour of arbitral dispute resolution require that the subject matter exception of Art. II(1) is extremely narrow.”. “the delegates to the [New York] Convention voiced frequent concern that courts of signatory countries in which an agreement to arbitrate is sought to be enforced should not be permitted to decline enforcement of such agreements on the basis of parochial views of their desirability or in a manner that would diminish the mutually binding nature of the agreements...”.

nacional determine la arbitrabilidad o no de la cuestión incluida en la cláusula arbitral, o bien para determinar que ésta no sea nula, ineficaz o inaplicable. Pero, sin duda, la aplicación de una u otra variará según las circunstancias. Por ello, se presenta la siguiente interrogante: ¿Cómo respondería una corte nacional que, conociendo de un acuerdo arbitral internacional, descubra que la ejecución del convenio se dio en su territorio, que es de *orden público internacional*, pues es de interés nacional su ejecución en su territorio, y que eventualmente el laudo – independientemente donde se ejecute – desplegará efectos en su territorio? Por otro lado, ¿qué si la ley aplicable al acuerdo arbitral y al contrato que la contiene, es extranjera, y va en detrimento de una ley irrenunciable e imperativa parte del *orden público internacional* del Estado donde se sitúa la corte nacional que revisa el asunto, que además es el lugar donde se ha ejecutado el contrato? ¿Dará validez esta corte nacional al acuerdo arbitral por remitirse a ley extranjera, aún cuando según sus leyes y *orden público internacional* deba ser su ley la que rija? No existe una respuesta unívoca ante esta interrogante. Sin embargo, más adelante retomaremos el tema.

4- **Orden público internacional y Normas de Derecho Público**

Es ampliamente reconocido en la doctrina moderna que la influencia del *orden público internacional* en las prohibiciones nacionales de los Estados, como limitaciones a la

arbitrabilidad de cuestiones jurídicas comerciales, es cada vez más reducida.²⁶ En tiempos pasados, era universalmente aceptado que cuestiones o controversias en las que se aplicara norma de derecho público, devendría en un laudo arbitral inaplicable por ofender normas de *orden público internacional*. Sin duda, estos casos representaban el más claro ejemplo de un acuerdo arbitral contrario al *orden público internacional*, pues hacía evidente que el laudo versaría sobre aspectos regulados en normas o leyes de derecho público. En la actualidad, ese ya no es el caso.

En este punto, cabe recapacitar como países, dentro de los que destacan los Estados Unidos de América, principalmente como precursor, y posteriormente países como Nueva Zelanda, Australia, e Inglaterra²⁷, han limitado y reducido el concepto de “*arbitrabilidad*” en respuesta a una tendencia favorable al arbitraje comercial internacional, aún cuando la cuestión sometida a arbitraje estuviera regulada por su derecho público interno, o parte de su *orden público internacional*. Así, aspectos tradicionalmente reservados por los Estados a ser resueltos en cortes nacionales, por consistir en problemas en los que se vean aplicables las leyes de derecho público, imperativas o irrenunciables, han sido paulatinamente admitidos en tribunales arbitrales.

Sin duda, esta tendencia se debe a lo resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (EEUU). Mucho se ha analizado

26 Boeckstigel, K.H. Op cit. Pág. 180. El autor nos comenta: “...If we look not at the trend of development, but at the present point in time, a similar conclusion is possible: in the modern practice of courts and arbitral tribunals, public policy does not seem to be a major obstacle to international arbitration in general and to arbitrability in particular...”.

27 Beechey, J. *Arbitrability of Anti-trust/Competition Law Issues - Common Law*. Arbitration International, Vol. 12 N° 2 (1996), pp. 179 – 190.

y discutido sobre el trascendental fallo de esta Corte, en el caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*²⁸ En este asunto, la Corte Suprema de dicho país estableció que las cortes nacionales debían ceder su competencia judicial ante reclamos entre partes concernientes a competencia antimonopolística (*antitrust*), siempre que existiera un acuerdo de arbitraje comercial internacional, pero que el mismo fuera para controversias surgidas de la relación comercial propia.²⁹ Lo que llama más la atención es que en dicho caso el arbitraje fue pactado en Japón y la ley escogida era la ley de Suiza, y aún así la Corte suponía la aplicación de derecho público estadounidense, irrenunciable y no arbitrable hasta ese momento; en virtud de la doctrina establecida en un caso que gobernaba hasta entonces, el cual era el caso *American Safety Equipment Corp. vs J.P. Maguire & Co.*

A primera vista, la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU puede parecer exorbitante. Inclusive desde el punto de vista de expertos como el Prof. Thomas Carbonneau, crítico de este fallo, la inarbitrabilidad en estos asuntos era indudable, por tratarse de cuestiones de derecho y orden público, y por ende la protección de la competencia judicial a favor de las cortes nacionales debió ser mantenida excluyendo las posibilidades de darle vigencia al acuerdo arbitral.³⁰

Sin embargo, parte de los aspectos a tomar en consideración en este caso

es que la Ley Federal sobre Arbitraje de los EEUU, que fue enmendada para implementar la Convención de Nueva York, establecía un concepto diferente en cuanto a las excepciones al arbitraje comercial internacional aquí analizado. Es decir, la Cortes estadounidenses podían llegar a la conclusión mencionada, en virtud de la aplicación e interpretación de su propia ley.

Igualmente, tal y como se mencionara anteriormente, es de importancia resaltar el criterio seguido por la misma Corte Suprema de Justicia de los EEUU en este caso, que presupuso y anticipó que el panel arbitral en Japón aplicaría ley estadounidense, aún cuando existía una cláusula de elección de ley a favor de las leyes de Suiza. La “presunción” de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, podría decirse, encontraba asidero en razón de: (a) el reclamo involucra la violación de las leyes de derecho público de EEUU, sobre cuestiones concernientes a competencia monopolística o de antitrust; (b) los hechos causa de los reclamos mismos se originaban en territorio estadounidense; (c) los reclamos sobre los asuntos de competencia monopolística estaban vinculados con la relación comercial propia por la que se pactó el arbitraje y se eligió la ley de Suiza, más no constituía la pretensión principal en el mismo. Así, la Corte Suprema de Justicia de EEUU descartó la posibilidad de que fuera la ley de Suiza la que regiría dichos reclamos, aún a pesar de la cláusula de elección de ley contenida en el contrato de las partes involucradas.

28 Se puede revisar el caso en los reportes oficiales: 473 US 614, o en 105 S.Ct. 3346, o en el 87 L.Ed.2d 444.

29 En este caso los reclamos concernientes a competencia anti-monopolística se establecieron en virtud de una relación comercial, la que contenía la cláusula compromisoria.

30 Carbonneau, T.E. *Mitsubishi: The Folly of Quixotic Internationalism*. Arbitration International, Vol. 2 No. 2 (1986), pp. 116 – 139.

Otro aspecto que cabe mencionar en relación con este comentado fallo es que el reclamo concerniente a competencia antimonopolística, era en realidad una contrademanda presentada por el demandado, es decir una pretensión accesoria, incluida en el proceso arbitral para ser conocida junto con la demanda principal, que era indiscutiblemente regida por el arbitraje comercial internacional pactado entre las partes.

Así, contrario a lo manifestado por el Prof. Carbonneau, la posición de quienes aplaudieron la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, la han defendido en favor del arbitraje internacional y la capacidad de los árbitros a resolver asuntos, inclusive de derecho público, utilizando las leyes del Estado interesado, pero principalmente, para que las defensas o contrademandas que involucren cuestiones de derecho público no se conviertan en obstáculos contra el arbitraje válidamente pactado.³¹

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia de los EEUU estableció claramente, que siempre quedaba a salvo el remedio de oponerse al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, en el caso que no se hubiera resuelto correctamente o no se hubiera utilizado ley local pública, necesaria para la solución del reclamo presentado. Sin embargo, tal solución es sumamente onerosa, pues implica continuar y someter a las partes a un procedimiento, con el gasto de tiempo y recursos que ello implica, mismo que a la postre podría resultar inocuo.

No obstante, cabe reconocer que el fallo en comentario estableció que siendo competente un panel arbitral para conocer de varios reclamos entre las partes, ante cualquier otro reclamo originado de las leyes estadounidenses, el panel estaría obligado a conocer de ellos aplicando las leyes nacionales del país que dieron origen a estos reclamos. De esta manera manifiesta, mediante nota al pie, como el gobierno de los EEUU, en condición de *amicus curiae*, advirtió la posibilidad de que el panel arbitral en Japón leyera la cláusula de elección de ley a favor a las leyes de Suiza en detrimento a las leyes estadounidenses, en cuanto a que fueran éstas las que rigieran los reclamos concernientes a competencia monopolística.

Sin embargo, en una audiencia oral celebrada para este asunto, se determinó que los reclamos respecto a competencia antimonopolística serían regidos por ley estadounidense y que de esa manera se habían presentado los requerimientos ante el Panel Arbitral en Japón. A este respecto la Corte Suprema de Justicia de los EEUU manifestó que "... en el caso eventual de que las cláusulas de elección de foro y de ley operaran asociadas como una posible renuncia de los derechos de una parte a buscar remedios legales por violaciones respecto a competencia monopolística, poco se dudaría en condenar el acuerdo como contrario al orden público...".³²

Evidentemente, este fallo de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU abrió el portillo para que se discutiera en procedimientos de

31 Lowenfeld, A.F. *The Mitsubishi case: another view*. Arbitration International, Vol. 2 No. 3 (1986), pp. 179.

32 La Corte Suprema de Justicia de los EEUU estableció literalmente que: "... *There is no reason to assume at the outset of the dispute that international arbitration will not provide an adequate mechanism. To be sure, the international arbitral tribunal owes no prior allegiance to the legal norms of particular states; hence, it has no direct obligation to vindicate* *continúa en la siguiente página*

arbitraje aspectos que inclusive implicaban la aplicación de leyes de derecho público, las cuales, como es sabido, podrían contener aspectos de *orden público internacional* de los Estados. Dicha Corte declaró la cuestión como arbitrable, pero haciendo la salvedad de que el panel arbitral debía aplicar las leyes de derecho público correspondientes.

En este sentido, se vislumbró la intención de ejercer un control "previo" por parte el máximo órgano jurisdiccional, que alertó a las partes sobre la posible ineficacia del acuerdo arbitral de no aplicarse leyes imperativas de su país.

Cabe concluir entonces, que el arbitraje de cuestiones privadas que impliquen la aplicación de derecho público podría ser

permitido, siempre y cuando se presuma la aplicación por el panel arbitral de las normas de derecho público que correspondan. La interrogante que se genera es respecto a cómo el Estado interesado podrá ejercer ese 'control previo', o inclusive cómo podrá controlar la efectiva aplicación de su solución, al caso concreto.

Como corolario de lo anterior, debemos afirmar que por más que a nivel internacional se fomente el arbitraje comercial, aún en posible detrimento de la vigencia de normas de derecho público, imperativas e irrenunciables, el *orden público internacional* podría ser resguardado *a priori*³³, o en otras etapas del procedimiento (*a posteriori*, como lo sería la etapa de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero).

*their statutory dictates. The tribunal, however, is bound to effectuate the intentions of the parties. Where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American antitrust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim. Cf. Wilko v. Swan, 346 U.S., at 433-434. [Nota al Pie 19]: In addition to the clause providing for arbitration before the Japan Commercial Arbitration Association, the Sales Agreement includes a choice-of-law clause which reads: "This Agreement is made in, and will be governed by and construed in all respects according to the laws of the Swiss Confederation as if entirely performed therein." App. 56. The United States raises the possibility that the arbitral panel will read this provision not simply to govern interpretation of the contract terms, but wholly to displace American law even where it otherwise would apply. Brief for United States as Amicus Curiae 20. The International Chamber of Commerce opines that it is "[c]onceivable, although we believe it unlikely, [that] the arbitrators could consider Soler's affirmative claim of anti-competitive conduct by CISA and Mitsubishi to fall within the purview of this choice-of-law provision, with the result that it would be decided under Swiss law rather than the U.S. Sherman Act." Brief for International Chamber of Commerce as Amicus Curiae 25. At oral argument, however, counsel for Mitsubishi conceded that American law applied to the antitrust claims and represented that the claims had been submitted to the arbitration panel in Japan on that basis. Tr. of Oral. Arg. 18. The record confirms that before the decision of the Court of Appeals the arbitral panel had taken these claims under submission. See District Court Order of May 25, 1984, pp. 2-3. We therefore have no occasion to speculate on this matter at this stage in the proceedings, when Mitsubishi seeks to enforce the agreement to arbitrate, not to enforce an award. Nor need we consider now the effect of an arbitral tribunal's failure to take cognizance of the statutory cause of action on the claimant's capacity to reinitiate suit in federal court. We merely note that in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy. See, e. g., Redel's Inc. v. General Electric Co., 498 F.2d 95, 98-99 (CA5 1974); Gaines v. Carrollton Tobacco Board of Trade, Inc., 386 F.2d 757, 759 (CA6 1967); Fox Midwest Theatres v. Means, 221 F.2d 173, 180 (CA8 1955). Cf. Lawlor v. National Screen Service Corp., 349 U.S. 322, 329 (1955). See generally 15 S. Williston, Contracts 1750A (3d ed. 1972). Fin de Nota al Pie 19] *And so long as the prospective litigant effectively may vindicate its statutory cause of action in the arbitral forum, the statute will continue to serve both its remedial and deterrent function.* [473 U.S. 614, 637-638]*

33 Aunque nuestra realidad judicial no nos permita tal control previo.

El problema, sin embargo, se daría en aquellos casos en que la parte victoriosa con un laudo arbitral ofensivo del orden público del Estado interesado, no requiera de su reconocimiento y ejecución en ese Estado, como sería el caso de la parte demandante que base sus pretensiones en normas de derecho público y el tribunal arbitral las deniegue en aplicación a leyes extranjeras ofensivas de los intereses nacionales resguardados en dichas normas imperativas. De esta manera, claramente, la parte afectada perdería toda posibilidad de recurso, pues al resultar vencedor el demandado, probablemente no existiría etapa de ejecución de laudo. De esta manera, se debe concluir que el tema debe ser tratado con cuidado, en forma casuística, pues una generalización de conceptos podría ser bastante perjudicial y hasta devendría en una injusticia.

