

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA SEXTA EDICIÓN

Editorial

LA ADHESIÓN DE COSTA RICA A LA CONVENCIÓN DE LAS
NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE
COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS: UN
RETADOR PASO HACIA EL DESARROLLO DEL COMERCIO
INTERNACIONAL COSTARRICENSE

Édgar E. Méndez Zamora

EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL COMO
FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN

Mario Peña Chacón

EL VALOR INTRÍNSECO DEL ESTATUTO DE ROMA DE LA
CORTE PENAL INTERNACIONAL Y LOS DESAFÍOS
LEGISLATIVOS PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN
GUATEMALA Y COSTA RICA

Alexander Aizenstatd Leistenschneider y Helena Dávila Esquivel

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA COMPETENCIA
INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE A LA LUZ DE LA
REFORMA PROCESAL LABORAL

Silvia Tercero Hernández Carranza

LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE
LA CISG

Mauricio París Cruz

LA MEDIACIÓN FAMILIAR TRANSFRONTERIZA EN LOS
CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS:
SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Luciana B. Scotti

ENTREVISTA

Sra. Christiana Figueres Olsen, ganadora del Premio Manuel María
de Peralta

VI EDICIÓN

I semestre
2017



CONSEJO EDITORIAL

Director General:

Édgar E. Méndez Zamora

Consejo Editorial:

María José Araya Álvarez
José Daniel Rodríguez Orúe
Mónica Valverde Smith
Luis Antonio Molina Chacón
Sergio Segura Retana

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 6

I semestre 2017

Fecha de publicación: 29 de junio de 2017

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 Sexta Edición.

EDITORIAL

- 06 La adhesión de Costa Rica a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: un retador paso hacia el desarrollo del comercio internacional costarricense.

Édgar E. Méndez Zamora

ARTÍCULOS

- 17 El Derecho Internacional Ambiental como fundamento del principio de no regresión

Mario Peña Chacón

- 39 El valor intrínseco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los desafíos legislativos para su implementación en Guatemala y Costa Rica

Alexander Aizenstadt Leistenschneider y Helena Dávila Esquivel

- 57 Consideraciones en torno a la competencia internacional y derecho aplicable a la luz de la Reforma Procesal Laboral

Silvia Tercero Hernández Carranza

- 75 La importancia de la interpretación uniforme de la CISG

Mauricio París Cruz

- 91 La mediación familiar transfronteriza en los casos de restitución internacional de niños: situación en la República Argentina

Luciana B. Scotti

ENTREVISTA

- 119 Karen Christiana Figueres Olsen

Ganadora del Premio Manuel María de Perálta 2017

Presentación

Sexta Edición



La VI Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional se caracteriza por la diversidad de su contenido. Autores provenientes de distintas jurisdicciones de América Latina nos proveen de artículos propios de variadas ramas del derecho internacional. Sin lugar a dudas, los recientes esfuerzos de ACODI por incursionar en nuevas áreas se reflejan en esta publicación.

Primeramente, el profesor Mario Peña Chacón, experimentado especialista en Derecho Ambiental, nos presenta un cuidadoso análisis del principio de no regresión a partir de los principios rectores del derecho internacional ambiental que se encuentran plasmados en instrumentos internacionales. De esta manera, propone que esta rama del derecho internacional juega un rol de “dique de contención” por medio del cual evita la regresión en el derecho interno de los Estados. Así, su temática se relaciona con la entrevista sobre cambio climático realizada a la señora Christiana Figueres Olsen, galardonada con el premio Manuel María de Peralta 2017.

Por su parte, Alexander Aizenstatd Leistenschneider y Helena Dávila Esquivel, abogados guatemaltecos, discuten la importancia del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional, en tanto funge como marco normativo que transforma la legislación interna de los Estados a través de la implementación nacional. Realizan un minucioso y acertado estudio comparativo de los casos de Costa Rica y Guatemala y analizan los retos que estos países aún deben enfrentar al respecto.

Por otro lado, con ocasión de la reciente Reforma Procesal Laboral del Código de Trabajo costarricense, Silvia Hernández Carranza incursiona en temas de competencia internacional y derecho aplica-

ble relativos al derecho laboral internacional. Identifica potenciales problemas que pueden surgir a partir de la redacción del nuevo artículo 434 y propone posibles soluciones para mitigar sus efectos. Este artículo resultará de particular interés para todo aquél que tenga intenciones de laborar en el extranjero.

También nos complace presentar el artículo del profesor Mauricio París Cruz, quien, en consonancia con la nota editorial de esta edición, se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, tratado internacional al cual Costa Rica recientemente se ha adherido. Su intervención hace hincapié en la importancia que tiene la interpretación uniforme de sus disposiciones para procurar su correcta aplicación. Este artículo definitivamente resultará de interés para todo operador jurídico local, en especial jueces, árbitros y litigantes de asuntos comerciales.

Finalmente, esta sexta edición cuenta con una contribución de la profesora Luciana B. Scotti, reconocida abogada argentina con amplia experiencia en temas de derecho de familia. Su artículo presenta la mediación familiar –mecanismo de resolución alternativa de conflictos– como un valioso recurso para brindar soluciones razonables en casos de restitución internacional de menores, en los cuales la lentitud de un proceso judicial puede ser el peor enemigo del interés superior de los niños.

Agradecemos a los autores por sus valiosas contribuciones a la revista, así como a los miembros del Consejo Asesor por su apoyo incondicional en la realización de este proyecto.


Édgar E. Méndez Zamora
Director General

La adhesión de Costa Rica a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías: un retador paso hacia el desarrollo del comercio internacional costarricense

Édgar E. Méndez Zamora
Director General

El pasado 12 de enero de 2017, la Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó en segundo debate el proyecto de ley número 18121, que potencialmente tendría un significativo impacto en el comercio internacional de nuestro país. La ahora ley de la república número 9421 trata de la aprobación de la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en lo sucesivo “la Convención” o “CISG”, por sus siglas en inglés), la cual entrará a regir doce meses y un día después de su depósito.¹

La CISG es uno de los tratados de derecho comercial internacional más exitosos de la historia,² actualmente cuenta con 85 Estados signatarios.³ Es un compendio de normas de derecho sustantivo que regula temas de fondo de particular importancia y recurrencia en la materia, tales como la formación

1. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Internacional Mercantil. “Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías” Viena, 1980, art. 99 (2).

2. Clayton P. Gillette y Steven D. Walt, *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Theory and Practice*, (Nueva York: Cambridge University Press, 2016), 50 (loc. 1805)

3. “Chronological table of actions United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods,” The United Nations Commission on International Trade Law, consultado el 22 de abril de 2017, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status_chronological.html

EDITORIAL

del contrato, las obligaciones de las partes, el incumplimiento contractual y las soluciones o remedios que pueden adoptarse ante éste.

La Convención fue promulgada en 1980 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (“CNUDMI”, o bien “UNCITRAL” por sus siglas en inglés), la cual se dedica a redactar leyes modelo en derecho comercial. Su creación es una respuesta a varios intentos fallidos anteriores por crear un tratado en materia de compraventa internacional⁴ y fue producto del trabajo conjunto de representantes de Chile, Egipto, Francia, Hungría, India, Japón, México, Nigeria, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y el Reino Unido. Para el año 1986, la Convención contaba con once Estados signatarios, entre los cuales destacan China, Estados Unidos, Alemania y Francia.⁵

A partir de entonces, su adopción a nivel mundial fue acelerada y notable. En la década de los años 90, se dio la adhesión de Estados como Ucrania, Chile, Suiza, España, Ecuador, Nueva Zelanda, Grecia, Uzbekistán y Perú, entre otros. La primera década del siglo XXI fue testigo de la incorporación de nuevos Estados signatarios, como lo son

Colombia, Israel, la República de Corea, Liberia, Paraguay, El Salvador, Japón y Líbano, entre otros. Finalmente, en la década de 2010 se ha visto la adhesión de exponentes como Benín, Brasil, Congo, Vietnam y Turquía. Estados de todos los continentes se han adherido a la Convención, y esta lista se hace cada vez más larga.⁶

Actualmente, se cuenta un total de 85 signatarios.⁷ Todos los principales exponentes del comercio mundial han ratificado la CISG, con excepción de India, Sudáfrica y el Reino Unido.⁸

Lo anterior evidencia la importancia que tiene la Convención en el comercio internacional y da una idea del impacto que puede tener sobre el comercio internacional costarricense.

En esta nota editorial, se comenzará por exponer brevemente **(I)** el ámbito de aplicación de la CISG, lo cual permitirá comprender su función dentro del derecho comercial internacional. Posteriormente, el estudio se enfocará en **(II)** los beneficios que la adhesión a la Convención puede traer para Costa Rica. De seguido, se expondrán **(III)** los retos que

4. Entre éstos, destacan los intentos del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), que en un lapso tres décadas promulgó dos tratados (*Uniform Law for International Sales* y *Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sales*) que resultaron tener poca aceptación por considerarse que estaban ampliamente impregnados de conceptos jurídicos exclusivamente europeos.

5. Gillette y Walt, loc. 458

6. “Chronological table of actions United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”

7. Ibid.

8. Gillette y Walt, loc. 365.

impone este cambio a nuestros operadores del derecho. Finalmente, se hará un recuento de (IV) las conclusiones que derivan de este corto análisis.

I. Ámbito de aplicación de la CISG

La Convención tiene un ámbito de aplicación limitado; sólo gobierna aquellos casos previamente determinados por su capítulo primero. Explicar brevemente qué se subsume bajo este ámbito de aplicación es de crucial importancia para comprender correctamente cuál es la función de la Convención en el derecho comercial internacional.

