

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA EDICIÓN

ENTREVISTA: SERGIO UGALDE GODÍNEZ
AGENTE DE COSTA RICA ANTE LA C.I.J.

EL VALOR NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA
CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE:
EL CASO PARTICULAR DE LA JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS

Víctor Orozco Solano

¿MATRIMONIO O DIVORCIO ENTRE EL
ARBITRAJE Y CÓDIGO PROCESAL CIVIL? DEPENDE
DE LOS CONTRAYENTES

Róger Guevara Vega y Herman Duarte

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DESDE EL
EXTRANJERO: EL IMPACTO DEL VOTO
EMIGRANTE EN LA DEMOCRACIA
LATINOAMERICANA Y LA IMPORTANCIA DE SU
PROTECCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS

Elard Ricardo Bolaños Salazar

EDITORIAL: CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS
(“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA:
¿UN ESTADO REBELDE?

II

EDICIÓN

Agosto 2014



CONSEJO EDITORIAL

Director:

José Jaime Villalobos Ruiz

Consejo Editorial:

Melissa Badilla Acuña
Diana Jiménez Gamboa
Fernanda Jiménez Sauter
Édgar Méndez Zamora
Alejandro Pacheco Saborío
María José Rojas Segura

Diseño gráfico:

Valeria Tiffer Hangen

La Revista Costarricense de Derecho Internacional es una publicación semestral de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.

Puede consultar todo su contenido en: www.acodicr.org

Edición Número 2.

Agosto 2014.

ISSN: 2215-325X

CONSEJO ASESOR

Jaime Granados Brenes
Derecho del Comercio Internacional

Dyalá Jiménez Figueres
Derecho de Arbitraje Internacional

Juan José Obando Peralta
Derecho Internacional Privado

Elizabeth Odio Benito
Derecho Penal Internacional

Joseph Thompson Jiménez
Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mauricio Salas Villalobos
Derecho Internacional Público y Económico



ÍNDICE

05 Presentación de la Segunda Edición.

ENTREVISTA

06 **Sergio Ugalde Godínez**
Agente de Costa Rica ante la C.I.J.

ARTÍCULOS

16 **El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: el caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Víctor Orozco Solano

39 **¿Matrimonio o divorcio entre el arbitraje y Código Procesal Civil? Depende de los contrayentes.**

*Róger Guevara Vega
Herman Duarte*

60 **La participación política desde el extranjero: el impacto del voto emigrante en la democracia latinoamericana y la importancia de su protección en el sistema interamericano de derechos humanos.**

Elard Ricardo Bolaños Salazar

EDITORIAL

73 **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica: ¿Un Estado rebelde?**

Presentación

Segunda Edición



La Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI) se complace en presentar esta segunda edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional. Hemos recibido una calurosa bienvenida de parte de ese pequeño pero apasionado grupo de juristas costarricenses dedicados al estudio del Derecho Internacional, y estamos muy agradecidos por ello. Esperamos que esta iniciativa perdure en el tiempo gracias a su apoyo.

En esta edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional contamos con tres artículos sobre temas que pueden tener un impacto significativo en nuestra práctica profesional. En primer lugar, Víctor Orozco Solano presenta los resultados de un estudio detallado de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de nuestro país en torno al valor normativo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Su artículo resalta el valor supraconstitucional con el que esa Sala ha dotado a dichos instrumentos internacionales, pero al mismo tiempo advierte sobre algunas excepciones a ese razonamiento.

Analizando también la relación entre el Derecho Internacional y el Derecho interno, los señores Róger Guevara Vega y Herman Duarte contribuyen al análisis de un tema de conocimiento obligatorio en un proceso arbitral. En un principio, la postura de los autores parece debilitar la aplicación del Derecho In-

ternacional en procesos arbitrales nacionales. Sin embargo, luego de una lectura más cuidadosa nos encontramos con una posición que le da preeminencia al acuerdo arbitral, sin descartar y posiblemente favoreciendo la aplicación de los instrumentos internacionales.

Por último, Elard Ricardo Bolaños Salazar realiza un análisis muy completo del voto desde el extranjero a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El autor realiza una defensa convincente de la necesidad de que los gobiernos latinoamericanos fortalezcan su legitimidad de esta forma. El señor Bolaños es estudiante de la Universidad de San Martín de Porres en Perú, y representa el esfuerzo que realiza esta Revista por darle un espacio a los jóvenes que buscan abrirse un camino en la práctica del Derecho Internacional.

No podemos dejar de lado un agradecimiento sincero al Sr. Sergio Ugalde Godínez, por compartir con nosotros su experiencia como agente de Costa Rica ante la Corte Internacional de Justicia. Su trabajo y el de todo el equipo que representa a nuestro país inspiran un sentimiento de confianza en que los intereses nacionales están siendo defendidos de la mejor forma posible.

José Jaime Villalobos R.
Director

Entrevista

Sr. Sergio Ugalde Godínez

Agente de Costa Rica ante la Corte Internacional de Justicia



Actualmente, Costa Rica es parte de tres procesos internacionales ante la Corte Internacional de Justicia. Todos ellos con Nicaragua como contraparte y relacionados con conflictos fronterizos entre ambos Estados, tanto en el territorio marítimo como terrestre. Los casos Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua), Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica), y Delimitación marítima en el Mar Caribe y el Océano Pacífico (Costa Rica c. Nicaragua) son probablemente los litigios de mayor importancia para nuestro país en este momento. De ahí que buscamos a alguien que tuviera conocimiento de primera mano sobre estos casos, para conversar al respecto.

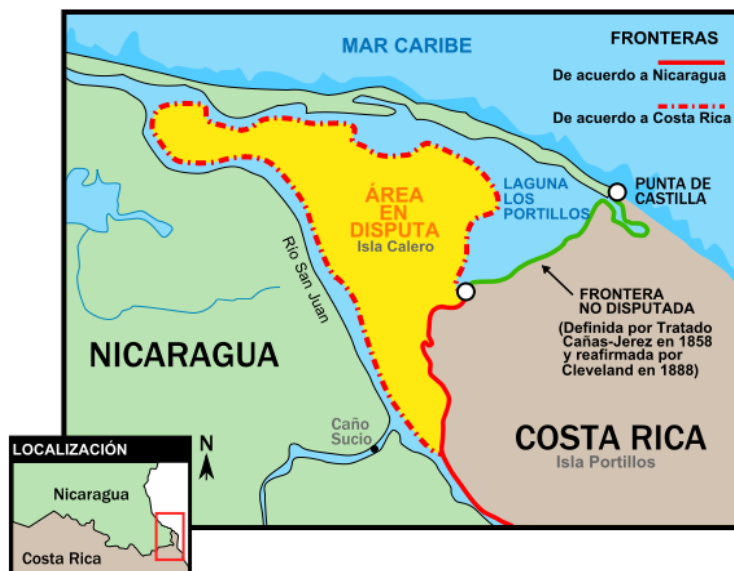
El Sr. Sergio Ugalde Godínez es Licenciado en Derecho y Notario por la Universidad de Costa Rica y cuenta con una Maestría en Derecho Comparado y Derecho Europeo de la Universidad de Oxford. Es asesor del Ministerio de Relaciones

Exteriores y Culto desde el año 2000 en asuntos relacionados con el Derecho Internacional, junto a su compañero de equipo, Arnoldo Brenes Castro.

Su carrera en el Ministerio se ha desarrollado en torno a múltiples aspectos de las relaciones bilaterales con Nicaragua, derechos marítimos, la extensión de la plataforma continental de Costa Rica, la negociación de límites fronterizos con diversos Estados, la lucha antidrogas, la interpretación y aplicación de tratados internacionales, y más recientemente los litigios de Costa Rica ante la Corte Internacional de Justicia, entre otros. Adicionalmente, es miembro de la Corte Permanente de Arbitraje, con sede en La Haya, y estuvo a cargo de las negociaciones con dicha Corte para la instalación de la primera sede regional de dicho organismo, aquí en el país.

Califica la relación con Nicaragua –especialmente en los aspectos concernientes al régimen fronterizo entre ambos países– como el tema más complejo de Costa Rica en el campo de las Relaciones Internacionales y el Derecho Internacional. El señor Ugalde nos recibió de forma sumamente amable en su Despacho para conversar sobre el estado de los casos de Costa Rica ante la Corte Internacional de Justicia y su experiencia como litigante ante dicho tribunal internacional.

¿Cuál es el Estado actual de los casos de Costa Rica ante la Corte Internacional de Justicia? Entendemos que de los tres casos, dos fueron acumulados. ¿Se tratan como un solo caso ante la Corte?



La Corte los acumuló por economía procesal, y probablemente cuando emita un fallo, va a resolver ambos casos al mismo tiempo. Sin embargo, si bien hay hechos similares que dan origen a las dos demandas, la decisión que la Corte va a tomar sobre esos casos es distinta. Una cosa es el aspecto relacionado específicamente con la soberanía de Costa Rica sobre una porción de Isla Portillos, que es un aspecto sobre integridad territorial y el

dominio de ese territorio de conformidad con los instrumentos correspondientes del Derecho Internacional, y otra cosa distinta es la relativa a la construcción de un camino fronterizo y lo que alega Nicaragua en el sentido de que ese camino le ha generado o le está generando un daño irreparable al Río San Juan. Entonces, en realidad, los resultados de los procesos son distintos y las peticiones son distintas, aunque por economía procesal la Corte decidió que los iba a reunir. De

hecho, en el trámite propio, los nombres son los mismos y no han variado en ningún momento. Por ende, cuando nos referimos a aspectos procesales del “Caso de ciertas actividades”, por ejemplo en la audiencia oral en oc-

tubre pasado por la construcción de unos nuevos caños, la Corte solamente escuchó los aspectos relacionados con ese punto bajo el nombre de ese caso. Cuando Nicaragua presentó una solicitud de medidas provisionales en el “Caso de la ruta fronteriza”, la Corte no aceptó el argumento de que tenía que escucharse en la misma audiencia, sino que lo escuchó un mes después. Los separó en ese sentido, porque era obvio que no correspondía a

la misma situación fáctica *per se*. Hay elementos comunes, pero no son exactamente los mismos hechos. Eso, en relación con el trámite de los casos.

¿Nos beneficia o nos afecta que la Corte haya acumulado los dos casos y que los vaya a fallar en un mismo momento?

Yo no puedo decir que nos afecta o nos beneficia. La Corte consideró que por un aspecto de economía procesal debía resolverlos al mismo tiempo.

“...Nicaragua no solo le disputa a Costa Rica un territorio que no es suyo, sino que sin preguntar invadió o penetró ese territorio y causó daños que lo hacen responsable internacionalmente.”

Yo estimo que el aspecto fundamental del caso de Costa Rica lo vamos a ganar, que es confirmar los derechos soberanos y la integridad territorial de Costa Rica, que fue violada por actos que Nicaragua comete en la zona fronteriza y el territorio que reclama como suyo. Estoy seguro de que la Corte va a rechazar la pretensión nicaragüense y va a reafirmar los derechos históricos y convencionales de Costa Rica sobre esa zona del territorio fronterizo con Nicaragua.

En relación con el caso de la ruta fronteriza, pues es difícil saber si la Corte va a aceptar alguno de los argumentos que Nicaragua presentó. Costa

Rica considera que ese caso se presentó única y exclusivamente para tratar de empatar. Como dicen que la Corte es salomónica y se da un poco a cada uno, uno no sabe si eso es o no es en realidad la forma en la que actúa. Yo creo que la Corte no es así. Es una corte de Derecho y responderá a criterios no salomónicos, sino a criterios específicos de Derecho.

De forma tal que ya veremos con los fallos. Si afecta o no, la única afectación que pudo haberse generado con la reunión de los casos es que se retrasó la decisión del “Caso sobre ciertas actividades” o el caso de Isla Portillos o Isla Calero, como muchos le llaman. Ese caso ya estaba listo para pasar a audiencia oral, pero a la hora que la Corte decide reunirlos, entonces la etapa procesal pudo haberse retrasado. Sin embargo, la Corte sí trató de que la audiencia oral se hiciera tan pronto como le fue posible de conformidad con la agenda de audiencias que lleva, y en ese sentido, fue programada para el mes de marzo de 2015. Entonces, en realidad pudo haberse causado un retraso, pero la Corte trató de actuar rápidamente para evitar que fuera sustancial, y Costa Rica está satisfecha con la programación de la audiencia en marzo.

¿Cuáles considera que son los puntos más favorables y cuáles los más desventajosos para Costa Rica?

Bueno, yo lamentablemente no le puedo hablar sobre puntos desfavorables, porque Costa Rica no considera que tenga aspectos desfavorables en sus casos. Lo que sí le puedo decir es cómo vemos favorablemente o qué puntos estimamos centrales en los casos. Eso no significa que las demás cosas no sean importantes, pero central en el “Caso de ciertas actividades” es naturalmente que a Costa Rica se le de pleno valor su derecho sobre ese territorio que ahora Nicaragua disputa de forma intempestiva y hasta de mala fe, porque Nicaragua tiene claro que ese territorio es costarricense. Entonces, desde ese punto de vista, Costa Rica está muy segura del título que tiene sobre ese territorio y que la Corte lo va a reconocer de esa forma.



El segundo aspecto que tiene que ver con ese caso es el elemento de los daños que Nicaragua perpetró en un territorio que es costarricense. Nosotros esperamos también que la Corte reconozca que Nicaragua no solo le disputa a Costa Rica un territorio que no es suyo, sino que sin preguntar invadió o penetró ese territorio y causó daños que lo hacen responsable internacionalmente.

El tercer punto tiene que ver con la habilidad o el derecho que reclama Nicaragua de hacer unas obras de dragado en la parte baja del Río San Juan con daños al territorio de Costa Rica, y específicamente daño al Río Colorado. Es obvio que Costa Rica no acepta la interpretación que Nicaragua hace y la petición que le hace a la Corte de que le autorice a realizar un dragado en el Río San Juan aunque de ello se perjudique el Río Colorado. Además, ya anunciaron incluso que la intención de ellos es en efecto afectar el Río Co-

lorado. Entonces, nosotros esperamos que la Corte nos de razón en el sentido de que Nicaragua, como Costa Rica lo ha reconocido, pueda realizar obras en el Río San Juan siempre y cuan-

do esas obras **no** afecten territorio o intereses costarricenses. De forma tal que en el “Caso de ciertas actividades” eso es lo que Costa Rica espera.

En el “Caso de la construcción del camino fronterizo”, Costa Rica espera que la Corte rechace toda la petitoria nicaragüense, porque francamente los dos aspectos fundamentales del caso nicaragüense es que nosotros destruimos el Río San Juan... y eso es falso. Costa Rica no ha afectado de forma importante el Río San Juan. Considera

que las afectaciones –si han existido, porque tampoco Nicaragua las ha probado– son minúsculas. El otro aspecto es si Costa Rica tiene o no la obligación internacional de transmitirle a Nicaragua un estudio de impacto ambiental transfronterizo, en cuyo caso, Costa Rica –aunque reconoce que esa es una obligación internacional entre Estados– considera que en este proyecto específico, por razones que se han hecho de conocimiento de la Corte y de Nicaragua, no teníamos que cumplir con esa obligación.

En cuanto al tercer caso, relacionado con aspectos marítimos, pues es claro que ha habido un intento de ambos países por llegar a un acuerdo. Sobre todo a raíz de una propuesta de Costa Rica para que llegáramos a un acuerdo negociado de límites marítimos.

Cuando ese acuerdo se empezó a negociar, a media negociación Nicaragua intempestivamente dio por terminadas las negociaciones, se retiró de la mesa de negociación y ahora reclama o ha llevado a cabo actos que buscan imponerle a Costa Rica una línea fronteriza marítima, que es lesivo a los intereses nacionales porque de conformidad con el Derecho Internacional, Costa Rica tiene derecho a ciertos espacios marítimos, tanto en el Mar Caribe como en el Océano Pacífico, que Nicaragua intenta penetrar. De forma tal que viendo que ya no hay opciones de negociación, ya que Nicaragua las ha rechazado todas y no ha querido

sentarse a la mesa de negociación, y en vista de las acciones materiales que Nicaragua ha tomado al respecto –conocidas como la publicación de material promocional petrolero que ofrecía bloques petroleros en aguas nacionales, decreto de líneas de base recta y otras acciones similares– es obvio que Costa Rica no podía quedarse de manos cruzadas y tenía que actuar. Lo que Costa Rica busca, y en este caso pareciera ser un poco más sencillo, es que la Corte fije la delimitación marítima tanto en el Mar Caribe como en el Océano Pacífico de conformidad con el Derecho Internacional, y nosotros estaremos satisfechos con la decisión que la Corte tome. Por supuesto, Costa Rica espera que la Corte esté de acuerdo



con la forma en la que nosotros proponemos que esa delimitación se haga, consistente con lo que establece la Convención sobre el Derecho del Mar de las Naciones Unidas.

¿Cómo describiría su experiencia litigando ante la Corte Internacional de Justicia? Entendemos que el equipo costarricense está conformado tanto por abogados extranjeros como por abogados nacionales. ¿Cómo funciona el equipo y cómo se maneja el día a día de litigar ante la Corte?

Eso depende mucho de cada país. Hay países que contratan bufetes y les dicen “llévenme este caso” y esos bufetes llevan absolutamente todo el día a día de seguimiento de los casos. Costa Rica tomó una avenida distinta, porque para nosotros era valiosa mucha de la experiencia de litigar ante la Corte, pero no solo eso, sino que llevar la mejor representación y defender los intereses nacionales pasaba también por integrar un equipo nacional sólido, porque un bufete en Europa o en Norteamérica puede saber muy bien cómo llevar un caso, pero no conoce bien los detalles y las sensibilidades nacionales, y al final del día son aspectos que cuentan y que pesan a la hora en que uno presenta un caso. De forma tal que el equipo está constituido por abogados externos con mucha experiencia, y un equipo nacional que ya ha adquirido experiencia en la conducción de casos ante la Corte Internacional de Justicia.

En cuanto al día a día, en Costa Rica tenemos una agenda de trabajo de aspectos relacionados con los casos que hay que ir preparando con diligencia. Así, por ejemplo, si se requiere realizar estudios técnicos para poder establecer la existencia o no de una situación jurídica que es reclamada por una de las partes, a nosotros nos corresponde ver porque la prueba se obtenga con criterios objetivos, que sea aceptable para las partes y para la Corte, que demuestre un hecho fáctico cierto y que pueda ser considerada por parte de la Corte. Nosotros velamos porque eso ocurra, y naturalmente le damos seguimiento a aspectos relacionados con estrategia. Cuáles son los intereses nacionales que nos interesa proteger, cuáles son las afectaciones que nosotros sentimos constituyen violaciones hacia Costa Rica o cuáles son los derechos que nos interesa que se reconozcan a nivel internacional. Discutimos esos derechos con nuestros asesores externos, de forma tal que podamos consolidar una posición sólida a partir de la experiencia que ellos tienen litigando tanto ante la Corte y otros tribunales internacionales; sobre todo tribunales arbitrales. Eso se construye en gran parte aquí por parte del equipo nacional.

Eso no significa que el equipo basado acá en el Ministerio lo haga solo. Nosotros hacemos consultas con muchos sectores: con la academia, el gobierno, otras personas que han tenido un conocimiento práctico del Derecho Internacional. En general, tenemos un gran diálogo con muchos actores de forma tal que los podamos mantener informados y que nos podamos retroalimentar. Es claro que la conducción de un caso ante la Corte Internacional de Justicia no es igual que la conducción de un caso ante un tribunal doméstico. El procedimiento es distinto, e incluso la forma de los alegatos y de recabar prueba es distinta, y eso hay que explicarlo porque alguna gente piensa que es similar a acá, pero no es tan sencillo. Tampoco es que sea extremadamente difícil; es distinto. Hay que comprender que la preparación de argumentos y la preparación de aspectos técnicos o de prueba tienen un tratamiento especial, además de que se debe conducir en inglés o en francés, o en ambas idealmente, y en nuestro país el idioma oficial es el español, por lo que eso representa un desafío adicional. Eso nos compete verlo día a día.

El equipo internacional lo que hace es guiar esas acciones. Conjuntamente preparamos los argumentos, verificamos la prueba, constan-

temente estamos reuniéndonos o teniendo conversaciones mediante conferencias telefónicas o cualquier medio idóneo, y se va preparando la argumentación o la estrategia en los plazos que la Corte determina.

Sabemos que Nicaragua tiene una larga tradición de litigio ante la Corte Internacional de Justicia, y que además normalmente tiene éxito. ¿Ustedes toman en cuenta ese factor en la estrategia que se plantea para los casos?

“... ser cliente frecuente de la Corte no le hace a usted diferencia en términos de tener o no tener la razón. Usted o tiene o no tiene razón. Que usted tenga un montón de casos ante la Corte Internacional de Justicia, como los que tiene Nicaragua, no hace mucha diferencia.”

ta ese factor en la estrategia que se plantea para los casos?

Mire, yo creo que ser cliente frecuente de la Corte no le hace a usted diferencia en términos de tener o no tener la razón.

Usted o tiene o no tiene razón. Que usted tenga un montón de casos ante la Corte Internacional de Justicia, como los que tiene Nicaragua, no hace mucha diferencia. Creo que hay que reconocer, por supuesto, que Nicaragua tiene un equipo jurídico reconocido que tiene muchos años de trabajar para ese país, pero igual Costa Rica ha logrado integrar un equipo muy reconocido internacionalmente. Solamente el abogado o *counsel* principal que tiene Costa Rica, James Crawford, posiblemente hoy por hoy es el

abogado con más casos ante la Corte Internacional de Justicia. El número de países a los que James Crawford ha asesorado ante la Corte o ante tribunales arbitrales internacionales o cualquier otra circunstancia, es casi es la mitad de los países del Mundo. Eso les puede dar una idea del nivel de peso que una persona como él tiene.

Sin embargo, no solamente él. Hemos integrado a



alguien como el abogado argentino Marcelo Kohen, que ya lleva unos ocho o diez casos ante la CIJ y es probablemente el litigante latinoamericano más reconocido en el Mundo. Igualmente, es alguien a quien nosotros le tenemos mucha confianza porque también lleva el elemento continental de la práctica del Derecho Internacional a la Corte, frente a la práctica del *Common Law*. Ustedes saben que esas dos se integran ante la CIJ, y nosotros pues tenemos una gran confianza en Marcelo. Se

nos integró también recientemente el abogado Samuel Wordsworth, que es un litigante inglés con una creciente práctica internacional, muy reconocido en Europa, y es particularmente magnífico en la determinación de hechos. De hecho, me atrevería a decir que si no es el mejor, tiene que ser de los mejores del Mundo. De forma tal que yo creo que estamos bien integrados. Luego, hay otros que hemos ido integrando para que nos ayuden con aspectos específicos. Tenemos dos abogadas jóvenes, una australiana y otra británica, que ayudan al equipo también. Para nosotros es importante que haya una representación de género en el equipo.