5- Orden público internacional y Acuerdo Arbitral

En cuanto a las limitaciones a la arbitrabilidad de la cuestión o del acuerdo arbitral en virtud de que se ofenda el *orden público internacional*, éstas se refieren más a una cuestión previa de determinar si la cláusula compromisoria es efectiva o si, por el contrario, su ejecución atentaría contra el *orden público internacional* de un Estado en particular.

Sin duda, el problema que mayor complejidad presenta es el referente a la posibilidad de rechazar y excluir una cláusula compromisoria por el hecho de que el laudo que se espera de su aplicación atente contra el *orden público internacional*

del país interesado (ya sea el Estado donde se celebrará el arbitraje, el Estado en donde se hará efectivo el laudo arbitral, o el Estado ante el cual se presentará el acuerdo arbitral para ser validado).

Negar la aplicación del *orden público internacional* para valorar la validez o eficacia de una cláusula compromisoria en este sentido, podría poner en desventaja a alguna de las partes, pues por un lado los Estados tendrían el derecho a no reconocer un laudo arbitral extranjero que ofenda su *orden público internacional*, pero por otro, estarían en la obligación de reconocerle validez y vigencia a una cláusula compromisoria cuyo resultado, al final del arbitraje, podría ser rechazado por la misma causa aquí mencionada. Así, es mi opinión que si el Estado se encuentra autorizado a denegar el reconocimiento del laudo arbitral –so excusa de ofender el *orden público internacional*– igual podría denegar la aplicabilidad de un acuerdo compromisorio.

En un análisis al caso *Van Hopplynus v. Coherent Inc.*³⁴ del Tribunal Judicial de Comercio de Bruselas, el reconocido jurista Jan Paulsson nos comenta la posibilidad de cortes nacionales belgas desapliquen el acuerdo arbitral, diciendo:

“...si Bélgica fuera el lugar obvio para ejecutar el laudo contra la parte que haga la objeción, y si la Ley Belga de 1961 en última instancia previniera la ejecución, en perfecta conformidad con el artículo V(2)(a), sería bastante consistente que una corte Belga hiciera tal determinación al inicio, y permitiera la acción de la corte

34 5 de octubre de 1994, 1994 Rev. Arb. 311, XXII Yearbook 637 (1997)

*Belga. Esto podría ser además en el interés de una administración de justicia eficiente...”*³⁵

Claro, el punto medular ante esta situación sería el discernimiento de los motivos o fundamentos que lleven a una corte nacional a establecer, inobjetablemente, que la decisión final del panel arbitral ofendería el *orden público internacional* a la hora de pretenderse ejecutar dicho laudo en su territorio. No hay duda que lo anterior constituye el “talón de Aquiles” de cualquier razonamiento en este sentido. Definitivamente este análisis quedará para ser realizado casuísticamente, y con base en un criterio razonado y fundamentado por la corte nacional que corresponda.

Una interpretación justa del artículo II(3) de la Convención de Nueva York, y concordante con el artículo V(2)(b) de la misma, permitiría la posibilidad de cualquier Estado a someter a un examen previo el acuerdo arbitral, a la luz de factores como su mismo *orden público internacional*.

Repasando, el artículo II (3) de la Convención de Nueva York, dice:

“... El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje,

a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable...” (lo resaltado no es del original)

La posibilidad de un eventual laudo violatorio del *orden público internacional* del Estado correspondiente, según el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, hace ineficaz e inaplicable cualquier acuerdo arbitral, pues pretende la resolución de una cuestión en franca oposición a sus máximos intereses nacionales. Si un Estado tuviera la certeza de que el laudo, resultante de un procedimiento arbitral establecido en aplicación de un acuerdo arbitral específico, devendrá en violatorio a su *orden público internacional*, el artículo II (3) de la Convención de Nueva York faculta a sus cortes para negarle validez, eficacia o aplicabilidad a dicho acuerdo.

Al respecto, los profesores Bernard Hanotiau y Olivier Caprasse, indican:

“... Es cierto que la arbitrabilidad y el orden público están mencionados en forma separada en el Artículo V(2), en lo que concierne la ejecución de un laudo, mientras que no es el caso en el Artículo II(3). Se establece que ambos motivos deben ser leídos dentro de los requisitos del Artículo II(3), como fue correctamente señalado por la Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos. Adicionalmente, orden público puede ser también

35 Paulsson, J. *Arbitrability. Still Through a Glass Darkly*, en Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: Convención de Nueva York de 1958 Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Instituto Peruano de Arbitraje. 2009. Primera Edición. Tomo 2. Traducción no oficial de: “...if Belgium would be the obvious place of enforcement of an award against the party raising the objection, and if the 1961 Belgian Law would at any rate ultimately prevent enforcement in perfect conformity with Article V(2)(a), it would seem quite consistent for a Belgian court to make that determination at the outset, and to allow the Belgian court action. This may moreover be in the interest of efficient administration of justice...”, Pág 532.

considerado como dentro de la definición de “nulo”...”.³⁶

Pero inclusive, podríamos atrevernos a incluir al orden público como calificador de ineficacia e inaplicabilidad, en ausencia de una definición de dichos términos en el contexto de la Convención de Nueva York. Además, no hay que olvidar que para separarse de la aplicación de un acuerdo arbitral, por una u otra razón, son comúnmente confundidas las calificaciones de nulidad, ineficacia e inaplicabilidad³⁷.

Lo anterior nos lo comentan R. Doak Bishop, Wade M. Coriell y Marcelo Medina Campos:

“... Es posible que la confusión en este caso sea al final un aspecto académico porque las cortes frecuentemente interpretan el Artículo II(3) como un todo, en lugar de delinear claramente entre que puede hacer, por un lado, a un acuerdo arbitral ‘nulo’, y por otro, que lo puede hacer ‘ineficaz’ o ‘inaplicable’...”³⁸

En todo caso, y siguiendo la idea de que la violación al *orden público internacional*

podría definir al acuerdo arbitral como nulo (o ineficaz o inaplicable), considero importante mencionar el caso argentino que presentó el Prof. Horacio Grigera Naón, en el Congreso de 1986 de la International Court for Commercial Arbitration (ICCA), en el sentido que las Cortes argentinas no aceptarían el arbitraje de una cuestión que emane de un contrato internacional, aunque por la materia de la disputa la cuestión si lo sea, si el arbitraje derivara en:

“... a) una violación a los principios generales de moralidad y justicia compartidos por Argentina y la comunidad internacional o en forma específica respecto a la sociedad argentina o respecto a condiciones básicas del sistema legal, sociedad, o estructura y políticas económicas argentinos...”³⁹

No obstante, el propio Grigera Naón hace la salvedad que los casos en que se logre determinar *a priori* alguna violación del *orden público internacional* argentino, son poco probables o hasta imposibles. A lo cual recalca que únicamente si la incompatibilidad de la cláusula arbitral con respecto al *orden*

36 Hanotiau B. y Caprasse O., Op. Cit., pag 799. Traducción no oficial del texto: “...It is true that arbitrability and public policy are separately mentioned in Article V(2) as far as the enforcement of an award is concerned, while it is not the case in Article II(3). It remains that both grounds are to be read into the requirements of Article II(3), as was correctly pointed out by the United States Court of Appeals for the First Circuit. Furthermore, public policy can also be regarded as falling within the words ‘null and void’...”

37 O “de ejecución imposible” como dice el artículo 8(1) de la Ley 8937 (Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI).

38 Bishop R.D., Coriell W.M. y Medina Campos M., *The ‘Null and Void’ Provision of the New York Convention on Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards* The New York Convention in Practice, Editors Emmanuel Gaillard y Domenico Di Pietro, Cameron May, Uk, 2009, Pag 277.

39 Grigera Naón, H.A. *Op. cit. An Argentine View*. Págs 331 - 332. El texto literal dice: “...a.) a violation of general principles of morality and justice shared by Argentina and the international community or specific to Argentine society or concerning basic grounds of the Argentine legal system, society or economic structure and policies; (4) or b.) a violation of foreign mandatory laws which should be applied both on account of Argentine private international law (“place of contractual performance” (5) and of the interests and policies underlying such laws (fraude à la loi étrangère); (6) or c.) a violation of Argentine mandatory laws of the Argentine “place of contractual performance” imperatively requiring international application (fraude à la loi propre); (7) or d.) a violation of Argentine or foreign “direct” rules also requiring extraterritorial application(8) irrespective of the indications of traditional “indirect” conflict of law rules having the “place of contractual performance” as connecting factor...”

público internacional argentino se evidencia de la misma cláusula, de las instrucciones a los árbitros, o de las circunstancias que deriven del propio contrato donde esté incorporada la cláusula arbitral, como lo sería una cláusula de elección de ley, podría el Juez argentino denegar la validez y los efectos de la cláusula arbitral correspondiente a una transacción internacional por contrariar el *orden público internacional* argentino.⁴⁰

Coincido con las conclusiones del Prof. Grigera. No hay que perder de vista que la sanción que le aplica el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York al laudo extranjero es la falta de reconocimiento y ejecución por no ser el objeto de la diferencia susceptible de solución vía arbitraje o por contrariarse el orden público, todo ello, del país donde se pretenda el reconocimiento y ejecución del laudo. Es decir, la sanción no equivale a inaplicabilidad *erga omnes*. El laudo mantendrá su validez y podrá ser reconocido y ejecutado en otras jurisdicciones, de así decidirse. Al menos, esa es la tendencia moderna originada de las Cortes francesas. Por ello, el examen que se haga del acuerdo arbitral, según el artículo II (3), por cuestiones de orden público, debe ser muy estricto dado que lo resuelto por la corte nacional podría inhibir la aplicación del acuerdo arbitral en otras jurisdicciones e imposibilitaría que el asunto sea resuelto vía arbitral en otras sedes, y den como resultado un laudo ejecutable en las mismas. En otras palabras, mientras el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York no anula ni invalida el laudo,

la no referencia de las cortes nacionales a arbitraje, al amparo del artículo II(3) de dicha Convención, por considerarse el acuerdo *nulo, ineficaz o inaplicable* por contrariar al orden público, podría obstaculizar del todo la existencia de un eventual laudo arbitral.

Sin embargo, a la luz de lo dicho anteriormente, y siguiendo una vertiente totalmente pragmática, si las cortes nacionales denegaran la aplicación del acuerdo arbitral –por ofender su propio *orden público internacional*- obstruyendo así la posibilidad de que una parte recurra al arbitraje en sede extranjera, ello no debe ser óbice para que la parte ‘vencida’ en su pretensión busque la iniciación del arbitraje en la sede extranjera pactada. Claramente, existirían dos procesos en jurisdicciones distintas, que podrían dar como resultado decisiones contradictorias. No obstante, una de ellas sería (y hubiera sido) inejecutable de todas maneras, si como se vaticinó, el resultado ofendiera el *orden público internacional* del Estado que rechazó la aplicación del acuerdo arbitral.

En otras palabras, aún cuando la solución no es la ideal, si una Corte nacional se opone a la ‘validez, eficacia o ejecución’ del acuerdo arbitral so pretexto de que el laudo que emane del procedimiento arbitral ofendería su *orden público internacional*, ello no hace más que enviar un mensaje *a priori* a las partes, que bien puede ser de gran utilidad y provecho. Pero de ninguna manera sus efectos deben ser trasladados y extendidos a todas las jurisdicciones.

40 Grigera Naón, H.A. *Ibidem*. Pág. 333 y 334

III- CONCLUSIÓN

Ha quedado claramente establecido que la arbitrabilidad de una cuestión jurídica puede determinarse en virtud de normas de derecho público, imperativas e irrenunciables⁴¹ o bien en virtud de aspectos de *orden público internacional* y otros intereses nacionales.

Igualmente, es claro que la Convención de Nueva York establece expresamente la facultad de los Estados signatarios a oponerse a una cláusula de arbitraje por razones de arbitrabilidad o bien por considerarse dicho acuerdo nulo, ineficaz e inaplicable; aunque sean disímiles las posiciones en cuanto a cuál será el ordenamiento jurídico –incluyéndose su propio *orden público internacional*– encargado a asignarle al acuerdo arbitral dicha calificación o bien cómo determinar ésta.

Así, debemos responder afirmativamente la cuestión de si sería posible para una corte nacional, a la luz de la Convención de Nueva York (o de la Convención Interamericana de Panamá), desaplicar un acuerdo arbitral validamente emitido, porque el resultado final del arbitraje mismo pudiera ofender el *orden público internacional* de su país.

Aunque criticada por el Prof. Thomas Carbonneau, entre otros, la posición de la Corte Suprema de Justicia de los EEUU, en el caso *Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, parece señalar, o por lo menos sugerir, una solución justa, razonable y proporcionada, admitida en virtud de la interpretación al artículo II (3) a la luz del

⁴¹ Aunque la tendencia de que éstas lleguen a constituir un impedimento al arbitraje comercial internacional está en decadencia.

artículo V(2)(b), de la Convención de Nueva York. A pesar de que el artículo II (3) remite a la legislación interna de un Estado, que determine la validez y eficacia de la cláusula compromisoria, esta norma remite también a un aspecto genérico de “aplicabilidad”, dentro de lo cual podríamos incluir la arbitrabilidad de la controversia, ya sea por la materia o porque no se violen normas imperativas, de obligado acatamiento o irrenunciables, o bien porque no se ofenda el *orden público internacional* del país interesado. En otras palabras, una cláusula compromisoria podría ser “inaplicable” porque a juicio de la autoridad competente ésta, o el laudo final que de ella resultara, ofendería normas internas respecto a arbitrabilidad de la materia, normas imperativas e irrenunciables, o cuestiones de *orden público internacional*.