Según lo dispone su artículo 1(1), la CISG rige exclusivamente en *contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes*. Esta pequeña frase tiene fuertes implicaciones, por lo que su significado se expondrá por partes.

A pesar de hacer referencia al término “*contrato de compraventa*”, la Convención no lo define. Por lo tanto, han sido cortes y tribunales arbitrales quienes se han dedicado a la tarea de hacerlo, por medio de una interpretación integral de sus disposiciones.

Han concluido que se refiere a aquel acuerdo de voluntades en el cual un vendedor se compromete a entregar mercaderías y transmitir su propiedad y un comprador se obliga a pagar el precio de las mercaderías y recibirlas.⁹ Esto significa que ningún otro tipo de contrato –tal como el contrato de prestación de servicios o el contrato de permuta¹⁰, por ejemplo– puede ser objeto de aplicación de la Convención.¹¹

En cuanto a la definición del término “*mercaderías*”, la doctrina y la jurisprudencia internacional han sido vacilantes. La mayoría los han definido como objetos móviles y tangibles.¹² Sin embargo, algunos han sido más flexibles al respecto, pues indican que este término comprende cualquier producto tangible, intangible o mueble.¹³

Finalmente, se indica que las partes del contrato de compraventa deben tener “*sus establecimientos en Estados diferentes*”. Esto significa que la transacción debe tener determinado carácter internacional, definido por los elementos preestablecidos en el

9. Esta conclusión la han obtenido a partir de una interpretación de los artículos 30 y 53 de la CISG.

10. En cuanto a este tema se ha desarrollado controversia en el sentido de que la Convención no define el término “precio”. Al respecto, consultar John O. Honnold, “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention”, Kluwer Law International, La Haya (1999): 53, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>

11. Peter Schlechtriem, “Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of

Goods”, Manz, Viena (1986): 24, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>

12. Peter Huber y Alastair Mullis, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners* (München: European Law Publishers, 2007), 41; Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on International Commercial Arbitration (CISG)*. (New York: Oxford University Press, 2010), 35.

13. *Computer Chip Case*. Caso No. 2 U 1230/91 (Corte de Apelaciones de Koblenz, 17 de setiembre de 1993).

propio tratado.¹⁴ Si las partes del contrato tienen sus establecimientos en un mismo Estado, no se presenta el presupuesto de aplicación. Nótese que la nacionalidad de las partes no tiene relevancia alguna, ni tampoco su lugar de constitución.¹⁵

Ahora bien, cuando se está frente a un contrato que cumple con los tres términos descritos anteriormente, es decir, que sea una *compraventa de mercaderías* entre partes que tengan sus *establecimientos en Estados diferentes*, la CISG es aplicable en dos supuestos, conocidos en doctrina como aplicación directa e indirecta.

La aplicación directa ocurre cuando los Estados a los que pertenecen las partes son todos Estados Contratantes.¹⁶ Se trata de una aplicación automática que proviene del artículo 1(1)(a) de la Convención y no de una norma de conflicto ajena a ella.¹⁷

Por su parte, la aplicación indirecta –prevista en el artículo 1(1)(b) de la CISG– se da cuando ninguna

o no todas las partes pertenecen a Estados contratantes, pero las normas domésticas de derecho internacional privado aplicables al caso prevén la aplicación de la ley de un Estado Contratante.¹⁸

Ahora bien, a pesar de ser aplicable a las compraventas en general, la Convención excluye aquéllas que presentan ciertas características especiales que las hacen incompatibles con sus disposiciones normativas. La CISG no aplica a compraventas de mercaderías para uso personal (derecho del consumidor), aquéllas realizadas en subastas, las compraventas judiciales, las de valores mobiliarios, títulos o efectos de comercio y dinero, las de buques, embarcaciones, aerodeslizadores y aeronaves y las de electricidad.¹⁹

A pesar de tener reglas definidas en cuanto a su ámbito de aplicación, la CISG reconoce la importancia de la autonomía de las partes, de manera que expresamente les permite excluir total o parcialmente la aplicación de la Convención, así como establecer

14. Nótese que la Convención no considera internacionales ciertos contratos de compraventa que sí se consideran como tal según disposiciones normativas domésticas (por ejemplo, el artículo 27 del Código Civil costarricense). El calificativo de “internacional” obedece únicamente a los contratos que se ajustan a los elementos definidos por la propia CISG.

15. Gillette y Walt, loc. 1276.

16. Por Estado Contratante, entiéndase aquél que ha consentido obligarse por la Convención y con respecto al cual la Convención está en rigor.

17. Mauricio París Cruz, *La formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías según las reglas de la Convención de Viena de 1980*, (San José, Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2014), 43.

18. Ibid, 44; Un ejemplo de aplicación indirecta de la Convención es el siguiente: Un comprador establecido en

Nicaragua (Estado no contratante) y un vendedor establecido en México (Estado Contratante) firman un contrato de compraventa internacional de maquinaria. Durante su ejecución, surge una controversia. Una de las partes inicia un procedimiento judicial por responsabilidad contractual en Nicaragua. El juez nicaragüense, al analizar el caso y aplicar las normas de conflicto de ley nicaragüenses, determina que el derecho aplicable al fondo de la controversia no es el nicaragüense, sino el mexicano. El caso deberá entonces ser resuelto por el juez nicaragüense, pero aplicando derecho sustantivo mexicano. Como México es un Estado Contratante de la Convención, su ordenamiento jurídico ordena que el derecho de fondo aplicable a la controversia que resuelve dicho juez nicaragüense sea la CISG. Así, se cumple el supuesto de aplicación indirecta.

19. “Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías”, art. 2.

excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos. Claro está, lo anterior se permite siempre que sea de común acuerdo entre las partes, ya sea de manera tácita o expresa.²⁰

A partir de esta corta exposición sobre el ámbito de aplicación de la Convención, puede construirse un entendimiento básico del rol que ésta juega en el derecho internacional. Asimismo, puede derivarse una comprensión inicial de la importancia que la misma tiene para los Estados que a ella se adhieren. A partir de esta base, se ahondará en un análisis de los beneficios y retos que la CISG puede traer para Costa Rica.

II. Beneficios de la Convención para Costa Rica

La adhesión de Costa Rica a la Convención trae consigo una gama de potenciales beneficios para el comercio, los cuales deben ser aprovechados en la medida de lo posible.

La CISG es un tratado ampliamente considerado justo y bien redactado que suele reflejar las expectativas que tienen las partes en una transacción de compraventa internacional. La excelente reputación de la Convención a nivel mundial ha sido consecuencia de que una considerable mayoría de

profesionales en derecho la ven como un texto normativo que promueve soluciones honorables y justas que no favorecen expresa ni tácitamente a ninguna de las partes de un conflicto. Este gran logro se debe a que su texto fue redactado tomando en cuenta sugerencias, aportes y demás insumos de profesionales provenientes de muy diversos contextos jurídicos y económicos a nivel mundial.²¹

Debido a esta excelente reputación internacional, en la práctica comercial es bien visto y considerado un gesto de buena fe cuando alguna de las partes contratantes propone la aplicación de la CISG ante el eventual surgimiento de una controversia. Esta decisión es particularmente conveniente cuando las partes no se logran poner de acuerdo en cuanto a la ley aplicable al contrato que suscriben.²²

Sin embargo, hay casos en los que las partes no definen con antelación qué ley será aplicable a su contrato. Por lo tanto, al surgir una disputa, debe acudir a las normas de conflicto de los Estados relacionados con el negocio para determinar qué ley es aplicable al contrato. Entonces, las partes contratantes se ven navegando a la deriva, sin certeza de cuál jurisdicción y qué textos normativos serán los que gobiernen su disputa. Esto representa un significativo riesgo para los involucrados, ya que, a final de cuentas, pueden verse inmersos en un proceso judicial o arbitral que se rige por una ley doméstica

20. París, 44.

21. Sussane Cook, "CISG: From the Perspective of the Practitioner", 17 *Journal of Law and Commerce* (1998):

349-350, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/cook.html#ii>

22. *Ibid.*, 350.

desconocida, obsoleta e incluso injusta. Esta es una preocupación real y comprensible de aquellos comerciantes que realizan negocios cuantiosos a nivel internacional, en especial con socios comerciales provenientes de, o relacionados con, países en vías de desarrollo cuyas leyes no gozan de óptima reputación. Es aquí donde la adhesión de Costa Rica a la CISG juega un rol importante.

A partir de que la ley 9421 entre en vigor, sucederá lo siguiente. En caso de que una de las partes de un contrato de compraventa internacional de mercaderías acuda a un despacho judicial o tribunal arbitral para buscar solución a su conflicto y éste determine que el derecho sustantivo costarricense es aplicable a la disputa, las leyes nacionales dictarán que la CISG es la ley de fondo aplicable al caso.

Esto representa un importante paso hacia el desarrollo del comercio internacional en nuestro país. Los comerciantes que suscriban contratos de compraventa internacional de mercaderías de alguna manera relacionados con nuestro país tendrán la tranquilidad de saber que, en caso de ser aplicable, el derecho costarricense respalda la aplicación de la CISG a cualquier disputa que surja de dicha relación comercial. Este comerciante extranjero no tendrá que lidiar con textos de derecho sustantivo costarricense desconocidos para él, sino que, por el contrario, podrá resolver sus disputas con base en un tratado internacional que conoce y en el cual probablemente confía. En consecuencia, gozará de

mayor tranquilidad y seguridad jurídica; estará probablemente satisfecho.

Lo anterior significa un beneficio para Costa Rica y todo aquél que desde allí ejerza el comercio internacional, pues su reputación como socio comercial mejorará. La legislación se modernizará y se adecuará a estándares internacionales convenientes para el crecimiento en esta área. Ahora, si bien la lista de ventajas que ofrece esta Convención para el desarrollo del comercio internacional privado costarricense es variada, para poder aprovecharla debe hacerse frente a una lista aún más extensa de retos que vienen emparejados con el cambio, la cual se analizará a continuación.