En Costa Rica en este momento, aparte de Arnoldo y yo, se han integrado Shara Duncan, y Ricardo Otárola, que tiene muchos años de apoyar a Costa Rica. Esto forma parte del equipo nacional. Ya después la Cancillería, cuando se ha requerido, pues nos ha dado personal de apoyo para preparar todo lo que hay que preparar en un procedimiento como éste. Debo también reconocer el extraordinario apoyo que recibimos de nuestra Embajada en La Haya, que juega un papel muy relevante en la defensa nacional. También debo reconocer que desde la Presidencia de la República, y en particular la oficina del Canciller, siempre hemos recibido un gran apoyo, y es digno de mencionar.

Con la excepción de este equipo de trabajo que usted menciona, que ya ha acumulado una ex-

periencia bastante notoria, ¿siente que en Costa Rica existe una cultura suficiente para eventualmente conformar un equipo solamente nacional que enfrente litigios de este tipo? Si no, ¿qué se requiere para llegar a eso?

Yo creo que Costa Rica tiene la materia prima, tiene abogados de muchísima calidad, que creo se demuestra en participaciones exitosas que el país ha tenido en la *Philip C. Jessup*. Creo que hay calidad profesional acá. Hay un elemento que es fundamental, y yo espero que la Corte y Naciones Unidas propongan un cambio en el Estatuto de la Corte, que es que se pueda litigar en español. Ese cambio nos abriría la posibilidad de que Costa Rica pueda conformar perfectamente equipos nacionales.

Sin embargo, la experiencia que aporta un abogado con casos y kilometraje ante la Corte Internacional de Justicia es importante también, porque le da a uno una perspectiva que no es solamente doméstica, y nosotros algunas veces podemos tener el condicionante de verlo meramente desde el punto de vista doméstico, y no desde la perspectiva con la que alguien que está afuera lo podría ver, y eso se lo da a uno el asesor externo, que lo ve con mayor objetividad. Uno por supuesto, tiene su “corazoncito” y uno ve las cosas de una forma, pero ellos le ayudan al país a ver las cosas con la objetividad que se requiere. Sin embargo, eso no limita en nada el hecho de que no-

sotros tengamos abogados de altísimo calibre que puedan litigar internacionalmente...

¿Cuáles procesos de formación para los abogados, desde que son estudiantes universitarios, considera necesarios o recomendables para alcanzar eso?

Hay un aspecto relacionado directamente con el interés. Ha habido ocasiones en que nosotros hemos tratado de llevar el conocimiento que tenemos a instituciones, y francamente, en algún momento yo me sentí muy decepcionado al ver que la gente no estaba muy

“... yo no veo ninguna limitación para que abogados costarricenses se constituyan en litigantes muy exitosos ante la Corte Internacional de Justicia.”

interesada en escuchar lo que uno tenía que decir sobre un aspecto tan importante. Sin embargo, eso no quiere decir que no haya gente que tenga un verdadero interés. Yo creo que el caso de la Asociación de Derecho Internacional que tenemos en el país refleja que tenemos un grupo de profesionales que tiene un interés en ello.

Sí creo que el *curriculum* tiene espacio para modificaciones, porque me parece que es importante que la gente sepa más sobre el pro-

cedimiento y la práctica diaria del Derecho Internacional. Igual que como en la práctica del Derecho en Costa Rica, una cosa es lo que a uno le dicen que dice el Código, y el *deber ser* de la práctica o la judicatura, y otra cosa es lo que ya pasa cuando usted tiene que litigar un caso. En ese sentido, creo que hay espacios para que se puedan solventar esas diferencias, y que nuestros estudiantes de Derecho puedan conocer un poco más de las vicisitudes y los desafíos de la práctica día a día del Derecho Internacional. Sin duda, me parece que es importante seguir fortaleciendo el *curriculum* académico y el interés que la gente pueda tener, porque particularmente para Costa Rica, el Derecho Internacional es muy importante. Aunque la gente no lo sepa, el Derecho Internacional se practica todos los días en el país, con la aplicación de convenios y obligaciones internacionales a una situación de hecho que se vive en la jurisdicción doméstica, y el conocimiento de eso es importante.



El valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense: El caso particular de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Víctor Orozco Solano*

Resumen

El presente artículo desarrolla el valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional Costarricense. También se emiten algunos comentarios acerca del carácter vinculante o no que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la Sala Constitucional de Costa Rica.

Abstract

This paper develops the normative value of International Instruments on Human Rights in Costa Rican Constitutional Justice System. Some comments about the binding nature are emitted or not having the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, according to the Constitutional Chamber of Costa Rica.

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

I.- Introducción.

En términos generales, el propósito de estas notas es comentar la manera en que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos son vinculantes en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, es decir, si están dotados de fuerza normativa y si forman parte de lo que la doctrina ha denominado el bloque de constitucionalidad o el Derecho de la Constitución. Con ese propósito inicialmente se comentarán algunas decisiones de Salas Constitucionales, Tribunales o Cortes Supremas latinoamericanas que refuerzan el carácter normativo de estos instrumentos, por lo menos con un rango superior a la ley o del mismo nivel que las normas constitucionales. En este sentido, sin duda son relevantes las decisiones de las Cortes argentina, dominicana, colombiana, peruana, salvadoreña y boliviana, cuyos alcances serán comentados en esta exposición.

De igual modo, serán analizadas algunas decisiones de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica sobre el tema, la cual salvo en el caso de la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, dictada en la acción de inconstitucionalidad promovida por Yashin Castriello Fernández, contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social, ha sostenido una línea jurisprudencial tendente a reconocer el valor supra-

constitucional de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, a tal grado que si proclaman un derecho o brindan mayor protección de una determinada libertad que el texto de la Norma Fundamental, priman por sobre éste. Se trata, como se verá más adelante, de una interpretación efectuada por la Sala Constitucional con arreglo al artículo 48 de la Constitución Política. Por el contrario, en el sistema de justicia constitucional español se ha negado el valor normativo autónomo a estos instrumentos, sino que apenas gozan de un valor interpretativo de los derechos y libertades proclamados por la Constitución, en los términos del artículo 10.2 de la Constitución Española.

Finalmente, realizaremos algunos comentarios sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, sobre todo en aquellos casos en que la República de Costa Rica no es parte. Este punto fue discutido en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, en la cual el Magistrado Castillo Víquez en su voto particular ha mostrado reservas acerca del particular. Ya veremos, sin embargo, y como se expuso en el voto salvado de los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Cruz Castro, que forma parte de una línea jurisprudencial de larga data la necesidad de conceder carácter vinculante a todas las decisiones de

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete último o privilegiado del Pacto de San José. Recientemente la Sala Constitucional ha dictado otra sentencia en la cual se tocó este tema, la No. 2013-4491 de 3 de abril, en la cual se negó a aplicar el criterio sostenido por la Corte aludida en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, que trata acerca de la inhabilitación de funcionarios públicos por parte de órganos administrativos.

II.- Algunas decisiones de Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales latinoamericanas con respecto al valor normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos.

Como se adelantó en la introducción de este trabajo, en el ámbito latinoamericano es posible mencionar algunas sentencias de las salas, cortes o tribunales constitucionales, en las cuales se ha potenciado el valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, o al mismo rango de las normas constitucionales o, por lo menos, por encima de la ley. Dichas sentencias son:

- la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana de 24 de febrero de 1999 (por medio del cual se interpretó el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se estableció en ese sistema el recurso de amparo para la protección de los derechos aludidos).
- la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 3 de enero de 2003, sobre los límites sustantivos y procesales en la legislación antiterrorista.
- la Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia de 20 de enero de 2003 (sobre los derechos de la víctima en la acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el principio de *non bis in idem*).
- la Sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador de 1° de abril de 2004, sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su vinculación axiológica con la Constitución (en el caso de la Ley anti Maras).
- y la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia de 5 de mayo de 2004, sobre la aplicación de las normas y la jurisprudencia interamericanas de derechos humanos, el

- la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, de 7 de junio de 1992, (sobre la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos

principio de unidad de la jurisdicción y la limitación de los alcances de la jurisdicción militar.

Así en la primera decisión, la Corte Suprema Argentina dispuso: “*que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por ley 19865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno*”. En esta línea, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, al interpretar el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y establecer en ese sistema el recurso de amparo para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, consideró: “*Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Con-*

greso Nacional, mediante resolución núm. 739 de 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3° de la Constitución de la República”;

Otra sentencia relevante es la del Tribunal Constitucional del Perú, supra citada, sobre los límites sustantivos y procesales en la legislación antiterrorista. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional peruano resolvió una acción de inconstitucionalidad dirigida contra un conjunto de decretos-leyes que habían sido emitidos para sustentar la legalidad de la lucha contra el terrorismo. De este modo, ese Órgano Jurisdiccional interpretó e hizo una aplicación directa de varios preceptos constitucionales, a partir de la interpretación de similares principios y valores contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la manera en que han sido desarrollados tanto por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La otra decisión citada es la de la Corte Constitucional de la República de Colombia, sobre los derechos de la víctima en la acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el principio de *non bis in idem*. De igual modo, en la sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador se modifica el criterio seguido en anteriores fallos con respecto al Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, para reconocer que no son con-

trarias a la Constitución las normas internacionales que sean análogas o reconozcan un derecho de modo más amplio que el Texto Fundamental.

Finalmente, en su decisión el Tribunal Constitucional Boliviano consideró: “...*el tema ha sido motivo de pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Citamos lo pertinente de la sentencia del 16 de septiembre de 2000 emitida por dicho órgano jurisdiccional: “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la Jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y solo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar”* Tales son, pues, algunas decisiones adoptadas por las Cortes, Tribunales, o Salas Constitucionales especializadas (en el ámbito regional de la Organización de los Estados Americanos) con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su reconocimiento como fuente normativa autónoma y, por ello, plenamente aplicable para la resolución de un asunto en que se plantee la violación de alguno de estos derechos, situados en la mayoría de los casos en un plano similar al de la

Constitución, o al menos siempre superior al de la ley.

III.- El valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense.

Como se ha adelantado, en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad o derecho fundamental que el previsto en la Constitución Política, priman sobre las disposiciones del Texto Constitucional. En este sentido, se ha sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer sobre éstos. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir

de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política. Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supra-constitucional de estos instrumentos, sin embargo, esta posición no ha sido aceptada de modo unánime y así lo pone de manifiesto Castro Padilla en su estudio sobre la jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense¹.

Entre los que defienden el carácter supraconstitucional de estos instrumentos, Armijo Sancho ha señalado, al comentar el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 3805-92 de 28 de noviembre, que: *“lo expuesto, tiene como objeto presentar con claridad el lugar que, dentro de las fuentes normativas de nuestro ordenamiento jurídico, tienen los derechos humanos, desde luego prevalente sobre la legislación “municipal” desde la perspectiva internacional, categoría a la que pertenecen los Códigos, y además explica la razón por la cual la Sala ha declarado inaplicables algunas normas, o en otros casos ha visto la necesidad de emplear la técnica de dictar interpretaciones armónicas de sus reglas con las superiores de los tratados*

*sobre derechos humanos y con las constituciones. En última instancia, lo que hacemos es parodiar y transformar la frase de García de Enterría, al señalar que: los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica son normas jurídicas y como tales producen efectos jurídicos”*². Es clara entonces la existencia una línea jurisprudencial muy definida por la Sala Constitucional, en el sentido de privilegiar la aplicación de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos sobre las disposiciones constitucionales, si confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un determinado derecho que la Norma Fundamental. En su estudio, Armijo Sancho menciona las siguientes sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, todas las cuales han tenido gran trascendencia en el foro jurídico costarricense³:

- La Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los Instrumen-

¹ Véase Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007, págs. 93 a 98.

² Ver Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, Ius et Praxis, Vol. 9, No. 1, Talca, 2003, págs. 39-62

³ Véase Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, op. cit., págs. 39-62

tos Internacionales sobre Derechos Humanos *“tienen, no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”*. Así, en esta sentencia resalta la Sala que el Derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delincuentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no solo el artículo 33 Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2.1 y 7 Declaración Universal sobre Derechos Humanos; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Preám-

bulo y el artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT.

- La Sentencia No. 1739-92, de 1° de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente No.1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de "Compañía Distribuidora G. Renero". En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante, q.d.D.g.) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no solo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la Con-

vención Americana sobre Derechos Humanos.

- La Sentencia No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, tras haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- La Sentencia No. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la

colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva No. OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: *“que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

- La Sentencia No. 2000-09685 de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de Ley de aprobación del *“Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”*; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió sobre la eficacia de que se dota en el sistema de justicia constitucional costarricense a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional.
- Y la Sentencia No. 2002-10693 de 7 de noviembre, en que se reitera el criterio sostenido por la Sala Constitucional en

las anteriores oportunidades, para admitir el derecho de toda persona de participar en la formación de las decisiones públicas referentes a la protección del ambiente, en los términos en que está consagrado en los numerales: 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 16 de la “*Carta Mundial de la Naturaleza*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°37/7 de 28 de octubre de 1982; 8.2 de la “*Declaración sobre el derecho al desarrollo*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°41/128, de 4 de diciembre de 1996.

Por lo anterior, es claro que la Sala Constitucional no sólo ha defendido en su reiterada jurisprudencia el carácter normativo y vinculante de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, sino también su valor supraconstitucional, en aquellos supuestos en que un instrumento internacional brinde mayor amplitud o protección de una determinada garantía que la propia Constitución. Tales razonamientos sin duda son compartidos por el autor, no solo porque se trata de una construcción jurisprudencial de la Sala Constitucional que le ha permitido aplicar directamente diversos Instrumentos Internacionales cuyos derechos no han sido previs-

tos expresamente en la Constitución Política (entre ellos, el derecho de rectificación o respuesta, en los términos en que ha sido consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino también porque se sustenta en el sentido literal del artículo 48 de la Constitución Política, que la habilita para conocer a través del recurso de amparo sobre cualquier vulneración de un derecho fundamental consagrado en la Constitución, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en República.

IV.- El valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el sistema español.

En el supuesto del sistema de justicia constitucional español, el reconocimiento del carácter normativo autónomo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos plantea mayores problemas que en el caso costarricense, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española. Aunque del contenido de esta disposición, el Tribunal Constitucional Español reiteradamente ha señalado que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen un valor normativo autónomo (semejante al que poseen las normas constitucionales) ni constituyen parámetro de

constitucionalidad (sino que ostentan un mero carácter interpretativo de los derechos fundamentales), en reiteradas ocasiones han servido para “configurar el contenido y el alcance de los derechos”⁴, o bien “los perfiles exactos de su contenido”⁵, con lo que es innegable su relevancia en la interpretación de los derechos aludidos, así como la falta de claridad en el tratamiento de este tema por ese Tribunal⁶. Pese a ello, el Tribunal Constitucional Español ha insistido que:

⁴ Sobre el particular, se puede consultar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 254/1993.

⁵ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 28/1991.

⁶ Sobre el particular, Díez-Picazo ha sostenido: “El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo constantemente que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España tienen carácter vinculante para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española (SSTC 38/1995, 36/1991, 254/1993, etc.). Ello significa simplemente que, cuando cualquier tribunal en cualquier proceso se enfrenta a la aplicación de un derecho fundamental que, como ocurre a menudo, tiene su equivalente en un tratado internacional sobre derechos humanos, está obligado a adoptar la interpretación del derecho fundamental que sea más acorde con el tratado internacional. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha mantenido, de manera igualmente constante, que los tratados internacionales no pueden crear nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento español; lo que significa que la vulneración de un derecho reconocido sólo mediante tratado internacional sin equivalente en la Constitución Española no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto del recurso de amparo (SSTC 84/1989, 120/1990, 28/1991, etc.) En resumen, la jurisprudencia constitucional señala que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por España son un instrumento obligatorio y privilegiado para la interpretación de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Española; pero no gozan por sí solos del régimen jurídico propio de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, tal como está recogido en el art. 53 CE”. Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson-Cívitas, Madrid, 2008, pág. 170.

“la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales.”⁷

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha sostenido sobre el carácter normativo de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y, en concreto, sobre las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que tienen “*the status of a federal statute, and it must be taken into account in the interpretation of domestic law, including fundamental rights and constitutional guarantees*”⁸ y también, “*but the guarantees of the European Convention on Human Rights and its protocols, by reason of this status in the hierarchy of norms, are not a direct constitutional standard of review in the German legal system*”⁹, con lo cual y a diferencia del criterio sostenido por la Sala

⁷ Al respecto, se puede examinar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 64/1991

⁸ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2BvR 1481/04 de 14 de octubre de 2004. Es decir, que tienen el status de una ley federal, y que deben tenerse en cuenta en la interpretación de la legislación nacional, incluidos los derechos fundamentales y garantías constitucionales.

⁹ Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2BvR 1481/04 de 14 de octubre de 2004. Es decir, pero las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, por la razón de su status en la jerarquía de las normas, no son una norma constitucional directa de revisión en el sistema jurídico alemán.

Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, no es posible impugnar directamente la violación de un derecho humano contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por vía del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. En términos similares, la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sostenido que: *“La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa configurabile come un trattato internazionale multilaterale pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate pi avanti da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema pi vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omissio medio, per tutte le autorit interne degli Stati membri”*¹⁰.

Ahora bien, en lo que atañe al valor jurídico o a los efectos de las decisiones adoptadas por los Órganos Internacionales de protección de los Derechos Humanos, entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, es preciso comentar el alcance de algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español, en el sentido que: *“pues-*

*to que el contenido de aquellos constituye también parte del de éstos, formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento Jurídico Español, como resultado de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española (art. 10.2 CE)*¹¹”. Lo anterior, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español no se ha previsto la manera concreta de ejecutar o de hacer efectivas las decisiones de los tribunales aludidos; sin embargo, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto la laguna, y así lo ha realizado en la Sentencia 245/1991 de 16 de diciembre, en que se resolvió el recurso de amparo interpuesto con ocasión de la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Barberá, Messeguer y Jabardo vs. España*.

De igual modo, y con respecto a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Constitucional Español, ha considerado: *“las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de*

¹⁰ Ver la sentencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana No. 348/2007 de 22 de octubre de 2007.

¹¹ Véase el Auto del Tribunal Constitucional Español 260/2000 de 13 de noviembre.

los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia. (...) No obstante, las “observaciones” del Comité..., interpretadas en el estricto ámbito de su competencia se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto¹²”. Es claro entonces que en esa decisión el Tribunal Constitucional Español, de acuerdo con Fernández de Casadevante Romaní y Jiménez de García, ha concluido que la existencia de una violación al tratado aludido, no solo permite acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del actor, sino también, que constituye un hecho novedoso a los efectos del recurso de revisión, o para entablar una causa por error judicial¹³.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Español 70/2002 de 7 de abril.

¹³ Véase Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española..., op. cit., págs. 25 y 26. Sobre lo anterior, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 240/2005 de 10 de octubre, señaló: “una interpretación del artículo 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación pro actione tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan (especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes) y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un

De otro lado, y siguiendo a los mismos autores, se debe mencionar que los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española operan una vez que la norma Internacional ha sido receptada en el ordenamiento jurídico español en los términos del artículo 96 ídem¹⁴, o de acuerdo con los principios generales del derecho internacional en el supuesto de las normas institucionales o las normas consuetudinarias¹⁵. En este sentido, la doctrina española ha insistido que el artículo 10.2 de

derecho fundamental como el derecho de a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 de la C.E. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar “la equivocación de un fallo” condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer “el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria (STC 150/1997, F.5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión “hechos nuevos...que evidencien la inocencia del condenado” del artículo 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración.”

¹⁴ El artículo 96 de la Constitución Española de 1978 establece:

“Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.
2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.”

¹⁵ Véase Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española..., op. cit., pág. 30.

la Constitución Española “no atribuye un rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en textos internacionales que no estén también recogidos en la Constitución española, pero sí establece una conexión entre los que la Norma Fundamental contiene y los de aquellos instrumentos, a los fines de determinar el contenido y alcance de los primeros”¹⁶ En suma, y de acuerdo con Bastida Freijedo; “la teoría de los derechos fundamentales de la Constitución encuentra en el artículo 10.2 CE un elemento importante que sirve de guía a la interpretación de los derechos fundamentales: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España”. Esta remisión a los citados tratados no da rango constitucional a los derechos en ellos reconocidos en cuanto no estén también consagrados por la CE (STC38/1995, FJ5°), ni tales tratados pueden ser considerados fuente adicional de límites junto a los que ponga el legislador orgánico cuando esté autorizado para ello (aunque la STC 62/1982, FJ3°, parece apuntar lo contrario al entender que la moral

puede ser un límite –no previsto en el art. 20 CE- a las libertades de expresión e información, en virtud del principio contemplado en el art. 10.2 CE). Sin embargo, está claro que este precepto obliga a los poderes públicos a interpretar los derechos fundamentales de la CE de conformidad con esos tratados, lo cual tiene una extraordinaria importancia, sobre todo para el legislador¹⁷.

Ahora bien, en lo que atañe a las relaciones entre los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española¹⁸, Fernández de Casadevante Romaní y Jiménez de García han advertido sobre el error en que incurren los tribunales españoles en el momento de interpretar los alcances de ambas disposiciones y de enunciar la manera en que los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos se presentan en el ordenamiento jurídico español (es decir, con una doble vertiente: mientras la primera: “reconoce el efecto interpretativo directo e inmediato de los derechos y libertades fundamentales contenidos en la Cons-

16 Véase González Campos, J. D., y otros, Curso de Derecho Internacional Público, Cívitas, Madrid, 2004, pág. 266. Citado por Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española..., op. cit., pág. 30.

¹⁷ Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 81.

¹⁸ El artículo 96 de la Constitución Española de 1978 establece: “Artículo 96. 1. Los Tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional. 2. Para la denuncia de los Tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94”.

titución”¹⁹, la segunda, “*otorga a los tratados válidamente celebrados y publicados el efecto inmediato de constituir sus normas parte integrante del ordenamiento español*”²⁰). Así, estos autores han señalado que los tribunales españoles tienden a potenciar la primera vertiente sobre la segunda, soslayándose que estas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico interno español²¹. Una manera correcta, sin embargo, de interpretar ambas disposiciones puede ser hallada en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 38/1981 de 23 de noviembre de 2000, en que se dispuso: “*Si se observa lo que dice su artículo 10.2 los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y el alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España, constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así el artículo 81 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1.5, del Código Civil). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individua-*

les que cuando se recogen en el capítulo de los derechos y libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (...) adquieren un valor capital las reglas del convenio o tratado. Las recomendaciones de la OIT si bien, como es obvio, distintas de los convenios y sin alusión directa en el artículo 10.2 de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios, carácter con el que se invocan aquí las recomendaciones a las que hemos hecho referencia”.

Sobre el anterior criterio jurisprudencial, Saiz Arnaiz ha comentado que mediante los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española, un acuerdo en materia de derechos fundamentales que en principio no posea eficacia directa, puede desplegar algunos efectos en cuanto contribuye en la interpretación del Texto Fundamental, muy semejantes de los que resultarían de su aplicación inmediata. De esta manera, concluye el autor, “*tienden a desaparecer, en cierta medida, y sólo en el específico ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos self-executing y los que no lo son*”²². De este modo, afirma el mismo autor: “*es evidente que los tratados internacionales a los que se refiere*

¹⁹ Ver Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...*, op. cit., pág. 31.