Finalmente, no podemos pasar por alto que las convenciones internacionales comentadas generan derechos y compromisos dentro del sistema y principios que inspiran al derecho internacional privado. Así, a lo interno, aunque esté admitido expresamente o no en las normas de colisión –nacionales o internacionales– los Estados podrán excusarse en los llamados *mecanismos de escape*, dentro de los cuales hemos comentado el *orden público internacional*.

De esta manera, es importante cuestionarnos ¿cuándo estaríamos ante una cláusula compromisoria ofensiva del *orden público internacional* (o bien de normas imperativas e irrenunciables)? Como hemos visto, la anterior interrogante es de compleja solución. Sin embargo, debemos suponer

que una cláusula compromisoria ofensiva al *orden público internacional* sería aquella que esté vinculada con una cláusula de elección de ley, y que ello por sí solo anticipe un resultado fatal en contra del *orden público internacional* de un Estado involucrado. A este respecto, tomemos nota de lo dicho por el Prof. Andreas F. Lowenfeld :

*“En cerca de la mitad de los arbitrajes en los que he estado involucrado, ha habido una cláusula de elección de ley, y esa elección siempre ha sido honrada...[Dicha cláusula, esperaba yo, no sería honrada si la ley fue elegida para evadir una disposición obligatoria –irrenunciable– de la ley nacional]”.*⁴²

Ahora bien, no debemos obviar que la tendencia internacional y de países desarrollados, respecto al arbitraje comercial internacional, se inclina hacia la conservación del acuerdo arbitral y el correspondiente proceso arbitral. Mucho se ha criticado la injerencia de las cortes nacionales en los procesos arbitrales. Quienes más la critican, se sustentan en la idea de que el arbitraje internacional se encuentra apoyado en un

robusto sistema que ratifica su independencia total de los órganos jurisdiccionales. No obstante, tal posición se encuentra aún muy alejada de la realidad de nuestros países latinoamericanos.⁴³

Para quienes son defensores del arbitraje comercial internacional, las objeciones contra el acuerdo arbitral, inclusive aquellas referentes al orden público internacional que afecte la aplicabilidad, validez, o eficacia del acuerdo arbitral deberá serle sometido al tribunal arbitral, y no a las cortes nacionales; aún contrario a lo establecido por la Convención de Nueva York misma. Es posible que esa sea la solución más acorde a la teoría del arbitraje. Pero según el adagio “*el arbitraje vale lo que vale el árbitro*”, y considerando la desconfianza que ello pueda generar en el seno de una incipiente madurez judicial latinoamericana en torno a la institución del arbitraje, no es de extrañar que las cortes nacionales de Latinoamérica continúen ejerciendo un control que incluya el examen de aspectos de orden público internacional o interés público a los procesos arbitrales, y con ello, se extienda tal examen al acuerdo arbitral.

⁴² Lowenfeld, A.F. *The Two-Way Mirror: International Arbitration as Comparative Procedure*. En Mich. YB. Int'l Legal Studies 163 (1985), Pág.178. Traducción libre del autor.

⁴³ Conejero Roos, C., *National Constitutions and International Arbitration in Latin America: A Dangerous Liaison*, en The Arbitration Review of the Americas 2010, Págs. 12 y 13. El autor comenta sobre la obreprotección en países latinoamericanos de sus leyes y principios constitucionales en perjuicio de los procesos arbitrales internacionales, derivado en parte de la constitucionalización del arbitraje y de la equiparación de los árbitros a los funcionarios jurisdiccionales locales.

APROXIMACIONES PRELIMINARES AL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI

Lic. Mauricio París Cruz

SUMARIO

- 1- *Introducción***
- 2- *Reformas generales***
- 3- *Reformas para disminuir costos y tiempos.***
- 4- *Arbitrajes complejos.***
- 5- *Árbitro de emergencia***
- 6- *Conclusiones***

APROXIMACIONES PRELIMINARES AL NUEVO REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CCI

Lic. Mauricio París Cruz

I- INTRODUCCIÓN

El arbitraje internacional, como procedimiento de resolución de conflictos, suma cada día más adeptos en todo el mundo. Las empresas y hasta los Estados optan por esta vía de solución de disputas por múltiples factores, pero especialmente por su flexibilidad, celeridad, imparcialidad y confidencialidad. Esta afirmación está respaldada por el número de casos que se han presentado en los principales centros de arbitraje internacional, en donde en todos ellos el número de demandas presentadas ha seguido una tendencia al alza¹. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) no es la excepción: en el año 2000 se presentaron 541 demandas, cifra que aumentó a 793 para el año 2010.

Cada centro de arbitraje procura ofrecer las mejores condiciones para atraer la mayor cantidad de casos. Ese *forum shopping* es uno de los factores determinantes del buen desarrollo del proceso, y en dicha decisión se sopesan diversos factores, desde la ubicación de las partes en una determinada región geográfica, las facilidades que

presenta la sede para la libre circulación de las partes y los árbitros, la seguridad jurídica que ofrecen las cortes nacionales en caso de ser necesaria su intervención, entre muchos otros más. Pero los asesores jurídicos de las partes analizan en especial, el prestigio del centro arbitral y cada vez más, las normas que lo regulan.

Pese a las ventajas que ofrece el arbitraje internacional para la solución de controversias, quizá su principal crítica resulte ser los costos que lleva aparejado, y es por eso que las partes cada vez más buscan dirimir sus conflictos en aquellas sedes que permiten hacerlo más rápido y más barato, sin que ello implique una disminución en la calidad del servicio prestado. En esa tesitura, los centros arbitrales han entendido que, si quieren ser elegidos como sede, deben estar en una constante revisión de sus normas para hacerlas competitivas, flexibles y disminuir costos y tiempo.

En el caso de de la CCI, su primer reglamento de arbitraje data de 1955, y ha sido objeto de revisiones en los años 1975, 1988 y 1998². En 2009 dio inicio el cuarto proceso

¹ Así lo demuestran las estadísticas contenidas en los reportes anuales de la *American Arbitration Association (AAA)*, *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*, *London Court of International Arbitration (LCIA)*, *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)* y *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)*.

² MULLERAT, Ramón: "Nuevas reglas para un arbitraje moderno" [en línea] En: Revista Otrosí.net. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Diciembre 2011. Disponible en www.otrosi.net

de revisión, que desembocó en la adopción del nuevo Reglamento aprobado en junio de 2011 y que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2012. En este proceso participaron 620 expertos de 90 países, que a lo largo de casi tres años se dieron a la tarea de analizar los principales problemas que se presentaban en la práctica sobre la base de cuatro principios rectores:

- i- Sólo realizar cambios necesarios
- ii- Conservar los elementos distintivos del arbitraje CCC,
- iii- Ser tan económico como sea posible, y
- iv- recoger en la nueva normativa las mejores prácticas del arbitraje moderno, generadas a partir del reglamento anterior.³

De una simple lectura del nuevo Reglamento, se desprende que en efecto uno de los objetivos de la CCI ha sido la reducción de costos y tiempos en el arbitraje. Y es que no podía ser de otra forma cuando ya, desde el año 2005, la Comisión de Arbitraje de la CCI había rendido un informe sobre técnicas para controlar el tiempo y costos en el arbitraje, en donde se ponía en evidencia que el 82% de los costos incurridos por las partes en el arbitraje eran aquellos incurridos por las partes para presentar su caso, costos que comprendían honorarios de abogados, gastos relativos a pruebas testimoniales y periciales, y otros costos relacionados. Solamente un 18% de los costos eran los correspondientes a honorarios y gastos de árbitros y costos administrativos de la Corte.

Los resultados de dicho informe arrojaban luces sobre lo oneroso que estaba siendo a las partes el arbitraje, no tanto por lo que costaba éste por sí mismo, sino por los costos

que comportaba la presentación del caso ante el tribunal. Dicho informe recopiló una serie de técnicas que sugerían a las partes cómo reducir estos costos y que con mayor o menor suceso se venían implementando por algunas partes en los procesos arbitrales. La Corte retomó este informe e incorporó varias de sus recomendaciones dentro del nuevo Reglamento, recogiendo además una serie de prácticas que la Corte había venido consolidando a lo largo de los años y que constituían verdaderas normas no escritas, que ahora se ven plasmadas en el Reglamento.

En las siguientes páginas, realizaremos un análisis de las reformas de mayor fuste que se ven contenidas en el nuevo Reglamento, y que consideramos de importancia porque se refieren a temas de actualidad en el arbitraje internacional, independientemente de la sede que elijan las partes para dirimir el conflicto. Se trata de normas que procuran dar respuesta a problemas prácticos que pueden presentarse en arbitrajes en cualquier parte del mundo, que si bien pueden resolverse de diversa forma en otros sistemas (como se mencionará en varias ocasiones), el prestigio y relevancia del que goza la CCI en esta materia, y el número de expertos que participaron en su elaboración, justifican que nos detengamos a analizar con detalle las soluciones que propone su nuevo Reglamento.

A efectos de esta investigación, esquematizaremos las reformas en cuatro grandes grupos: reformas generales, reducción de tiempo y costos, árbitro de emergencia y arbitrajes complejos.

3 HIERRO, Antonio: "Reducing time and costs in ICC International Arbitration. Excess time and costs of Arbitration: An incurable Disease?" En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. No. 13, Enero 2012. Págs. 39-40.

II- REFORMAS GENERALES

a- Exclusividad de la Corte para administrar arbitrajes CCI.

Con esta disposición, contenida en el artículo 1(2) del Reglamento, se busca evitar la proliferación de cláusulas híbridas, en donde las partes pactan un arbitraje sujeto al reglamento de una institución arbitral pero administrado por otra. La necesidad de realizar esta reforma nació del caso *Insignia Technology Co, Ltd vs Alstom Technology Ltd*, tramitado ante el *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*⁴. Las partes pactaron una cláusula arbitral que indicaba que todas las disputas debían ser resueltas por medio de arbitraje ante el SIAC, pero utilizando el Reglamento de Arbitraje de la CCI⁵.

Alstom presentó originalmente su requerimiento ante la CCI, sin embargo *Insignia* se opuso a tal pretensión indicando que la misma debía ser tramitada ante el SIAC en virtud de la cláusula arbitral pactada por ellos, lo que provocó que *Alstom* consultara al SIAC si era posible que dicha institución administrara el procedimiento empleando el Reglamento CCI en detrimento del suyo, a lo que el SIAC respondió que sí podía hacerlo, por lo que el arbitraje finalmente se desarrolló ante el SIAC.

Una vez dictado el laudo, *Insignia* -yendo contra sus propios actos- invocó nulidad

del mismo ante el Tribunal de Apelación de Singapur, argumentando que la cláusula era nula por la incertidumbre en cuanto a las reglas que debían ser aplicadas. El Tribunal de Apelaciones rechazó el recurso alegando –entre otros motivos- que no había razón para que una cláusula que remita a las reglas de una institución arbitral no pueda ser administrada por otra institución similar, y en concreto, que no existía ningún inconveniente para que el SIAC aplicara el Reglamento CCI. Llegó a decir incluso el Tribunal de Apelaciones que la sustitución hecha por el SIAC de varios de los órganos propios del Reglamento CCI –por ejemplo la Corte- por otros propios del SIAC, estaba dentro del grado de flexibilidad permitido por la CCI en su Reglamento, es decir, que la propia CCI permitía tácitamente este tipo de situaciones.⁶

La forma en que la Corte de Apelaciones de Singapur resolvió el recurso probablemente se debe en buena medida a la actitud procesal de *Insignia* en el caso concreto, pero en cualquier supuesto, el tema no deja de ser polémico, toda vez que el Reglamento de la CCI tiene la característica de encomendar a su Corte (órgano exclusivo de la CCI) funciones que le son inherentes, y que por tanto, al ser administradas por otro centro arbitral, no pueden ser ejercidas por ésta. Quizá el ejemplo más claro es la revisión del proyecto de laudo que debe realizar la Corte

4 Un resumen más extenso del caso puede consultarse en el boletín de SIAC disponible en su sitio web: www.siac.org.sg/cms/images/stories/documents/singarb/2009/singarb-200907.pdf

5 En lo que interesa, indicaba la cláusula arbitral: "...Any and all such disputes shall be finally resolved by arbitration before the Singapore International Arbitration Centre in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce then in effect and the proceedings shall take place in Singapore and the official language shall be English..." Disponible en la página web <http://arbitration.practicallaw.com/7-386-3308>

6 HILL, Richard. "Hybrid ICC/SIAC Arbitration Clause Upheld in Singapore". [en línea] Disponible en web www.fulbright.com/index.cfm?fuseaction=publications.detail&pub_id=3916&site_id=494&detail=yes

de previo a la emisión del mismo⁷, y –como veremos en esta investigación– el Reglamento le confiere a la Corte una posición importante en la decisión de aspectos relevantes del procedimiento arbitral.