III. Retos que impone el cambio

Los beneficios mencionados en el apartado anterior no se obtienen simplemente con la adhesión de Costa Rica a la Convención. Para lograr sacar el mayor provecho posible de la CISG, es necesario que los profesionales en derecho –tanto a nivel de judicatura como a nivel de ejercicio privado de la profesión– asuman con determinación una serie de retos que impone el cambio.

El primero, y discutiblemente más significativo de ellos, gira en torno a la aplicación de la Convención por parte jueces y árbitros. Esto se refiere a que los órganos decisores, a la hora de resolver un conflicto al cual le es aplicable la CISG, efectivamente la

apliquen y no pasen por alto su existencia. Esto ha ocurrido en otros países latinoamericanos signatarios de la Convención, en los cuales la misma se deja de aplicar, ya sea porque se ignora su existencia o porque resulta más familiar, cómodo y fácil la aplicación de ley nacional.²³ Si bien es cierto que las partes pueden excluir la aplicación de la Convención de manera tácita o expresa, esta exclusión corresponde a ellas y no al órgano decisor. Por lo tanto, si la CISG resulta aplicable y las partes no la han excluido, ésta debe gobernar el conflicto. De lo contrario, su aprobación no pasaría de ser un mero acto legislativo sin mayores consecuencias reales.

Una vez superado este primer obstáculo, se presenta un segundo reto: la correcta interpretación de la Convención por parte de jueces y árbitros. Una de las metas fundamentales de la CISG en el derecho internacional es gozar de un satisfactorio nivel de *uniformidad* en la interpretación de sus disposiciones por parte de los órganos decisores que la utilicen para dirimir controversias.²⁴ Este objetivo goza de tal importancia, que incluso forma parte del texto mismo de la Convención.²⁵ Naturalmente, entre más armonía interpretativa pueda lograrse, más

predecibles serán los resultados de controversias sometidas a la Convención, y los comerciantes que en ella depositen su confianza gozarán de mayor seguridad jurídica.

Para lograr este cometido, UNCITRAL realiza esfuerzos continuos. Consciente de las enormes ventajas que trae una adecuada, sistemática y objetiva difusión de decisiones judiciales y arbitrales relacionadas con la CISG, ha asumido la labor de preparar las herramientas necesarias para hacer de esto una realidad. De esta manera, desde 1988, desarrolla y ofrece al público una plataforma de jurisprudencia relacionada con diversos textos de UNCITRAL, entre los cuales se encuentra la Convención. Esta base de datos, llamada CLOUT por sus siglas en inglés, recopila decisiones de un amplio número de jurisdicciones y está disponible en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, por lo que facilita la difusión de información a un amplio público.²⁶

Además, desde 2004, UNCITRAL publica de manera periódica un digesto jurisprudencial que pre-

23. Jorge Oviedo Albán. “La influencia de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías en el desarrollo del Derecho de contratos de América Latina”. IV Congreso Internacional sobre Derecho Uniforme y Derecho del Comercio Electrónico. 9 de mayo de 2017. San José, Costa Rica.

24. Trevor Cox, «Chaos versus Uniformity: the Divergent View of Software in the International Community,» *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration* (2000): 3-29.

25. El artículo 7(1) de la CISG exige la interpretación uniforme de sus disposiciones, de manera que ordena: “*En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación [...]*”

26. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, “UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Edición 2016, http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf

senta, de manera clara, concisa y objetiva, información selecta relativa a la interpretación de la CISG. Cada nueva edición de este digesto incluye nuevos casos determinantes en la interpretación de la Convención y refleja una perspectiva general de la evolución de la jurisprudencia con ella relacionada.²⁷

También existen organizaciones privadas, tales como el Consejo Asesor de la CISG, que realizan esfuerzos para promover la uniformidad en la aplicación de la Convención. Establecida en París, Francia, en 2001, se conforma por un conjunto de destacados profesionales en derecho con amplia trayectoria en el comercio internacional de mercancías. Se dedican a hacer interpretaciones sobre temas y disposiciones específicas y frecuentemente controversiales, ya sea por petición de un tercero o por iniciativa propia. A pesar de que sus opiniones no son *per se* vinculantes para ningún tribunal, su alta calidad académica las convierte en guía persuasiva para abogados, jueces y árbitros alrededor del mundo.²⁸

Finalmente, debe hacerse mención de la base de datos de la CISG Albert H. Kritzer de la facultad de derecho de la Universidad Pace. Creada por el Instituto de Derecho Comercial Internacional de esta

universidad neoyorquina, reúne una amplia cantidad de materiales y documentos legales relacionados con la CISG. Entre éstos, destacan textos relacionados con la historia legislativa de la Convención, un digesto jurisprudencial de casos provenientes de múltiples jurisdicciones, una colección de obras doctrinales y unas guías para la correcta aplicación de la CISG y la correcta redacción de contratos gobernados por la Convención. Su material se encuentra convenientemente organizado según diferentes criterios de búsqueda y resulta de gran utilidad para todo aquél que deba trabajar con la Convención.²⁹ Incluso, detalla información relevante de cada Estado Contratante, tal como la fecha en que entró a regir y textos y explicaciones de declaraciones y reservas aplicables a la adopción de la CISG.³⁰

En Costa Rica, los esfuerzos de jueces y árbitros deben procurar una interpretación y aplicación uniforme de la CISG. No basta simplemente con que el país se adhiera a este cuerpo normativo internacional; para poder aprovechar sus ventajas, los operadores del derecho deben saber aplicarlo y utilizarlo. De esto depende la reputación de Costa Rica como Estado Contratante.

27. Ibid.

28. "Internationality and Uniformity," CISG Advisory Council, consultado el 22 de abril de 2017, <http://www.cisgac.com/home/>

29. "CISG Database", Pace Law Institute of International Commercial Law, consultado el 22 de abril de 2017 en <http://iicl.law.pace.edu/cisg/cisg>

30. Para acceder a esta información, puede consultar el siguiente enlace: <http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-table-contracting-states>. Además, puede acceder directamente a la información relacionada con Costa Rica por medio del siguiente enlace: <http://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-contracting-states-costa-rica>

La importancia de lo anterior es evidente. Caer en un problema de interpretaciones impredecibles y disonantes con la jurisprudencia internacional es peligroso; esto contrarrestaría la seguridad jurídica que pretende dar la CISG a las partes. Después de todo, ¿de qué sirve a un comerciante extranjero dirimir una controversia en Costa Rica utilizando la Convención –texto jurídico que conoce y con el cual se siente cómodo– si, a final de cuentas, tiene absoluta inseguridad en cuanto a la interpretación que se le dará a sus cláusulas? Probablemente de nada.

Finalmente, un tercer reto que impone la entrada en vigor de la CISG se presenta tanto para jueces y árbitros como para abogados costarricenses, que deberán litigar, arbitrar y resolver bajo sus disposiciones por el simple hecho de ser aplicable la ley costarricense al caso en el que participan. El Código de Comercio, Código Civil y demás leyes domésticas a las cuales han estado acostumbrados ya no serán aplicables de primera mano al fondo del asunto. En su lugar, lo será la CISG. Esto traerá una serie de consecuencias por tomar en cuenta.

Primero que todo, para defender efectivamente los intereses de sus clientes –en el caso de los abogados particulares– y para resolver adecuadamente –en el caso de jueces y árbitros– deberán estudiar y conocer con detalle tanto las disposiciones de la Convención como la vastísima jurisprudencia y doctrina que se ha desarrollado alrededor de ella desde

hace más de treinta y cinco años – tarea ardua y profesionalmente demandante. Esto incluye textos provenientes de diversas tradiciones jurídicas, escritos en gran variedad de lenguas. Su correcta interpretación exige una comprensión integral de éstas, que muchas veces pueden resultar esotéricas para el operador jurídico doméstico.

Segundo, en el caso del arbitraje internacional, al representar a su cliente bajo ley costarricense, el abogado costarricense ya no gozará de la ventaja que significaba la aplicación de un derecho que conoce mejor que su contraparte. Al aplicarse la Convención, el texto normativo que gobernará la disputa será conocido por todas las partes por igual. Bajo esta paridad de condiciones, los abogados extranjeros pueden desarrollar en los tribunales su máximo potencial, el cual –sobre todo en este tipo de conflictos– suele ser altamente competitivo. Incluso, podríamos pensar en que la intervención de firmas extranjeras en arbitrajes internacionales gobernados por ley costarricense incrementará, para representar a clientes tanto nacionales como extranjeros.

De esta manera, queda en evidencia la significativa lista de retos que trae consigo la reciente adopción de la CISG por parte de Costa Rica. Todos éstos deberán ser enfrentados de manera directa y efectiva por parte de nuestros operadores del derecho, a quienes les tocará la ardua tarea de superarlos con

el fin de sacar el máximo provecho de los beneficios que esta nueva legislación ofrece.

IV. Conclusiones

Costa Rica recientemente se adhirió a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, tratado internacional que regula los contratos de compraventa internacional de mercaderías.

Esta convención, suscrita por la gran mayoría de los grandes exponentes en el comercio mundial, trae consigo evidentes ventajas que podrán ser beneficiosas para el pequeño país centroamericano. Por ser ampliamente considerado como un texto justo y bien redactado, goza de un alto prestigio ante los ojos de juristas y comerciantes alrededor del mundo. Por consiguiente, al formar parte de la ley doméstica costarricense, dará mayor seguridad jurídica a los comerciantes extranjeros que celebren contratos de compraventa internacional de mercaderías a los cuales ésta les sea al menos potencialmente aplicable. Así, mejorará la reputación de nuestro ordenamiento jurídico y dará mayor confianza a comerciantes extranjeros que deseen contratar con comerciantes ubicados en Costa Rica. Esto indudablemente trae beneficios para el comercio internacional costarricense.