²⁰ Véase Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...*, op. cit., pág. 31.

²¹ En este orden, los mencionados autores citan la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 37/1988 de 3 marzo y el auto STC 353/1988 de 16 de marzo.

²² Véase Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, (Premio Rafael Martínez Emperador 1998), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 272.

*el art. 10.2 CE no se comportan como todos los demás integrados en el ordenamiento español: sólo aquellos, posean o no efecto directo, se utilizarán en la interpretación-integración de las disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales*²³.

En suma, los tratados internacionales sobre derechos fundamentales se comportan para el Tribunal Constitucional como parámetro de interpretación, pero no de validez, teniendo en cuenta su condición de normas *interpuestas*, en el juicio de inconstitucionalidad y ante la posible vulneración de un derecho fundamental. De ahí que, de acuerdo con Saiz Arnaiz: *“las previsiones establecidas en aquellas fuentes subconstitucionales se comportan, en efecto, como límites para el legislador y los demás poderes públicos por expresa decisión del constituyente, de modo no muy diferente a como lo hacen, en el seno de lo que se dado en llamar bloque de constitucionalidad, otras fuentes de rango infra-constitucional al proceder al reparto territorial del poder político*²⁴. Lo anterior, a pesar que como se ha insistido, en el ordenamiento jurídico español los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen un valor normativo autóno-

mo semejante al de las normas que componen la Constitución Española de 1978, ni equivalente, sino que con sustento en el artículo 10.2 de ese Texto Fundamental, más bien constituyen criterios de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución. Tampoco forman parte estos instrumentos, valorados desde la tradición jurídica costarricense, del bloque de constitucionalidad o del Derecho de la Constitución, según se expuso supra.

A pesar de lo expuesto, es preciso agregar que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución Española de 1978 y, por ello, ostentan un valor superior a las leyes, y de una resistencia pasiva frente a éstas, que no pueden derogar o modificar su contenido. Sobre el particular, la doctrina ha comentado que: *“el art. 96.1 CE prevé que los tratados válidamente celebrados y publicados forman parte del ordenamiento jurídico español y, por lo que ahora específicamente interesa, que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del Derecho Internacional”*. Ello quiere decir que los tratados internacionales gozan de fuerza pasiva, entendida como resistencia a la derogación, superior a las leyes. Cabe ciertamente en-

²³ Ver Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 272.

²⁴ Ver Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, op. cit., págs. 274-275.

tender que esta intangibilidad de los tratados internacionales por parte del legislador no entraña, en puridad, la inconstitucionalidad de la ley contraria al tratado; pero, en todo caso, ha de plasmarse en la inaplicación de la ley anterior –e incluso, posterior- incompatible con el tratado y la aplicación preferente de éste”²⁵.

Ahora bien, en el caso particular de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (que si bien, como se ha dicho, no tienen un valor normativo semejante o equivalente al de las disposiciones constitucionales, ni componen el bloque de constitucionalidad) deberían ser aplicados sobre cualquier disposición inferior que se les oponga (así como derogar todo el ordenamiento jurídico inferior que les resulta incompatible), aun cuando se trate de un derecho que no encuentra propiamente equivalente en la Constitución española²⁶. También existe controversia sobre el valor normativo que eventualmente tendrían los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, a partir de los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional en el sentido que más bien constituyen una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales. En palabras del

autor: “ahora bien, cabría una respuesta alternativa, menos intuitiva y más restrictiva: los tratados internacionales sobre derechos humanos solo poseen en el ordenamiento español un valor interpretativo, no un valor normativo en sentido estricto: y, por ello, si el derecho reconocido convencionalmente carece de equivalente constitucional, no puede determinar la inaplicación de una ley”²⁷.

De esta forma, agrega el mismo autor sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española que: “no sería tanto una verdadera cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos como una *lex specialis* respecto del art. 96 CE, que restringiría el alcance de este último precepto constitucional”²⁸. De esta forma, si bien ningún sector de la doctrina defiende esta interpretación sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española, en la práctica la construcción efectuada por el Tribunal Constitucional Español nos conduce en esa dirección, en el sentido de desconocer el carácter normativo de los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos, y otorgándoles únicamente un valor interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos por el Texto

²⁵ Véase Diez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

²⁶ Véase Diez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

²⁷ Véase Diez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

²⁸ Ver Diez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

Fundamental²⁹. Es claro entonces que la construcción realizada por el Tribunal Constitucional Español sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española eventualmente se encamina en esa vía (que apunta Díez-Picazo, y que consistiría en negar todo valor normativo a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos³⁰); sin embargo, es preciso reiterar que

si bien tales instrumentos no componen el bloque de constitucionalidad ni integran el Derecho de la Constitución, han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución y, por ello, su aplicación en ese ordenamiento jurídico se proyecta por una doble vía:

- una, la del carácter interpretativo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española, sin que por eso posean un valor normativo semejante al de las disposiciones constitucionales, ni integren el bloque de constitucionalidad o el Derecho de la Constitución.
- otra, la de un valor normativo superior a las leyes (pero no del mismo rango que las disposiciones constitucionales), habida cuenta que tales Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos,

²⁹ Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171. Sobre el particular, el mismo autor agrega: “*Obsérvese que ésta no es una pura disquisición académica. Así, por ejemplo, el Protocolo n°4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado el 16 de septiembre de 1963, establece en su art. 4 una prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. España no ha ratificado jamás dicho Protocolo n°4; pero la pregunta es, precisamente ¿qué ocurriría si lo hiciera? La prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros no tiene un derecho fundamental correspondiente en la Constitución Española, por lo que el valor interpretativo del citado art. 4 del Protocolo n°4 sería, cuando menos, limitado ¿Habría que entender, entonces, que introduciría un derecho directamente aplicable en el ordenamiento español, que prevalecería incluso frente a leyes de signo contrario? La respuesta a este interrogante dependería de cómo se entendiese la relación entre los arts. 10.2 y 96 CE*”.

³⁰ Sobre el particular, el autor critica abiertamente la posición asumida por el Tribunal Constitucional Español con respecto a los alcances del artículo 10.2 de la Constitución y al valor que le otorga a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, del siguiente modo: “*desde un punto de vista sustantivo, la construcción jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al art. 10.2 CE está igualmente expuesta a críticas. Ya se ha visto que existe comunicación entre los niveles nacional e internacional de protección de los derechos –se trata básicamente de unos mismos valores– y, por ello, es razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución. De aquí debería desprenderse una mayor relevancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos tanto en los procesos de inconstitucionalidad como en los de amparo. Más aún, por más que la actual jurisprudencia constitucional sobre el art. 10.2 CE esté predominantemente orientada por consideraciones relativas al sistema de fuentes y, en concreto, por la*

superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, ello no autoriza a concluir que, en materia de derechos fundamentales, la relación que la Constitución mantiene con los tratados sea equiparable a la que mantiene con la ley. Como ha observado Francisco Rubio Llorente, mientras que la ley opta por un contenido posible de los derechos fundamentales de entre los varios que permite la Constitución, el tratado fija un “contenido necesario” de los mismos que vincula, en todo caso, a los Estados signatarios. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, en otras palabras, tienen como finalidad específica delimitar el núcleo indisponible de esos derechos y, por tanto, su función es análoga a la que el art. 53.1CE atribuye a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución española: imponer barreras al legislador”. Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., págs. 171-172.

al igual que cualquier otro tratado internacional, han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución Española.

Tales son, pues, las ideas que se defienden en esta investigación sobre el valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense y en el español, en los cuales se les ha otorgado a estos Instrumentos un valor jurídico distinto, motivo por el cual igualmente son distintas sus conexiones y sus interacciones con las demás normas que integran el sistema normativo.

V.- El caso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una vez expuesto el carácter normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense, como en el español, es preciso dedicar una línea a un tema que hoy día ha generado gran polémica en el Foro Jurídico costarricense, y es el relativo al carácter aparentemente vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todo en aquellos casos en que el Estado

costarricense no es parte³¹. Lo anterior se puso de manifiesto al resolverse la acción de inconstitucionalidad planteada por Yashin Castrillo Fernández, contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social. En efecto, la Sala Constitucional en la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo y mediante una votación dividida declaró que la norma impugnada (en cuanto define como compañero, para efectos de constituirse como beneficiario del seguro de salud, a la "*persona, hombre o mujer, que convive en unión libre, en forma estable y bajo un mismo techo con otra de distinto sexo*") no es inconstitucional, negándose para tal fin a aplicar el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Atala Riffo vs. Chile*".

Cabe mencionar que en esta sentencia el actor expresamente solicitó la aplicación de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Atala Riffo vs. Chile*". Lo anterior fue negado por la mayoría de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia,

³¹ Entre quienes se oponen al carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es preciso mencionar a don Fernando Castillo Víquez, Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, cuyas objeciones han sido brillantemente plasmadas en su libro *Temas Controversiales del Derecho Constitucional*, Juriscentro, San José, 2009, págs. 81 a 109, así como en su voto particular a la sentencia No. 2012-5590 de 2 de mayo, dictada en la acción de inconstitucionalidad promovida por Yashin Castrillo Fernández, contra el artículo 10 del Reglamento de Salud de la Caja Costarricense de Seguro Social.

al considerarse que el voto de mayoría de la Corte, no desarrolla ni realiza referencia alguna al tema de la conyugalidad homosexual, la seguridad social homosexual, la democratización de instituciones social y jurídicamente reconocidas a las personas heterosexuales, ni los derechos reproductivos de las personas homosexuales. En dicha resolución se desarrolló por el contrario el tema del derecho a la vida familiar como derecho humano, señalándose que no es posible decidir sobre la custodia y cuidado de los hijos con base en la orientación sexual de los progenitores. Con lo cual, según la mayoría de la Sala *“es claro que el “juicio base” de la resolución de la CIDH, en nada resulta aplicable al caso concreto”*. Lo anterior por cuanto, en aquel caso se tiene como supuesto fáctico dos menores de edad que no pueden relacionarse con su progenitor por motivos de inclinación homosexual, mientras que en el caso que ahora ocupa, lo pretendido es el reconocimiento de la unión de hecho entre personas del mismo sexo para tener acceso al seguro social de su conviviente. De lo anterior se deduce, siguiendo la argumentación sostenida por la mayoría de la Sala Constitucional, que el supuesto fáctico del caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos no es aplicable al conocido y fallado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pese a que en ambos se producen sendas discriminaciones por motivos de orientación sexual.

En el voto de minoría, en cambio (compartido por los Magistrados Armijo Sancho, Jinesta Lobo y Cruz Castro con redacción del primero), se declara que la norma impugnada es inconstitucional y transgrede el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad o del Derecho de la Constitución. Al respecto, en el voto salvado se indicó que en virtud del artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes, como en el presente caso, con relación al Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También se dijo que aunque ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, válido para todos los asuntos a las sentencias de la Corte IDH, salvo obviamente, para el caso concreto, lo cierto es que forma parte de una línea jurisprudencial de larga data por parte de esta Sala el criterio expresado en la sentencia No. 2313-95 de 9 de mayo, en el sentido que:

“tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Consti-

tución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93).”

Y la de que:

“si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá -de principio- el mismo valor de la norma interpretada”.-

Es, por ello, que existe una vinculatoriedad moral y jurídica de acatamiento de lo dicho por la Corte Interamericana ya que el incumplimiento de los Tratados y de las decisiones de esa Corte podría imponer responsabilidad internacional al Estado. De ahí que todas las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado costarricense, aunque no sea parte de los litigios. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado:

“282. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

De lo anterior se deduce con toda claridad que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene carácter vinculante, y debe ser acatada tanto por la Sala Constitucional como por los jueces ordinarios, salvo en el único caso que el estándar de protección del derecho interno sea superior al del organismo internacional de protección de los derechos humanos, lo cual debe ser apreciado en cada caso. Lo anterior, justamente en aplicación del principio *pro homine*. Tampoco es válida la pretensión de algunos de trasladar el criterio del margen de apreciación de los Estados que ha utilizado reiteradamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para resolver las controversias relativas a la ponderación de derechos³², pues en el fondo, dicho criterio riñe con el principio de progresividad y del carácter universal de los derechos fundamentales, en cuanto relativiza el alcance de los derechos y libertades según las circunstancias socio culturales de cada país, lo que impide una interpretación uniforme de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el otro caso, el de la sentencia No. 2013-04491 de 3 de abril, la Sala Constitucional se

negó a aplicar los alcances del fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, también con el argumento que el supuesto de hecho conocido en aquel caso es distinto del fallado por la Sala, en la medida en que, como se argumentó en el voto de mayoría, la prohibición de inhabilitación de los funcionarios públicos por parte de órganos administrativos únicamente alcanza a los que son escogidos mediante elección popular. Al respecto, en el voto de mayoría se afirmó:

“En la presente acción de inconstitucionalidad, los funcionarios públicos que acuden a este Tribunal, no son de elección popular y no aducen que se hubieren postulado para un puesto de elección popular, por lo que no está en juego el derecho a ser electo o el sufragio pasivo, con lo que la sentencia de la Corte Interamericana, evidente y manifiestamente, no resulta aplicable.”

Acerca del particular, en el voto salvado del Magistrado Armijo Sancho se rebate el punto y se afirma que *“En este asunto, efectivamente en el párrafo 100 de la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2011) la Corte discierne que el punto central del fallo radica en las sanciones de inhabilitación impuestas a López, por*

³² Véase sobre el particular las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *“Lautsi c. Italia”*. Un comentario a esas decisiones puede ser apreciado en el libro del autor: *Laicidad y Libertad de Religión*, Isolma - Maestría en Justicia Constitucional, Universidad de Costa Rica, 2011, págs. 144-147.

decisión de un órgano administrativo, que le impidieron registrar su candidatura para cargos de elección popular. No obstante, cabe destacar que la sentencia aborda –y equipara– dos resoluciones sancionatorias contra López, la primera de ellas impuesta el 24 de agosto de 2005 por el Contralor General en Resolución N°01-00-00020690, por acciones que realizó estando designado como Analista de Entorno Nacional en la Oficina del Economista Jefe de la empresa Petróleos de Venezuela S.A, confirmada el 28 de marzo del mismo año y que le impuso la sanción de inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un período de tres años, con base en el artículo 122 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1995 y el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Es decir, se trata de la inhabilitación decretada contra un funcionario público de designación por actividad administrativa, no electo popularmente”. En suma, lo cierto es que la Sala Constitucional también se negó a aplicar la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso López Mendoza vs. Venezuela para resolver un caso sometido a su conocimiento. En este sentido habría que reiterar que la Jurisprudencia de la Corte es vinculante para nuestro país, aunque no seamos parte de ese litigio, siempre que el estándar convencional sea superior al del derecho

interino, pues de lo contrario, y en virtud del principio *pro-homine*, no hay obligación de seguirla.

VI.- Conclusiones.

Pues bien, en estas líneas se ha repasado el valor normativo de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos tanto en el Sistema de Justicia Constitucional costarricense como en el español. En cuanto a lo primero, se ha defendido el carácter supra-constitucional de estos instrumentos, a tal grado que si brindan mayor protección o mayor alcance de los derechos que la propia Constitución, entonces priman sobre ella. Es distinto, sin embargo, el caso español, donde se ha afirmado que tales instrumentos no constituyen parámetro de constitucionalidad, sino meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución Española.

Y es que en términos generales, en los países que componen el modelo iberoamericano de justicia constitucional existe la tendencia a reconocer el valor normativo de estos instrumentos, por lo menos con un rango superior a la ley, o del mismo nivel de las normas constitucionales. Algunas sentencias acerca del particular se han revisado en este ensayo. En el modelo europeo, sin embargo, se comparte las características que

hemos apuntado con respecto al sistema español, en cuya razón se tiene a estos instrumentos como meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales.

Finalmente, hemos insistido en el carácter normativo y vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema de justicia constitucional costarricense, con la única salvedad que se produce en el supuesto que el estándar de protección del derecho interno con respecto a una determinada libertad sea superior al estándar internacional, en cuyo caso, no hay obligación ni de la Sala Constitucional ni de los tribunales ordinarios de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

¿MATRIMONIO O DIVORCIO ENTRE EL ARBITRAJE Y CÓDIGO PROCESAL CIVIL? DEPENDE DE LOS CONTRAYENTES

Róger Guevara Vega*

Herman Duarte**



Resumen: El arbitraje comercial en Costa Rica tiene una regulación dualista, esto es, que dos cuerpos normativos desarrollan los aspectos de la institución arbitral. De tal manera que el arbitraje local se encuentra desarrollado por lo dispuesto por la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social ("RAC"), mientras que el arbitraje internacional por lo señalado en la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI ("LACI"). Por esta dualidad, ha surgido un debate de la manera adecuada para completar lo dispuesto por el Art.39 de la Ley RAC. Dicho artículo establece que todo aquello que no está expresamente regulado será complementado por la normativa procesal, lo cuál ha sido interpretado –durante 15 años– que debe aplicarse el Código Procesal Civil ("CPC"). Existe una nueva postura que defiende la aplicación de la LACI por encima del CPC. Consideramos que no es adecuada la aplicación de estándares internacionales para arbitrajes nacionales, ni viceversa. Nosotros abogamos que la no aplicación del CPC en un arbitraje local debe obedecer, no tanto a posturas modernas, sino a lo que las partes dispongan en el acuerdo arbitral y en las actuaciones subsecuentes en el proceso arbitral.

Abstract: Arbitration in Costa Rica has a dualistic regulation, that is, two regulatory bodies develop aspects of the arbitral institution. So that the local arbitration is developed by the provisions of the Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social ("RAC"), while international arbitration as stated in Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la CNUDMI ("LACI"). Because of this duality, there has been a debate around the proper way to complete the provision of article 39 of the Ley RAC. This article states that everything that is not expressly covered by Ley RAC will be supplemented by the procedural law of Costa Rica, which has been interpreted as the gate to apply the Código Procesal Civil ("CPC"). This new stance promotes an application of LACI over the CPC, which we believe is not appropriate since it will imply the application of international standards to national arbitration, and/or vice versa. We advocate that the application of the CPC in a local arbitration must obey not on modern thesis, but rather on what parties agreed in the arbitration agreement and in their subsequent actions in the arbitral procedure.

*Róger Guevara es socio de Batalla Abogados. Abogado y Notario. Máster en Derecho de Transporte por la Universidad de Utrecht (Holanda), Master en Derecho Empresarial y Derecho Tributario por la Universidad para la Cooperación Internacional (UCI), cuenta con un Diplomado en Administración Aduanera y Comercio Exterior de la Universidad de Costa Rica y licenciado en derecho por la Universidad de Costa Rica. Contacto: rguevara@batalla.cr

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

1. Planteamiento.

De previo a la entrada en vigor¹ de Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (en adelante “Ley RAC”), los aspectos relevantes de los procesos arbitrales eran regulados por el Código Procesal Civil² (en adelante “CPC”). De tal manera que durante los primeros 15 años de aplicación del artículo 39 de la Ley RAC, no existió mayor problema en cuanto a la aplicación supletoria del CPC en los procesos arbitrales como parte de las “*normas procesales de la legislación costarricense*”.

Actualmente, existe una tendencia que promueve el *divorcio*³ entre los procesos arbitrales y la aplicación supletoria del CPC. La causa de divorcio, como en muchos casos, se fundamenta en la entrada de un tercero conocido como LACI⁴.

La nueva postura busca la aplicación supletoria de LACI en los arbitrajes que regula la Ley RAC, en lugar de la tradicional aplicación del

CPC. Los promotores de esta tendencia se basan en diferentes factores.

Un argumento se fundamenta en el hecho que en la actualidad se ha adquirido experiencia suficiente en procesos arbitrales, tanto por practicantes⁵ como por Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia y, por lo tanto, el miedo a caminar sin estar de la mano del CPC se ha superado.

Otro argumento para promover el divorcio entre el CPC y la Ley RAC se encuentra en que LACI es menos severa (y más cariñosa) que el CPC, al menos en cuanto a las consecuencias de la contestación extemporánea de la demanda⁶. Éste es uno de los ejemplos prácticos con el cual el grupo promotor ha ganado adeptos a la tesis.

Otros argumentos vienen de la mano con la falta de actualidad en la manera en que la materia probatoria⁷ se encuentra regulada, así como tam-

¹ Ley No.7727 de 9 de diciembre de 1997, publicada en La Gaceta el 14 de enero de 1998.

² Título IV, Capítulo III titulado “El Proceso Arbitral” y derogado por el artículo 75 de la Ley RAC. Cabe mencionar que la sección quinta del capítulo “Juicio Pericial” fue la única sección del capítulo superviviente de las derogatorias de la Ley RAC.

³ París Cruz, Mauricio, “*El Necesario Divorcio Entre El Código Procesal Civil Y El Arbitraje Comercial*”, Revista Judicial 109, Costa Rica(2013).

⁴ Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o Ley 8937 vigente desde el 25 de mayo del 2011.

⁵ Cabe destacar el rol que ha desempeñado el capítulo costarricense de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en la promoción del arbitraje como mecanismo para resolver controversias, así como el éxito que ha alcanzado el Congreso Internacional de Arbitraje (5 en total a febrero 2014) que ha colocado a Costa Rica ante los ojos de la comunidad internacional. Ello, sin duda, es señal de la madurez alcanzada en la materia.

⁶ Al respecto, el CPC establece que la consecuencia de la contestación extemporánea de la demanda implica que se tienen por aceptados todos los hechos. Mientras que LACI establece en su artículo 25(b) lo siguiente: “*el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1) del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere, por sí misma, como una aceptación de las alegaciones del demandante.*”

⁷ Un ejemplo de ello se puede ver con la regulación de la prueba testimonial en el CPC, la cual no va de la mano con las tendencias modernas de la prueba testimonial en el

bién por la rigidez⁸ con la cual los procesos de arbitraje han sido impregnados. Un último argumento a favor pretende no dejar a un lado que LACI, además de contar con una especialización sobre el tema, se trata de una ley posterior al CPC y, por lo tanto, indican los promotores de esta tesis, debe preferirse sobre aquella.

Consideramos que la postura para suplir un vacío, o bien, integrar una norma, debe realizarse desde la esencia misma del arbitraje. Es decir, es necesario recurrir a lo dispuesto en el acuerdo de las partes. De tal forma que si las partes –por medio de un acuerdo previo o por la ejecución de actuaciones posteriores– quieren configurar un

arbitraje. A manera de ejemplo, destacamos el rol de la *International Bar Association*, organización que ha publicado unas *guidelines* que recoge las mejores prácticas para la recolección de evidencia en arbitraje internacional: “IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration” (2010) disponible en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence.