Este caso encendió luces de alerta en la CCI, y ante el peligro de que abundaran arbitrajes con Reglamento CCI pero administrados por centros arbitrales con costos más bajos, pero ante todo por el riesgo de proliferación de cláusulas patológicas, la CCI se vio motivada a adoptar la disposición de comentario que textualmente indica “*La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento, incluyendo el examen previo y la aprobación de laudos dictados de conformidad con el Reglamento.*”

Pese a esto, en la práctica la Corte no tiene forma de impedir que su Reglamento se siga utilizando en arbitrajes no administrados por ella, si las partes así lo disponen, y si bien esta modificación puede hacer un llamado a la cortesía de otros centros arbitrales para que no administren arbitrajes en estas condiciones, e incluso una advertencia a las partes del lío en el que se podrían ver envueltas al hacer potencialmente patológica una cláusula con estas características, es poco lo que en la práctica puede hacer la Corte sobre este particular, en especial cuando de arbitrajes *ad hoc* se trate. Podría darse el supuesto de que en los próximos años se presente esta discusión en estrados judiciales, y que se llegue a anular un laudo por estos motivos, lo cual sin duda sería un espaldarazo a la CCI.

7 Esta función está contenida en el artículo 33 del Reglamento, y tenía su correspondiente en el artículo 27 del reglamento anterior.

8 Según las estadísticas de CIADI a enero de 2012, únicamente un 10% de los casos presentados durante el año 2011 se fundamentaban en una cláusula arbitral contenida en un contrato de inversión entre el inversionista y el estado receptor. Las estadísticas de CIADI pueden consultarse de su página web en este enlace: <http://icsid.worldbank.org/>

b- Mejoras para potenciar el arbitraje con parte Estatal.

Con el afán de potenciarse como una institución apta para la solución de controversias en donde una de las partes es un Estado, la CCI ha introducido en el Reglamento algunas reformas que, aunque modestas, procuran allanar el camino para atraer más casos con estas características.

Si bien la institución que resuelve por excelencia los arbitrajes con parte estatal es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), lo cierto es que dicho Centro no es el único que puede resolverlas, y la CCI tiene una interesante oportunidad de incrementar el número de casos que conoce con parte estatal, fundamentalmente por dos motivos:

- i- El CIADI resuelve mayoritariamente conflictos de inversiones en donde no media una cláusula arbitral expresa entre las partes, sino que la jurisdicción del CIADI se origina en un tratado bilateral o multilateral de protección de inversiones⁸. Sin embargo existen casos en donde el arbitraje con parte estatal sí puede derivar de una cláusula de sumisión expresa contenida en un contrato entre las partes, por lo que las reformas de la CCI son un guiño a las partes para que se inclinen por elegirla como sede en este tipo de cláusulas.
- ii- El CIADI ha perdido legitimidad entre algunos Estados, y es concebido como una entidad con una marcada orientación

pro inversionista⁹. En esta tesitura, la CCI podría verse como un foro con un mayor grado de imparcialidad, y por ende ser de preferencia para los Estados.¹⁰

Así las cosas, la primera modificación que encontramos en el Reglamento es la eliminación de la referencia que hacía el artículo 1(1) del Reglamento de 1998, que parecía constreñir el ámbito de actuación de la CCI a las disputas que se presentaban “*en el ámbito de los negocios*”.

De mayor significación es la reforma relacionada con el nombramiento de árbitros cuando tal designación sea competencia de la Corte. De acuerdo al artículo 9(3) del Reglamento de 1998, la Corte debía realizar el nombramiento del árbitro con base en una propuesta formulada por el Comité Nacional de la CCI que se considerase apropiado, lo cual podría suscitar perspicacias en cuanto a la imparcialidad de dichas recomendaciones, toda vez que sobre ellas podría influir la parte no estatal. Esta situación se procura solucionar con la disposición 13(4.a) del nuevo Reglamento, que expresamente faculta a la Corte a nombrar al árbitro directamente y sin intervención de Comité Nacional alguno, cuando una o más partes sean un Estado o se alegue ser una entidad estatal. Entendemos eso sí, que aquella parte interesada en que la Corte proceda a hacer directamente este nombramiento, deberá solicitárselo expresamente, toda vez que la norma dice que ésta *podrá* proceder de esta

forma, no que deberá necesariamente ni de oficio realizar el nombramiento de árbitro de forma directa.

Otra modificación sobre esta materia se encuentra en las normas aplicables al fondo del conflicto, ya que el artículo 17(2) del Reglamento de 1998 indicaba que en todos los casos el Tribunal debía tener en cuenta las estipulaciones del contrato. Sin embargo, existirán casos en los que no exista ningún contrato, como sucede con los *treaty claims*, sea en aquellas reclamaciones que se fundamentan en tratados de inversión. Por eso, el artículo 21(2) del nuevo Reglamento establece que el tribunal deberá tener en cuenta las disposiciones del contrato sólo *si lo hubiere*.

Resulta relevante también que todo el procedimiento relacionado con el árbitro de emergencia (que se analizará más adelante) ha sido expresamente excluido para los arbitrajes de inversión, esto por cuanto el artículo 29(5) del nuevo Reglamento indica que sólo podrá aplicarse esta figura a las partes que sean signatarias del acuerdo de arbitraje, por lo que siendo que en los *treaty claims* no existe acuerdo de arbitraje, se verán excluidos de la aplicación de esta figura.

Será el tiempo el que dirá si con estas medidas y con las debilidades que se han venido señalado al CIADI, la CCI logra incrementar el número de casos tramitados

9 Muestra de esto es la salida de Ecuador y Bolivia, y la anunciada próxima salida de Venezuela del CIADI.

10 Sobre este tema, resulta interesante analizar el caso resuelto por un tribunal CCI en enero de 2012 entre *Petróleos de Venezuela* (PDVSA) contra *ExxonMobile*, por incumplimiento de contrato derivado de la nacionalización de activos de esta última en Venezuela. El laudo condena a PDVSA al pago de US\$907,6 millones de dólares como indemnización a Exxon, monto que representa menos del 10% del monto inicialmente solicitado por Exxon. Al mismo tiempo el tribunal condenó a Exxon al pago de US\$160 por diversos rubros. Existe otro caso entre las mismas partes que se tramita ante el CIADI, en donde Exxon reclama en su condición de inversionista.

con parte estatal, que durante el año 2010 constituyeron un 10%¹¹ del total de casos conocidos por la CCI.

c- **Imparcialidad del árbitro.**

Se incorporó en el Reglamento la obligación del árbitro de actuar no sólo de forma independiente (como ya recogía el artículo 7(1) del Reglamento de 1998), sino también de forma imparcial, requisito que se expresamente sólo se exigía al Tribunal de acuerdo al artículo 15(2) de la antigua norma, pero que se entendía tácitamente subsumido en el concepto de imparcialidad.

En consonancia con esta disposición, en el artículo 11(2) del Reglamento se incluye la imparcialidad como parte de las declaraciones que el árbitro debe realizar antes de su aceptación y, como es lógico, se incluye también la falta de imparcialidad como causal de recusación en el artículo 14(1) del Reglamento.

Es interesante también el hecho de que se haya incluido el deber del árbitro de hacer una declaración de disponibilidad para atender el arbitraje, entendida esta como una disponibilidad de tiempo para dedicarse con el esmero requerido al caso, tomando en consideración que deberá participar en audiencias y deliberaciones que muchas veces implicarán su traslado durante varios días a la sede del arbitraje, que puede no ser la de su residencia. Esta obligación – que se venía implementando en la práctica

desde el año 2009¹²- busca desincentivar el *overbooking* de los árbitros, que termina repercutiendo necesariamente en la duración del proceso.

III- **REFORMAS PARA DISMINUIR TIEMPOS Y COSTOS.**

Como se indicó en la introducción, uno de los principales objetivos que persigue la CCI con la emisión del nuevo Reglamento es diseñar un arbitraje más eficiente en cuanto a tiempos y costos. Las reformas que de seguido se analizarán parten de una norma general programática contenida en el artículo 22 del Reglamento, que lanza una instrucción clara a las partes y los árbitros:

“El tribunal arbitral y las partes deberán hacer todos los esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz en término de costos, teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia.”

Sobre esta norma, que establece un deber de adecuar el comportamiento procesal de las partes y del tribunal hacia la eficacia, se estructuran normas específicas que procuran implementar dicho objetivo, y que analizaremos de seguido, no sin antes resaltar como ya lo hiciera HIERRO¹³, que en las versiones anteriores del Reglamento de la CCI, la obligación de las partes y del tribunal de actuar con celeridad era fundamentalmente ética, pero con la

reforma contenida en el artículo 22 antes citada, evoluciona hasta convertirse en una verdadera obligación contractual.

a- **Examen preliminar de la jurisdicción.**

El tema de qué sucede cuando el demandado no contesta la demanda o formula excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral, ha sufrido modificaciones en el nuevo Reglamento, en donde la intervención de la Corte pasa de ser vinculante a ser facultativa.

Conforme al artículo 6(2) del anterior Reglamento, si el demandado no contestaba o formulaba excepciones en los términos antes dichos, la Corte debía realizar un análisis *prima facie* sobre la existencia de un convenio arbitral válido. Si el convenio superaba este análisis –que conllevaba bastante tiempo-, el asunto era remitido al tribunal arbitral para que decidiera en definitiva sobre su propia competencia, pero si el resultado de aquel análisis preliminar de la Corte era negativo, el arbitraje era rechazado.

El nuevo artículo 6(3) dispone, en contraposición, que cuando no exista contestación o se formulen las excepciones comentadas, serán los árbitros los que directamente resuelvan sobre el tema, haciendo uso del principio *Competence-Competence*, a menos que el Secretario General, de previo a remitir el expediente al tribunal, decida que es necesario referir el asunto a la Corte. Como vemos, lo que antes era regla ahora pasa a ser excepción, dependiendo del criterio del Secretario sobre el particular.

Se echan de menos los criterios que ha de seguir el Secretario para determinar si el

asunto amerita la intervención de la Corte o no, ya que el Reglamento es omiso al respecto, por lo que será la práctica venidera la que establecerá los supuestos en los que dicha consulta ha de ser requerida, sin embargo es muy probable que se trate de aquellos casos en donde el Secretario considere que existe una cláusula arbitral patológica, en los términos en que la Corte lo ha resuelto en el pasado.

Pero lo que sí incorpora el Reglamento son los criterios que deberá emplear la Corte para resolver en caso de que el asunto le sea remitido por el Secretario. Básicamente se trata de dos supuestos:

- i. Arbitrajes multi parte con única cláusula arbitral (Art. 6(4)(i)), en donde el requisito será que todas las partes deben haber consentido en un mismo acuerdo arbitral, y;
- ii. Arbitrajes multi contrato (Art. 6(4)(ii)), en donde el proceso continuará únicamente respecto de aquellas partes cuyos acuerdos arbitrales resulten compatibles o, cuando la Corte estime la existencia de un posible acuerdo entre las partes para resolver todas sus disputas en un único proceso.

Debe recordarse que la participación de la Corte en esta etapa es muy preliminar, por lo que su decisión sobre la prosecución o no del arbitraje se entiende *prima facie*, es decir no cierra la posibilidad de que posteriormente los árbitros resuelvan de otra manera sobre su competencia en el supuesto de que el caso pasara este control preliminar y fuese remitido al tribunal.

Si el análisis de la Corte es negativo, las partes deberán acudir a la jurisdicción ordinaria a efecto de que el tribunal competente indique si existe o no acuerdo arbitral. Sobre este

11 Según los datos estadísticos de CCI consultados en su página web: www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=41190

12 LOPEZ DE ARGUMENTO, Álvaro; GONZÁLEZ, Julio César: “El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso.” En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. N° 13 enero 2012. Pág. 28.

13 HIERRO, Antonio: *Op. Cit.* Pág. 42.

punto, resulta curiosa la redacción del artículo 6(7), en cuanto indica que si la Corte hubiere decidido que el arbitraje no puede proseguir con cualquiera de las demandadas, *dicha decisión no impedirá a una parte reintroducir la misma demanda en una fecha posterior en otros procedimientos.*

Esta disposición, que podría contar con una redacción más feliz, debe referirse a la posibilidad de que el actor, rechazado que fuera el arbitraje por la Corte, presente nuevamente la demanda (léase las mismas pretensiones) pero con una recomposición subjetiva en los demandados, es decir, incorporando o excluyendo a determinadas partes, esto de acuerdo a lo que hubiese sido decidido por la Corte con anterioridad. También podría presentarse el caso de que el demandado presente una reconvencción con fundamento en una cláusula arbitral distinta de la que da origen al proceso principal, y que dicha reconvencción resulte rechazada por la Corte por ese motivo, por lo que siempre existirá la posibilidad de que esa reconvencción sea introducida posteriormente como una demanda nueva.

b- Refuerzo del case management.

La posibilidad de las partes de diseñar un arbitraje a la medida de sus gustos y

necesidades es una de las características del arbitraje CCI, y se ha implementado mediante normas relacionadas con la conducción del caso, conocidas usualmente como *case management*¹⁴.

El nuevo Reglamento ha adoptado disposiciones para reforzar esta libertad de las partes de organizar el procedimiento.

En especial nos referimos a la *conferencia sobre la conducción del procedimiento*, que se regula en el artículo 24 del Reglamento.

El tribunal, una vez instalado, deberá organizar una conferencia con las partes para consultarles sobre las medidas procesales que deseen adoptar, tomando como referencia las técnicas que se incluyen en el Apéndice IV del Reglamento, que derivan del Informe preparado por CCI en el año 2006 sobre técnicas para controlar el tiempo y costos en los procesos arbitrales¹⁵. Precisamente, la conferencia que ahora se contiene en el Reglamento, era una de las recomendaciones contenidas en el Informe antes mencionado¹⁶, y constituían ya una práctica usual en los arbitrajes CCI pese a su inexistencia reglamentaria.