La CISG es una poderosa herramienta, pero ésta sólo será útil si se tiene la destreza suficiente para

emplearla correctamente. La adhesión de Costa Rica a este instrumento internacional trae consigo un considerable número de retos que deberán ser asumidos por los operadores jurídicos nacionales.

Primero que todo, debe asegurarse la aplicación de la Convención por parte de jueces y árbitros en los casos en los que así procede. No aplicarla sería como nunca haberse adherido a ella. Segundo, estos órganos decisores deben asegurarse de interpretarla correctamente, esto es, respetando un satisfactorio nivel de uniformidad en relación con jurisprudencia y doctrina internacional. No hacerlo destruiría el propósito y espíritu intrínseco a la misma Convención. Para lograrlo, el operador del derecho puede echar mano de herramientas ofrecidas por organizaciones internacionales. Tercero, el operador del derecho costarricense se verá obligado a litigar, arbitrar y resolver bajo disposiciones normativas novedosas y diferentes, para lo cual deberá prepararse responsablemente. Deberá dejar su zona de confort para adentrarse en un mundo complejo de jurisprudencia y doctrina internacional, en el cual la competitividad y la exigencia es alta.

Ante esto, surgen dudas, tales como: ¿Está preparado el juez, árbitro y abogado costarricense para hacer frente a estos retos? ¿Tienen nuestros profesionales y estudiantes una formación de suficiente calidad para competir a un nivel internacional, contra profesionales de otras jurisdicciones y tradiciones legales? Las respuestas vendrán con el tiempo.

Por el momento, el profesional en derecho debe asumir estos retos de manera responsable, consciente de las consecuencias que traería la falta de compromiso y la indiferencia. Sobre todo, debe recordar que la adhesión de Costa Rica a la Convención no es un fin del cual se obtendrán amplios beneficios y generosas ventajas, sino que es un medio con el cual éstos pueden construirse.

EL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL COMO FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN



Mario Peña Chacón*

Resumen: *Al estado actual de su desarrollo, es posible sustentar la idea de la no regresión basada en los principios rectores del derecho internacional ambiental plasmados tanto en declaraciones de principios como en los convenios ambientales vinculantes. De esta forma, el derecho internacional ambiental juega un primordial rol de “dique de contención” en pro de evitar regresiones a nivel de derecho interno de los Estados.*

Palabras clave: *Principio de no regresión, Derecho Internacional Ambiental, rol primordial de “dique de contención”.*

Abstract: *At its current state of development, it is possible to support the idea of non-regression based on the guiding principles of International Environmental Law embodied in policy statements and in binding environmental agreements. Thus, International Environmental Law plays a primary role as a "contention dam", avoiding environmental regressions in the States' domestic law.*

Keywords: *Non-Regression principle, International Environmental Law, Primary role of dam.*

* Coordinador de la Maestría en Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de las Maestrías de Derecho Ambiental y Derecho Público Comparado Franco-latinoamericano del Sistema de Estudios de Posgrados de la Universidad de Costa Rica. Miembro de la Comisión de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) y corresponsal nacional del Centre International de Droit Comparé de l'Environnement (CIDCE). mariopenachacon@gmail.com.

Este artículo fue elaborado dentro del Proyecto de Investigación denominado "Las clínicas del Derecho Ambiental y Gestión de Riesgos Climáticos a través de una cultura jurídica de la sostenibilidad y no regresión" inscrito ante la Vicerectoría de Investigación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica bajo el código 722-B3-193.

Fecha de presentación del artículo: 22 de octubre de 2016. Fecha de aprobación del artículo: 2 de junio de 2017

Illinois State Bar Association. Environmental Law Conference 2016. Ilustración obtenida de <https://www.isba.org/sites/default/files/sections/environmentallaw/environstock.jpg>

El principio de no regresión o de prohibición de retroceso ambiental implica que la normativa no debería ser modificada si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección ambiental alcanzados con anterioridad. La nueva norma no debe ni puede empeorar la situación del derecho ambiental preexistente en cuanto a su alcance, amplitud y efectividad. Su finalidad es evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, e implica una obligación negativa de no hacer, por lo que el nivel de protección ambiental ya alcanzado debe ser respetado, no disminuido, sino más bien incrementado.

En el estado actual de su desarrollo, es posible sustentar la idea de la no regresión basada en los principios rectores del derecho internacional ambiental, plasmados tanto en declaraciones de principios como en los convenios ambientales vinculantes. De esta forma, el derecho internacional ambiental juega un primordial rol de “*dique de contención*” en pro de evitar regresiones a nivel de derecho interno de los Estados.

I. **Prohibición de retroceso en el Derecho Internacional Ambiental y sus principios rectores.**

La principal obligación que conlleva su correcta aplicación es la de no retroceder al *status quo ante*, respetando, al menos, el nivel de protección ambiental ya alcanzado; no afectar los umbrales y estándares de protección ambiental actualmente adquiridos; no derogar, modificar, relajar ni flexibilizar la normativa vigente en la medida que esto conlleve disminuir, menoscabar o de cualquier forma afectar negativamente el nivel actual de protección; asegurar la calidad de las normas ambientales; y no vulnerar el derecho de las futuras generaciones a gozar de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, ni disminuir el patrimonio a transmitir a las generaciones futuras como garantía de progreso, todo lo anterior con la finalidad de asegurar condiciones ambientales aptas para la posteridad.

Es posible afirmar que la prohibición de regresión actúa como una limitación a la potestad normativa estatal, inhibiendo la derogación, reducción, relajamiento o desaplicación de la legislación ambiental, lo cual encuentra justificación como garantía de mantenimiento del nivel actual de protección, y de toda mejora experimentada desde entonces.

A la vez, la prohibición de regresividad funciona como una garantía sustantiva que protege a los titulares de derechos frente a normas regresivas, vedando al Estado el “*dar un paso hacia atrás*”.¹

Debido al carácter finalista del derecho ambiental y al ser sus objetivos la tutela de la vida, la salud y el equilibrio ecológico a través de normas jurídicas que busquen aumentar la biodiversidad y disminuir la contaminación, éste únicamente podrá ser efectivo cuando las modificaciones que le afecten conlleven un medio ambiente mejor y no peor que el anterior. Por tanto, cualquier retroceso sería inmoral.

En contraste, su contracara, el principio de progresión o progresividad, conlleva siempre una obligación positiva de hacer que se traduce en “*progreso*” o “*mejora continua en las condiciones de existencia*”. Aquí, el imperativo manda “*hacer*”, el Estado debe “*moverse hacia delante*” y generar progresivamente la

ampliación de la cobertura y protección ambiental mediante medidas sostenidas, graduales y escalonadas.

De esta forma, mientras el principio de no regresión reconoce un nivel mínimo² de protección ambiental que debe respetarse, el de progresión busca el avance sistemático de la normativa ambiental. Por ello, este principio no se opone a la idea de evolución clásica ni a la mutabilidad propia del derecho (modificación permanente e inevitable), a raíz de que no existe derecho alguno que sea inmutable o eterno. El derecho siempre debe evolucionar por medio de procesos de modificación y derogación legislativos, reglamentarios e incluso jurisprudenciales. A lo que sí se opone el derecho ambiental, a partir de la puesta en práctica del principio de no regresividad, es a cambios normativos que tengan como finalidad la eliminación o disminución del nivel de protección ya alcanzado a favor de intereses no ambientales.

¹ BERROS María Valeria y SBRESSO Luciana, “Primeras señales sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión”, en *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles, Editions Bruylant, 2012.

² “La idea de “mínimo” pone de manifiesto una de las cuestiones más complejas que podría postularse en torno a la no regresión, que es la determinación del “volumen de transferencia” hacia las generaciones futuras. Su delimitación podría oscilar entre la mantención de un

mínimo existencial de todo aquello que fuera posible según un juicio de razonabilidad o la consolidación de un máximo a transferir, lo cual da cuenta del riesgo que se corre al consolidar un idea de “mínimo” en lugar de “máximo” a transferir, lo que podría traducirse en términos de un esfuerzo mínimo o máximo en relación con el porvenir” BERROS María Valera, *Construyendo el principio de no regresión en el Derecho argentino*, Buenos Aires, JA, 2011-IV, fasc. N.13, 2011.

Sería posible, entonces, afirmar que el principio de no regresión actúa como una obligación negativa inherente a la obligación constitucional de carácter positivo de garantizar, defender y preservar el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

En primera instancia, el principio de no regresión no es ilimitado ni irrestricto y se encuentra condicionado por los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, así como por las reglas unívocas de la ciencia y la técnica. A la vez, la actuación del Estado en esta materia se ve limitada por el deber de tutela del interés público ambiental, por los principios de desarrollo sostenible y uso racional, precautorio o evitación prudente y por la vinculatoriedad de la normativa ambiental.³

Es posible sustentar la idea de la no regresión basada en los principios rectores del derecho ambiental, plasmados tanto en instrumentos internacionales, declaraciones de principios y

resoluciones de organizaciones internacionales⁴ como en los convenios ambientales suscritos por los Estados.

En un primer orden de ideas, resultaría imposible interpretar el concepto del desarrollo sostenible desvinculándolo del principio de no regresión. Tal y como fue concebido en el Informe Brundtland,⁵ el desarrollo sostenible consiste en aquel tipo de desarrollo que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin menoscabar la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades, y derivado de éste nace el precepto de equidad intergeneracional recogido en el principio 7 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo.