⁸ “[...] en América Latina, y en Costa Rica en particular, el arbitraje doméstico y el procedimiento judicial se regulan por normas muy similares e impregnadas de un gran formalismo. Los tribunales y los practicantes del arbitraje en estos países, en consecuencia, acostumbra a que en el arbitraje, tanto doméstico como internacional, se apliquen las formas procesales, algunas veces en extremo rígidas, del proceso judicial...resulta de temer entonces que los tribunales insistan en aplicar rigurosamente las reglas que conocen y utilizan en el arbitraje internacional” Dyalá Jiménez Figueres citando a Eduardo Silva Romero en el artículo “Una visión siempre optimista: La nueva Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Rica”, *Latin Arbitration Law*. Disponible en: <http://www.latinarbitrationlaw.com/una-visi-n-siempre-optimista-la-nueva-ley-de-arbitraje-comercial-internacional-de-costa-rica/>

proceso arbitral en el que se apliquen las formas del CPC, deben tener la libertad para hacerlo. Lo mismo si quieren que sea LACI la normativa aplicable. Lo anterior se basa en los principios de autonomía de la voluntad y flexibilidad del arbitraje. De tal forma que no compartimos (ni tampoco rechazamos) que la tesis del divorcio deba aplicarse en forma generalizada. Nuestra posición es que la aplicación subsidiaria de un cuerpo normativo u otro dependerá de lo que quieran los novios del arbitraje: **las partes**.

Para ello, hemos preparado el presente artículo bajo la siguiente estructura: explicación del contenido de lo que comprendemos como *el derecho arbitral costarricense*, en donde se hace un recuento de la normativa vigente aplicable (Constitución, legislación y tratados internacionales de mayor relevancia), y de los criterios jurisprudenciales que ha forjado la manera de cómo se práctica el arbitraje en Costa Rica. Seguido de ello, hemos efectuado un apartado que hemos denominado “*delimitando las diferencias*” entre la postura *separativa* y la postura que ponemos sobre la mesa por medio de este artículo; y, finalmente, hemos incluido la clásica sección de conclusiones, para repetir (sin cansar al lector) los hallazgos más importantes del presente trabajo.

2. El derecho arbitral Costarricense.

La innovadora postura separatista descrita en los párrafos precedentes promueve la aplicación de las fuentes del “derecho arbitral” en lugar de la aplicación del CPC como norma procesal supletoria. En este sentido, resulta necesario determinar la composición de lo que se ha definido como el “*derecho arbitral costarricense*”.

Los suscritos creemos que las normas constitucionales, de tratados internacionales y legales que regulan la materia de arbitraje, conjuntamente con las interpretaciones y elaboraciones jurídicas que han sido dictadas primordialmente por Sala Constitucional y Sala Primera, constituyen en Costa Rica lo que se conoce como las fuentes del “derecho arbitral”. Por esta razón se procede a efectuar un detalle (*con énfasis en señalar que es un detalle y no un análisis exhaustivo de éstas*).

2.1. Constitución Política

De especial relevancia para el estudio es el reconocimiento constitucional que se establece en el artículo 43 de la Constitución Política, el cual literalmente establece:

“**ARTICULO 43.-** *Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.*”

Al existir un reconocimiento expreso en la Constitución del derecho a arbitrar los conflictos, se puede hablar de que en Costa Rica existe un derecho fundamental de resolver cualquier conflicto de manera definitiva por medio de arbitraje. Esta disposición informa a todas las diferentes instancias estatales de que existe una obligación de no sólo respetar el arbitraje, sino también de promoverlo como un mecanismo de resolución alterna de conflictos⁹.

2.2. Tratados Internacionales.

Es importante resaltar que los tratados internacionales¹⁰ en materia de arbitraje que han sido incorporados al Ordenamiento Jurídico costarricense forman parte de lo que hemos denominado como el “derecho arbitral”.

En este sentido, se destacan los siguientes instrumentos relacionados con el reconocimiento¹¹ y la ejecución¹² de laudos extranjeros:

⁹ No está de más recordar que un sólido sistema de resolución de conflictos es un factor deseable para el Estado, dado que ello ayudará a ventilar los conflictos de los particulares. Ahora bien, si esa solidez se puede alcanzar por medio de la promoción de sistemas de resolución alterna de conflictos, tal y como es el caso del arbitraje, entonces se logrará liberar de trabajo a las Cortes Nacionales, siendo ésta una de las razones por la cual es de trascendental importancia que las Cortes coadyuven al buen desarrollo de los procesos arbitrales.

¹⁰ Es preciso recordar que en Costa Rica, los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política.

¹¹ “*El reconocimiento es el acto formal de declarar que un laudo es final y obligatorio sobre los puntos controvertidos entre las partes. El reconocimiento de un laudo consiste en darle efectos jurídicos a los resolutive de un*

2.2.1 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, o también conocida como la Convención de Nueva York de 1958¹³.

La Convención de Nueva York es muestra de que las grandes cosas vienen en paquetes pequeños, ya que, con tan sólo 16 artículos, es unánime la postura que se trata de la Convención más importante para el arbitraje internacional comercial, y que ha sido gracias a ésta que el arbitraje se ha logrado posicionar como el método idóneo para la resolución de conflictos en las transacciones comerciales¹⁴, aunque no por ello significa que el arbitraje sea un mecanismo perfecto¹⁵.

laudo, aunque ello no involucre su ejecución coactiva." González de Cossio, Francisco "Arbitraje", Editorial Porrúa, México (2011), pág.729.

¹² "Por virtud de la ejecución de un laudo se le dan efectos a lo resuelto en el mismo en forma coactiva; es decir, aún en contra de la voluntad de una de las partes. Constituye el mecanismo por virtud del cual, mediante la intervención judicial y con el posible uso de la fuerza pública, se cumplen coactivamente los resolutive del laudo arbitral" González de Cossio, Francisco, *op.cit 11*, pág.729.

¹³ Vigente en Costa Rica desde el 24 de enero de 1988. El listado completo de los Estados suscriptores puede consultarse en:

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

¹⁴ Un comparativo de diferentes mecanismos de resolución de conflictos puede ser consultado en Lew, Julian M.; Mistelis, Loukas A.; 'Comparative International Commercial Arbitration' (2003), Kluwer Law International, párrafos 1-32 al 1-54. Asimismo, las ventajas que el arbitraje ofrece por encima de otro mecanismo pueden consultarse en Redfern, Allan; Hunter, Martin J.; Blackaby, Nigel; Partasides, Constantine 'Redfern and Hunter on International Arbitration' (2009), Oxford University Press. párrafos 1.89 to 1.98.

A grandes rasgos podemos destacar que de la Convención se desprenden los siguientes compromisos de los Estados parte, y por ende por parte de Costa Rica: Los Estados adquieren el compromiso de reconocer el acuerdo arbitral (Art. II); reconocer la autoridad de la sentencia arbitral, creándose una presunción a favor de su ejecución, y otorgándose la facultad para que se ejecute conforme a la normativa procesal vigente en el territorio donde se pretende el reconocimiento (Art.III); los requisitos y documentos que la solicitud de reconocimiento y ejecución deben cumplir (Art.IV); las defensas posibles para denegar el reconocimiento¹⁶ (Art.V), salvando la discrecionalidad del juzgador para decidir si deniega o no el reconocimiento y la ejecución del laudo.

2.2.2 Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o también conocida como la Convención de Panamá.¹⁷

¹⁵ Sobre la imperfección del sistema: Brower, Charles; Brower II, Charles, Sharpe K. "The Coming Crisis in the Global Adjudication System"(2003) 19 Arbitration International.

¹⁶ Al respecto, es conveniente resaltar que LACI en su Capítulo VIII denominado "RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS" establece las reglas relacionadas al reconocimiento y ejecución de laudos, los cuales son causales idénticas a las detalladas por la Convención de Nueva York y Panamá.

¹⁷ Vigente en Costa Rica desde el 20 de enero de 1978.

Resulta de gran importancia resaltar que esta Convención es prácticamente idéntica a la Convención de Nueva York, de tal manera que se centra en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. Es necesario destacar, que la Convención de Panamá resulta aplicable en los casos en que la mayoría de las partes de un acuerdo arbitral sean de países que han ratificado la Convención.

2.2.3 Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros o también conocida como la Convención de Montevideo.¹⁸

2.2.4 Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, también conocida como la Convención de Washington de 1965¹⁹.

Dicha convención funge como el convenio marco para la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a **Inversiones**²⁰

¹⁸ Este instrumento fue suscrito por Costa Rica el 5 de agosto del 1979, pero a la fecha no ha sido ratificado. Actualmente se tramita su ratificación por medio del expediente legislativo n.º 15.106.

¹⁹ Vigente en Costa Rica desde el 27 de mayo de 1993.

²⁰ La materia de arbitraje de inversiones es todo un universo paralelo al arbitraje comercial. Entrar en los por menores de la materia resulta una tarea que escapa los alcances de este trabajo. Para entrar en materia recomendamos revisar el trabajo efectuado por París Cruz, Mauricio y

(CIADI o ICSID por sus siglas en inglés). Al respecto destacamos el trabajo efectuado por Dyalá Jiménez Figueres,²¹ en el cual se hace una mención de diferentes tratados bilaterales de inversión que ha suscrito Costa Rica, así como un recuento de los casos de arbitraje de inversión que se han ventilado en el CIADI en contra de Costa Rica hasta el año 2012. Del año 2012 a la fecha se han ventilado o están siendo ventilados tres casos de arbitraje de inversión adicional: Cervin Investissements S.A. y Rhone Investissements S.A. c/ La República de Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/13/2) el cual fue registrado en marzo del 2013; Spence International Investments et al. c/ La República de Costa Rica (Caso CIADI No. UNCT/13/2) el cual fue registrado en octubre del 2013; y el caso Infinito Gold Ltd. c/ La República de Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/14/5) registrado en marzo del 2014.

Sequeira Navarro Natalí “[El arbitraje ante el CIADI como mecanismo de resolución de disputas de inversión en Costa Rica](#)” Revista **Costarricense de Derecho Internacional**, Edición I, Enero 2014. Disponible en: http://acodir.org/index.php?option=com_content&view=article&id=110&Itemid=494. Asimismo, el capítulo XIII del libro de González de Cossio, *op.cit.* 11, ofrece una explicación con mayor profundidad sobre el arbitraje de inversión.

²¹ Jiménez Figueres, Dyalá “*Investment Arbitration in Costa Rica*” Journal of International Arbitration 29, Núm. 4 (2012) págs. 453 y ss.

2.3. Legislación.

A diferencias de lo que ocurre en otras jurisdicciones²² donde en un solo cuerpo normativo se regula los diferentes aspectos relevantes para el arbitraje local e internacional, en Costa Rica rige un sistema dualista, donde la Ley RAC es la normativa que rige en lo referente al arbitraje nacional y LACI hace lo suyo para el arbitraje internacional.

Existen muchas diferencias entre el arbitraje comercial nacional y el internacional. Dentro de esta multiplicidad de diferencias se destaca que para el arbitraje internacional se debe aplicar estándares internacionales²³ en la sustanciación del proceso. Lo anterior significa que resulta injustificado que se pretenda aplicar estándares locales a un proceso internacional, es decir, que no es posible *localizar* el mismo.²⁴

²² Por ejemplo Suecia, donde en el “Swedish Arbitration Act(1999)” se regula lo relativo para el arbitraje nacional e internacional. Un incentivo interesante que incluye el Swedish Arbitration Act (sección 51) para que partes completamente ajenas a Suecia, elijan a Suecia como sede de arbitrajes internacionales, es la facultad que tienen las partes en optar que el laudo arbitral no este sujeto a recurso alguno, o bien limitar el alcance del recurso de nulidad. Versión en inglés disponible en: <http://www.sccinstitute.com/the-swedish-arbitration-act-1999121.aspx>

²³ Este importante principio, tal y como se expone en la sección 2.3.2 del presente documento se encuentra recogido en el artículo 2 A de LACI.

²⁴ Una crítica reciente, a esa errada práctica de juzgar a un arbitraje internacional como si fuese un arbitraje local, lo encontramos en la discusión que ha generado el reciente fallo de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso BG Group c/ Republic of Argentina. Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, Kluwer Law

2.3.1. **Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (Ley 7727).**

Con la entrada en el ordenamiento jurídico de la Ley RAC en 1997, se derogaron la mayoría de las disposiciones del CPC que regulaban el arbitraje. No obstante ello, probablemente como resabio histórico, se consignó la aplicación supletoria del CPC en los temas que expresamente las partes no se hayan puesto de acuerdo y que no estén reguladas en el cuerpo normativo de la nueva Ley (Art.39 Ley RAC). El artículo 42 de la Ley RAC también establece que en lo relativo a plazos o términos y su cómputo regirán las reglas del Código Procesal Civil, a menos que exista acuerdo que establezca lo contrario.

La aplicación supletoria del CPC para los arbitrajes nacionales también ha sido algo que los

International organizaron un panel de discusión al respecto. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fQPlImURi24>. El panel en general crítica que el caso – de naturaleza innegablemente internacional- haya sido resuelto sin referencia alguna a parámetros internacionales, y se haya circunscrito el análisis cómo si hubiese sido un caso de arbitraje local. No obstante ello, la opinión concurrente de la magistrada Sotomayor hace una referencia de manera indirecta a ciertos parámetros internacionales que se debieron de tomar en cuenta en la decisión de la mayoría. Es importante aclarar que el caso en comento se trata de la materia de arbitraje de inversión. La decisión de la Suprema Corte se encuentra disponible en inglés en: http://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/12-138_97be.pdf.

principales²⁵ reglamentos de los Centros de arbitraje han adoptado en sus cuerpos reglamentarios. A manera de ejemplo traemos a mención el artículo 19 del reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica (en adelante “CCA”) que establece la aplicación supletoria del CPC para los aspectos de recusación²⁶ de algún miembro del tribunal. El CICA-AMCHAM establece, por su parte, que las excepciones previas²⁷ serán las que establece el CPC. Otra referencia común de los reglamentos de los principales centros arbitrales la encontramos a la expresa remisión al CPC en lo referente al recurso de revisión²⁸.

No obstante ello, se podría concluir que los principales Centros, con excepción²⁹ del Centro de Resolución de Conflictos del Colegio Federado

de Ingenieros y Arquitectos de Costa Rica, no hacen una integración absoluta del CPC en sus respectivos reglamentos. Sin embargo, es innegable que ello es una práctica arraigada en la sustanciación de procesos arbitrales, primordialmente con base al principio de autonomía de las partes.

2.3.2. Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión Nacional de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley 8937)

En el año 2011, Costa Rica salió de la huerfaniidad en cuanto a la regulación del arbitraje internacional con la entrada en vigor de la LACI. Esta ley también posicionó a Costa Rica como potencial sede para arbitrajes internacionales, en razón a que LACI fue elaborada de conformidad con las prácticas internacionales predominantes en arbitraje internacional, al ser una adopción de la Ley Modelo de Arbitraje que promueve la CNUDMI.

La posición geográfica de Costa Rica, junto con su estabilidad política, facilidades hoteleras, la gran calidad de los jueces,³⁰ los profesionales en

²⁵ El listado de los centros de arbitraje autorizados por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC) puede encontrarse en:

http://culturadepaz.mjp.go.cr/index.php?option=com_content&view=article&id=164&Itemid=242

²⁶ Similar disposición establece el artículo 54 del reglamento de arbitraje del Centro RAC del Colegio de Abogados de Costa Rica (en adelante RAC-CA). Igualmente, el artículo 27 del reglamento del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio (en adelante CICA-AMCHAM) establece la aplicación supletoria del CPC en aspectos de recusación de árbitros

²⁷ Art. 27 Reglamento de Arbitraje CICA-AMCHAM.

²⁸ Art. 36 Reglamento de Arbitraje CCA; Art.71 Reglamento RAC-CA.

²⁹ El art.50 de dicho Centro establece lo siguiente: “Se integran de pleno derecho a este reglamento y le será además aplicable la normativa de la Ley 7727, los artículos 70 y 71 del Reglamento Interior General del Colegio Federado de Ingenieros y de Arquitectos de Costa Rica y la normativa concordante del Código Procesal Civil.”

³⁰ Se resalta la posición pro arbitral que desde Sala Primera se ha tenido como un evento necesario para posicionar al arbitraje como un mecanismo real para resolver conflictos.

derecho y la cultura de paz, han generado el posicionamiento del país como una potencial sede de arbitrajes internacionales. Pero el trabajo está lejos de entenderse como finalizado.

Destacamos el trabajo de Tatiana Avendaño³¹ en el cual se da un interesante enfoque de las diferentes áreas que se requieren trabajar para el debido funcionamiento de la LACI a fin de cumplir con el objetivo de la misma: *volver a Costa Rica como el destino predilecto para ser sede de arbitrajes internacionales*. Dentro de algunas dificultades para la debida aplicación de LACI se destacan: (i) la necesidad de coordinación de criterio con autoridades migratorias y aduaneras, así como también otras Instituciones Públicas con posible injerencia en procesos arbitrales; y, (ii) la necesidad de modernización de instituciones arbitrales, a fin de dotar a los procesos arbitrales con sistemas en línea y facilitar el acceso al expediente, así como la comunicación entre las partes. La modernización también abarca la inminente inversión en equipo (proyectoras, grabación digital de audiencias, etc.).

Es necesario resaltar la labor del Colegio de Abogados, que por medio de su dirección legal³², ha emitido pronunciamiento sobre la no necesaria colegiación de aquellas personas que vengan

a participar en arbitrajes internacionales, por lo cual deja clara la postura pro arbitraje internacional que sostiene el encargado del ejercicio de la abogacía en Costa Rica.

Ahora bien, en cuanto a las diferencias³³ que existen entre la Ley RAC y LACI destacamos las siguientes: (i) Utilización de los estándares internacionales para la interpretación y aplicación de la normativa³⁴; (ii) definición más amplia de lo que constituye el acuerdo arbitral³⁵; (iii) estándar diferenciado para las recusaciones³⁶; (iv) reconoce la facultad expresa a los árbitros para la adopción de medidas cautelares³⁷; (v) libertad en la adopción de idioma del proceso arbitral³⁸; (vi) diferente regulación en cuanto a los recursos contra el laudo³⁹, entre otras.

En cuanto a la relación entre LACI y el CPC, existe una clara ruptura, que es objeto del pre-

³³ Algunas de las similitudes entre ambos cuerpos normativos se encuentran en los siguientes aspectos: (i) Sala Primera como encargada de sustanciar el recurso de nulidad (art. 6 LACI); (ii) el reconocimiento a la renuncia al derecho de objetar (Art.4 LACI) el cual tiene su equivalente en el artículo 56 Ley RAC; (iii) el reconocimiento del principio competencia-competencia (art.16 LACI); y por supuesto, (iv) el reconocimiento del principio de autonomía de las partes como pilar del procedimiento arbitral. Este último principio es fundamental para sustentar la tesis expuesta en este artículo, junto con el principio de flexibilidad.

³⁴ Art. 2-A LACI.

³⁵ Art. 7 LACI.

³⁶ Art. 12 LACI.

³⁷ Art.17 LACI.

³⁸ Art. 22 LACI

³⁹ Art. 34 LACI así como la exclusión del recurso de revisión para los laudos productos de los arbitrajes internacionales.

³¹ Avendaño Solano, Tatiana, "*Panorama Actual del Arbitraje Internacional en Costa Rica y la Ley 8937*", Revista Judicial 111, Costa Rica (2014)

³² Dirigida por el licenciado Arnoldo Segura.

sente estudio. En cuanto a lo dispuesto por los reglamentos de arbitraje internacional de los principales centros arbitrales, cabe señalar que únicamente el CCA tiene disponible en su sitio web el reglamento⁴⁰ que regula los términos de un arbitraje internacional ante este Centro. Aunque es también conocido que el CICA-AMCHAM⁴¹ cuenta con un reglamento para los arbitrajes internacionales, éste no se encuentra disponible en línea. En todo caso, consideramos importante que todos los centros dicten reglamentos específicos para el arbitraje internacional, dado el sistema dualista que rige en Costa Rica, y que se procure mantener los estándares locales lejos de la normativa que regula un proceso de arbitraje internacional.

2.3.3. Código Procesal Civil.

Tal y como se ha explicado, previo a la entrada en vigor de la Ley RAC, la estructura medular del arbitraje se encontraba regulada en el CPC. No obstante la derogatoria⁴² de la mayoría de

normas referentes al arbitraje, existen aspectos que se encuentran vigentes, y aplicables al proceso arbitral tales como: (i) las causales de recusación por referencia de las leyes RAC (Art.53 CPC); (ii) la no aplicación de la deserción en sede arbitral (Art.214 numeral 7 CPC); (iii) elenco de excepciones (Art.298 CPC); sustanciación de procesos de nulidad de laudo en arbitrajes de derecho o en equidad (Art. 616 y 617⁴³CPC); (iv) Definición de firmeza de laudo (Art. 630 CPC); (v) Regulación de ejecución laudos nacionales y extranjeros (Art. 705 y 706 CPC) y (vi) y la regulación del recurso de revisión (Art. 619 y ss CPC).

Finalmente, es importante resaltar que el desarrollo del arbitraje se ha realizado en apego a la normativa del CPC, con particular relevancia lo referente a los medios probatorios, así como para aspectos de medidas cautelares.

⁴⁰ En efecto, el reglamento de arbitraje internacional del CCA no contiene disposición alguna referente al CPC.

⁴¹ En el caso de CICA-AMCHAM, pese a no estar publicado en el sitio web, por medio de directriz interna se acordó que en los casos de arbitraje internacional resultan aplicables dos cuerpos normativos que componen el *soft law* (explicado en la sección 2.5 de este trabajo) del derecho arbitral en las reglas de la International Bar Association: en materia de conflictos de interés y toma de evidencia; ello conforme a lo que la directora Marianna Konztanza Solís ha indicado a los suscritos.

⁴² La derogatoria incluyó la sección primera (“disposiciones preliminares”), sección segunda (“constitución del

tribunal”), sección tercera (“Procedimiento arbitral”) y sección cuarta (“Laudo y recursos) del Capítulo III (“Proceso Arbitral”) del Título IV (“Procesos Especiales”). No obstante ello, la sección quinta (“juicio pericial”) del capítulo sobrevivió las derogatorias y se encuentra vigente.

⁴³ En relación con este último artículo 617, es nuestro criterio que pese a no existir una derogatoria expresa se entiende que opera de forma tácita dado que el artículo en referencia hace mención de requisitos que se encuentran derogados.

2.3.4. Otros cuerpos normativos.

Sin afán de entrar en mayor detalle, existen otros cuerpos normativos que – de forma eventual– podrían formar parte de lo que hemos denominado “*derecho arbitral costarricense*”. En particular aquellas normas que se utilicen para la determinación de la arbitrabilidad de una disputa. Los artículos 2 y 18 de la Ley RAC establecen que serán susceptibles de ser resueltas por medio de arbitraje las materias de orden patrimonial, por lo cual será necesario analizar el caso concreto para determinar la arbitrabilidad de las disputas en juego en un proceso arbitral determinado. Un ejemplo claro de esto lo encontramos en los casos que unas de las partes del arbitraje es el Estado o un ente público, y las normas de derecho público.