A parte de acordar las características principales del procedimiento, esta confe-

14 Sobre el tema puede consultarse: BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz "Arbitrator's Case Management: Experiences and Suggestions". Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Settlement. [en línea] Paris, 2005. Págs. 127 y sts. Disponible en www.arbitration-icca.org/media/0/12277182232190/bckstiegel_in_liber_amicorum_briner.pdf

15 COMISIÓN DE ARBITRAJE, CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL "Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje" [en línea]. ICC Publicación 843, París, 2006. Disponible en: www.iccwbo.org y es producto de un informe elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Reducción del Tiempo y Costos en el Arbitraje, parte de la Comisión de Arbitraje de la CCI, y presidido por Yves Derains y Christopher Newmark.

16 Precisamente, la recomendación número 21 del Informe indica "No obstante el Reglamento de la CCI no impone una conferencia preliminar sobre la conducción del procedimiento (a veces denominada "conferencia sobre el procedimiento"), frecuentemente se recurre a este tipo de conferencias en los arbitrajes CCI. Esta conferencia puede jugar un rol importante en la medida en que permite a las partes y al tribunal arbitral discutir y acordar un procedimiento que se adapte al caso en cuestión y así resolver la controversia de la manera más eficaz posible." (Pág. 11)

rencia deberá servir para fijar el calendario procesal, es decir, la determinación de las fechas de las audiencias, plazos para realizar actuaciones y evacuar pruebas, calendario que debe ser comunicado a la Corte y que las partes –agenda en mano- deben acordar con el tribunal en el acto de la conferencia.

Dentro de las técnicas que se enuncian en el Apéndice IV del Reglamento, se encuentran la de bifurcación, es decir el dictado de uno o más laudos parciales sobre cuestiones claves, cuando de dicha práctica pueda esperarse una solución más eficiente del caso. Haciendo uso de esta técnica el tribunal podrá decidir anticipadamente, por ejemplo aspectos de su competencia, derecho aplicable, responsabilidad, prescripción o cuantificación de los daños, con un laudo independiente para cada una de ellas¹⁷. Pueden también las partes, haciendo uso de las técnicas en mención, disponer que determinados aspectos sean decididos por el tribunal únicamente con prueba documental, sin declaraciones orales y sin argumentación legal de las partes, limitar la extensión y alcance de las pruebas a fin de evitar prueba superabundante, o utilizar las tecnologías de la información para las audiencias o comunicaciones entre las partes.

No cabe duda que esta conferencia –que puede realizarse por cualquier medio telemático de conformidad con el artículo 24(4) del Reglamento-, es una excelente oportunidad para resolver aspectos que siempre suscitan inquietud en este tipo de procedimientos en donde las partes usualmente provienen de diversos ordenamientos o sistemas ju-

rídicos. Por ejemplo, determinar el tipo de interrogatorios que podrán emplearse para los testigos y peritos (cruzado, abierto, etc.), la admisión de prueba testimonial mediante declaraciones escritas, delimitación de los asuntos a ser conocidos por una prueba pericial, distribución del tiempo de cada parte en sus intervenciones, entre otros.

Otra virtud es que el Reglamento dejó prevista en el artículo 24(3), la posibilidad de que puedan celebrarse múltiples conferencias de este tipo a lo largo del proceso para adoptar nuevas medidas procesales o modificar el calendario procesal, lo que reafirma el control que en realidad las partes tienen sobre las reglas del procedimiento.

Si bien se procura que las partes participen activamente en el diseño del proceso, lo cierto es que el Reglamento –como es lógico- le confiere al tribunal las potestades suficientes para la conducción del caso, siempre que respete los acuerdos a las que hayan llegado las partes sobre el curso del proceso, y así se recoge en el artículo 22(2) que dispone que "Con el fin de asegurar la conducción efectiva del caso, el tribunal arbitral, previa consulta a las partes, podrá adoptar las medidas procesales que considere apropiadas, siempre que éstas no vulneren ningún acuerdo de las partes."

c- Cierre de la instrucción.

Con la finalidad de evitar las gestiones dilatorias, el nuevo Reglamento refuerza la disposición tendiente a garantizar la preclusión de la instrucción del proceso para que las

17 MULLERAT, Ramón: "El tiempo y el coste en el arbitraje: Recomendaciones de la CCI para reducirlos" [en línea]. Disponible para consulta en el siguiente enlace: <http://www.diariojuridico.com/opinion/el-tiempo-y-el-coste-en-el-arbitraje-recomendaciones-de-la-cci-para-reducirlos.html>.

partes no puedan resucitar discusiones ya resueltas o presentar nuevas en una etapa abiertamente improcedente, con la finalidad de garantizar que el proceso avance de mejor forma y facilitar el dictado del laudo.

En el antiguo artículo 22 se indicaba que el tribunal acordaría el cierre de la instrucción cuando considerara que las partes habían tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso, lo cual dejaba esta decisión al criterio del tribunal, que siempre iba a ser cuestionado por la parte que considerase que no había gozado de suficiente oportunidad de exponer su caso. Esta situación se procura resolver con la redacción dada al artículo 27 del nuevo Reglamento, que obliga al tribunal al cierre de la instrucción del procedimiento tan pronto fuere posible, después de la última audiencia relativa a cuestiones a ser decididas en el laudo, o de la presentación de los últimos escritos de las partes con relación a dichas cuestiones. De esta forma, el tribunal contará con un criterio objetivo para determinar en qué momento debe ordenar el cierre de la instrucción, sin que quede esta decisión sujeta a valoraciones subjetivas de los árbitros.

Dispone la norma que una vez dictado por el tribunal el cierre de la instrucción no podrá presentarse ningún escrito, alegación o prueba relacionada con las cuestiones a ser resueltas en el laudo, salvo autorización escrita del tribunal. Así, se evita que las partes presenten gestiones dilatorias que impidan que el tribunal dictar el proyecto de laudo dentro del plazo previsto para ello,

plazo estimado que deberá comunicar el tribunal a las partes y a la Corte en el mismo acto de ordenar el cierre de la instrucción de acuerdo con el inciso b) del mismo artículo 27 en comentario¹⁸.

Pese a que el Reglamento no lo indica, debe entenderse que en aquellos casos en que las partes hayan acordado que el tribunal dicte dos o más laudos para resolver diversos aspectos, por ejemplo en casos de bifurcación, el tribunal deberá ordenar tantos cierres de instrucción como laudos vaya a dictar, indicando a las partes en cada caso sobre qué aspectos es que está concluyendo la discusión. De igual forma, el tribunal tendrá la potestad de reabrir la instrucción si, producto de las deliberaciones, considera que debe escuchar el criterio de las partes sobre algún aspecto no debatido durante el proceso, con la finalidad de garantizar el principio de contradictorio.

d- Repercusión económica.

El Reglamento procura asegurar la adecuación de la conducta de partes y árbitros a las exigencias de eficiencia y reducción de costos que se pretenden implementar, y lo hace de una forma que consideramos efectiva: vinculando el cumplimiento de estos requerimientos a un factor económico tanto para las partes como para los árbitros, en los términos en que ya había sido sugerido en el apartado 85 del informe *“Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje”* al que se hizo referencia líneas atrás.

18 Tal y como se disponía en el artículo 24(2) del Reglamento 1998, se prevé que la Corte pueda, a solicitud del tribunal o de oficio, prorrogar el plazo para el dictado del laudo, de conformidad con el artículo 30(2) del nuevo Reglamento. En caso de que aún prorrogado el plazo el tribunal no dicte el laudo, la Corte podrá sustituirlo, según es previsto por el artículo 15(2) del nuevo Reglamento, norma que estaba contenida en el artículo 12(2) del Reglamento 1998.

El artículo 37(5) del Reglamento obliga al tribunal a tomar en consideración el comportamiento procesal de las partes en el arbitraje en términos de celeridad y eficacia en costos como parámetro para la fijación de las costas del procedimiento. De manera similar, para la fijación de los honorarios de los árbitros, dice el artículo 2(2) del Apéndice III del Reglamento que la Corte tomará en cuenta la diligencia y eficiencia del árbitro en el tiempo empleado por él, la celeridad del proceso, la complejidad del asunto y la observancia del plazo previsto para someter el proyecto de arbitraje a la Corte.

Como vemos, ambas disposiciones dan motivos a las partes y a los propios árbitros para que su actuación dentro del proceso se desenvuelva en términos de eficiencia y celeridad, desincentivando las tácticas dilatorias de los letrados y procurando que los árbitros realicen su mejor empeño en que el proceso evolucione de buena manera.

IV- ARBITRAJES COMPLEJOS

De una revisión de las estadísticas de la CCI se justifica la necesidad de adoptar medidas sobre el particular. En al menos el 30% de los casos, el arbitraje fue multi parte, es decir, como demandante -o más frecuentemente-, como demandado, figuraba más de una persona física o jurídica. Este hecho implica que se susciten una serie de supuestos procesales que no se encontraban

contemplados en el Reglamento, y que a lo largo de los años generaron múltiples criterios de la Corte¹⁹ sobre cómo manejar cada uno de esos supuestos, pero que tenían la limitación de no ser conocidos por todos los litigantes, sino únicamente por aquellos que mantenían una relación más estrecha con la Corte. Lo que se ha procurado es que esos criterios estén claramente establecidos en el Reglamento y sean de alcance general para todas las partes. A continuación, se expondrán los tres supuestos que ahora se encuentran incluidos en el Reglamento.

a- Incorporación de partes adicionales

Se trata del supuesto en donde el actor busca traer al proceso en calidad de demandado, a una parte que por cualquier motivo no había incluido en el requerimiento arbitral.

Este supuesto se regula en el artículo 7 del nuevo Reglamento y está limitado a que dicha parte adicional sea signataria del convenio arbitral, y se formulen demandas o pretensiones contra ella (de ahí que sea traída al proceso como demandada y no como simple interviniente), y únicamente podrá incorporarse de previo a que el tribunal hubiese sido nombrado, toda vez que la parte adicional tendrá derecho a participar de la construcción del mismo.

El Reglamento de 1998 no contenía ninguna referencia sobre este punto, pero los criterios generados por la Corte permitían dicha

19 BRINER, Robert. *“Special Supplement 2003: Complex Arbitration: Perspectives on their Procedural Implications”* [en línea], ICC Publication, 2003. Sobre este punto, menciona el autor varias publicaciones previas, a saber: *Guide on Multi-Party Arbitration under the Rules of the ICC Court of Arbitration*, ICC Publication 404 (1982); *Multi-Party Arbitration: Views from International Arbitration Specialists*, ICC Publication 480/1 (1991); *Final Report on Multi-Party Arbitrations produced under the auspices of ICC's Commission on International Arbitration*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, vol. 6, N° 1, May 1995, pp. 26-50.

incorporación a criterio del tribunal arbitral que conocía la causa.²⁰ Como se desprende de la nueva regulación, la incorporación de la parte adicional no quedará sujeta al criterio del tribunal ni de la Corte, sino que será automática siempre que se cumplan con los requisitos expuestos.

Sobre el nombramiento del tribunal, el Reglamento establece que si las partes acordaron un tribunal unipersonal, podrán designar el árbitro de común acuerdo, pero si no logran ponerse de acuerdo en tal designación en un plazo de 30 días, la Corte procederá a su nombramiento. Si se trata de un tribunal colegiado en donde exista multiplicidad de demandantes o demandados, cada una de estas partes deberá proceder a nombrar un árbitro de forma conjunta, decisión que debe ser confirmada por la Corte. Si las partes no logran ponerse de acuerdo sobre el árbitro, la Corte procederá a designar a todo el tribunal, incluyendo a su presidente.²¹

b- Multiplicidad de partes

El Reglamento de 1998 mantenía un criterio limitado en cuanto al número de partes intervinientes en el proceso, refiriéndose básicamente al demandante y al demandado (Art. 2(ii)).

El nuevo Reglamento amplía considerablemente este concepto al incluir expresamente a las partes adicionales (Art. 2 (ii) y (iii)) y al permitir que cualquier parte formule demanda contra cualquier otra. Así se abarcan otros supuestos, como los *cross-claim*, por ejemplo demandas interpuestas entre sí por dos codemandadas.

El artículo 8 del nuevo Reglamento limita la interposición de estas demandas a que se interpongan de previo a que el Acta de Misión sea firmada por las partes o autorizada por la Corte, salvo que lo autorice expresamente el tribunal. Esta limitación es razonable por cuanto una de las funciones principales del Acta de Misión es delimitar el objeto de debate en el proceso indicando expresamente las pretensiones que han de ser abarcarse en el mismo.

c- Multiplicidad de contratos

Hablamos del supuesto en donde un proceso arbitral involucra no sólo varias partes, sino también varios contratos que se fundamentan en uno o más convenios arbitrales. Estas situaciones no son infrecuentes, y pueden desembocar en procesos paralelos con las mismas o similares partes y reclamaciones, que podrían conducir a resultados contradictorios, además de implicar un coste económico considerable.

El Reglamento de 1998 tampoco contenía ninguna disposición sobre este punto, que se resolvía aplicando analógicamente el artículo 6(2) del Reglamento de 1998, sea remitiendo el asunto a la Corte para que resolviera sobre la admisión o no de la demanda o demandas, pero siempre sujeto a que todas las partes estuvieran de acuerdo en resolverlas en un solo arbitraje.

La Corte analizaba básicamente tres puntos para fundamentar su decisión:

- i- Que todos los contratos pertenecieran a la misma transacción.
- ii- Que todos los acuerdos arbitrales fueran compatibles en términos de idioma, sede, reglamento, número de árbitros, etc.
- iii- Que existiera identidad de partes en los contratos, o al menos en uno de ellos o que se tratara de empresas de un mismo grupo.

Estos elementos se recogieron en alguna medida en el artículo 4(ii) del nuevo Reglamento, al que remite el artículo 9, que establece expresamente la posibilidad de que las demandas que surjan de varios contratos se formulen en un único arbitraje, el único requisito que impone es que todos los acuerdos remitan al mismo reglamento de arbitraje, por lo que probablemente los tribunales arbitrales seguirán echando mano de los criterios que venía implementando la Corte para decidir casos que –como suele ser común en estos supuestos- revistan mayor complejidad.

d- Consolidación de arbitrajes.