De conformidad con Prieur,⁶ al modificarse o derogarse una norma que protege el medio ambiente para reducir su grado de protección, se le estaría imponiendo a las generaciones futuras un medio ambiente más degradado a través de una norma jurídica con contenido regresivo. Esta conducta estaría en flagrante

³ Al respecto puede consultarse la sentencia número 2006-17126 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

⁴ Con la aprobación del documento final denominada "El futuro que queremos" emanado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20) se reafirmaron los principios aprobados en la Conferencia de Río de 1992, adquiriendo con ello un carácter consuetudinario en el sentido del derecho internacional, evitando por tanto todo tipo de regresión.

⁵ En 1987, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CMMAD) presentó su informe (también conocido como el "Informe Brundtland") a la Asamblea General. El informe, basado en un estudio de cuatro años, expuso el tema del desarrollo sostenible, el tipo de desarrollo que "satisface las necesidades de la generación actual sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades".

⁶ PRIEUR Michel, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.

discordancia con el principio de equidad intergeneracional, en la medida en que a nuestra generación le está vedado comprometer a las generaciones futuras con una norma que haría retroceder la protección del medio ambiente. De esta forma, la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto conlleva a imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.⁷

A la vez, los principios de prevención y precaución –también contenidos en la Declaración de Río– complementan el principio de no regresión en la medida en que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica. Esta postura ha sido la adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, la cual, en el voto 2012-13367, reconoció de forma expresa el principio de progresividad y no regresión en materia ambiental:

"V. Sobre los principios de progresividad y no regresión de la protección ambiental. El prin-

cipio de progresividad de los derechos humanos ha sido reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; entre otros instrumentos internacionales, se encuentra recogido en los artículos 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 1 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al amparo de estas normas, el Estado asume la obligación de ir aumentando, en la medida de sus posibilidades y desarrollo, los niveles de protección de los derechos humanos, de especial consideración aquellos, que como el derecho al ambiente (art. 11 del Protocolo), requieren de múltiples acciones positivas del Estado para su protección y pleno goce por todos sus titulares. Del principio de progresividad de los derechos humanos y del principio de irretroactividad de las normas en perjuicio de derechos adquiridos y situaciones jurídicas consolidadas, recogido en el numeral 34 de la Carta Magna, se deriva el principio de no regresividad o de irreversibilidad de los beneficios o protección

⁷ “La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la cons-

trucción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión” BERROS María Valeria y SBRESSO Luciana, *Op. Cit.*

*alcanzada. El principio se erige como garantía sustantiva de los derechos, en este caso, del derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, en virtud del cual el Estado se ve obligado a no adoptar medidas, políticas, ni aprobar normas jurídicas que empeoren, sin justificación razonable y proporcionada, la situación de los derechos alcanzada hasta entonces. Este principio no supone una irreversibilidad absoluta pues todos los Estados viven situaciones nacionales, de naturaleza económica, política, social o por causa de la naturaleza, que impactan negativamente en los logros alcanzados hasta entonces y obliga a replantearse a la baja el nuevo nivel de protección. En esos casos, el Derecho a la Constitución y los principios bajo examen obligan a justificar, a la luz de los parámetros constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad, la reducción de los niveles de protección.*⁸

⁸ SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto número 13367.2012 del 21 de setiembre de 2012, considerando V.

⁹ Entre ellos: Convenio Diversidad Biológica, Convenio Marco de Cambio Climático, Convenio para la Protección de la Capa de Ozono, Convenio sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de desechos peligrosos y su eliminación, Convención para la Protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América, Convenio CITES sobre Comercio Internacional de Flora y Fauna Silvestre, Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, y a nivel regional: Convenio sobre Cambios Climáticos, Convenio para la Conservación de la Biodiversidad y Protección de Áreas Silvestres Protegidas en América Central, Acuerdo Regio-

Por su parte, también es posible fundamentar la existencia y contenido del principio de no regresión sustentado en los tratados y convenios internacionales vigentes y suscritos por Costa Rica,⁹ en razón de que, en general, todos buscan procurar un alto nivel de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales bióticos y abióticos, y, por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental. Esto lleva a deducir fehacientemente la imposibilidad de regresión, tanto a nivel de los tratados internacionales como en su aplicación dentro del derecho interno del Estado, partiendo del hecho de que, para el caso costarricense, el derecho internacional ambiental es de obligado acatamiento y goza de plena ejecutoriedad.¹⁰

nal sobre Movimiento Transfronterizos de Desechos Peligrosos, Convenio Regional para el Manejo y Conservación de los Ecosistemas Forestales y el desarrollo de Plantaciones Forestales.

¹⁰ “En Costa Rica, de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política, los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tienen desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. De conformidad con la reiterada jurisprudencia emanada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los instrumentos ambientales internacionales son de obligado acatamiento y gozan de plena ejecutoriedad, en tanto sus normas no precisen de mayor desarrollo legislativo, y por ende, deben ser respetadas en tanto el rango normativo de aquellos es superior.

Afirma Prieur que, en materia de medio ambiente, no existe ningún precedente de regresión que se derive de una modificación que afecte al propio texto de un convenio y que dé lugar a un retroceso sustancial en la protección del medio ambiente. A manera de ejemplo, los Convenios de Basilea y Helsinki prevén la superioridad de la norma más favorable al ambiente (pro natura); mientras tanto, el Convenio de Diversidad Biológica y su protocolo de Cartagena expresamente disponen su supremacía sobre otros tratados, convirtiéndose por tanto en pisos normativos que sólo permitirían disposiciones más estrictas y rigurosas que las ya previstas por ellos mismos. En estos casos, la normativa internacional posterior debe ser más rigurosa y, por tanto, se descarta la regla de “*lex posterior derogat priori*”, ya que se busca la aplicación de la norma más estricta y protectora para el ambiente.

Descartadas las regresiones a nivel estrictamente del derecho internacional ambiental, reviste interés destacar el rol de “*dique de*

contención” que asumen los convenios internacionales y programas ambientales de las Naciones Unidas en pro de evitar regresiones a nivel del derecho interno.

1. Convención para la protección de la Flora, de la Fauna y de las Bellezas Escénicas naturales de los países de América (Convenio de Washington)

La Convención para la Protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América, fue suscrita en la ciudad de Washington el día 12 de octubre de 1940,¹¹ mucho antes de que se elaborara la Carta de Naciones Unidas, así como las emblemáticas Declaraciones de Principios de Estocolmo (1972) y Río (1992).

La Convención crea, por primera, vez categorías de manejo de áreas silvestres protegidas, tales como: parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales y reservas de regiones vírgenes. Destaca la protección que debe darse a la flora y la fauna y dicta las pri-

Asimismo, los principios contenidos en Declaraciones Ambientales o “soft law” gozan igualmente de plena ejecutoriedad, y la normativa de rango inferior, llámese leyes, decretos y reglamentos, deben ser acordes a ellos. Además, las regulaciones y principios contenidos en los Tratados y Convenios sobre medio ambiente, incluso los aún no ratificados por la Asamblea Legislativa, son de acatamiento obligatorio. De esta forma, es posible afirmar que los instrumentos internacionales ambientales suscritos

por Costa Rica son legislación plenamente aplicable y de exigibilidad judicial directa” PEÑA CHACÓN Mario, “La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental”, *Revista Jurídica Lex difusión y análisis*, año VII, abril 2003, número 94, México

¹¹ Fecha de entrada en vigencia del Convenio 30 de abril de 1942

meras normas para la vigilancia y reglamentación para el comercio internacional de especies protegidas de flora y fauna o de sus productos, lo que posteriormente adopta la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de flora y fauna silvestres, conocida como Convenio CITES.

El Convenio de Washington, en su artículo III, prohíbe alterar los límites de los parques nacionales y enajenar parte alguna de ellos si no lo es por acción de autoridad legislativa competente; a la vez, prohíbe la explotación comercial de las riquezas existentes en ellos.

A la luz de una interpretación sistemática-evolutiva del Convenio, toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas, o bien, toda explotación comercial o industrial de sus riquezas, calificaría como una regresión en materia ambiental y, por tanto, quedaría expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Así lo consideró la Sala Constitucional costarricense al interpretar y aplicar la Convención de Washington en el voto 1999-5399.¹²

¹² “V. En relación con la alegada violación del artículo 3 del Convenio para la protección de la flora, de la fauna y de las bellezas escénicas naturales de los países de América -aprobado por Ley número 3763, de primero de octubre de mil novecientos sesenta y seis- en relación con el artículo 7 constitucional, que en lo que interesa dice así:

“Los Gobiernos Contratantes convienen en que los límites de los parques nacionales no serán alterados ni enajenada parte alguna de ellos sino por acción de la autoridad legislativa competente. Las riquezas existentes en ellos no se explotarán con fines comerciales. Los Gobiernos Contratantes convienen en prohibir la caza, la matanza y la captura de especímenes de la fauna y la destrucción y recolección de ejemplares de la flora en los parques nacionales, excepto cuando se haga por las autoridades del parque o por orden o bajo vigilancia de las mismas o para investigaciones científicas debidamente autorizadas”. Deben esas normas interpretarse en sentido restrictivo, de manera que, la exigencia de establecer los límites de los parques nacionales a través de una ley es únicamente cuando va en detrimento del mismo, es decir, cuando se quiera reducir su extensión, y no cuando se quieran extender los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado. Este artículo debe completarse con el artículo 40 de la Ley Forestal que dice: “El área de las reservas forestales, zonas protectoras, parques nacionales, refugios de vida silvestre, reservas biológicas del patrimonio forestal, sólo podrá ser reducida

por ley de la República, previos estudios técnicos correspondientes que justifiquen esta medida”. Y esto es así en virtud de que el bien jurídico que se protege es el “recurso forestal”, término que “significa la protección y preservación de la integridad del medio ambiente natural,” (resolución de la Sala Constitucional número 2233-93, de las nueve horas treinta y seis minutos del veintiocho de mayo de 1993) que existe en la zona declarada como parque nacional, y que es reconocido tanto por la legislación internacional, por las leyes especiales dictadas al efecto, como por los textos de las cartas políticas. En este sentido, el artículo 69 de la Constitución Política es que habla de “explotación racional de la tierra”, constituyéndose un principio fundamental su protección (...). Es evidente entonces que el Poder Ejecutivo, no puede reducir los límites territoriales un área silvestre, pero sí puede extenderlos. De ahí que los Decretos cuya derogación o puesta en vigencia hayan producido como consecuencia inmediata el aumento del territorio de una determinada área protegida, son constitucionales”. De todo lo cual se pueden derivar dos conclusiones. Por un lado, cuando de la ampliación de los límites de las zonas protectoras del patrimonio forestal del Estado se trata es posible hacerlo vía reglamento, pero cuando de su reducción se trata únicamente se puede hacer vía legal, claro está, siempre y cuando exista un criterio previo que justifique la medida. Por otro lado, la derogatoria del artículo 6° del decreto ejecutivo DE-16614, incluyendo las zonas urbanas de Gandoca, Manzanillo y Puerto Viejo implicó un aumento del territorio del Refugio Nacional de Vida Silvestre de

2. Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas (Convención Ramsar)

El Convenio Ramsar fue firmado en Irán el día 02 de febrero de 1971 y entró en vigor el 21 de diciembre de 1975. Costa Rica lo ratificó mediante la ley número 7224 del 09 de abril de 1991,¹³ y cuenta, a la fecha, con 12 sitios Ramsar que suman una extensión de 569.742 hectáreas.¹⁴

Gandoca-Manzanillo, siendo entonces que la exclusión de dichas zonas dentro del territorio del refugio implica una reducción del territorio de este” SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto número 05399-93 del 26 de octubre de 1993, considerando V.

¹³ “El texto original de la Convención ha sufrido cambios sustanciales en cuanto a las disposiciones administrativas, no así en su parte dispositiva”. AGUILAR A y GONZÁLEZ M, *Manual de Legislación sobre Humedales de Costa Rica*, UICN, 1998, página 15

¹⁴ Información disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-parties-parties/main/ramsar/1-36-123%5E23808_4000_2 consultado el 10 de noviembre de 2013.

¹⁵ “La filosofía de Ramsar gira en torno al concepto de “uso racional”. El uso racional de los humedales se define como “el mantenimiento de sus características ecológicas, logrado mediante la implementación de enfoques por ecosistemas, dentro del contexto del desarrollo sostenible”. Por consiguiente, la conservación de los humedales, así como su uso sostenible y el de sus recursos, se hallan en el centro del “uso racional” en beneficio de la humanidad.” Información disponible en:

http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-glossary-words/main/ramsar/1-36-56-156_4000_2

¹⁶ En febrero de 2001, Costa Rica aprobó su Política de Humedales, una de las primeras en el mundo. De igual

El objetivo de la Convención es la conservación y el uso racional¹⁵ de los humedales, tanto mediante acción a nivel nacional como por medio de la cooperación internacional, con el fin de contribuir al desarrollo sostenible.

Con la aprobación de este Convenio, los países signatarios se comprometieron a: unir esfuerzos para formular políticas nacionales relativas a la conservación y al uso racional de los humedales;¹⁶ designar los humedales adecuados del territorio que se incluirán en la Lista¹⁷ y colaborar en el manejo de los

forma mediante el decreto ejecutivo 28059-MINAE se estableció el Programa Nacional de Humedales.

¹⁷ Al adherirse a la Convención de Ramsar, las Partes Contratantes están obligadas, con arreglo al Artículo 2.4, a designar al menos un humedal para su inclusión en la Lista de Humedales de Importancia Internacional. Las Partes Contratantes, o Estados miembros, eligen sitios para su designación en el marco de la Convención utilizando como referencia los [Criterios para la identificación de Humedales de Importancia Internacional](#). Las Partes comunican los datos sobre los humedales designados a la secretaría del tratado a través de una [Ficha Informativa de Ramsar \(FIR\)](#) en la que se incluyen datos exactos sobre diversos parámetros científicos y de conservación y un mapa en el que se delimitan con precisión los límites del sitio. Al recibir la FIR, la Secretaría se asegura de que los datos y el mapa cumplen las normas establecidas por la Conferencia de las Partes y posteriormente añade el nombre del sitio y los datos fundamentales a la Lista de Humedales de Importancia Internacional -- a continuación remite esos datos y el mapa a Wetlands International para que los incluya en la [Base de Datos sobre los Sitios Ramsar](#). La Secretaría reconoce oficialmente la condición del sitio como Humedal de Importancia Internacional y envía un certificado apropiado del sitio a la Autoridad Administrativa encargada de la aplicación de la Convención en el país correspondiente. Se alienta a las autoridades de la Parte Contratante a que coloquen señales en el propio sitio en las que se indique claramente la condición del sitio como Humedal de Importancia Internacional en conformidad con la

humedales compartidos y de las especies migratorias compartidas;¹⁸ elaborar y aplicar sus planes de gestión de forma que favorezcan la conservación de las zonas húmedas inscritas en la Lista y a la explotación racional de sus humedales;¹⁹ favorecer la conservación de los humedales por la creación de reservas naturales;²⁰ fomentar la investigación e intercambio de datos y de publicaciones relativas a las zonas húmedas, a su flora y fauna; favorecer la formación de personal competente para el estudio, la gestión y el cuidado de zonas húmedas;²¹ consultar con las otras Partes sobre el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la Convención,²² así como el deber de coordinar y apoyar activamente sus políticas y reglamentos actuales y futuros relativos a la conservación de humedales, de su flora y su fauna.

La regla de la Convención es que los Humedales de Importancia Internacional deben mantener su designación como sitio Ramsar y que su extensión inicial completa debe mantenerse siempre que sea posible y apropiado, lo cual, a todas luces, es acorde con el principio de no regresión del derecho ambiental.

De esta forma, únicamente en circunstancias realmente excepcionales debería considerarse la posibilidad de retirar o de modificar la extensión inicial de un humedal de la Lista. Estas situaciones de excepción se encuentran previstas en los artículos 2.5 y 4.2. de la Convención:

"Toda Parte Contratante tendrá derecho... por motivos urgentes de interés nacional, a retirar de la Lista o a reducir los límites de los humedales ya incluidos";

"Cuando una Parte Contratante, por motivos urgentes de interés nacional, retire de la Lista

Convención de Ramsar; el Comité Permanente acordó [el texto sugerido para esas señales](http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-sites/main/ramsar/1-36-55_4000_2). Información disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-sites/main/ramsar/1-36-55_4000_2

¹⁸ El artículo 5 de la Convención Ramsar reconoce la necesidad de promover el manejo integrado de los humedales, que en ocasiones pueden ser transfronterizos formando parte de cuencas hidrográficas compartidas.

¹⁹ De conformidad con el artículo 43 de la Ley Orgánica del Ambiente número 7554 del 04 de octubre de 1995, para realizar cualquier tipo de actividad que afecte los ecosistemas de humedal es necesario contar con una Evaluación de Impacto Ambiental

²⁰ La Ley Orgánica del Ambiente en su artículo 41 declara de interés público los humedales y su conservación, por ser

de uso múltiple, estén o no protegidos por las leyes que rijan esta materia. De igual forma, el artículo 32 del mismo cuerpo legal designa a los humedales como una categoría especial de áreas silvestre protegida.

²¹ Mediante el decreto ejecutivo 28059-MINAE, Costa Rica estableció el Programa Nacional de Humedales.

²² "Las Partes Contratantes celebrarán consultas sobre el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de la Convención, especialmente en el caso de un humedal que se extienda por los territorios de más de una Parte Contratante o de un sistema hidrológico compartido por varios de ellas. Al mismo tiempo, se esforzarán por coordinar y apoyar activamente las políticas y regulaciones actuales y futuras relativas a la conservación de los humedales y de su flora y fauna". Artículo 5 de la Convención Ramsar.

o reduzca los límites de un humedal incluido en ella, deberá compensar en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar”;

Siendo que los citados “motivos urgentes de interés nacional” fueron sólo mencionados, pero no desarrollados ni explicados dentro del texto original de la Convención, fue mediante la Resolución VIII.20²³ que la Conferencia de las Partes de la Convención emite la Orientación general para interpretar la expresión “*motivos urgentes de interés nacional*” en el artículo 2.5 de la Convención y para considerar la compensación prevista en artículo 4.2.

Por su parte, el artículo 5 de la citada Resolución recomienda como primer paso, en aquellos casos donde un Estado Parte invoque

“*motivos urgentes de interés nacional*” para retirar o reducir los límites de un humedal ya incluido en la Lista y para proponer medidas de mitigación o compensación, la realización de una evaluación ambiental previa que tenga en cuenta toda la gama de funciones, servicios y beneficios ofrecidos por el humedal. Además, en la medida de lo posible, propone que la evaluación se realice consultando ampliamente a todos los interesados directos.

Dicha Resolución también recomienda la aplicación del principio precautorio al tomar en cuenta que, cuando existen amenazas de daño grave o irreversible, la falta de plena certidumbre científica no se debe utilizar como un motivo para aplazar medidas eficaces en función del costo para prevenir el deterioro del medio ambiente. Por último, en cumplimiento del artículo 2.5 de la Convención, ordena a la Parte Contratante informar a la Oficina de Ramsar²⁴ de tales cambios de límites

²³ 8va. Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes en la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971) Valencia, España, 18 a 26 de noviembre de 2002.