2.4. Jurisprudencia

Para determinar el alcance y contenido del derecho arbitral costarricense, resulta imperativo revisar la jurisprudencia dictada por el órgano judicial⁴⁴.

⁴⁴ Para un análisis completo de la jurisprudencia relevante se recomienda consultar la obra de Fernández López, Alberto “Derecho Arbitral Jurisprudencial (compendio de jurisprudencia)”, Investigaciones Jurídicas, 2012. Asimismo, es importante aclarar que si bien es cierto es viable utilizar el razonamiento/fallo que un tribunal arbitral haya efectuado sobre determinada situación en un caso posterior, no resulta *per se* jurisprudencia en el sentido estricto.

La importancia de tomar en cuenta la jurisprudencia de Sala Constitucional es obvia, dado la relevancia y el alcance general de sus resoluciones o precedentes (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) y a que ha tenido diversas oportunidades para pronunciarse en aspectos relativos a la institución arbitral. En cuanto a las resoluciones de Sala Primera, no hay que perder de vista que, como autoridad judicial encargada de resolver las apelaciones a la competencia de los tribunales arbitrales y de ventilar los recursos de nulidad, ha desarrollado diferentes reglas aplicables a los procedimientos arbitrales en Costa Rica.

Finalmente, pese a que en este trabajo no se hace mención de jurisprudencia de tribunales de primera instancia, es necesario reconocer la labor de estos, para el adecuado desarrollo de la institución arbitral en Costa Rica. Sin más preámbulo, procedemos a detallar algunos fallos jurisprudenciales que informan el derecho arbitral costarricense:

2.4.1. Sala Constitucional

Previo a la entrada en vigor de la Ley RAC en 1997, Sala Constitucional tuvo la oportunidad de referirse a diferentes aspectos de la institución arbitral. En primera instancia, desarrollando el

contenido del artículo 43⁴⁵ de la CP en los siguientes términos:

*“De la simple lectura de la disposición anterior es posible concluir lo siguiente: a) La constitución garantiza una forma alternativa para la solución de conflictos de naturaleza patrimoniales. b) Las partes pueden acudir al arbitraje de manera facultativa, y nunca forzosa, aún habiendo litigio pendiente.”*⁴⁶

⁴⁵ El artículo 43 CP establece que: *“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”*

⁴⁶ Sentencia 2307-96 de Sala Constitucional del 9 de mayo del 1995 dictada a las 16 horas. Asimismo, la resolución 10352-2000 dictada por Sala Constitucional del 22 de noviembre del 2000 de las 14 horas y 58 minutos, la cual surgió a raíz de la controversia alrededor del artículo 7 de la Ley de Representantes de Casas Extranjeras, comentó dicha sentencia y explicó su contenido: *“el constituyente de mil novecientos cuarenta y nueve la elevó a rango de principio superior (artículo 43) y al hacerlo, le reconoció valor a las resoluciones que se dicten en esos procedimientos, sean de derecho o de equidad, con la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional, es decir, que los laudos tienen la misma naturaleza de las resoluciones que se dictan en los procesos judiciales; no es posible exigir ese tipo de procedimiento frente a una situación de monopolio estatal, en que la institución pública le exige al particular el arbitraje obligatorio, haciéndolo renunciar, de hecho y contractualmente, de su derecho a accionar en la vía jurisdiccional. Como lógica consecuencia de lo expresado, el arbitraje que surja en tal situación, es una vía alternativa voluntaria para las partes, pero que no le puede ser impuesta al administrado como una cláusula más del contrato de adhesión que lo origina y que el particular no puede cuestionar válidamente. A estas características del caso que conoció la sentencia referida, debe agregarse que en puridad de criterio, el arbitraje se asemeja a la función pública de la administración de justicia; es decir, es muy similar a la de los jueces ordinarios, puesto que lo que se resuelva tendrá carácter de cosa juzgada, será obligatorio para las partes y, además, no podrán éstas objetar la ejecución del contenido del laudo.”*

En la misma sentencia, Sala Constitucional se refirió al acuerdo de partes, **como la esencia del proceso arbitral:**

*“(…) en forma paralela al derecho que tienen los particulares de acudir a los Tribunales de Justicia a obtener un pronunciamiento 'cumplido' es decir, correcto, útil, el constituyente previó en el artículo 43 'el derecho' de toda persona de acudir, desde luego, voluntariamente, al procedimiento arbitral para dilucidar sus diferencias patrimoniales. La utilización de esta vía alternativa supone un acuerdo de voluntades entre las partes. (...)”*⁴⁷

De dicha sentencia, se desprende de manera implícita que el derecho a acudir a arbitraje es un derecho fundamental, lo que fue posteriormente confirmado en forma expresa por la Sala Constitucional, al indicar con claridad que **el arbitraje se trata de un derecho fundamental:**

“ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL. El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado “Derechos y Garantías individuales”, lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño

⁴⁷ Sentencia 2307-96 de Sala Constitucional del 9 de mayo del 1995 dictada a las 16 horas. Sobre la voluntariedad del arbitraje, también puede consultarse el fallo 02655-2001 de Sala Constitucional dictado el 4 de abril del 2000.

constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo. El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida aunque penda de ser finalmente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial.”⁴⁸

En cuanto a la naturaleza del arbitraje, Sala Constitucional ha dicho que se trata de **un proceso jurisdiccional**, con origen bilateral (contractual) y libre consentimiento de las partes.

“Para la Sala la naturaleza del arbitraje es jurisdiccional, puesto que es un proceso que emana directamente de la Constitución Política, co-

mo un medio idóneo y alterno para que las personas terminen sus diferencias patrimoniales, cuyas decisiones finales tienen las características y la misma fuerza de la cosa juzgada material, puesto que los laudos son obligatorios para las partes y ejecutorios por los medios procesales comunes e imperativos. Empece a lo ya dicho sobre la obligatoriedad o no del arbitraje, concretamente en el precedente que tenía que ver con la situación de monopolio de los seguros del Instituto Nacional de Seguros, la doctrina más generalizada apunta a que el arbitraje sea voluntario y convenido libremente por las partes, lo que la Sala comparte plenamente, pero eso sí, sin excluir la posibilidad de que el legislador, para materias y casos concretos o especiales, determine que es el único procedimiento de solución de las controversias que surjan entre las partes, siempre y cuando la decisión legislativa sea razonable, proporcionada a los fines que persigue y compatible con los principios y valores de la Constitución Política. Es común que el arbitraje se genere por una manifestación de la voluntad de las partes, consistente en incluir en el vínculo contractual, la norma que las compromete a someterse a tal procedimiento o las remite al mismo (cláusula compromisoria), que resulta, entonces, ser un acuerdo bilateral (contractual) en virtud del cual las partes se obligan a someter las cuestiones de índole patrimonial a la decisión de árbitros, lo que

⁴⁸ Sentencia 11153-2007 de Sala Constitucional del 1 de agosto del 2007 dictada a las 14 horas con 47 minutos.

comprende que desde el punto de vista de la doctrina de las obligaciones, sea la manifestación de una voluntad libremente expresada (consentimiento).”⁴⁹

Como parte de esa naturaleza jurisdiccional del arbitraje, la Sala Constitucional ha reconocido la **fuerza de cosa juzgada** que un laudo posee. Esto es un elemento de gran importancia, dado que sin dicho respaldo de parte del máximo garante de la Constitución, el arbitraje difícilmente podría haberse convertido en un mecanismo de resolución de conflictos tan importante como lo es hoy en día:

“Sobre el carácter de sentencia de los laudos arbitrales.- Tal como lo indica la Procuraduría General de la República en su escrito, entre las características más sobresalientes de la figura del arbitraje está la de otorgar a las resoluciones finales que se dicten en esos procesos (laudos), la fuerza de una sentencia dictada en un proceso jurisdiccional, por lo que lo resuelto no sólo es obligatorio para las partes sino que, además, comporta la eficacia y validez de la cosa juzgada material”⁵⁰

2.4.2. Sala Primera

Cómo hemos venido sosteniendo, parte de la percepción que la comunidad jurídica internacional tiene sobre Costa Rica como un lugar pro arbitral se debe a la labor de Sala Primera, en la manera de abordar los recursos de apelación a la competencia de los tribunales arbitrales, así como en la sustanciación del recurso de nulidad. Ello se debe a factores tales como: (i) el reconocimiento de la fuerza y efectos del acuerdo arbitral⁵¹; (ii) la creación de jurisprudencia en sinton-

⁵¹ “Acuerdo arbitral. A partir de la vigencia de la Ley RAC, publicada en el diario oficial “La Gaceta” del 14 de enero de 1998, se superó la distinción entre cláusula arbitral y compromiso arbitral, para unificarlos en el concepto más general de “acuerdo arbitral”. Este último es un convenio por el cual dos o más personas se obligan a dirimir determinadas controversias, de naturaleza patrimonial y disponible, por medio de un proceso arbitral cuya decisión final, denominada laudo, tiene carácter vinculante. Ese acuerdo puede estar incorporado en un contrato, como una de sus cláusulas, o bien puede tratarse de un documento o convenio separado. La ley no establece formalidad alguna para ello, pero afirma que debe constar por escrito. Por mandato del artículo 43 constitucional, así como en aplicación de los principios y reglas que fija la Ley RAC, en particular sus numerales 2 y 18, el objeto debatido en sede arbitral debe ser disponible y de naturaleza patrimonial. El numeral 18 citado expresamente señala que “Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes.”. Con el transcurso del tiempo, se ha desarrollado un proceso de ajuste y decantación, en el cual paulatinamente la Sala ha venido ajustando su criterio, frente a la diversidad de casos concretos. Dentro de estos discernimientos, por ejemplo, se ha determinado que para que exista acuerdo arbitral, éste, aunque informal, sí requiere de la expresión escrita de la voluntad manifiesta e inequívoca de las partes, de someter su conflicto a arbitraje. Esto, por tratarse de un acto convencional de renuncia a la jurisdicción de los tribunales de justicia, para optar por un mecanismo

⁴⁹ Resolución 10352-2000 dictada por Sala Constitucional del 22 de noviembre del 2000 de las 14 horas y 8 minutos,

⁵⁰ Sentencia 11153-2007 de Sala Constitucional del 1 de agosto del 2007 dictada a las 14 horas con 47 minutos.

ía con las corrientes doctrinarias dominantes en materia arbitral; (iii) la debida comprensión de los alcances y límites de sus actuaciones; (iv) la delimitación de cuáles situaciones son arbitrables de conformidad con la normativa costarricense⁵² y cuáles no. También debe considerarse que la jurisprudencia de Sala Primera ha servido para llenar vacíos de la normativa arbitral.⁵³

Continuamos el análisis por medio del reconocimiento que Sala Primera hace al principio *kompetenz- kompetenz* al comentar el artículo 38 de la Ley RAC:

“VIII. “La norma tiene justificación en la incorporación del principio de kompetenz-kompetenz, que se atribuye al derecho francés según el cual el tribunal arbitral tiene competencia para conocer acerca de su propia competencia, lo que se traduce en el aforismo el juez de la acción es el juez de la excepción. En virtud de esa regla el Tribunal debe examinar, al igual que los jueces ordinarios su competencia para conocer el asunto concreto sometido a su conocimiento, bien sea

privado de solución de controversias”. No. 430-C-06 de 9 horas 55 minutos del 19 de julio de 2006.” Sentencia 0188-2010 de Sala Primera dictada el 7 de octubre del 2010 a las 10 horas con 6 minutos.

⁵² Al respecto revisar las sentencias: 747-2003, 906-2004 y 1030-F-05.

⁵³ A manera de ejemplo se pueden revisar las sentencias de Sala Primera: (i) 0941-F-07, en la que por medio de un voto de mayoría se utiliza la figura del “reenvío” del expediente al Tribunal Arbitral tras decretar la nulidad parcial del laudo y (ii) 0748-F-02, en donde se establece por vía jurisprudencial la competencia de Sala Primera para conocer de la recusación de todos los miembros del Tribunal.

de oficio o por gestión de parte y de considerar que es incompetente declararlo así. Tal incompetencia puede estar referida a la materia objeto de controversia o la misma conformación, inscripción y habilitación del tribunal arbitral, incluso a la forma en que debe resolver el Tribunal, si es de derecho o de equidad”. No. 177-A-00-BIS de 16 horas del 21 de junio del 2000. De ahí, se aprecia entre los aspectos a que se refiere la competencia del Tribunal se encuentra el relativo a la materia objeto de controversia, así que lo pertinente sea analizar si el Tribunal Ad Hoc designado por la Junta Directiva del Colegio de Abogados posee competencia para conocer las cuestiones sometidas a arbitraje.”⁵⁴

⁵⁴ Sentencia 0188-2010 de Sala Primera dictada el 7 de octubre del 2010 a las 10 horas con 6 minutos. Una interesante perspectiva de dicho principio puede ser consultado en González de Cossío, *“La ironía del Compétence – Compétence”* Lima Arbitration, Núm.3, 2008-2009, págs. 194-212. En dicho texto se desprenden tres versiones del *compétence-compétence*: “1.- El árbitro es el juez de su competencia: tiene la primera y última palabra sobre su competencia; 2.- El árbitro decide primero sin que se permitan procedimientos paralelos judiciales sobre ello; y 3.- El árbitro decide primero sin que su decisión vincule al juez que conozca de ello y sin prohibir que el juez competente conozca en forma paralela de una reclamación sobre ello.” El autor en su ensayo expone diferentes casos con el fin de abogar por la segunda de las posturas como la más adecuada. En Costa Rica la práctica arbitral ha dictado que los árbitros tienen la facultad de decidir sobre su propia competencia y pueden: 1.- Optar por hacerlo al momento en que la excepción sea planteada; o, 2.- diferir la resolución con el dictado del laudo. En el primero de los casos, se le otorga un plazo para que la parte en desacuerdo de lo resuelto lo pueda apelar ante Sala Primera preservando el derecho a solicitar la nulidad del laudo por algún aspecto de la competencia; mientras que en el segundo caso, se entenderá que el derecho a solicitar la nulidad por asuntos de la competencia se mantiene para la parte que se consi-

Sala Primera también ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación con el principio y garantía constitucional del debido proceso como un aspecto fundamental que debe respetarse en el arbitraje, a fin de asegurar la validez del laudo dictado, sin que esto signifique la vulneración de los efectos del laudo y la creación de una segunda instancia. En este contexto traemos a mención el fallo número 484 de las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003⁵⁵, el cual indicó:

“El derecho fundamental del debido proceso, como se sabe, tiene raigambre Constitucional, y si se quiere trasciende la positividad de una norma primaria para irradiar todo el ordenamiento jurídico (escrito y no escrito), a título de Principio General del Derecho, pues al fin y al cabo no es más que una consecuencia del Derecho de Defensa catalogado con el carácter de humano. Sus manifestaciones en los diversos procedimientos no son pocas, y las aristas de su análisis han provocado múltiples consideraciones de cara a la invalidez o no de un procedimiento o proceso previo, de quien enfrenta la exigencia o la necesidad de una resolución final de fondo sobre el

*derecho que se debate. Son varias las facetas por cubrir para que pueda entenderse cumplimentado a cabalidad, y dentro de ellas destaca, la necesaria motivación de lo resuelto, que busca esencialmente tres objetivos: a) interdicción de la arbitrariedad del juzgador, en cuanto obliga a un elenco de hechos probados, y suprime así cualquier elemento de mera conciencia ajeno a quien resuelve en Derecho, puesto que el ejercicio de su autoridad no es más que manifestación del principio democrático de las potestades públicas con apego y sometimiento al Derecho; b) convencimiento de las partes que han sometido su diferendo a un mecanismo de resolución heterocompositivo, y c) fundamentación necesaria para quienes, inconformes con lo resuelto, puedan acudir ante el superior desvirtuando los razonamientos del a quo. Es preciso advertir, que tanto desde el punto de vista Constitucional, como en la nulidad que en esta materia se establece, **la debida motivación como parte del debido proceso, no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión en alzada de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto.** No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia.” (El resaltado es nuestro)*

dere afectada. El principio también ha sido reconocido por los juzgados ordinarios, a manera de ejemplo destacamos la sentencia **Núm.154-2008** dictada por el Tribunal Segundo Civil, Sección I.

⁵⁵ En igual sentido, véanse, entre otros, los fallos de Sala Primera número 237 de las 14 horas 45 minutos del 5 de mayo de 2006 y 386 de las 16 horas 5 minutos del 6 de junio del 2008.

En sintonía con el concepto del debido proceso, se debe entender el respeto de las funciones de cada ente (sea judicial o arbitral), y por tanto el claro límite que ha marcado la Sala Primera en no entrar a conocer el fondo de las disputas, al estar reservado exclusivamente para los árbitros. Dicho principio ha sido expresamente reconocido en diversas sentencias y parte de la premisa que el recurso de nulidad: “no autoriza ni permite una ponderación minuciosa del acierto o no de las razones dadas por los árbitros. Lo contrario, implicaría una revisión enalzada de las probanzas y su valoración respecto de lo dispuesto. No incumbe por tanto a esta Sala, el examen del contenido o no de un documento, de una declaración o de una pericia.”⁵⁶

La jurisprudencia de la Sala Primera ha sido tan respuesta de los procesos arbitrales, al punto de reconocer que se encuentra vedada de conocer la forma en que los árbitros fundamentaron su resolución⁵⁷, o la forma de como el panel arbitral

valoró⁵⁸ determinada prueba⁵⁹, evitando que el recurso de nulidad se transforme en una segunda

fallo arbitral. En relación, pueden consultarse, entre otras, las sentencias números 210 de las 15 horas del 9 de marzo del 2001 y 346 de las 11 horas 5 minutos del 18 de junio del 2003. Nótese como lo aducido por el recurrente, de darse, configuraría un vicio de falta de fundamentación o defectuosa motivación. Este yerro es de fondo (al respecto, puede verse, entre otras, la sentencia no. 346 ya citada), por consiguiente no es revisable en esta vía, al resultar ajeno a las causales previstas en el artículo 67 de repetida cita. La taxatividad ahí dispuesta, conforme se ha indicado, tiene el propósito de desjudicializar la materia arbitral y limitar la competencia de la Sala.” Sobre el particular, pueden observarse, entre otras, las sentencias números 319 de las 14 horas 30 minutos del 27 de abril; 596 de las 15 horas 7 minutos del 8 de agosto, ambas del 2001.

⁵⁸ Sentencia No. 640-F-2006 de las once horas veinte minutos del seis de setiembre del dos mil seis. De dicho fallo se resalta lo siguiente: “V. Tercero: Esta Sala, en forma reiterada, ha expresado que el recurso de nulidad contra los laudos se previó con el propósito de garantizar la correcta tramitación del proceso arbitral, no con el fin de alcanzar la cabal interpretación del Derecho. Se procura satisfacer el debido proceso y la seguridad jurídica mediante la recta aplicación del procedimiento establecido. La Ley RAC en el numeral 67, establece las causales taxativas de nulidad que pueden invocarse contra el laudo. Según esta norma, a excepción de los incisos d) y f), sólo es factible aducir infracciones de carácter procesal que infrinjan la validez del fallo arbitral. No obstante, la parte recurrente pese a que alega violación al debido proceso, de su exposición resulta notorio que el agravio va orientado a cuestionar la apreciación probatoria efectuada por los árbitros. Situación que excede el ámbito de acción de la Sala, que se encuentra llamada a conocer, solo de aspectos del procedimiento, o sea, de aquellas irregularidades presentes en el fallo, que correspondan a alguna de las causales precisadas taxativamente en el ya citado canon 67 y a eso se restringe su análisis. En consecuencia, no es posible el estudio de planteamientos como los expuestos en el recurso, que no estén dirigidos a establecer uno de los vicios previstos como generadores de nulidad, pues de acuerdo con las estipulaciones del precepto 65 ibídem, es menester que las censuras se interpongan de acuerdo con las causales establecidas en el ordinal 67 de reiterada mención, fuera de las cuales no resulta posible conocer reproche alguno.” Similar ejemplo puede encontrarse en la sentencia 00175-2006 de las nueve horas cincuenta y tres minutos del veintitrés de marzo del dos mil seis, en donde se señala que: “...Lo alegado por el señor Procurador radica en la indebida valoración de

⁵⁶ Sentencia Núm. 484-F-2003 de las 10 horas 30 minutos del 12 de agosto del 2003

⁵⁷ Sentencia Núm. 602-F-2007 de las nueve horas cincuenta minutos del diecisiete de agosto del dos mil siete. Dentro de lo cual se destaca: “V.-De su exposición, resulta notorio que el agravio va orientado a cuestionar el fondo de lo resuelto. Tocante a este aspecto, es menester señalar que esta Sala, en forma reiterada, ha indicado que el recurso de nulidad contra los laudos se ha concebido para garantizar, básicamente, la correcta tramitación del proceso arbitral. La Ley RAC, en su artículo 67, que preceptúa las causales taxativas de nulidad procedentes en su contra, tiene esa orientación, pues con las excepciones específicas de los incisos d) y f), es posible aducir infracciones de índole procesal que atenten contra la validez del

instancia y protegiendo la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Otro concepto de gran importancia para los procesos arbitrales es el desarrollo de la “renuncia al derecho de objetar” establecido en el artículo 56 de la ley RAC. La jurisprudencia de la Sala se ha referido en múltiples ocasiones a la importancia de objetar a tiempo las decisiones del Tribunal Arbitral, so pena de quedar convalidadas⁶⁰. Tal como se desprende del estudio de la jurisprudencia, queda claro que las partes disponen de un plazo de diez días para objetar cualquier resolución que consideren perjudicial a sus derechos:

“...es primordial que el recurrente compruebe haber agotado todas las gestiones y recursos

prueba, concretamente, lo expresado por la empresa actora en su reclamo administrativo, tocante a la fecha de referencia que utilizó en su oferta y el dictamen pericial sobre ese punto. Tal desafuero, de darse, como lo ha resuelto esta Sala en innumerables fallos, a tenor de lo dispuesto en el numeral 595 inciso 3 del Código Procesal Civil, configuraría un motivo de casación por razones de fondo, por violación indirecta de ley, incubada en un error de hecho o de derecho. Ello, según se acaba de indicar, no resulta revisable en esta vía.” Al respecto, pueden consultarse las sentencias de esta Sala números 268 de las 16 horas 10 minutos del 3 de abril de 2002 y 248 de las 11 horas 10 minutos del 14 de abril del 2004, en donde, de manera expresa, se indicó que el cuestionamiento de la apreciación probatoria efectuada por los árbitros es un aspecto ajeno al contralor de esta Sala.”

⁵⁹ En similar sentido, las sentencias 0054-2011, 0058-2011, y 2411-2011 reconocen que Sala Primera no puede entrar en el fondo de la disputa, delimitando el alcance de nulidad a aquellos yerros procesales que conlleven una afectación de tal magnitud que se justifique la nulidad del proceso arbitral.