El artículo 4(6) del Reglamento de 1998 facultaba a la Corte, a que, a solicitud de una de las partes, decidiera sobre la acumulación de un nuevo proceso a uno que ya estuviera en trámite, cuando se presentaban ciertas circunstancias: que existiera identidad de partes, que se tratara de la misma relación jurídica y que no se hubiese dictado el Acta de Misión.

El artículo 10 del nuevo Reglamento adopta la terminología de consolidación, y reitera la potestad de la Corte a decretarla a favor del arbitraje que hubiere comenzado primero cuando:

- i- Las partes estén de acuerdo en ello,
- ii- Todas las demandas sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje o;
- iii- Si se trata de diversos acuerdos de arbitraje, estos sean entre las mismas partes, las controversias deriven de una misma relación jurídica y la Corte considere que los acuerdos son compatibles entre sí.

Como vemos, a diferencia de lo dispuesto en la norma de 1998, actualmente la consolidación podría aplicarse incluso en casos en donde no haya identidad de partes, siempre que se trate de un mismo acuerdo arbitral, si son diversos acuerdos, la identidad de partes siempre deberá ser un requisito.

En todo caso, cualquier decisión de la Corte para consolidar procesos deberá

²⁰ BRINER, Robert. Op. Cit.

²¹ Esta disposición –ya contenida en el Reglamento de 1998- nació del caso *Siemens AG/BKMI vs Dutco Construction Company*. Ducto inició el proceso arbitral contra Siemens y BKMI, y cada una de las demandadas deseaba designar árbitro. La Corte ordenó que el árbitro debía ser elegido conjuntamente por ambas demandadas, que posteriormente impugnaron el laudo indicando que este proceder las había colocado en una situación de desventaja con respecto a la actora, motivo que fue acogido por la *Cour de Cassation* de Francia que en decisión del día 07 de enero de 1992 terminó anulando el laudo por estos motivos. Al respecto, consúltese: CAIVANO, Roque. "Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples" En: Revista peruana de Arbitraje No. 4, 2007. Pág. 65-120. TUPY, Marie-Beatrix, "How to deal with Multi-party Nominations of Arbitrators in International Commercial Arbitration –a Comparative Study of Appointment Procedures with Emphasis on U.S.-European Commerce between Private Entities" [en línea]. Digital Commons, Escuela de Derecho, Universidad de Georgia. 2006. Consultado en la página web <http://digitalcommons.law.uga.edu/>

fundamentarse en una solicitud de una parte, en la que deben consentir cualquier otra que participe en el proceso. Esto ya que como ha sido mayoritariamente aceptado desde el caso *Adgas*²², el consentimiento de todas las partes es requisito *sine qua non* para la consolidación, aunque los beneficios de tal decisión a quien favorecen fundamentalmente es a las mismas partes, no sólo por costos, sino también por el riesgo de resoluciones contradictorias. Sin embargo, otras disposiciones como el Reglamento Suizo de Arbitraje conceden mayor libertad al órgano de administración del arbitraje para que decida sobre la consolidación, aunque deba hacerlo oyendo previamente a las partes involucradas.²³

A propósito del tema que de seguido se analizará, resulta interesante plantearse si las normas de consolidación podrán aplicarse en procedimientos de árbitro de emergencia, en aquellos supuestos en que dos o más

partes soliciten medidas cautelares de esta naturaleza. Si bien el Reglamento no indica nada sobre el particular, lo cierto es que las normas de consolidación hablan específicamente de consolidación de arbitrajes, por lo que *prima facie* no están ideadas para el árbitro de emergencia, sin embargo, tomando en consideración que al Reglamento lo inspira un principio de reducción de tiempos y costos en el arbitraje, no vemos por qué motivo no podrían aplicarse analógicamente las normas de consolidación en este escenario.

V- ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Esta figura resulta novedosa dentro del Reglamento de Arbitraje, pero no lo es dentro de la CCI²⁴. Una figura muy similar existe desde 1990: el *Procedimiento Prearbitral*, o como es más conocido: *pre arbitral referee*, que es regulado en un

22 Se trató de un proceso arbitral *ad hoc* en Reino Unido de *Abu Dhabi Gas Liquefaction Co. Ltd* (ADGAS) contra *Eastern Bechtel Corp.*, en donde el actor era una empresa propietaria de una planta productora de gas licuado en el Golfo Pérsico, que demandó por daños y perjuicios a los contratistas a los que había encomendado la construcción de tanques de almacenamiento de gas por defectos en los mismos. El contratista principal adujo que la responsabilidad por los defectos era de una empresa japonesa que había contratado, lo que hizo que ADGAS demandara dicha empresa en un segundo arbitraje en Londres. Ni ADGAS ni la empresa japonesa estuvieron de acuerdo con la consolidación, y cuando el asunto se presentó a la Corte de Apelaciones de Reino Unido por el nombramiento de un árbitro, dicha Corte opinó que habría sido apropiado que ambos arbitrajes se consolidaran para ahorrar tiempo y dinero y sobre todo para evitar el riesgo de laudos contradictorios, sin embargo se indicó que dicha Corte no tenía facultad para consolidar ambos arbitrajes sin el consentimiento de las partes involucradas. Al respecto puede consultarse: CREMADES, Bernardo y MADALENA, Ignacio: “*Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional*” En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, N°. 2008, 2008, Págs. 13-70. HACKMAN, Nana Adjoa “The Problem of the Arbitration and Multi-Party/Multi-Contract Disputes: Is Court-Ordered consolidation and adequate response?” [en línea]. Universidad de Dundee, Reino Unido. Disponible en la página web: www.dundee.ac.uk

23 El artículo 4.1 del Reglamento dispone en lo que interesa: “*Cuando se presente una Notificación de arbitraje que implique a partes ya involucradas en otro procedimiento arbitral pendiente y regido por el presente Reglamento, las Cámaras, tras consultar a todas las partes implicadas en dichos procedimientos y al Comité especial, decidirán si este nuevo caso ha de ser remitido al tribunal arbitral ya constituido para el procedimiento arbitral pendiente(...)*” El Reglamento está disponible en la dirección electrónica: <https://www.sccam.org/>.

24 La figura del árbitro de emergencia había sido adoptada previamente por otros centros arbitrales, el primero de ellos fue el *International Centre for Dispute Resolution* (ICDR) de la *American Arbitration Association* (AAA) que lo incorporó en sus normas del 2009, posteriormente lo hicieron el *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*, el *Nederlands Arbitrage Instituut* (NAI), el *Australian Centre for International Commercial Arbitrations* (ACICA), y el *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC).

Reglamento independiente²⁵ y consiste, básicamente, en la previsión hecha expresamente y por escrito por las partes para el nombramiento de un Tercero cuya única misión es ordenar medidas provisionales urgentes requeridas en el marco de la controversia. Pese a existir desde hace más de veinte años, este mecanismo ha sido utilizado únicamente en 12 ocasiones²⁶.

En el nuevo Reglamento se incorpora -con algunas matizaciones- esta figura como parte del procedimiento arbitral, sin necesidad de que se contemple como un acuerdo independiente. No será aplicable de conformidad con el artículo 29.6 en las siguientes circunstancias:

- i- Que el acuerdo arbitral se haya celebrado antes del 01 de enero de 2012 (entrada en vigencia del nuevo Reglamento);²⁷
- ii- Que las partes expresamente hayan excluido su aplicación²⁸, o;
- iii- Que las partes hayan acordado otro procedimiento para el otorgamiento de medidas cautelares, como sería por ejemplo el *pre arbitral referee* antes mencionado, que sigue vigente.

Valga recordar que -como indicamos antes-, la aplicación de este procedimiento es exclusiva a las partes signatarias de

un convenio arbitral, por lo que estarían excluidas las reclamaciones derivadas de acuerdos de inversión en donde no existe un convenio arbitral suscrito entre las partes. De igual forma, es importante indicar que según lo facultan los artículos 28(2) y 29 *in fine* del Reglamento, las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no impiden que las partes soliciten medidas cautelares o provisionales a la autoridad judicial competente, sin que dicha elección contravenga el acuerdo arbitral o implique renuncia a éste, siendo que lo único que la parte que obtenga una medida proveniente de una autoridad judicial deberá procurar es que dicha medida sea comunicada a la Secretaría.

Al árbitro de emergencia le corresponde el dictado de medidas cautelares o provisionales solicitadas en situaciones de emergencia que no puedan esperar hasta la constitución del Tribunal Arbitral (Art. 1(3)(e) Apéndice V del Reglamento). Al referirse la norma a medidas cautelares o provisionales, debemos entender que podrá pedírsele prácticamente todo aquello que sea necesario en aquel momento de acuerdo a las circunstancias. Es decir, no debe limitarse solamente a medidas cautelares (por ejemplo una orden para que una parte no acuda a la jurisdicción ordinaria en detrimento de una cláusula arbitral, o

25 El Reglamento completo puede consultarse en la página web de la CCI en el siguiente enlace: <http://iccwbo.org/court/arbitration/id5101/index.html>.

26 DE LOS SANTOS LAGO, Carlos; BONNÍN, Víctor: “*Emergency Proceedings under the new ICC Rules*”. En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. No. 13, Enero 2012. Pág. 6. Esta falta de uso se debe a múltiples factores, pero especialmente al hecho de que el procedimiento deba acordarse por escrito y, ante todo, a la poca difusión con que cuenta, que hace que muchas partes no lo incluyan en sus contratos ante la falta de conocimiento sobre su existencia.

27 El artículo 6 del Reglamento establece como regla general que las partes quedan sometidas al Reglamento vigente a la fecha de inicio del arbitraje, salvo que expresamente hayan acordado someterse al que estuviera en vigencia al momento de suscripción del compromiso arbitral. El artículo 29(6)(a) es una lógica excepción a esta regla al establecer que las normas del árbitro de emergencia sólo se aplicarán a acuerdos arbitrales suscritos con posterioridad a la entrada en vigencia de dichas normas.

28 Se trata entonces de un sistema con cláusula *opt-out*, es decir, que se aplicará siempre salvo renuncia expresa de las partes, lo que incentiva su aplicación.

para exigir el cumplimiento de un sindicato de voto), sino también debe incluir medidas provisionales (por ejemplo la constitución de pruebas o diligencias anticipadas), siempre que se cumpla el requisito de que dicha prueba no pueda esperar a la constitución del tribunal.

La solicitud de árbitro de emergencia puede presentarse en dos momentos:

- i- De previo a que se hubiese formulado el requerimiento arbitral, o;
- ii- Una vez formulado el requerimiento pero antes de que el expediente hubiese sido trasladado al tribunal en los términos del artículo 16 del Reglamento.²⁹

En ambos casos, dada la premura del procedimiento, la solicitud debe enviarse a la Corte por correo electrónico, a una dirección creada especialmente para tal efecto.³⁰

Si la solicitud se presenta de previo a que el requerimiento arbitral se hubiese formulado, la parte solicitante deberá formular dicho requerimiento dentro de los 10 días siguientes a que solicite la designación del

árbitro de emergencia, so pena de que éste archive la solicitud si dicho requerimiento no es presentado. Esta disposición lo que busca es evitar que la parte actora se haga con una medida cautelar dictada por el árbitro de emergencia y que postergue el inicio del arbitraje indefinidamente, aprovechándose de la ventaja que dicha medida pueda representarle. También, si la solicitud de medida provisional es más bien sobre la constitución de prueba anticipada, esta disposición evita que se utilice este procedimiento como herramienta para “*ir de pesca*” (práctica usual en el derecho anglosajón), es decir, que la decisión de demandar o no dependa del resultado de lo que haya logrado conseguir la promovente con la prueba, es decir, de si logró encontrar algo valioso en dicha prueba o no.

Una vez recibida la solicitud, el Presidente de la Corte procederá a nombrar, en un plazo no superior a 48 horas, al árbitro de emergencia para el caso concreto³¹. Por su participación preliminar en el asunto, este árbitro quedará excluido de participar como árbitro del

29 Llama la atención que, de conformidad con la formulación del artículo 29(1) del Reglamento, podría presentarse el supuesto en que la solicitud de medidas cautelares por el árbitro de emergencia se formule en el lapso en que el tribunal ya está constituido y que le es remitido el expediente en los términos del artículo 16. En ese escenario, siendo que ya existe un tribunal constituido, resulta contradictorio el hecho de que por otra parte el artículo 1(3)(e) indique que la petición deberá indicar las razones por las que el peticionario necesita que las medidas sean adoptadas de urgencia, sin poder esperar hasta la constitución del tribunal. En realidad, el Reglamento se refiere a los motivos por dicha petición no puede esperar a ser conocida por el tribunal, independientemente de que este esté constituido o no. Probablemente en ese escenario, la parte lejos de que solicitar un árbitro de emergencia (principalmente por los elevados costos económicos que este implica), inste a la CCI para que a la mayor brevedad remita el expediente al tribunal, y formulará directamente ante éste cualquier solicitud de medida cautelar, sin embargo, siendo que para que la CCI remita el expediente al tribunal debe haberse depositado la provisión de gastos requerida a ese momento, lo cierto es que este punto puede incidir en la celeridad con que el expediente llegue a manos del tribunal. Consideramos en todo caso más adecuada la solución que al respecto contienen las normas de la AAA (Artículo 37(b)), que establecen que el árbitro de emergencia podrá nombrarse siempre que el tribunal no hubiese sido constituido. Si ya existe tribunal, debe ser éste quien resuelva cualquier solicitud de medidas cautelares.