²⁴ La Secretaría de la Convención de Ramsar se encarga de la coordinación de las actividades corrientes de la Convención. Las funciones de la Secretaría son: mantener al día la Lista de Humedales de Importancia Internacional (§4.3), tomando nota de todas las adiciones y enmiendas que se le introduzcan, y la Base de Datos sobre los Sitios Ramsar (la labor corriente de desarrollo de la Base de Datos se ha subcontratado con Wetlands International); coadyuvar en la convocación y organización de la Conferencia de las Partes, las reuniones del Comité Permanente y del GECT, así como de las reuniones regionales de Ramsar; prestar

apoyo administrativo, científico y técnico a las Partes Contratantes, sobre todo en relación con la aplicación del Plan Estratégico de Ramsar; colaborar en la tarea de conseguir la adhesión de nuevas Partes Contratantes; dar a conocer las decisiones, Resoluciones y Recomendaciones de la COP y del Comité Permanente; desempeñar funciones de secretaria para el Grupo de Examen Científico y Técnico y mantener la funcionalidad del Servicio de Apoyo al GECT con base en la web; buscar fondos para el Fondo de Pequeñas Subvenciones (§4.4.6), distribuir un llamamiento anual a presentar propuestas y evaluar las propuestas de proyectos recibidas de las Partes Contratantes, así como las propuestas para el programa de asistencia Humedales para el Futuro; administrar los proyectos financiados con contribuciones reservadas para fines determinados;

lo más rápidamente posible. Al notificar estos cambios, las Partes pueden solicitar asesoramiento incluso al Grupo de Examen Científico y Técnico (GECT)²⁵ y/o al Comité Permanente²⁶ antes de adoptar ninguna acción irreversible.

Por otra parte, además de aquellas situaciones invocadas por los Estados Parte como “*motivos urgentes de interés nacional*”, existen una serie de circunstancias no previstas expresamente por la Convención y relacionadas con la *pérdida de las características ecológicas de un sitio incluido en la Lista*, que podrían tener como consecuencia el retiro o reducción de límites de humedales. Estas situaciones fueron desarrolladas por la Conferencia de la Partes en la Resolución IX.6.²⁷

mantener a las Partes Contratantes, la comunidad Ramsar y el público informados acerca de los acontecimientos relacionados con la Convención; informar y brindar asesoramiento, dentro de lo posible, a quienes deseen información acerca de los temas que conciernen a la Convención y los humedales; organizar Misiones Ramsar de Asesoramiento a petición de Partes Contratantes (§4.3.6) y contribuir al seguimiento de los correspondientes informes; y promover cauces de cooperación con otras convenciones, instituciones intergubernamentales y ONG nacionales e internacionales. Información disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-bodies-secretariats-7707/main/ramsar/1-36-71-77%5E7707_4000_2

²⁵ El Grupo de Examen Científico y Técnico de la Convención de Ramsar se estableció en virtud de la Resolución 5.5 (1993) como órgano subsidiario de la Convención para que diera orientaciones científicas y

El procedimiento de retiro o restricción de un sitio de la Lista por razones distintas a las especificadas por el artículo 2.5 de la Convención debe considerar, en primera instancia, la posibilidad de restricción de los límites. Sólo en circunstancias excepcionales debería considerarse la posibilidad de retirar un sitio de la Lista. Esto es concebible cuando una parte o todo un sitio parece haber perdido los elementos, los procesos y/o los servicios del ecosistema del humedal por los que inicialmente se designó.

Cabe destacar que la Convención Ramsar, al ser interpretada y aplicada a casos concretos por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense, ha impedido regresiones ambientales respecto a la normativa que regula los ecosistemas de humedal.²⁸

técnicas a la Conferencia de las Partes, al Comité Permanente y a la secretaría de Ramsar. Información disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-documents-strp-scientific-and-16946/main/ramsar/1-31-111%5E7706_4000_2

²⁶ El Comité Permanente de la Convención de Ramsar es el órgano ejecutivo que representa a la COP entre sus reuniones trienales en el marco de las decisiones tomadas por ella. Información disponible en: http://www.ramsar.org/cda/es/ramsar-about-bodies-standing-standing-committee-7691/main/ramsar/1-36-71-73%5E7691_4000_2

²⁷ 9ª Reunión de la Conferencia de las Partes Contratantes de la Convención sobre los Humedales (Ramsar, Irán, 1971), Kampala, Uganda, 8 a 15 de noviembre de 2005.

²⁸ “En síntesis, si se aceptaran como constitucionales estas dos normas impugnadas, tal y como fueron redactadas, se estarían excluyendo zonas públicas que a pesar de no ser áreas silvestres protegidas, legalmente corresponden a -y

3. Reservas de la Biosfera

La Asamblea General número 16 de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura (UNESCO) del año 1970 estableció el Programa El Hombre y la Biosfera (MAB) como programa internacional e interdisciplinario para desarrollar y mejorar los fundamentos del uso sostenible y la conservación efectiva de los recursos naturales de la biosfera.

En este marco, las Reservas de Biosfera²⁹ han sido establecidas para promover y demostrar

una relación equilibrada entre los seres humanos y la biosfera. Las Reservas son designadas por el Consejo Internacional de Coordinación del Programa MAB³⁰ a petición del Estado interesado y cada una de ellas está sujeta a la soberanía exclusiva del Estado en la que está situada. Por lo tanto, está sometida únicamente a la legislación nacional. Esto forma una Red Mundial³¹ en la cual los Estados participan de manera voluntaria.

Actualmente, Costa Rica cuenta con tres Reservas de la Biosfera: Cordillera Volcánica

como dice el artículo 1 cuestionado, están constituidas dentro de ese patrimonio. Esa exclusión también quebrantaría lo dispuesto por la "Convención relativa a los humedales de importancia internacional, especialmente como hábitat de las aves acuáticas", denominada también "Convención de Ramsar", aprobada por Ley No. 7224 del 09 de abril de 1991, que en su Considerando 2 indica que los humedales constituyen un recurso de gran valor económico, cultural, científico y recreativo, "cuya pérdida sería irreparable", y en el artículo 4 estipula que cada parte contratante fomentará la conservación de las zonas húmedas y de las aves acuáticas creando reservas naturales en los humedales, estén o no inscritos en la "Lista", y atenderá de manera adecuada su manejo y cuidado; disposición que el legislador costarricense ha reforzado al declarar de interés público los humedales y su conservación, por ser de uso múltiple, "estén o no estén protegidos por las leyes que rijan esta materia" (ver artículo 41 de la Ley Orgánica del Ambiente). Además, la violación se extiende en la medida en que circunscribe o limita la gestión de ese sistema público [SINAC/MINAET] a los ecosistemas del patrimonio natural del Estado que cuenten con una declaratoria de área silvestre protegida. Lo anterior en virtud de que esa autoridad pública está obligada a administrar, independientemente de que el bien tenga una declaratoria de ese tipo, cualquier terreno o zona de titularidad pública (de dominio público o bienes de la nación), que conforme con la ley corresponda al patrimonio natural del Estado (véase el voto No. 2008-016975 arriba

citado)" SALA COSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, voto número 16938-2011, del 7 de diciembre del 2011, considerando V.

²⁹ Un grupo de Trabajo del Programa MAB desarrolló el concepto de Reservas de la Biosfera en 1974 y la Red de Reservas de la Biosfera fue lanzada en 1976. Las Reservas de la Biosfera son concebidas como una herramienta para implementar los objetivos del MAB. Véase CABRERA MEDAGLIA Jorge, *Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología*, Editorial Jurídica Continental, 2010.

³⁰ El [Consejo Internacional de Coordinación](http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/environment/ecological-sciences/man-and-biosphere-programme/), órgano rector del Programa, en concertación con el conjunto de la Comunidad MAB, definen la agenda del Programa. Información disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/environment/ecological-sciences/man-and-biosphere-programme/>

³¹ Compuesta de 610 reservas de biosfera en 117 países, incluyendo 12 sitios transfronterizos, la RMRB del Programa MAB promueve Norte-Sur y la cooperación Sur-Sur y representa una herramienta única para la cooperación internacional mediante el intercambio de conocimientos, el intercambio de experiencias, la creación de capacidades y la promoción de mejores prácticas. Información disponible en: <http://www.unesco.org/new/es/natural-sciences/environment/ecological-sciences/biosphere-reserves/world-network-wnbr/>

Central, Internacional La Amistad y la reserva Agua y Paz.

Como bien lo señala Cabrera Medaglia,³² las Reservas de la Biosfera no han sido diseñadas para convertirse en áreas de protección absoluta, sino en sitios que, mientras resguardan la biodiversidad especialmente en las áreas núcleo, permiten y fomentan actividades y proyectos de desarrollo sostenible. Es decir, que conllevan un uso adecuado de los recursos biológicos.

Según su propio marco estatutario, el procedimiento de supresión de la lista de una Reserva de la Biosfera es absolutamente excepcional y debe aplicarse únicamente después de un minucioso examen, atendiendo debidamente a la situación cultural y socioeconómica del país, y tras consultar con el Gobierno interesado.

Por lo anterior, la situación de cada reserva de biosfera debe ser revisada cada diez años sobre la base de un informe preparado por la autoridad competente, y remitido a la Secretaría³³ por el Estado interesado. El informe será

sometido al Comité Consultivo sobre Reservas de Biosfera para que emita una recomendación destinada al Consejo Internacional de Coordinación (CIC).