⁶⁰ Ejemplo de ello, es la sentencia 00175-2006 de las nueve horas con cincuenta y tres minutos del veintitrés de marzo del dos mil seis.

posibles para evitarlo, pues, de lo contrario, lo habrá convalidado, pues se entenderá que abdicó a objetar, tácitamente, si no lo hace. El artículo 56 de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, regula: “Renuncia al derecho de objetar. Considerase que renuncia al derecho de objetar la parte que sigue adelante con el arbitraje, a sabiendas de que no se ha cumplido alguna disposición convenida o algún requisito de la presente ley, sin expresar su objeción a tal incumplimiento dentro del término de diez días, contados a partir del momento en que sepa de ese incumplimiento”. Lo anterior es un criterio primario del Derecho Procesal, donde, aquella parte que se considera afectada por un acto o resolución del órgano heterónimo encargado de tramitar y fallar sobre el asunto, debe reclamar tal aspecto, con base en el principio dispositivo, pues de lo contrario, la oportunidad para hacerlo precluirá en su contra. Esto encuentra engarce, por analogía, en lo que se establece para el proceso judicial en los numerales 196, 597, párrafo segundo, y 598, párrafo tercero, del Código Procesal Civil. Entonces, la aplicación del citado artículo 56 acarrea que no pueda alegarse nulidad procesal alguna si el eventual afectado hizo otras gestiones después de causada, es decir, desde el momento en la cual acontece, el interesado deberá combatirla. De ese modo, solo es procedente la

causal de violaciones al debido proceso, dentro del recurso de nulidad ante esta Sala, cuando la parte demuestre haberla invocado en los diez días posteriores a la notificación del acto o resolución y sin haber formulado una gestión atinente a otros aspectos del arbitramento antes de realizar tal reproche⁶¹” (El resaltado es nuestro)

Ahora bien, surge la siguiente interrogante sobre ¿Qué sucederá en los casos de Arbitraje Internacional? La ex - magistrada León Feoli efectuó un análisis comparativo⁶² de las causales de nulidad contenidas en la Ley RAC y la LACI, respaldada con las posturas que Sala Primera ha tomado al respecto. Coincidimos con la ex magistrada, en cuanto a que Sala Primera ha adquirido experiencia suficiente y que la postura pro arbitral se mantendrá en los casos de arbitraje internacional. Aunque esperamos que no se implementen estándares nacionales, donde deben regir estándares internacionales, y viceversa, e igualmente se respete el acuerdo de las partes.

2.5. Otras fuentes que componen el derecho arbitral (Soft Law).

Dentro de la categoría de *soft law* del derecho arbitral, encontramos todas aquellas normativas que han sido dictadas por organismos internacionales que buscan una práctica uniforme y moderna del arbitraje. Como ejemplo de éstas podemos mencionar a la International Bar Association⁶³, la cual ha dedicado grandes esfuerzos para el desarrollo de guías prácticas⁶⁴ relacionada con tres aspectos: (i) **Conflicto de intereses de los árbitros**, a fin de dar un listado no exhaustivo de situaciones que deben revelar las personas que han sido nominadas a formar parte de un tribunal arbitral⁶⁵; (ii) **Toma de evidencia en el arbitraje internacional**, dónde se detallan las mejores prácticas para esa etapa tan crucial de todo proceso arbitral⁶⁶; y recientemente, (iii) **Representación de parte en arbitrajes internacionales**⁶⁷.

⁶¹ Sentencia 0348-F-S1-2013 de las nueve horas treinta y cinco minutos del catorce de marzo de dos mil doce. En igual sentido, la sentencia 0301-F-08 se refiere al concepto de la renuncia al derecho de objetar.

⁶² León Feoli, Anabelle “*El Arbitraje Internacional desde la Perspectiva de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia*” Revista Judicial 111, Costa Rica (2014).

⁶³ Otro instituto internacional que contribuye al desarrollo del *soft law* arbitral es el Chartered Institute of Arbitrators. De igual forma, destacamos las diferentes *guidelines* sobre conducción de procesos arbitrales que han sido dictadas por UNCITRAL, u otras instituciones internacionales.

⁶⁴ La International Bar Association también ha elaborado guías referentes a la elaboración de cláusulas arbitrales, las cuales están disponibles en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#drafting

⁶⁵ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) disponibles en: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest

⁶⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (2010) disponibles en:

¿Qué relevancia tienen esas guías prácticas en Costa Rica? En principio, para los **arbitrajes nacionales**, no tiene ninguna relevancia a menos que las partes hayan decidido adoptar su aplicación, en base al principio de autonomía de la voluntad de las partes. La regla general indica que es necesario acordar la aplicación de las guías, aunque hay jurisdicciones que por medio de jurisprudencia han incorporado su aplicación incluso sin acuerdo de partes, ello en razón al hecho que reflejan las mejores prácticas arbitrales⁶⁸.

De tal manera que para los arbitrajes internacionales, dado lo regulado por el Art.2-A LACI, surge la posibilidad que Sala Primera opte por la aplicación de estos u otros componentes del *soft law* del derecho arbitral.

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#takingevidence

⁶⁷ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013) disponibles en:

http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#partyrep

⁶⁸ En Suiza, por ejemplo, la Corte Suprema ha señalado lo siguiente: *“a valuable working tool to contribute to the uniformisation of standards in international arbitration in the area of conflict of interests. As such this instrument should impact on the practice of the courts and the institutions administering arbitration proceedings”* Swiss Federal Supreme Court, Case No 4^a_506/2007 del 20 de marzo del 2008, 26 ASA Bull 575. En Suecia, la Corte Suprema, hace mención de las guías en asuntos de conflicto de interés de la IBA en la sentencia del 19 de noviembre del 2007, y en relación a la sentencia dictada por la Svea Court of Appeal del 5 de mayo 2006 tramitado bajo el expediente T6875-04. La sentencia de la Corte Suprema Sueca se encuentra disponible en inglés en el portal: <http://www.arbitration.sccinstitute.com/Swedish-Arbitration-Portal/>

3. Delimitando las diferencias

Ahora bien, teniendo claro qué elementos forman parte del derecho arbitral costarricense, retomamos el objetivo principal de este artículo ¿Es necesario el matrimonio o divorcio entre la Ley RAC y el CPC? Nosotros creemos que eso depende de: (i) de la naturaleza local o internacional del arbitraje; (ii) del contenido del acuerdo arbitral decidido por las partes; y, (iii) por la manera en cómo han actuado durante la tramitación del proceso arbitral las partes y lo acordado por el Tribunal arbitral y no objetado.

En cuanto al primero de los aspectos, consideramos que no es apropiado aplicar estándares internacionales a situaciones locales, así como pretender aplicar a disputas de carácter internacional, estándares locales en los diferentes aspectos procesales. Nuestro criterio discrepa de la posición de destacados juristas costarricenses,⁶⁹ los cuales defienden la tesis que el Art. 39 de la Ley RAC (*éste establece que la Ley RAC deberá ser suplida por lo dispuesto por la normativa procesal costarricense*), debe complementarse con la aplicación de la LACI, por ser posterior y recoger mejores prácticas arbitrales.

⁶⁹ Ver en ese sentido el artículo de París Cruz, Mauricio, *“El Necesario Divorcio Entre El Código Procesal Civil Y El Arbitraje Comercial”*, Revista Judicial 109, Costa Rica(2013).

Consideramos que no es una postura deseable, dado que los principios de arbitraje internacional difieren en muchos aspectos a los del arbitraje nacional. Sin dejar de un lado, que una aplicación como la propuesta, abre el portillo para efectuar una aplicación a la inversa, es decir que cuándo se presente los primeros casos de arbitraje internacional se busque “nacionalizar” el mismo. Basta imaginarse, v.g., lo restrictivo que significaría para el derecho de defensa en un diferendo comercial internacional, aplicar las reglas de la prueba confesional del CPC. Igualmente, v.g., sería aventurado aplicar los estándares de arbitraje internacional sobre producción de documentos en un arbitraje local, donde la figura – procesalmente- es desconocida.

No obstante lo anterior, el segundo aspecto importante de resaltar es que dado a que el arbitraje es una criatura contractual, las partes podrían acordar la aplicación de estándares locales a arbitrajes internacionales, y viceversa. Lo que se fundamenta en el principio de autonomía de voluntad y libre consentimiento de las partes, pilar fundamental del arbitraje. En este sentido, sería contrario a la esencia del arbitraje mismo, ignorar lo acordado por las partes en aras de “modernizar” la institución arbitral.

Igualmente, al inicio del proceso arbitral el Tribunal Arbitral podría establecer los criterios y el alcance de los diferentes institutos procesales a

utilizar en la resolución de la disputa para su conocimiento. En este caso, si las partes no objetan la determinación del Tribunal Arbitral estarían consintiendo, y por tanto sería válido y legítimo, la aplicación de esos estándares para el resto del procedimiento. No hay que olvidar que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar la normativa procesal y de fondo cuando no existe acuerdo inequívoco de las partes.

En este sentido, consideramos que si las partes han acordado la aplicación del CPC, ni el tribunal arbitral, ni Sala Primera podría desconocer la aplicación del mismo dado que eso implicaría la violación a la esencia de la institución arbitral: el acuerdo de partes. Lejos de protegerla, se estaría dañando a la misma. Igualmente, si el Tribunal Arbitral en un arbitraje local ha decidido integrar el artículo 39 de la Ley RAC, con la aplicación supletoria de las normas del CPC, sin que exista objeción de las partes dentro del plazo de 10 días, es nuestro criterio que la Sala Primera tampoco podría desconocer la aplicación de la normativa del CPC, ya que también implicaría una violación a la esencia de la institución arbitral, de las competencias del Tribunal y la propia jurisprudencia de la Sala.

La pregunta final que queda por responder es: ¿Es necesario el divorcio entre el CPC y el arbitraje? Depende de los contrayentes, que son los dueños y creadores del proceso arbitral.

LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA DESDE EL EXTRANJERO: EL IMPACTO DEL VOTO EMIGRANTE EN LA DEMOCRACIA LATINOAMERICANA Y LA IMPORTANCIA DE SU PROTECCIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

Elard Ricardo Bolaños Salazar**



Resumen

En una época en la que se busca el fortalecimiento de la democracia como sistema de gobierno, el voto desde el extranjero representa una importante manera de legitimar el poder. Sin embargo, encontramos diversas posiciones al respecto, hay quienes argumentan que no es necesario ni imperativo expandir los alcances del sufragio activo aduciendo tal legitimidad y, por otra parte, los que propugnan por la consolidación de la democracia latinoamericana mediante este “nuevo” mecanismo de sufragio, que en la práctica presenta muchas dificultades tanto interpretativas como materiales. En el presente artículo se abordará la temática del voto en el extranjero y se estudiará, de un modo pormenorizado que no pretende ser exhaustivo, la necesidad que existe de ampliar el universo electoral en aras del principio de universalidad del sufragio.

Abstract

Voting from abroad today represents a time when strengthening democracy as a system of government searches an interesting way to legitimize power. However, there are several positions between those who say that is not necessary or imperative to expand ranges from voting claiming such legitimacy and on the other hand, those who advocate for strengthening Latin American democracy by this "new" voting mechanism which in practice has many interpretive difficulties as both materials. In this paper the issue will be focused on voting from abroad and studied, summarized in a way that is not intended to be exhaustive, the need exists to expand the electoral universe for the sake of the principle of universal suffrage.

*Para efectos del presente artículo se entenderá por “emigrante” a toda persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.

**Alumno de pre-grado y del Centro de Estudios de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

INTRODUCCIÓN

Según la historia, entre los años 27 a.C. hasta 14 d.C., el emperador romano Augusto ideó una nueva forma de sufragio en la cual los miembros del senado local de las 28 colonias del Imperio Romano emitían su voto por los candidatos a las oficinas de gobierno romano y los enviaban sellados a Roma para el día de las elecciones, un acto evidentemente más político que democrático.

En épocas más recientes, la primera implementación del voto en el exterior data de 1862, año en el cual el estado de Wisconsin se convirtió en el primero de los estados de la Unión Americana en adoptar disposiciones a fin de permitir el voto en ausencia a los soldados del ejército de la Unión que luchaban durante la guerra civil. Ello refleja que el debate sobre el voto desde el exterior ha sido centro de atención en diversas civilizaciones en distintos momentos de la historia ya sea por motivos políticos, sociales, morales u otros.

En la actualidad, el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos (“SIDH”) reconoce que los derechos políticos, y específicamente el derecho al sufragio activo, es un elemento esencial para el fortalecimiento de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad participando en la política de su país. Este derecho

implica que los ciudadanos puedan decidir y elegir con libertad, en igualdad de condiciones, quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) reconoce el derecho a voto en su artículo 23.1.b), el cual garantiza que todos los ciudadanos tienen el derecho de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de su voluntad¹. La importancia de este derecho encuentra fundamento en su estrecha relación con otras libertades y derechos que consagra la CADH². Se puede evidenciar, por ejemplo, que los derechos políticos están estrechamente vinculados con el derecho a la libertad de expresión, no obstante, pese a esta reconocida importancia, el derecho al sufragio activo aún genera dudas en su interpretación y en sus alcances, problemática que se abordará en los siguientes párrafos explorando el panorama latinoamericano y la experiencia europea al respecto.

I. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO AL SUFRAGIO ACTIVO

¹Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23.1.b).

²CIDH. *Informe sobre los Derechos Humanos en Haití*. OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1. 1990, cap. I.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) ha establecido que todo ciudadano tiene derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos de su país³, sea mediante el sufragio activo o el sufragio pasivo. La dimensión activa de este derecho, importante para este análisis, se materializa en la posibilidad real que tiene cada ciudadano de elegir a quienes lo representarán en el poder mediante referendos, plebiscitos, consultas o elecciones periódicas y auténticas donde la persona pueda plasmar su voluntad libre de toda injerencia externa. Para conseguir este fin, los estados tienen el deber de crear las condiciones necesarias para su pleno ejercicio⁴. Frente a esta obligación surge el cuestionamiento sobre si ello supone entender que los Estados están obligados a garantizar el voto de sus nacionales no solo dentro de su jurisdicción, sino también cuando estos se encuentren fuera de la misma.

Para analizar el alcance del artículo 23.1.b) de la CADH es necesario interpretar este mandato convencional a partir de los criterios de interpretación de la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados⁵ (“Convención de Viena”).

a) Interpretación del artículo 23.1.b) de la CADH conforme al sentido corriente de sus términos

El artículo 23.1.b) de la CADH señala:

Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

[...]

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores

[...]

De la interpretación literal de la disposición convencional bajo examen se desprende, en primer lugar, que para ser titular de los derechos políticos protegidos por la CADH, lo que incluye el derecho al voto, se requiere tener el estatus de “ciudadano” a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la CADH que se

³Cp. Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 107.

⁴Cp. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 172.

⁵Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc. A/CONF.39/27 (1969). Viena, 1969.

reconocen a toda persona independientemente de su ciudadanía⁶.

Al respecto, en América “ciudadano” es toda persona que alcance la mayoría de edad según la legislación nacional e incluso los países de América reafirman en su ordenamiento interno que solo los “ciudadanos” tienen derecho a participar en los asuntos públicos de su país, lo cual desde luego no supone una restricción indebida para aquellos que no han alcanzado la ciudadanía, pues la lógica de requerir la mayoría de edad para participar en los asuntos públicos de una nación es el grado de compromiso y conciencia democrática que este derecho conlleva.

Otro punto medular a tomar en cuenta es que además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos solo a los ciudadanos, el artículo 23 de la CADH no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. Esto último supone la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real de ejercerlos⁷.

En tal sentido, resulta evidente que una persona que se traslada a otro territorio no deja de ser ciudadano al menos que renuncie a su ciudadan-

ía o deje de ser ciudadano en su país de origen por otros factores. Por lo tanto, se desprende que solo se requiere ser “ciudadano” para tener la titularidad de los derechos políticos, independientemente del lugar en que se encuentre la persona, por ello una interpretación literal del artículo 23.1.b) de la CADH obliga a los Estados a garantizar el voto de sus nacionales incluso fuera de su territorio.

b) Interpretación evolutiva del artículo 23.1.b) de la CADH

La Corte IDH en ocasiones ha interpretado de forma evolutiva las disposiciones convencionales para establecer cuáles son las obligaciones internacionales de los Estados en el marco de la CADH. Esta metodología interpretativa toma como norte que los tratados de Derechos Humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales⁸. La tarea de la Corte IDH en este tipo de interpretación ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha empleado nor-

⁶Cp. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 145.

⁷Ibidem.

⁸Cp. Corte IDH. *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de julio de 2005. Serie C No. 125, párr. 125.

mativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos, análisis que se desarrollará a continuación.

b.1) Normativa nacional de los Estados Miembros de la OEA

Actualmente, 20 de los 35 Estados Miembros de la OEA no cuentan con disposiciones legales expresas que regulen la emisión del voto desde el extranjero para elecciones presidenciales. Ante ello, podemos concluir que no existe un reconocimiento mayoritario entre los países de la región sobre la posibilidad de permitir votar a sus nacionales fuera de su territorio. Adicionalmente, extrapolando el criterio consensual a un universo mayor al de los países que conforman la OEA, en Europa son solo 18 los países que reconocen el derecho a voto en elecciones presidenciales generales para sus nacionales que viven en el exterior, en este mismo tipo de elecciones son 27 los países en el continente africano que permiten el voto desde el extranjero y 19 en Asia, mientras que en ningún país de Oceanía se permite esta modalidad de sufragio.⁹

También merece especial referencia y detalle el proyecto de ley que busca modificar la Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios de Chile. Lo destacable de este proyecto es que podrán ejercer su derecho a voto desde el extranjero, entre otros, los chile-

⁹Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral. Sitio Web Oficial: <http://www.idea.int/>

nos que cursen estudios universitarios en el extranjero hasta dos años después de terminados esos estudios y quienes hayan ejercido su derecho a voto dentro de Chile en las últimas dos elecciones presidenciales. Esta iniciativa refleja, sin duda alguna, que los Estados de la región toman con especial preocupación la necesidad de “redemocratizar”¹⁰ sus gobiernos, ampliando el universo de posibles electores que los legitimen en el poder. En palabras de Norberto Bobbio “si se quiere saber el nivel de desarrollo de la democracia en un determinado país, no se debería investigar si aumentó o no el número de quienes tienen esos derechos sino los espacios en los que estos pueden ejercerse.”¹¹

b.2) Jurisprudencia de tribunales internos

En cuanto a los pronunciamientos de tribunales internos en la región, merece especial referencia y preocupación la sentencia de 7 de agosto de 2013 dictada por la Sala Constitucional del Tri-

¹⁰Cp. Orozco-Henriquez, José y Ávila, Raúl. *Asistencia electoral y democratización latinoamericana*. Disponible en: http://www.idea.int/resources/analysis/upload/ES_Orozco_low_1.pdf

¹¹Cp. Bobbio, Norberto. 2001. *El futuro de la democracia*. Traducción de José Fernández-Santillán. Tercera Edición. México. Fondo de Cultura Económica.

bunal Supremo de Justicia de Venezuela¹² en la cual se revisó un recurso contencioso electoral que pretendía impugnar el resultado de las últimas elecciones presidenciales en Venezuela. El recurso fue presentado por ciudadanos venezolanos que vivían en los Estados Unidos de América para la fecha en que se celebrarían las elecciones, los cuales mediante un recurso de amparo antes de las elecciones exigieron que se instalaran mesas de votación en la ciudad de Miami, Estado de La Florida, dependientes del Centro Electoral ubicado en la ciudad de Nueva Orleans a fin de poder ejercer su derecho al voto como venezolanos hábiles para votar inscritos en el Registro Electoral Permanente de Venezuela, sin la necesidad de tener que trasladarse de su lugar habitual. Sin que dicho recurso de amparo fuese resuelto, las elecciones en Venezuela se llevaron a cabo el 14 de abril de 2013 y los ciudadanos referidos no pudieron ejercer su derecho al sufragio.

Ante esta situación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela sentenció que por no estar prevista en la normativa constitucional ni legal venezolana la posibilidad del voto por correspondencia ni por Internet (ni la obligación estatal de implementar mesas móviles), sino el voto personal y presencial, la solución de adecuar el proceso electoral en

el exterior al funcionamiento efectivo de las sedes diplomáticas y consulares (lo que se traduce para los ciudadanos, en el caso bajo examen, trasladarse) era conforme al el derecho venezolano.

Esta cuestionable decisión muestra que si bien se han construido una serie de obligaciones generales en torno al artículo 23 de la CADH, aún existen espacios y contingencias que el SIDH no ha previsto y que deberá resolver en el futuro.

En Costa Rica, el Tribunal Supremo de Elecciones¹³ en su sentencia de 16 de marzo de 2010 tuvo la oportunidad de estudiar un caso respecto a dos ciudadanos costarricenses radicados, por motivos de estudios, en la provincia española de Salamanca quienes alegaban que la imposibilidad de sufragar en el extranjero por razones económicas, de distancia y del tiempo requerido para apersonarse en el centro de votación costarricense, imposibilita y convierte nugatorio en la práctica, el ejercicio del sufragio activo a los ciudadanos costarricenses residentes en el extranjero en época electoral. El Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica concluyó, basándose principalmente en sus propios precedentes, que “existe imposibilidad legal de este Tribunal para habilitar juntas receptoras de vo-

¹²Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Sala Constitucional. Expediente N° 13-0562.

¹³Cp. Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia 1081-E-2006 de 16 de marzo de 2010.

tos en sedes diplomáticas o consulares, en las cuales los ciudadanos costarricenses residentes en el extranjero puedan ejercer su derecho al sufragio, requiriéndose al efecto, como se señaló, la adopción de reformas legales que así lo habiliten, pues conforme el principio de legalidad, que rigurosamente debe observar la Administración Electoral, sus actuaciones y la de sus órganos han de ajustarse a los preceptos y normas legales vigentes, sin que puedan arrogarse facultades no previstas en el ordenamiento jurídico”, por lo cual rechazo el recurso interpuesto. Antes, en la sentencia de 29 de agosto de 2006, el mismo Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica¹⁴ precisó que “el diseño legal actual (de Costa Rica), pese a no permitirlo (el derecho a voto desde el extranjero), respeta un estándar mínimo de democracia electoral. Bajo esta lógica, si el legislador dispone las reformas legales que habiliten el voto de los costarricenses en el extranjero, indudablemente con ello profundizaría y mejoraría el sistema democrático. Pero, importa tener claro que, pese a lo deseable de esa innovación legislativa, la misma no condiciona la legitimidad democrática de los procesos electorales ni comporta lesión a los derechos fundamentales de los costarricenses residentes en el exterior. Éstos, al abandonar voluntariamente el territorio nacional, salen de la jurisdic-

ción del Estado costarricense y se debilitan sus posibilidades de disfrute y ejercicio de los derechos inherentes a esa condición de nacionales, aunque su titularidad esté fuera de toda discusión”.

Lo resuelto por el Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica en la sentencia del año 2006 cobra relevancia porque hace referencia a la “legitimación del poder” que, efectivamente, es un planteamiento interesante pero que muestra diversas posiciones como rotundamente lo expresó dicho Tribunal. Cabe también recordar que desde el año 2009, los costarricenses pueden votar desde el exterior en las elecciones presidenciales generales de su país.