30 Según se ha consultado en la página web de la Corte, la dirección de correo electrónico es emergencyarbitrator@iccwbo.org

31 En la mayoría de los centros arbitrales que cuentan con la figura del árbitro de emergencia, este plazo se ve reducido a la mitad (SCC, ICDR, SIAC y ACICA). En el caso del NAI, la designación deberá realizarse tan pronto sea posible. DE LOS SANTOS, *Op. Cit.* 12.

tribunal que posterior o paralelamente se integre. El Reglamento no otorga plazo para que el árbitro acepte, por lo que es de presumir que, en virtud de la urgencia de la situación, la Corte procederá a contactar directamente a los candidatos y consultarles expresamente sobre su disponibilidad para aceptar el caso, a efecto de no perder tiempo si es que el árbitro nombrado se ve impedido para aceptar su designación por cualquier motivo. Una vez realizado el nombramiento, las partes podrán recusar al árbitro presentando una objeción motivada dentro de los tres días³² posteriores a la recepción de la comunicación de la Corte que designa al árbitro, recusación que la Corte resolverá en única instancia. A diferencia de las recusaciones de los miembros de un tribunal arbitral que son resueltas en las sesiones mensuales ordinarias de la Corte, las recusaciones de los árbitros de emergencia serán resueltas por un comité especial, en orden de velar por la celeridad del proceso.³³

No habiéndose recusado el árbitro o rechazada que fuere la recusación, el árbitro procederá en un plazo de 48 horas a elaborar el calendario procesal³⁴, que debería incluir los momentos y plazos para que las partes realicen sus alegaciones y se recabe cualquier prueba que sea de interés para la adecuada resolución del caso. El árbitro dispondrá de amplias potestades

de conducción del asunto atendiendo al criterio de urgencia que lleva intrínseco, pero respetando el debido proceso y garantizando que cada parte tenga derecho a exponer suficientemente su caso.

El árbitro de emergencia deberá resolver la solicitud dentro de los quince días posteriores a que el expediente le hubiese sido entregado³⁵, sin perjuicio de que este plazo sea ampliado por la Corte de oficio o a solicitud del propio árbitro si las circunstancias lo ameritan. Si el árbitro lo estima oportuno, podrá requerir a la parte solicitante de una medida cautelar que rinda fianza o asegure el resultado del proceso.

Si la solicitud es declarada con lugar se dictará con la forma de una orden, no de laudo, aunque al igual que este último deberá estar debidamente motivada, y será igualmente vinculante para las partes ya que así lo establece el artículo 29(2) del Reglamento.

A este punto cabe preguntarse, ¿Por qué la resolución de esta medida cautelar se dicta en forma de orden y no como un laudo³⁶? Más allá del hecho de que se buscó conservar la denominación utilizada en el Procedimiento Precautorio Prearbitral antes mencionado, consideramos que existen tres motivos de fondo para inclinarse por esta fórmula:

32 Comparativamente con los otros centros que cuentan con normas similares, este plazo de tres días es mucho más extenso, ya que la mayoría de las normas refieren a 24 horas (SCC) o un día hábil (ICDR, SIAC, ACICA). DE LOS SANTOS, *Op. Cit.* Pág. 13.

33 DE LOS SANTOS, *Op. Cit.* Pág. 13.

34 Calendario que, a diferencia de lo previsto por el artículo 24 del Reglamento, se adoptará sin necesidad de haber escuchado previamente a las partes.

35 Otras sedes han resultado más agresivas en este plazo, por ejemplo el Instituto de Arbitraje de Estocolmo prevé que la solicitud deberá resolverse en un plazo de 5 días.

36 Tanto el artículo 37(e) de la ICDR como en el 32(3) de la SCC, la resolución dictada por el árbitro de emergencia podrá revestir forma de orden o laudo. En contraposición, el artículo 42(1)(1) del NAI establece que será dictada en forma de laudo, sea este parcial o provisional.

- i- Por su carácter interlocutorio y temporal, toda vez se trata de una resolución que puede ser modificada en cualquier momento por el propio árbitro de emergencia (siempre que no se haya instalado el tribunal), o por el tribunal, a quien expresamente se indica no le vincula lo resuelto por el árbitro de emergencia, siendo que puede dejar sin efecto lo que éste hubiese resuelto.
- ii- Porque si la orden revistiera la condición de laudo debería cumplir con el examen previo de la Corte establecido por el artículo 33 del Reglamento, que es un requisito *sine qua non* de todo laudo dictado por la CCI, lo cual en la práctica haría imposible que la medida cautelar pudiera dictarse en un plazo adecuado a la urgencia del asunto.
- iii- Por cuanto si lo dictado fuera un laudo, contra el mismo teóricamente cabría recurso de nulidad, aunque dicho recurso debe estar reservado al laudo definitivo, es decir aquel con el que se resuelven en definitiva todas o algunas de las pretensiones de la demanda.

Si bien el hecho de que la resolución de la medida cautelar revista forma de orden y no de laudo parece adecuado, este hecho podría generar discusión en cuanto a su *enforcement* en diversas jurisdicciones, toda vez que ciertas normas limitan la ejecución forzosa a los laudos exclusivamente.

37 Esta disposición no existía en la versión original de la Ley Modelo de 1985, siendo que fue incorporada hasta su revisión en el año 2006.

38 La Ley Modelo diferencia entre medidas cautelares y órdenes preliminares, diferencia que radica –grosso modo– en la intervención de ambas partes en el proceso de adopción de dicha medida. La orden preliminar es solicitada por una parte y es adoptada por el tribunal *inaudita altera parte*, es decir sin haber escuchado a la contraria, a diferencia de la medida cautelar en donde la decisión se toma luego de escuchar a la parte contra la que se solicita dicha medida. La diferencia no es baladí, ya que el artículo 17 C indica que esta orden es vinculante para las partes pero no es objeto de ejecución judicial, mientras que el artículo 17 H indica que la medida cautelar sí podrá ser ejecutada forzosamente.

39 Uno de estos países sería Costa Rica, en virtud de la adopción de la Ley de Arbitraje Internacional No. 8937, adoptó la Ley Modelo de la CNUDMI.

Como ejemplo de lo anterior, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (Convenio de Nueva York) es de aplicación exclusiva a las *sentencias arbitrales*, por lo que cualquier resolución distinta a una sentencia arbitral o laudo, no podrá beneficiarse de las disposiciones del mismo, por lo que dependerá de las disposiciones propias del derecho interno de cada país en donde se pida ejecución de tal orden.

Ahora bien, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su última versión de 2006³⁷, indica en su artículo 17 H que “*Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado donde haya sido ordenada...*”³⁸ Esto implicará que, la solicitud de ejecución de una orden dictada por un árbitro de emergencia en los términos del Reglamento CCI podría ser ejecutada judicialmente en aquellos países en donde se haya adoptado esta disposición de la Ley Modelo de la CNUDMI.³⁹

España, al igual que Suiza, son Estados que –pese a no haber adoptado este artículo de la Ley Modelo de CNUDMI–, disponen de normas internas igualmente beneficiosas para la ejecución de órdenes cautelares

de este tipo. El artículo 23 de la Ley de Arbitraje Española establece, en cuanto a la potestad de los árbitros de adoptar medidas cautelares que, a las decisiones arbitrales sobre esta materia “*cualquiera que sea la forma que revistan*”, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos⁴⁰. Sin duda, al haber sido el legislador español tan flexible, el juez deberá equiparar tal orden a un laudo a efectos de su ejecución forzosa. Esta norma implicará que dicha orden también podría ser objeto de la acción de nulidad en los mismos términos que un laudo arbitral, sin embargo consideramos que una acción de esta naturaleza no debería prosperar toda vez que es claro que la acción de nulidad se dirige a un laudo definitivo.

Situación similar se presenta en el artículo 183 de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza, que indica que vista una medida cautelar adoptada por un tribunal arbitral, éste podrá solicitar la asistencia del juez competente para garantizar su aplicación.⁴¹ En aquellos ordenamientos en donde no existan normas en este sentido es muy probable que la ejecución de una orden emitida por el árbitro de emergencia encuentre problemas para su ejecución.

Por último, cabe mencionar que el Reglamento no establece expresamente cuáles son los criterios que deberá emplear el árbitro a la hora de resolver la solicitud (probablemente para dejarle a éste un amplio marco de interpretación), sin embargo, estos criterios no difieren de los que deben emplearse para la resolución de cualquier medida cautelar, por lo que podrían enumerarse así⁴²:

- i- La existencia de un daño irreparable si la medida provisional no es concedida, en el tanto tal daño sea más gravoso que el que pueda sufrir la parte contra la que se llegue a dictar la medida cautelar.
- ii- La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*, es decir que, analizada preliminarmente la demanda sobre el fondo, exista una posibilidad razonable de que la misma prospere.⁴³
- iii- Al presentarse la solicitud ante un órgano distinto del tribunal arbitral, debe acreditarse expresa e indubitablemente la urgencia de dicha medida, llegando el árbitro de emergencia a la conclusión de que su adopción no puede esperar a la constitución del tribunal. Este criterio sí está expresamente contenido en el Reglamento en su artículo 29(1), y consideramos que constituirá el gran filtro para la admisión o rechazo de las medidas cautelares en esta fase⁴⁴.

40 Artículo 23 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, publicada en el BOE n° 309 de 26 de diciembre de 2003. Esta Ley, pese a ser anterior a las últimas reformas de la Ley Modelo de la CNUDMI (2006), se benefició de las discusiones que sobre este particular se mantenían en dicho foro al momento.

41 Artículo 183 de la *Loi fédérale sur le droit international privé*, de 18 de diciembre de 1986.

42 El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su última versión aprobada en 2010, en su artículo 26.3 sí enumera los criterios que deberá tomar en consideración el tribunal para el otorgamiento de medidas cautelares en general.

43 En este punto, consideramos beneficioso el hecho de que la medida cautelar sea dictada por un árbitro distinto al tribunal, toda vez la concesión de una determinada medida cautelar a favor de alguna de las partes es vista muchas veces por la parte se ve afectada como un adelanto de criterio por parte del tribunal precisamente por el análisis previo que debe hacer sobre el fondo del asunto. Aunque de igual forma, probablemente si el tribunal posteriormente revoca –como le faculta el Reglamento– la medida dictada por el árbitro de emergencia, esto sea considerado por la parte que se favorecía de dicha medida como un adelanto de criterio del tribunal.

44 Valga indicar que de conformidad con el artículo 2.1. del Reglamento del Procedimiento Precautorio Prearbitral de la CCI al que se hizo referencia al inicio de este apartado, el criterio de urgencia debe ser empleado únicamente cuando se trate de medidas conservatorias o restitutorias, sea para evitar un daño inminente o una pérdida irreparable, pero el Tercero puede conceder otro tipo de medidas sin atención a este principio de urgencia.

Como hemos mencionado en otros casos, será la práctica venidera la que dirá si el árbitro de emergencia será una institución útil o no para los usuarios de los servicios de la Corte. Lo cierto es que por el costo económico⁴⁵ que le ha asignado la Corte, parece que se ha querido desincentivar su utilización, lo cual finalmente podría convertir al instituto del árbitro de emergencia en un mecanismo poco elegido para las partes.

VI- CONCLUSIONES.

Se ha realizado en las páginas precedentes un análisis de las principales reformas del Reglamento de Arbitraje de la CCI, que pretende ser –como lo dice el título de esta investigación–, una aproximación preliminar a tales reformas. Y es que el análisis de normas de tan reciente adopción no puede ser más que preliminar toda vez que será la práctica procesal venidera la que permita juzgar la idoneidad del nuevo Reglamento para satisfacer los requerimientos del arbitraje moderno.

Sin duda alguna, el mecanismo democrático utilizado por la CCI en la elaboración de sus normas es digno de reconocer. La participación de 620 expertos de 90 países en el análisis y discusión de las reformas adoptadas dota al Reglamento CCI de un nivel de credibilidad muy relevante en el entorno arbitral internacional.

Se trata de una norma que se nutre de la experiencia de quienes estudian pero ante

todo, practican el arbitraje frecuentemente, sea como litigantes, como árbitros, o en ambas posiciones. Asimismo, el Reglamento incorpora además soluciones que la misma Corte venía implementando desde hacía algunos años a aspectos no regulados por la reglamentación anterior, de allí que pueda decirse que se trata de una verdadera compilación de buenas prácticas arbitrales, lo que garantiza en principio que se trata ante todo de normas pragmáticas. Adicionalmente, la mayoría de las modificaciones introducidas al Reglamento son adaptaciones provenientes de otros centros arbitrales, por lo que quien busque auténticas novedades deberá buscarlas en otro sitio.

Sin duda, el espíritu que ha inspirado el nuevo Reglamento es la búsqueda de la eficiencia en el proceso arbitral, entendida esta como una reducción de costos y tiempos que, como se viene evidenciando desde hace varios años, es una necesidad imperante si se quiere que la utilización del arbitraje continúe en aumento. La CCI se ha mantenido a la delantera en el análisis de esta problemática desde que en el 2006 saliera a la luz la publicación “*Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje*”, que ponía en entredicho el mito de que el arbitraje era un proceso oneroso *per se*, demostrándose que la gran mayoría del costo económico no es ni para los árbitros ni para la Corte. En ese sentido, las modificaciones que contiene el Reglamento para mejorar la eficiencia del proceso

⁴⁵ De conformidad con el Art. 7 del Apéndice V del Reglamento, junto con la solicitud de designación del árbitro de emergencia la parte deberá depositar la suma de US\$40.0000 a la orden de la Corte, monto que corresponderá a \$10.000 de gastos administrativos y \$30.000 de honorarios de árbitro. Este monto puede parecer poco significativo en comparación con los gastos totales del arbitraje, pero resulta ostensiblemente superior a los 15.000 que por el mismo servicio cobra el Instituto de Arbitraje de Estocolmo.

tendrán que medirse en los años futuros, y por suerte el éxito de dichas reformas es fácilmente cuantificable, es decir, si estas reformas cumplen su cometido el arbitraje en los próximos años será más rápido y menos costoso, si no se logra este cometido, habrán fracasado rotundamente.