En México, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial¹⁵ sostuvo en su sentencia de 12 de enero de 2012 que el voto por internet de los ciudadanos mexicanos residentes en el extranjero puede implementarse en la elección de jefe de gobierno del distrito federal, lo cual significa un importante avance a nivel de América en materia electoral.

Se debe tener en cuenta que los distintos órganos jurisdiccionales de los países americanos no han abordado de manera amplia el voto desde el extranjero y sus implicancias, sin embargo, de

¹⁴Cp. Tribunal Supremo de Elecciones de Costa Rica. Recurso de Amparo. Sentencia 2594-E-2006 de 29 de agosto de 2006.

¹⁵Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de México. Juicio de Revisión Constitucional Electoral. Expediente SUP-JRC-306/2011. Sentencia de 12 de enero de 2012.

las decisiones abordadas en el presente estudio se concluye que aún no hay un consenso a nivel jurisprudencial respecto al voto desde el exterior. Esta situación se debe principalmente por la falta de oportunidad de conocer casos de esta índole, es decir, generalmente los ciudadanos que radican fuera de su país de origen son reuñentes a exigir, por vía judicial, votar en las elecciones de su país muchas veces por desconocimiento, otras por descuido o desidia.

c) Interpretación del artículo 23.1.b) del CADH conforme al objeto y fin de la CADH

En una interpretación conforme al objeto y fin del tratado (interpretación teleológica) se analiza el propósito de las normas involucradas, esto es, el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, se analizan los propósitos del sistema regional de protección¹⁶. En relación a ello, la Corte IDH ha sostenido en casos como *Yatama Vs. Nicaragua* o *Castañeda Gutman Vs. México* que la finalidad del artículo 23 de la CADH, lo cual incluye evidentemente al artículo 23.1.b), es fortalecer la democracia como sistema de gobierno en el continente, sistema de

gobierno al cual se han orientado los Estados Miembros de la OEA en virtud de la Carta Democrática Interamericana¹⁷.

Lo anterior impone a los Estados una obligación frente a sus nacionales que se encuentran en el extranjero, pues si se tiene como norte el principio democrático, los Estados deben procurar la expansión del sufragio para los nacionales residentes en otras latitudes, lo cual incluso tendría como resultado una mayor legitimación de sus gobiernos.

De este análisis se torna evidente que en el SIDH existe una obligación para los Estados de garantizar el voto de sus nacionales fuera del territorio desde el punto de vista de una interpretación conforme al sentido corriente de los términos y una interpretación conforme al objeto y fin de la CADH.

II. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: EL DERECHO AL SUFRAGIO ACTIVO

En el Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos, el derecho al sufragio activo, plasmado como “derecho a elecciones libres” está reconocido en el artículo 3 del Protocolo

¹⁶Cp. Aguirre Arango, José. *La Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, pág. 87. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>

¹⁷Carta Democrática Interamericana. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001.

Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, pero, al igual que la CADH, el Protocolo Adicional no incluye de manera expresa el derecho al sufragio de las personas que residen en el exterior. También es ilustrativo señalar que tampoco lo hace la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (“Carta de Banjul”), sin embargo este instrumento internacional no será objeto de estudio en el presente artículo.

Respecto de los derechos políticos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”) también ha establecido que los mismos no son absolutos¹⁸ y ha tenido oportunidad en el caso *Shindler Vs. Reino Unido*¹⁹ de concluir que si bien existe una tendencia en los Estados de Europa a favor de permitir el voto de los ciudadanos residentes en el extranjero, las disposiciones internas de los Estados en la actualidad, no son concluyentes para afirmar que existe un consenso entre los Estados en cuanto a la extensión de sus obligaciones respecto de permitir a sus nacionales que se encuentran fuera del territorio nacional, el derecho a votar.

¹⁸Cp. TEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido* (no. 2). Sentencia de 6 de octubre de 2005. Aplicación N° 74025/01, párr. 36, *Caso Gítonas y otros Vs. Grecia*. Sentencia de 1 de julio de 1997. Aplicación N° 18747/92; 19376/92 y 19379/92, párr. 39.

¹⁹Cp. TEDH. *Caso Shindler Vs. Reino Unido*. Sentencia de 7 de mayo de 2013. Aplicación N° 19840/09, párr. 115.

Una conclusión de esa naturaleza invita, indudablemente, a pensar en la doctrina del margen de apreciación la cual sugiere que, en casos en que no haya un consenso entre los Estados sobre cómo se deba regular el ejercicio de ciertos derechos, y cuando se evidencie un contexto democrático es válido para los Estados una evaluación discrecional respecto a la aplicación de los derechos convencionales siempre que no se afecte la naturaleza del derecho en cuestión²⁰. De lo anterior se deduce que ni en el texto del Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ni en la jurisprudencia del TEDH se evidencia una obligación imponible a los Estados para permitir que sus nacionales voten cuando estén fuera de su país.

Naturalmente, en el ámbito europeo sí se han visto otros casos donde el TEDH, por ejemplo, evaluó la finalidad legítima de restringir el derecho a voto a un prisionero en una penitenciaría de Reino Unido²¹ o la restricción (y accesibilidad) del derecho al sufragio para una persona

²⁰Cp. Benavides Casals, María Angélica. *El Consenso y el Margen de Apreciación en la Protección de los Derechos Humanos*. Revista *Ius et Praxis*. Universidad de Talca, Chile. Vol. 15, núm. 1, 2009, pág. 303, y Greer, Steven. *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*. Council of Europe Publishing, Reader in Law, University of Bristol, United Kingdom. 2000, pág. 14.

²¹Cp. TEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido* (no. 2). *supra* nota 15.

con discapacidad²² que muestran una constante tarea del Tribunal de Estrasburgo por dirimir casos sobre restricciones del derecho a voto de distintas naturalezas y manifestaciones.

III. LA RESTRICCIÓN DEL DERECHO AL VOTO DESDE EL EXTRANJERO EN RAZÓN AL ESTATUS MIGRATORIO

La siguiente “fase” de la discusión sobre si la CADH y otros tratados importantes en materia de Derechos Humanos reconocen o no el derecho a voto a los nacionales que habitan fuera del país, es respecto a la legitimidad de exigir el estatus de migrante regular para poder ejercer este derecho, es decir, exigir a toda persona migrante que posea los documentos migratorios correspondientes a su identidad y al día con la legislación nacional del país donde se encuentre. En este punto es importante tener en cuenta que, en principio, la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no significan, *per se*, una restricción indebida a los mismos ya que estos no son absolutos²³ y

por lo tanto, las restricciones resultan admisibles en el ejercicio de los derechos políticos.

No obstante, tal restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, además de basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo y ser proporcional a ese objetivo. Del mismo modo, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas considera que cuando hay varias opciones para alcanzar ese objetivo (legítimo), debe escogerse la opción que restrinja en menor medida el derecho²⁴.

En el análisis *prima facie* pareciera ser que, exigir a una persona la regularidad de su estatus migratorio para poder acceder a este derecho no es una restricción indebida para aquellos que se encuentran en un estatus migratorio irregular siempre y cuando se evidenciara una necesidad social imperativa que justifique tal restricción. En este aspecto, la Corte IDH no ha tenido oportunidad aún de referirse a este tema en específico, sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo en ocasiones ha tenido que evaluar si exigir la residencia para ejercer el derecho al voto es violatorio o no del Convenio Europeo para la

²²Cp. TEDH. *Caso Alajos Kiss Vs. Hungría*. Sentencia de 20 de mayo de 2010. Aplicación N° 38832/06.

²³Cp. Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 206;

TEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido (no. 2)*. *supra nota* 15, párr. 36

²⁴Cp. ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 25. *Derecho a Participar en los Asuntos Públicos, Derecho a Votar y Derecho al Acceso, en Condiciones de Igualdad a las Funciones Públicas (art. 25)*. 12 de julio de 1996, párrs. 11, 14, 15 y 16.

Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Por ejemplo, el caso *Shindler Vs. Reino Unido*, un caso que no trata precisamente de elecciones presidenciales generales, sin embargo resulta ilustrativo para fines de este estudio. En el caso bajo estudio el demandante era un ciudadano británico que dejó su país en 1982 después de su retiro y se mudó a Italia con su esposa, nacional de ese país. De conformidad con la legislación de Reino Unido, los ciudadanos británicos que residen en el extranjero pueden votar para las elecciones parlamentarias solo durante los primeros quince años contados a partir de su salida del Reino Unido. En este caso el demandante ya había permanecido más de quince años en Italia y por lo tanto ya no tenía el derecho a voto y como consecuencia de ello no pudo sufragar en las elecciones de 5 de mayo de 2010.

En este caso, ni el demandante ni el Estado identificaron expresamente el objetivo legítimo de la restricción, pero el TEDH consideró que confiar la elección parlamentaria a los ciudadanos que mantienen una estrecha relación con el Reino Unido constituía un objetivo legítimo, pues ellos son directamente afectados por las leyes que el Parlamento británico adopta.

A una conclusión similar llegó el TEDH en el caso *Sitaropoulos y Giakoumopoulos Vs. Grecia*, que versaba sobre dos funcionarios griegos

del Consejo de Europa que reclamaban su participación en las elecciones generales de su país en el año 2007 votando desde Francia, país donde residían de forma permanente. Ambos le manifestaron en una misiva al embajador griego en Francia su deseo de participar en las elecciones generales que se llevarían a cabo el 16 de septiembre del año 2007, por ser un derecho reconocido en su constitución.

Cuatro días antes de llevarse a cabo los comicios, el embajador, basándose en las instrucciones y datos facilitados por el Ministerio del Interior de Grecia, respondió lo siguiente: "*El Estado griego confirma su deseo de garantizar a los ciudadanos griegos residentes en el extranjero el ejercicio de su derecho al voto desde su lugar de residencia, sin embargo, ello requiere normas legales que no existen actualmente. Estas normas no pueden ser introducidas por una simple decisión administrativa ya que se requieren medidas especiales para la creación de centros de votación en embajadas y consulados. A la luz de lo anterior, y a pesar de la voluntad expresada por el Estado, la solicitud relativa a las próximas elecciones no puede concederse por razones objetivas*". Con esta respuesta negativa, las elecciones generales se llevaron a cabo y los demandantes, que no viajaron a Grecia, no ejercieron su derecho al voto.

En el análisis de la cuestión, el TEDH evaluó las restricciones al derecho a voto de los nacionales que habitan fuera del país desde el criterio de “residencia”, destacó que una restricción de tal naturaleza puede justificarse por varios factores, y explico cuatro: en primer lugar, la presunción de que los ciudadanos no residentes no están directamente vinculados con los problemas diarios de su país y tienen mucho menos conocimiento de ellos; en segundo lugar, el hecho de que los ciudadanos no residentes tienen menos influencia en la selección de candidatos o en la formulación de sus programas electorales; en tercer lugar, la estrecha relación entre el derecho a votar en elecciones parlamentarias y el hecho de ser directamente afectado por los actos de los órganos políticos así elegidos; y en cuarto lugar, la legítima preocupación que puede tener la legislatura por limitar la influencia de los ciudadanos residentes en el extranjero en las elecciones en las cuestiones que afectan principalmente a las personas que viven en el país de origen. Estos fundamentos fueron esgrimidos con anterioridad por la Comisión Europea de los Derechos Humanos en casos como *Polacco y Garofalo contra Italia* y *X e Y “Asociación” contra Italia*. Por estos criterios el TEDH consideró que Grecia no había violado el derecho a voto reconocido en el artículo 3 del Protocolo Adicional al Convenio para la Protec-

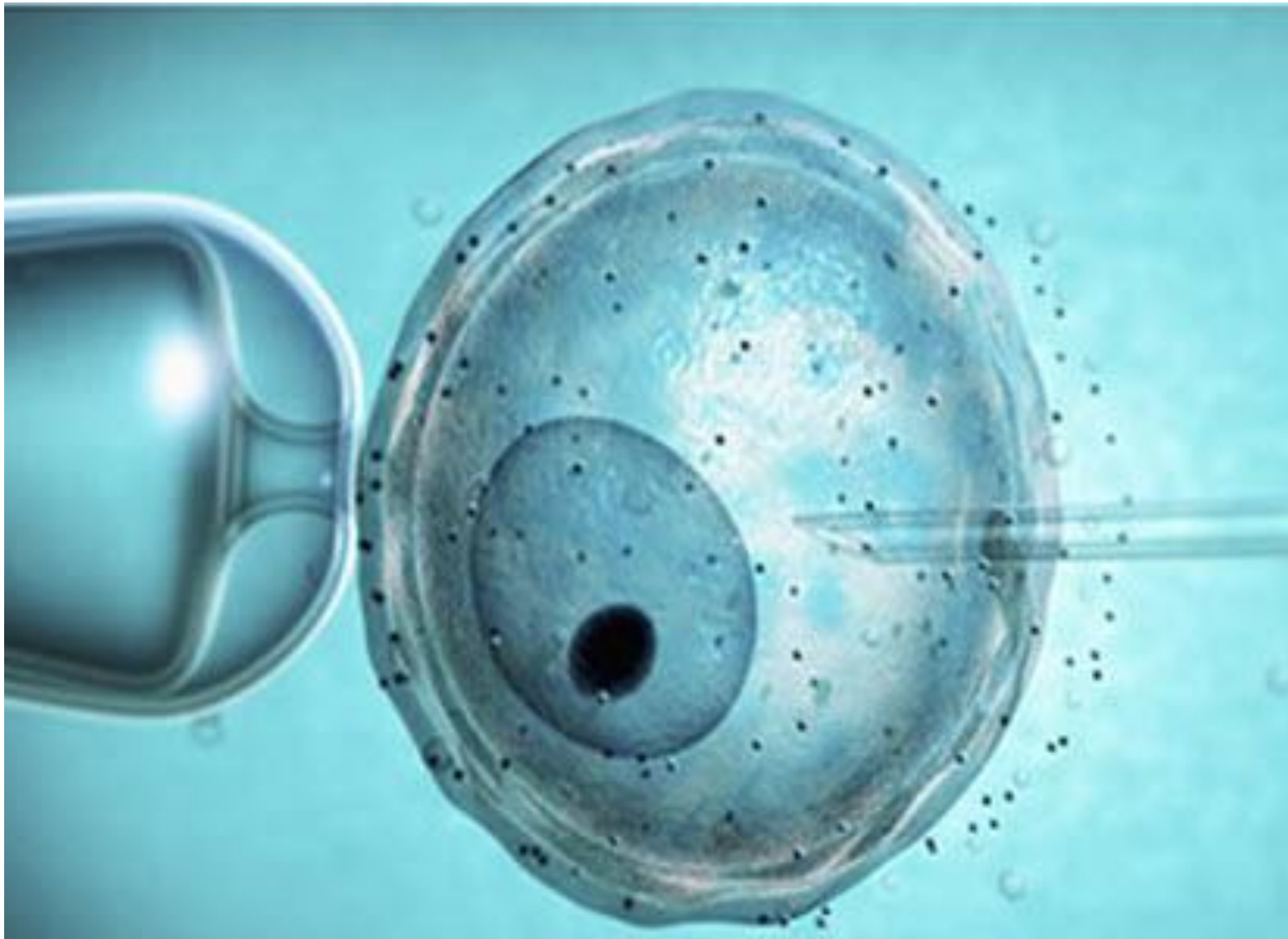
ción de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

De esta forma, se puede observar cómo pese a existir una norma constitucional que reconoce el derecho al voto, el TEDH entendió que de la propia Constitución se puede interpretar que el ejercicio de este derecho está sujeto a la sanción de una ley y que es el Estado quien debe evaluar la oportunidad y forma en que la ley debe ser emitida para efectivizar el sufragio.

Como se puede apreciar existe un común denominador en los casos estudiados, esto es, el concepto de “residencia”. Vemos, en los casos bajo examen, como los Estados no exigen que sus nacionales sean residentes regulares en otros países sino solo residentes, es decir, que estén en ese lugar radicando. Por lo tanto, exigir a un nacional que se encuentra fuera del territorio nacional que evidencie la regularidad de su residencia para poder votar devendría en una formalidad carente de justificación objetiva y real que solo obstaculizaría que el votante plasme de manera efectiva su voluntad en el sufragio y dentro del SIDH, al parecer, no fue tal la intención de los Estados Partes de la CADH o al menos eso no se desprende de los *travaux préparatoires* del texto Convencional que no otorgan un concepto u interpretación distinta al término “residencia” del artículo 23.2 de la CADH.

Como reflexión final, es importante para la democracia en América que los Estados orienten sus políticas en favor de expandir la garantía del derecho a voto, pues de esta manera se conseguirá que los gobiernos alcancen mayor respaldo y por ende legitimidad. De la misma manera, también se conseguirá que los ciudadanos, aun-

que estén fuera de su nación, sientan que no han perdido su condición de personas humanas dignas de ser tomadas en cuenta en las decisiones de su país el cual muchas veces abandonan por factores ajenos a su voluntad.



Editorial

Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”)
vs. Costa Rica: ¿Un Estado rebelde?

“... la protección a la vida privada incluye el respeto de las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos.”

Corte Interamericana de Derechos Humanos

El 28 de noviembre de 2012, hace poco menos de dos años, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte IDH”) emitió la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas en el *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*.¹²⁶ En la parte dispositiva de su resolución, la Corte declaró la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la CADH”) en perjuicio de Grettel Artavia Murillo y otras dieciocho víctimas. Sin entrar al fondo del caso y evitando emitir juicios de valor al respecto –por no ser el tema que buscamos discutir en este espacio–, se puede afirmar que con esta condenatoria el Estado de Costa Rica es internacionalmente responsable por la violación de los derechos humanos de esas personas y las demás “partes lesionadas”.

De acuerdo con el Derecho Internacional Público, la responsabilidad internacional de un Estado conlleva siempre la reparación del daño causado. En el caso *Fábrica de Chorzow [Factory at Chorzow]* entre los Estados de Alemania y Polonia, la Corte Permanente de Derecho Internacional (actualmente la Corte Internacional de Justicia) indicó lo siguiente:

¹²⁶ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

*“... Es un principio de derecho internacional, e incluso una concepción general de derecho, que toda violación de un compromiso implica obligación de reparar en forma adecuada; (...) la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, según toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido...”*¹²⁷

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos adoptó esta regla. Así, la Corte IDH ha sostenido que, de conformidad con lo que dispone el artículo 63.1 de la CADH, el Estado está obligado a brindar una “reparación integral” o *restitutio in integrum* a las víctimas de violaciones de derechos humanos.¹²⁸ Para definir la naturaleza de esta reparación –ya sean estas de indemnización o de satisfacción–, la Corte ha tomado en cuenta tres factores: la justicia, la no repetición de los hechos y el reconocimiento público de responsabilidad o satisfacción.¹²⁹

¹²⁷ *Factory at Chorzow (Germ. v. Pol.)*, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 9 (July 26). p.21.

¹²⁸ Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 450.

¹²⁹ VENTURA, Manuel. “Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los

En el caso que estudiamos, la Corte ordenó al Estado un total de diez medidas de reparación.¹³⁰ A saber:

- (i) La rehabilitación psicológica de las víctimas de forma gratuita e inmediata, hasta por cuatro años;
- (ii) la publicación del resumen de la sentencia elaborado por la Corte, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, y de la Sentencia completa en un sitio *web* oficial del Poder Judicial durante al menos un año;
- (iii) la adopción de las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la fertilización *in Vitro* (en adelante “la FIV”), informando cada seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto;
- (iv) la regulación, “a la brevedad”, de los aspectos que el Estado considere necesarios para la implementación de la FIV, incluyendo el establecimiento de sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que lleven a cabo esta técnica de reproducción asistida, e informando anualmente sobre la

puesta en vigencia gradual de estos sistemas;

- (v) la inclusión de la FIV dentro de los programas y tratamientos brindados por la Caja Costarricense de Seguro Social (C.C.S.S.), informando cada seis meses sobre las medidas adoptadas y los planes diseñados para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran;
- (vi) la implementación de programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales;
- (vii) la suma de US\$ 5.000 a favor de cada uno de las ocho víctimas que tuvieron que hacer viajes al exterior para tener acceso a la FIV, por concepto de indemnización por daño material;
- (viii) la suma de US\$ 20.000 para cada una de las víctimas por concepto de indemnización por daño inmaterial; y
- (ix) la suma de US\$ 15.000 por concepto de costas y gastos a favor de los representantes de las víctimas.
- (x) rendir un informe general sobre las medidas adoptadas dentro del plazo de un año desde la notificación de la

derechos económicos, sociales y culturales”. *Revista IIDH*. Julio-Diciembre 2012, N° 56, p.140.

¹³⁰ Corte IDH, *op.cit.*, párrs. 324-373; p.115.

resolución (20 de diciembre de 2012).¹³¹

De estas medidas, sabemos que el Estado ha cumplido con la rehabilitación psicológica de las víctimas,¹³² la publicación del resumen de la sentencia en el Alcance Digital N° 45 de *La Gaceta* del 8 de marzo de 2013,¹³³ la indemnización a las víctimas por daño material e inmaterial y el pago de las costas del proceso a los representantes de las víctimas.¹³⁴ También ha estructurado programas para la capacitación de jueces en derechos humanos y derechos reproductivos, y ha comenzado a formar médicos para la aplicación de la técnica de la FIV.¹³⁵ Adicionalmente, el 20 de junio, 21 de agosto y 20 de diciembre de 2013 el Estado presentó ante la Corte IDH informes en los cuales comunicó sobre las medidas tomadas para el cumplimiento de la sentencia.¹³⁶

¹³¹ *Ibid.*, p.115.

¹³² ORTIZ, Oriana. *Defensoría rinde a Corte Interamericana informe del incumplimiento del país sobre FIV* [en línea]: El País.cr, 13 de diciembre de 2013 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web:

http://www.elpais.cr/frontend/noticia_detalle/1/88871.

¹³³ Imprenta Nacional. *Alcance Digital No. 45. Diario Oficial La Gaceta* [en línea]: Imprenta Nacional, 8 de marzo de 2013 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.gaceta.go.cr/pub/2013/03/08/ALCA45_08_03_2013.pdf

¹³⁴ ORTIZ, *op.cit.*

¹³⁵ *Ídem.*

¹³⁶ Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Resolución de

De esta forma, se podría decir que Costa Rica ha cumplido de forma satisfactoria con cinco de las diez obligaciones impuestas por la Corte en el 2012, y ha tomado medidas concretas con el fin de acatar otras tres. Sin embargo, estas acciones son de poco impacto para la reparación integral de las víctimas cuando se toma en cuenta que las medidas que no han sido satisfechas del todo implican la posible repetición de la conducta por la cual la Corte condenó al Estado.

Como hemos señalado, Costa Rica está obligada a adoptar las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV y a regular "a la brevedad" los aspectos que considere necesarios para la implementación de dicha técnica. Debemos recordar que de conformidad con el artículo 2.1 de la CADH, los Estados Partes tienen dos deberes fundamentales: el de respetar y el de garantizar. En principio, podríamos apreciar que las formas de reparación que hasta el momento incumple Costa Rica están relacionadas cada una con alguno de estos deberes.

En primer lugar, el adoptar medidas para dejar sin efecto la prohibición de practicar la FIV parece estar vinculado con el deber de respetar y no tanto con el de garantizar.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 31 de marzo de 2014.

Éste exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos que establecen los tratados que ha ratificado.¹³⁷ Así las cosas, el deber de respetar normalmente se configura como uno de abstención, de “no hacer” o de conductas negativas.¹³⁸

Cuando la Sala Constitucional prohibió la FIV en su resolución número 2000-02306 el 15 de marzo de 2000,¹³⁹ interfirió indebidamente en una conducta que permitía la satisfacción de los derechos consagrados en la CADH. De haberse abstenido de pronunciarse al respecto, o de haber declarado sin lugar la acción de inconstitucionalidad presentada, Costa Rica no estaría afrontando esta situación. Desde esta perspectiva, y conforme a lo que indicaron los representantes de las víctimas en su solicitud de medidas provisionales ante la Corte IDH (rechazada por medio de resolución de 31 de marzo de 2014),¹⁴⁰ se podría entender que basta con que el Estado se abstenga de regu-

lar de cualquier forma la técnica de la FIV para que cualquier clínica privada del país pueda practicarla y de esa forma levantar la prohibición y cumplir con la medida de reparación impuesta.

Sin embargo, esta visión entra en contradicción con la siguiente medida de reparación ordenada por la Corte. Si la única conducta necesaria para asegurar la no repetición es el respeto o la abstención, ¿por qué la Corte obliga al Estado costarricense a regular la técnica? Parece que este tribunal internacional –a pesar de concluir que se debe permitir la FIV en el país– no desea que se lleve a cabo de forma irrestricta y por ende, la no prohibición implica una conducta “positiva” y no solamente una omisión voluntaria por parte del Estado. De ahí que en este caso, no nos encontramos ante una obligación de respetar pura. Esto nos lleva al siguiente punto.

Según lo mencionado anteriormente, parece claro que la obligación de regular la implementación de la FIV se encuentra unida al levantamiento de su prohibición,¹⁴¹ y a su vez, está

¹³⁷ MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago, Chile: Universidad de Chile. 2007. 232 p. ISBN: 978-956-19-0559-7. p. 19.

¹³⁸ MEDINA QUIROGA, Cecilia. *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos* [en línea]. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005 [ref. del 31 de marzo de 2014]. Disponible en web: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>>. p.39.

¹³⁹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto No. 2000-02306 del 15 de marzo de 2000.

¹⁴⁰ Corte IDH, *op.cit.*, Considerando No.4.

¹⁴¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos parece estar de acuerdo con esta afirmación, pues señala que “el cumplimiento de esta medida se encuentra íntimamente relacionada con la anterior; esto es, con levantar la prohibición y regular la técnica”. ÁVALOS, Ángela. *CIDH preocupada por lento avance en fertilización ‘in vitro’* [en línea]. La Nación, 24 de junio de 2014 [ref. de 24 de julio de 2014]. Disponible en Web:

vinculada con el deber de garantizar los derechos humanos. Esto último “exige al Estado emprender las acciones para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y gozarlos”¹⁴² de forma real y efectiva.¹⁴³ Entre las acciones comprendidas dentro de este deber, encontramos la adopción de medidas legislativas. Podríamos entrar a una discusión sobre si la regulación de la FIV en Costa Rica requiere de una ley o si se podría dar por medio de un mero reglamento ejecutivo. Sin embargo, nos parece que en virtud de la posición adoptada por la Corte IDH en la sentencia que condena al Estado¹⁴⁴ y por el desarrollo que ha hecho en otros momentos sobre la naturaleza de las leyes en aspectos relacionados con la regulación derechos humanos,¹⁴⁵ aceptamos que el medio idóneo para regular la técnica es la Ley y no una norma de jerarquía inferior.

No obstante, esto no puede representar una licencia para que el Estado retrase la aprobación de una ley que regule la FIV. La

Corte fue clara en su sentencia cuando señaló que esta medida debía cumplirse “a la brevedad”. Éste, por supuesto, es un término abstracto, pero en general podríamos entender por brevedad la “corta extensión o duración de una cosa, acción o suceso”.¹⁴⁶ En casos similares, otros Estados han realizado reformas no solo legislativas sino además constitucionales en un periodo de seis meses para acatar fallos de la Corte.¹⁴⁷ Por ende, la falta de un plazo determinado para cumplir con la regulación de la FIV (solamente existen plazos fijos para la presentación de informes, pero no para las conductas correctivas en sí) no puede ser una justificación para la inercia estatal.

De los muchos proyectos¹⁴⁸ que han pasado por la Asamblea Legislativa desde el 2010 para regular la técnica de reproducción asistida, ninguno ha sido aprobado. El proyecto con mayor avance, actualmente tramitándose bajo el expe-

http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/CIDH-preocupada-lento-avance-fertilizacion_0_1422657760.html.

¹⁴² MEDINA QUIROGA Y NASH ROJAS, *op.cit.*, p.19.

¹⁴³ NASH, *op.cit.*, p.182.

¹⁴⁴ Corte IDH, *op.cit.*, párr. 311.

¹⁴⁵ Corte IDH. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párrs. 21-37.

¹⁴⁶ Real Academia Española. *Brevedad* [en línea]. Diccionario de la lengua española, s.f. [ref. de 20 de julio]. Disponible en Web: <http://lema.rae.es/drae/?val=brevedad>.

¹⁴⁷ Cfr. Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2002.

¹⁴⁸ SOLANO, Hugo. *Presidente del Congreso anunció nueva iniciativa sobre fertilización ‘in vitro’* [en línea]. La Nación, 18 de diciembre de 2013 [ref. de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Presidente-Congreso-Asamblea-Fertilizacion-Vitro_0_1385061577.html.

diente legislativo número 18.824, fue introducido a la corriente legislativa el 1 de julio de 2013 (aproximadamente siete meses luego de la notificación de la sentencia de la Corte). Desde ese momento, fue estudiado por la Comisión Permanente de Asuntos Sociales, pasó por primer debate en el Plenario de la Asamblea Legislativa, y fue trasladado nuevamente a la Comisión el 1 de julio de este año.¹⁴⁹ Es decir, pasó exactamente un año desde su primer movimiento hasta el último que registra.

Adicionalmente, los representantes de las víctimas han llamado la atención sobre posibles inconformidades del proyecto con la sentencia de la Corte, especialmente en lo relativo a la prohibición de permitir que las mujeres solteras tengan acceso a la técnica de la FIV.¹⁵⁰ Sin embargo, este es un aspecto que le corresponderá evaluar a la Corte en una eventual resolución de supervisión de cumplimiento.

Esta situación sería bastante común si se tratase de cualquier otro proyecto de ley. Sin embargo,

el atraso en este proyecto en particular¹⁵¹ pone a Costa Rica en una posible situación de rebeldía ante un tribunal internacional. Los esfuerzos realizados hasta el momento¹⁵² simplemente no son suficientes. Este problema se agrava cuando se toma en cuenta que en los últimos años el Poder Ejecutivo ha contribuido a ese incumplimiento, a pesar de haber señalado en algunas

¹⁴⁹ Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Detalle del proyecto de ley. Núm. Proyecto: 18824* [en línea]. Asamblea Legislativa, s.f. [ref. de 5 de agosto de 2014]. Disponible en Web: http://www.asamblea.go.cr/Centro_de_Informacion/Consultas_SIL/Pginas/Detalle%20Proyectos%20de%20Ley.aspx?Numero_Proyecto=18824.

¹⁵⁰ ÁVALOS, Ángela. *Abogado pone queja contra Costa Rica por FIV* [en línea]. La Nación, 15 de julio de 2014 [ref. de 15 de julio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/Cardenal-nicaraguense-invitado-agosto_0_1426857307.html.

¹⁵¹ Cfr. SEQUEIRA, Aarón. *Diputados salieron a vacación y evitaron decidir sobre la FIV* [en línea]. La Nación, 20 de diciembre de 2013 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Diputados-vacaciones-definir-futuro-FIV_0_1385461501.html; SEQUEIRA, Aarón. *Diputados rompen cuórum para evitar discusión del nuevo plan de fertilización 'in vitro'* [en línea]. La Nación, 19 de diciembre de 2013 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Diputados-rompen-cuorum-discusion-fertilizacion_0_1385261654.html.

¹⁵² OVIEDO, Esteban. *Diputados priorizan Banca para el Desarrollo, ruta 32, FIV y proyectos para la CCSS* [en línea]. La Nación, 22 de mayo de 2014 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Diputados-Banca-Desarrollo-FIV-CCSS_0_1416058477.html; RUIZ, Gerardo. *Subcomisión del Congreso afinará propuesta para regular la fertilización in vitro* [en línea]. La Nación, 27 de mayo de 2014 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Subcomision-Congreso-afinara-propuestas-fertilizacion_0_1417058561.html; RUIZ, Gerardo. *PAC acelerará discusión de fertilización in vitro desde Comisión de Sociales* [en línea]. La Nación, 20 de mayo de 2014 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/PAC-acelerara-fertilizacion-Comision-Sociales_0_1415658676.html; MATA, Esteban. *Diputados quieren prohibir fertilización 'in vitro' a mujeres solteras* [en línea]. La Nación, 7 de julio de 2014 [ref. de 7 de julio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/gobierno/Diputados-quieren-prohibir-fertilizacion-solteras_0_1425257488.html.

ocasiones que el proyecto de ley es una prioridad y haber llevado a cabo negociaciones para su aprobación.¹⁵³ La prueba más reciente de esta falta de iniciativa fue la negativa de dicho Poder de convocar el proyecto de ley a sesiones extraordinarias en la Asamblea Legislativa, en razón de una “valoración política” de “conveniencia” en relación con otros proyectos.¹⁵⁴

Debemos recalcar que de conformidad con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”¹⁵⁵ Por ende, el Estado costarricense no puede escudarse en su procedimiento legislativo engorroso, la falta de acuerdos políticos o inclusive la interferencia de actores de la sociedad civil.¹⁵⁶ Mucho menos, en motivos de “conveniencia” políticos.

Tampoco tiene mayor importancia desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –salvo quizás para demostrar la actitud del Estado ante sus obligaciones– que en Costa Rica ya se hayan iniciado procesos judiciales en tres jurisdicciones distintas con el fin de obligar al cumplimiento de la sentencia. La Sala Constitucional ha rechazado de plano dos recursos de amparo que tenían ese objetivo.¹⁵⁷ Asimismo, se presentó una acción penal contra los cincuenta y siete diputados de la Asamblea Legislativa,¹⁵⁸ y el Tribunal Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda también tiene pendiente la resolución de acciones dirigidas en ese sentido.¹⁵⁹ Al respecto, nos parece interesante que el artículo 68.2 de la CADH faculta a las víctimas para ejecutar las indemnizaciones ordenadas por la Corte en la jurisdicción interna que corresponda –en el caso de Costa Rica, la jurisdicción contencioso administrativa– pero no para ejecutar cualquier otro tipo de reparación.

¹⁵³ SEQUEIRA, Aarón. *PAC negocia com Restauración Nacional cómo aplicar la fertilización ‘in vitro’* [en línea]. La Nación, 7 de julio de 2014 [ref. de 7 de julio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/PAC-Restauracion-Nacional-aplicar-fertilizacion_0_1417458278.html.

¹⁵⁴ MORA, Carlos. *Gobierno ve conveniente no convocar Fertilización in Vitro y Uniones Gay para avanzar en otros proyectos* [en línea]. La Nación, 29 de julio de 2014 [ref. de 29 de julio de 2014]. Disponible en Web: <http://www.ameliarueda.com/nota/gobierno-ve-conveniente-no-convocar-fertilizacion-in-vitro-y-uniones-gay-pa>.

¹⁵⁵ *Ibid.*, art.27.

¹⁵⁶ CANTERO, Marcela. *Arzobispo de San José llama a ‘defender la vida’ en misa de Domingo de Resurrección* [en línea]. La Nación, 20 de abril de

2014 [ref. de 15 de junio de 2014]. Disponible en Web:

http://www.nacion.com/nacional/religion/Arzobispo-San-Jose-Domingo-Resurreccion_0_1409659135.html.

¹⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Voto número 1424-2014.

¹⁵⁸ SEQUEIRA, Aarón. *Demanda por atraso em FIV toca puertas del Congreso* [en línea]. La Nación, 18 de diciembre de 2013 [ref. de 15 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/politica/Demanda-atraso-FIV-puertas-Congreso_0_1385061536.html.

¹⁵⁹ Corte IDH, *op.cit.*, párr.4.

Por otro lado, la Defensoría de los Habitantes ha presentado informes ante la Corte IDH denunciando la dilación del Estado,¹⁶⁰ calificando la situación como un “grave error y un mal precedente”.¹⁶¹ Para el *ombudsman*, los principales motivos de esta dilación, son: (i) la falta de comprensión del sistema regional de derechos humanos y el papel de Costa Rica en el sistema; (ii) la existencia de acciones técnicas no acompañadas de acciones políticas que impulsen el procedimiento legislativo; y (iii) la existencia de acciones obstruccionistas por parte de algunos diputados y diputadas.¹⁶² La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha manifestado su “profunda preocupación” por la falta de ejecución del fallo,¹⁶³ y la presión internacional sigue aumentando, al punto de llamar a Costa Rica “el país rebelde”.¹⁶⁴

Ante esta situación, parece consecuente que la Corte comience a tomar medidas más contundentes en su labor de supervisión del cumplimiento de la sentencia. Esta función se fundamenta en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la CADH y 30 del Estatuto de la Corte, así como en la *opinio juris communis* de los Estados americanos.¹⁶⁵ Principalmente se detalla en el numeral 63 del Reglamento de ese mismo órgano, adicionado en el 2009, que dispone:

1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes legales. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir las pericias e informes que considere oportunas.

¹⁶⁰ RECIO, Patricia. *Defensoría afirma que Costa Rica comete un “grave error” al incumplir resolución de la CIDH* [en línea]. La Nación, 27 de junio de 2013 [ref. de 15 de junio de 2014]. Disponible en Web: http://www.nacion.com/nacional/salud-publica/Defensoria-Costa-Rica-CIDH-FIV_0_1350265115.html; ORTIZ, Oriana, *op.cit.*

¹⁶¹ Defensoría de los Habitantes. *Costa Rica irrespetó resolución de Corte Internacional en caso de Fertilización in Vitro*. Revista Humanas, Edición No. 2, II semestre 2013, pp. 5-7 [en línea]. Defensoría de los Habitantes, 2013 [ref. de 20 de julio de 2014]. Disponible en Web: <http://www.unfpa.or.cr/documentos-y-publicaciones-14/genero/187-revista-humanas-edicion-2/file>.

¹⁶² *Ídem*.

¹⁶³ ÁVALOS, *op.cit.*

¹⁶⁴ MUÑOZ, Nefer. *Costa Rica: el país que niega la fertilización in vitro* [en línea]. BBC Mundo, 12 de agosto de 2013 [ref. de 10 de junio de 2014]. Disponible en Web:

http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/08/130812_fertilizacion_in_vitro_costarica_nm.shtml.

¹⁶⁵ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párrs. 102 y 133.

3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar a las partes a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones.

4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

Hemos constatado que el primero de estos pasos se está llevando a cabo. El Estado ha presentado sus informes semestrales y uno anual, según le fue ordenado por la Corte. Asimismo, los representantes de las víctimas y la Comisión han hecho sus observaciones a dichos informe, a pesar de tener que ser prevenidos de ello.¹⁶⁶ Sin embargo, se ha abstenido de utilizar las demás herramientas que le brinda el 63 del Reglamento. De hecho, rechazó expresamente una solicitud de los representantes de las víctimas para que se convocara a las partes a una audiencia privada, alegando que “no encuentra necesario acceder a esa solicitud en el actual desarrollo de la etapa de supervisión de cumplimiento.”¹⁶⁷ No obstante, en esa misma resolución, la Corte recordó que.

“...los Estados Parte en la Convención deben cumplir de buena fe sus obligaciones convencionales interna-

cionales, tales como la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones de este Tribunal, lo cual constituye un principio básico del Derecho Internacional (pacta sunt servanda). Asimismo, deben garantizar los efectos propios de tales disposiciones convencionales (effet utile) en el plano de sus respectivos derechos internos. En ese sentido, Costa Rica debe implementar las referidas medidas de reparación en los términos señalados en la Sentencia y con la mayor eficiencia posible, tomando en cuenta que están dirigidas a que cumpla con sus obligaciones de garantizar los derechos humanos a una generalidad de personas bajo su jurisdicción, trascendiendo el caso concreto.”¹⁶⁸

Si eventualmente la Corte IDH emitiera una resolución en la cual encuentre que el Estado de Costa Rica incumplió su fallo, aunque sea parcialmente, deberá informarlo a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su reporte anual a ese organismo (artículo 30 del Estatuto de la Corte). Los representantes de las víctimas ya pusieron en marcha este mecanismo el 10 de julio, cuando solicita-

¹⁶⁶ Corte IDH, *op.cit.*, Considerando No.12.

¹⁶⁷ *Ídem.*

¹⁶⁸ *Ibíd.*, Considerando No.11.

ron al Tribunal que declarara el incumplimiento de la sentencia.¹⁶⁹

Recientemente, la Corte se ha tomado hasta siete años para emitir una resolución de supervisión de cumplimiento en la cual, aún cuando la falta de acatamiento de las medidas de reparación es evidente, solamente mantiene abierto el procedimiento de supervisión y requiere al Estado “adoptar todas las medidas necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a la totalidad de los puntos resolutive de la Sentencia.”¹⁷⁰ Por ende, es poco probable que la Corte acoja la solicitud de los representantes de las víctimas, a pesar de que el Estado ya se haya extralimitado en el plazo razonable y “breve” para cumplir con su mandato.

A manera de conclusión, podemos señalar que si bien el gobierno costarricense ha cumplido o ha tomado los primeros pasos para cumplir con la mayoría de medidas reparatorias ordenadas por la Corte, este análisis no se debe abarcar desde un punto de vista meramente cuantitativo. La falta de aprobación de una ley que regule la FIV en el país, que a su vez condiciona el levantamiento real de la prohibición de implementar esta técnica, significa un irrespeto serio hacia el Derecho Internacional de los Derechos Humana-

nos y es una muestra de la falta de capacitación de los funcionarios públicos en este área. Efectivamente, Costa Rica se perfila ante la comunidad internacional como un “país rebelde”.

Sin embargo, más allá del plano jurídico, lo que las personas encargadas de tomar decisiones políticas en este país parecen no valorar es que la dignidad del ser humano está por encima de cualquier valoración política o moral de conveniencia. El *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica* debería representar una oportunidad para no solo afianzar la tradición de respeto del país por los derechos humanos, sino además, una ventana para iniciar un proceso de transformación de la mentalidad del aparato estatal. No obstante, parece que esa ventana se está cerrando y que estamos condenados a repetir nuestros errores.

¹⁶⁹ ÁVALOS, *op.cit.*

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución del Presidente en ejercicio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de julio de 2013.

¡UNITE A LAS COMISIONES PARA LA PROMOCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL EN COSTA RICA!

¿Cuál de las siguientes áreas del Derecho Internacional te apasiona más?

- Derecho Internacional Privado.
- Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario.
- Derechos Humanos.

¿De qué se trata?

Cada **comisión**, conformada por un máximo de 5 personas, se enfocará en la promoción del conocimiento sobre áreas específicas del Derecho Internacional.



¿Cómo colaborarás con el Derecho Internacional en nuestro país?

- **Fomentarás** el Derecho Internacional a través de seminarios, conferencias y conversatorios.
- **Informarás** al gremio sobre las más recientes noticias y publicaciones de tu área de interés.
- **Mantendrás al día** a la comunidad jurídica sobre potenciales y nuevas regulaciones en el Derecho Internacional.
- **Promocionarás** y fomentarás las competencias internacionales.

¡Participar es muy sencillo!

Para recibir más información, **escribinos** a info@acodicr.org

FORMÁ PARTE DE LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Beneficios de ser asociado de ACODI:

- Pertenecer a una red interamericana de estudio del Derecho Internacional.
- Acceso a eventos académicos.
 - o Charlas
 - o Sesiones de discusión sobre temas relevantes del Derecho Internacional
 - o Premio Manuel María de Peralta
- Suscripción a la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- Suscripción a Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de ser columnista en Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de postularse como miembro de las Comisiones Temáticas de ACODI.
- Posibilidad de postularse como miembro de la Junta Directiva de ACODI.
- Ser observadora(a) de las competencias internacionales organizadas por ACODI de forma gratuita.
- Asesoría en participación en competencias internacionales.
- Posibilidad de participar como secretario(a) o juez en las competencias internacionales organizadas por ACODI.



Escribinos a info@acodicr.org

Información para AUTORES

Sus contribuciones son bienvenidas al siguiente correo electrónico:

RevistaDerechoInternacional@acodicy.org

La Revista Costarricense de Derecho Internacional acepta contribuciones (artículos, ensayos, reseñas) para su publicación.

Las postulaciones deberán contener al menos los siguientes datos:

- i. Identificación del candidato (nombre y apellidos).
- ii. Detalles de su trayectoria en el campo del Derecho Internacional. En caso de no contar aún con un grado universitario deberá indicar la Universidad en la cual se encuentra matriculado, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en el Derecho Internacional.
- iii. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del tema sobre el cual basaría su contribución.

Una vez aceptadas las postulaciones, los artículos deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Redacción en formato WORD.
- b) El título del artículo debe aparecer centrado.
- c) De seguido y al margen derecho, constará el nombre y apellidos del autor.
- d) Un resumen en español (titulado “Resumen”) y otro en inglés (titulado “Abstract”). Cada uno tendrá una extensión máxima de doscientas palabras, a espacio sencillo.
- e) Después deberá aparecer el artículo cuyo contenido debe tener una extensión máxima de 7,000 palabras.
- f) Las citas o referencias a documentos impresos o electrónicos que se incluyan dentro del artículo se harán utilizando un único formato de citación.
- g) El Director o el Consejo Editorial podrán apereibir al autor de corregir cualquier contenido que resulte ofensivo o que utilice lenguaje no apropiado. De no corregirse el motivo del apereibimiento, podrán rechazar el artículo.
- h) Sin perjuicio de lo anterior, los contenidos y opiniones que se vierten en cada artículo son responsabilidad exclusiva de cada autor, y no de los encargados de la Revista o de ACODI.
- i) El contenido del artículo deberá ser original y no haber sido publicado con anterioridad en algún otro medio.
- j) El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos. Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otra revista o cualquier otro soporte documental, deberá hacerlo indicando los datos de su publicación previa en la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- k) El Consejo Editorial podrán admitir la publicación de artículos o conferencias publicadas de forma previa en otras revistas o soportes documentales, en consideración a su relevancia. En este caso deberán indicarse los datos de la publicación previa.