La inclusión de las normas sobre árbitro de emergencia en el proceso arbitral resulta adecuada toda vez que, al existir desde hacía algunos años en otras sedes, el *pre arbitral referee* con el que contaba la CCI para estos casos resultaba insuficiente. Sin embargo, el elevado costo de este procedimiento arbitral podría desincentivar su utilización por las partes, aunque precisamente ese haya sido el objetivo de la CCI al fijarle dicho costo.

Como crítica, podemos anotar que el Reglamento aumenta la complejidad de su predecesor, y resulta más complicada su lectura por un considerable número de referencias a otras normas de su articulado o de los apéndices. Al mismo tiempo, si bien se gana en transparencia al incluir soluciones que se venían implementando ante algunos vacíos del Reglamento, lo cierto es que la codificación de dichos criterios limita la posibilidad de variarlos en caso de necesidad, lo cual podría minar la flexibilidad que se busca en el arbitraje, en contraposición a la rigidez que caracteriza la vía judicial.

Arreglar algo que funciona bien es una apuesta riesgosa, y es la que ha tomado la CCI al reformar su Reglamento anterior que venía funcionando adecuadamente y era del agrado de la mayoría de sus usuarios, lo que se demuestra con el hecho de que la CCI es uno de los centros que más casos recibe. Lo cierto es que el año 2012 da inicio

al periodo de prueba de las nuevas normas por quienes tienen el poder de determinar si el Reglamento es bueno o no: las empresas que cada día y en mayor número arbitran sus disputas en áreas cada día más diversas.

BIBLIOGRAFÍA

BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz: “*Arbitrator’s Case Management: Experiences and Suggestions*” [en línea] Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Settlement. Paris, 2005. Págs. 127 y sts..

BOOG, Christopher. “*The new ICC Emergency Arbitrator Rules*” [en línea] En: Transnational Notes. Reflections on Transnational Litigation and Commercial Law. New York University, Setiembre 2011. Disponible en <http://blogs.law.nyu.edu/transnational>.

BRINER, Robert. “*Special Supplement 2003: Complex Arbitration: Perspectives on their Procedural Implications*” [en línea], ICC Publication, 2003, consultado en: www.iccdri.com.

CAIVANO, Roque. “*Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples*” En: Revista peruana de Arbitraje No. 4, 2007.

COMISIÓN DE ARBITRAJE, CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL “*Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje*” [en línea]. ICC Publicación 843, Paris, 2006.

CREMADES, Bernardo y MADALENA, Ignacio: “*Procedimientos paralelos en el Arbitraje Internacional*” En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, Nº. 2008, 2008.

DE LOS SANTOS LAGO, Carlos; BONNÍN, Víctor: "Emergency Proceedings under the new ICC Rules". En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. N° 13, Enero 2012.

DERAINS, YVES. "The limits of the arbitration agreement in contracts involving more than two parties" En: Complex arbitrations. Perspectives on their procedural implications, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement, 2003.

HACKMAN, Nana Adjoa "The Problem of the Arbitration and Multi-Party/Multi-Contract Disputes: Is Court-Ordered consolidation and adequate response?" [en línea]. Universidad de Dundee, Reino Unido. Disponible en: www.dundee.ac.uk.

HIERRO, Antonio: "Reducing time and costs in ICC International Arbitration. Excess time and costs of Arbitration: An incurable Disease?" En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. No. 13, Enero 2012.

HILL, Richard. "Hybrid ICC/SIAC Arbitration Clause Upheld in Singapore". [en línea] Disponible en www.fulbright.com.

LOPEZ DE ARGUMENTO, Álvaro; GONZÁLEZ, Julio César: "El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: Hacia un arbitraje más eficiente y menos costoso." En: Spain Arbitration Review. Club Español del Arbitraje. N° 13 enero 2012.

MULLERAT, Ramón: "El tiempo y el coste en el arbitraje: Recomendaciones de la CCI para reducirlos" [en línea]. Disponible en: www.diariojuridico.com/opinion/el-tiempo-y-el-coste-en-el-arbitraje-recomendaciones-de-la-cci-para-reducirlos.html.

MULLERAT, Ramón: "Nuevas reglas para un arbitraje moderno" [en línea] En: Revista Otrosí.net. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Diciembre, 2011. Disponible en www.otrosi.net.

PARADISI, Sara: "ICC Rules 2012: do they really respond to today's business needs?" [en línea]. Disponible en: http://construction.practicallaw.com/blog/construction/blp/?p=325.

ROCA AYMAR, José Luis: "El nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI: En el momento procesal oportuno" [en línea]. 27 setiembre 2011. Disponible en: http://www.diariojuridico.com/arbitraje-y-mediacion-3/opinion-arbitraje/el-nuevo-reglamento-de-arbitraje-de-la-cci-en-el-momento-procesal-oportuno.html.

TUPY, Marie-Beatrix, "How to deal with Multi-party Nominations of Arbitrators in International Commercial Arbitration – a Comparative Study of Appointment Procedures with Emphasis on U.S.-European Commerce between Private Entities" [en línea] Digital Commons, Escuela de Derecho, Universidad de Georgia. 2006. Consultado en http://digitalcommons.law.uga.edu/.

APRECIACIONES SOBRE LA OPCIÓN O LA NATURALIZACIÓN PARA ADQUIRIR LA NACIONALIDAD COSTARRICENSE

Carlos Arturo Meneses Reyes
Abogado-Litigante

El artículo 13 de la Constitución política indica quienes son costarricenses por nacimiento. De manera que el hijo de costarricense naturalizado, nacido en el extranjero, no es costarricense por nacimiento.

Qué es entonces, el hijo de costarricense por naturalización nacido en el extranjero?

La respuesta: **es costarricense por trascendencia, de conformidad con el artículo 17 de la Constitución Política y agrega: "conforme a la reglamentación que establezca la ley"**. Nos proponemos demostrar que ese aspecto constitucional no ha sido reglamentado.

LA LEY DE OPCIONES Y NATURALIZACIONES

Lo es la Ley N° 1155 del 29 de abril de 1950 y sus Reformas. Reglamentó el artículo 14 de la Constitución Política, desarrollando quienes son costarricenses por naturalización. La Ley 155, señala: Artículo 11.- Podrá naturalizarse en la República, todo extranjero que reúna los siguientes requisitos y que así los acredite ante el Registro Civil: 1) Ser mayor de edad e indicar su correspondiente nacionalidad. 2)...

De manera que por reglamentación expresa de la ley los menores de edad extranjeros no podrán naturalizarse.

Entonces, el hijo de costarricense naturalizado (o) nacido en el exterior, mientras sea menor de edad, es costarricense por trascendencia, siempre y cuando su madre haya optado por llevarlo y registrarlo en el Registro Civil de Nacimientos. Con esa calidad continuará hasta que cumpla la mayoría de edad, 18 años y el opte si continua ostentando la nacionalidad costarricense, o no; independientemente que haya vivido o no en Costa Rica. Aclaramos que esta interpretación es laxa, puesto que la nacionalidad costarricense, así adquirida por trascendencia, es irrenunciable. No obstante, en tanto pise territorio o suelo costarricense, es costarricense.

La Ley 7514 de 1995 fue de Reforma Constitucional de los artículos 16 y 17, dispuso que la nacionalidad costarricense no se pierde y es irrenunciable.

Esa Ley 7514 derogó o reformó la Ley 1155 al derogar sus artículos 3, 5 y reformó los artículos 4 y 7. Nos detenemos en que reformó el citado artículo 4 en lo relacionado a "la pérdida de la calidad de costarricense" únicamente; quedando vigente "La adquisición de la calidad costarricense por parte del padre o de la madre, trasciende a los hijos menores que estuvieren domiciliados en Costa Rica (sn) en el momento de adquirirse la calidad de costarricense". Esta parte así transcrita

del contenido de la Ley es la que reglamenta, parcialmente, el artículo 17 de la Constitución Política. Por lo siguiente: Al adquirirse la nacionalidad de costarricense por naturalización, el así naturalizado puede tener hijos ya nacidos. Pues bien sobre esos hijos, siempre y cuando sean menores de edad, trasciende la calidad de costarricense. Pero la ley reglamentaria extralimita el mandato constitucional al disponer que esa trascendencia opere únicamente para los hijos menores que estuvieren domiciliados en Costa Rica, en el acta de reconocimiento o posterior a ella. Eso no fue lo que el constituyente quiso decir. Por ello nuestro empeño en demostrar que ese artículo 17 constitucional no está reglamentado, conforme al espíritu de la Constitución. No obstante y en gracia de discusión, como litigante, en casos concretos, hemos argumentado que con relación al Domicilio del menor opera un fuero de atracción de conformidad con el Código Civil, Artículo 64. "Menores Inhabiles. Los menores y los mayores en cútatela tendrán por domicilio el de sus representantes legales". De manera que al hijo menor de edad, cuyos padres por naturalización residan en Costa Rica, no puede el Registro Civil negarle la opción de nacionalidad por trascendencia, puesto que no le es dado al intérprete distinguir, donde el legislador no ha distinguido.

SITUACIÓN DE LOS HIJOS DEL COSTARRICENSE NATURALIZADO.

Al momento de adquirir la calidad de costarricense, mediante el acto de la Carta de Naturalización, el naturalizado tenía: a) Hijos mayores de edad. Sobre ellos no trasciende la nacionalidad. b) Tenía Hijos

menores de edad. Sobre ellos trasciende la nacionalidad. c) Tiene Hijos con posterioridad a su naturalización, nacidos en suelo costarricense, será costarricense por nacimiento (artículo 13- 1CP) c) Siendo mujer u hombre tiene hijo (s) que nace en el exterior. Sobre esa hija(s) o hijo(s) trasciende la nacionalidad costarricense. Esta situación (artículo 17 CP) no está reglamentada en la Ley 1155 y sus Reformas, puesto que el artículo 4, cuya reglamentación consideramos inconstitucional, alude solo a los hijos habidos "*en el momento de adquirirse la calidad de costarricense*". Pero al llevarlo la madre a asentarlos en el Registro Civil toma la opción que se le de la calidad de costarricense y como esta es irrenunciable, no podrá decidir por la opción al llegar a la mayoría de edad, como estaba antes contemplado d) En el caso de madre costarricense por naturalización por disposición del artículo 8 de la Ley 1155 de opciones y naturalizaciones, aplica la presunción legal "que el hijo, desde que fue concebido se reputa nacido para todo lo que le favorezca," si ella desea (opción) que adquiera su nacionalidad costarricense, así lo podrá invocar, *ab sustantiam actus y ad solemnitatem*, al llevarlos a asentar en el Registro Civil. En este caso aplica el artículo 31 del Código Civil. "EXISTENCIA Y REPRESENTACION. La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que le favorezca desde trescientos días antes de su nacimiento". De manera que los hijos de naturalizada costarricense nacidos en suelo costarricense con anterioridad a trescientos días a su reconocimiento como naturalizada costarricense, serán costarricenses por nacimiento. De otro lado, los hijos de naturalizada costarricense que nazcan en el extranjero, con anterioridad a trescientos

días antes de su reconocimiento, le aplica la trascendencia de nacionalidad y será costarricense por la opción de su madre. Una situación más para reiterar que el artículo 17 de la CP no está reglamentado. Y por ende su inscripción en el asiento del Registro Civil de nacido en el exterior- dentro de ese término o plazo legal- produce los mismos efectos del nacido en territorio costarricense.

La llamada Ley de Opciones y Naturalizaciones N° 1155 de de 29 de abril de 1959, ha sufrido reformas por las siguientes leyes:

- Ley 1902 de 9 de julio de 1955. Crea el servicio de documentación de identidad a hijos de costarricenses nacidos en el extranjero. Véase Reglamento para la obtención de documentos de identidad N° 1 del 31 de enero de 1956, emitido por el Tribunal Supremo de Elecciones.
- Ley 4072 de 18 de enero de 1968, reforma la Ley 1902.
- Ley 1916 de 05 de agosto de 1955.
- Ley 3544 de 23 de agosto de 1965.
- Ley 4072 de 18 de enero de 1968. Ley 7033 de 1986. Ley 7234 de 09 de mayo de 1991.

- Ley 7514 de 6 de mayo de 1995. Que es la de la Reforma Constitucional de los artículos 16 y 17. Esta Ley fue la que derogó artículos de la Ley Marco de Opciones y Naturalizaciones y dejó sin reglamentación el artículo 17 de la Constitución Política de Costa Rica.
- La Ley General de Migración y Extranjería N° 8764 de 2009 que en sus artículos 13- 23, 22-4 y 138, que determinan la expedición de documentos migratorios a nacionales y extranjeros.

CONCLUSIÓN

Existe un vacío o limbo jurídico con relación a la reglamentación del artículo 17 de la Constitución Política que confiere la calidad de costarricense por trascendencia a los hijos menores de edad de costarricenses por naturalización. Quiso el constituyente primario de 1949 que por opción (decisión) de sus padres adquirieran la calidad de costarricenses, ipso facto. Interpretaciones sesgadas de la Sección de Actos Jurídicos del Registro Civil improvisan o simulan procedimientos con anotaciones y/o Advertencias en Asientos de Registro Civil de Nacimiento de hijos de costarricenses naturalizados nacidos en el exterior, lo cual está generando una situación jurídica sin precedentes. Casos como este, ameritan la intervención del Legislador.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 38361