Si el CIC estimara que la reserva de biosfera ha dejado de cumplir los criterios expuestos en el Artículo 4, podrá recomendar que el Estado interesado adopte medidas para ajustarse a las disposiciones de dicho Artículo 4, teniendo en cuenta el contexto cultural y socioeconómico del Estado interesado. El CIC indicará a la Secretaría qué disposiciones debería tomar para ayudar al Estado interesado a poner en práctica esas medidas.

Si el CIC estimara que la reserva de biosfera de que se trata todavía no cumple los criterios expuestos en el Artículo 4, al cabo de un plazo razonable, la zona dejará de ser considerada reserva de biosfera perteneciente a la Red. El Director General de la UNESCO comunicará al Estado interesado la decisión del CIC. Si un Estado deseara retirar de la Red una reserva de biosfera que esté bajo su jurisdicción, lo notificará a la Secretaría. La notificación será

³² CABRERA MEDAGLIA Jorge, *Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología*, Editorial Jurídica Continental, 2010.

³³ La UNESCO prestará servicios de secretaría a la Red y será responsable de su funcionamiento y promoción. La Secretaría facilitará la comunicación y la interacción entre las diversas reservas de biosfera y entre los especialistas. Además, la UNESCO creará y mantendrá un sistema de información sobre las reservas de biosfera accesible en todo el

mundo, que estará conectado a otras iniciativas pertinentes. Con el fin de fortalecer cada reserva de biosfera y el funcionamiento de la Red y de las subredes, la UNESCO recabará asistencia financiera de fuentes bilaterales y multilaterales. La Secretaría actualizará, publicará y distribuirá periódicamente la lista de las reservas de biosfera que forman parte de la Red, así como información sobre sus objetivos y características. Artículo 10 del Marco Estatutario de la Red Mundial de Reservas de la Biosfera.

transmitida al CIC para su información. La zona dejará de ser considerada reserva de biosfera perteneciente a la Red.

4. Convención sobre la protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural. Sitios de Patrimonio Mundial Natural (Convención UNESCO)

La Convención UNESCO fue adoptada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación y la Cultura en noviembre de 1972, entró en vigencia el 17 de diciembre de 1975 y fue ratificada por Costa Rica mediante la Ley número 5980 en 1974.

Actualmente, Costa Rica cuenta con tres sitios UNESCO Patrimonio de la Humanidad: Área de Conservación Guanacaste, Parque Nacional Isla del Coco y Reserva de la Cordillera Talamanca-La Amistad / Parque Internacional La Amistad.

La Convención tiene por objeto identificar, proteger, conservar, revalorizar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural de Valor Universal Excepcional. Los criterios y las condiciones para la inscripción de bienes en la Lista del Patrimonio Mundial han sido establecidos para evaluar el

Valor Universal Excepcional de éstos y orientar a los Estados Parte en la protección y la gestión de los bienes del Patrimonio Mundial.

La Convención no pretende garantizar la protección de todos los bienes de gran interés, importancia o valor, sino únicamente de una lista restringida de los más excepcionales desde un punto de vista internacional.

Las Directrices Prácticas para la Aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial prevén la posibilidad excepcional de modificar los límites de un bien del Patrimonio Mundial o bien, su retiro o exclusión de la Lista. De esta forma, cuando un bien inscrito en la Lista del Patrimonio Mundial está amenazado por peligros graves y concretos, el Comité considera su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro. Si se destruye el Valor Universal Excepcional del bien que justificó la inscripción en la Lista del Patrimonio Mundial, el Comité considera la posibilidad de excluir el bien de la Lista.

A la vez, el Comité adoptó el procedimiento para la exclusión de bienes de la Lista del Patrimonio Mundial en los casos en que:

a) un bien se haya deteriorado hasta el extremo de perder las características que habían determinado su inscripción en la Lista del Patrimonio Mundial; y

b) no se hubieran tomado, en el plazo de tiempo propuesto, las medidas correctivas necesarias indicadas por el Estado Parte para conservar un bien cuyas cualidades intrínsecas ya estuvieran en peligro debido a la actividad humana en el momento en que se propuso su inscripción

5. Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar

La Convención de la ONU sobre Derechos del Mar (CONVEMAR) aprobada en 1982, dispone en su artículo 311-6 que *"no podrán hacerse enmiendas al principio básico relativo al patrimonio común de la humanidad"*, lo cual se torna en una garantía de no regresión al otorgarle un carácter de intangibilidad al patrimonio común de la humanidad.

6. Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), suscrito en Río de Janeiro el 13 de junio de 1992, entró en vigencia el 29 de diciembre de 1993 y fue ratificado por Costa Rica en agosto del 2004. Tiene como objetivos la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en

los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, mediante un acceso adecuado de los recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes.

El Convenio de Diversidad Biológica, en su artículo 8 inciso k), dispone que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, establecerá o mantendrá la legislación necesaria y/u otras disposiciones reglamentarias para la protección de las especies y poblaciones amenazadas, lo cual a todas luces es una alusión clara y directa a las obligaciones derivadas del principio de no regresión en materia de biodiversidad.

El CDB ha sido aplicado de forma directa, en múltiples ocasiones, por parte de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia costarricense al realizar control de convencionalidad de normativa de rango inferior, en especial a la hora de justificar la puesta en práctica del principio precautorio en relación con el principio de objetivación de la tutela ambiental. Lo anterior se ha aplicado en la medida en que tanto la normativa como los actos administrativos deben ajustarse a las reglas unívocas de la ciencia, la técnica, lógica y conveniencia. Con ello, cumple a cabalidad con lo preceptuado por la obligación de no retroceso.

II. Rol de “*dique de contención*” del derecho internacional ambiental en pro de evitar regresiones a nivel de derecho interno de los Estados

A todas luces, es posible afirmar el rol preponderante que ejerce el derecho internacional ambiental (*soft y hard law*) respecto al reconocimiento, consolidación y aplicación efectiva del principio de prohibición de retroceso ambiental.

Los principios de desarrollo sostenible, equidad intergeneracional, prevención y precaución, tímidamente esbozados en la Declaración de Estocolmo 1972 y reafirmados de forma contundente en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, complementan al principio de no regresión en la medida en que buscan adelantarse al daño ambiental y así evitar situaciones irreversibles, incluso en aquellos supuestos donde no existe aún plena certeza científica. Se debe partir de la idea de que la regresión del derecho ambiental que se decida hoy constituiría una vulneración de los derechos de las generaciones futuras, ya que esto implicaría imponerles un nivel de protección del medio ambiente inferior al actualmente logrado.

Igual función ejercen los tratados y convenios internacionales (*hard law*). En general, todos

buscan procurar altos niveles de protección ambiental, mejorar el medio ambiente, aumentar la biodiversidad, proteger los recursos naturales y, por supuesto, acabar, disminuir y aplacar la contaminación y la degradación ambiental. Se oponen, por tanto, a toda idea posible de regresión.

El derecho internacional ambiental parte del concepto de soberanía de los Estados sobre sus recursos naturales. Por ello, tanto la suscripción de convenios internacionales, como la inclusión de sitios o espacios físicos a regímenes especiales de protección de carácter internacional, se hace por mera voluntad soberana de los Estados. Por esta razón, estos mismos Estados están facultados, en cualquier momento, a denunciar las convenciones ambientales que suscriben o bien, desafectar sitios ubicados dentro de sus territorios, siempre y cuando se ajusten a las reglas previstas al efecto en cada tratado.

La regla general es que todo sitio sometido a un régimen especial de protección ambiental debe mantener tal designación, ya sea que se trate de un sitio Ramsar, una Reserva de la Biosfera, un sitio del Patrimonio Mundial o un área silvestre protegida. Su extensión inicial completa debe mantener su designación, siempre que sea posible y apropiado, lo cual, a todas luces, es acorde

con los principios de prohibición de retroceso y de irreductibilidad de espacios sometidos a regímenes especiales de protección. De esta forma, solamente en circunstancias realmente excepcionales, un Estado debería considerar la posibilidad de retirar o de modificar la extensión inicial de uno de estos sitios.

El Convenio de Washington, en su artículo III, prohíbe alterar los límites de los Parques Nacionales y enajenar parte alguna de ellos si no lo es por acción de autoridad legislativa competente. La Convención Ramsar, en sus artículos 2.5 y 4.2, establece como situaciones de excepción para retirar de la Lista o reducir los límites de humedales de importancia internacional “*motivos urgentes de interés nacional*”, con obligación de compensar la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales.

De igual forma, el procedimiento de supresión de la lista de una Reserva de la Biosfera es absolutamente excepcional y debe aplicarse únicamente después de un minucioso

examen, atendiendo debidamente a la situación cultural y socioeconómica del país, y tras consultar con el Gobierno interesado. Por su lado, la Convención del Patrimonio Mundial prevé, como excepción, la posibilidad de modificar los límites de un bien del Patrimonio Mundial o bien, su retiro o exclusión de la Lista. Establece que, cuando un bien está amenazado por peligros graves y concretos, primero debe considerarse su inclusión en la Lista del Patrimonio Mundial en Peligro y, solamente cuando se destruye su Valor Universal Excepcional que justificó la inscripción en la Lista del Patrimonio Mundial, puede considerarse la posibilidad de excluirlo.

Como puede observarse, en todos los casos, además de evitarse situaciones de violación al principio de no regresión, se cumplen a cabalidad con los principios de irreductibilidad de espacios sometidos a regímenes especiales de protección³⁴ y de objetivación de la tutela ambiental,³⁵ que están íntimamente relacionados

³⁴ El principio de irreductibilidad, que tiene como finalidad impedir la reducción, disminución, desafectación, exclusión, segregación y limitación de los espacios naturales sometidos a régimen especial de protección, debido a que albergan ecosistemas considerados jurídicamente relevantes, entre ellos es posible reconocer: bosques ubicados en terrenos privados, humedales (manglares), áreas silvestres protegidas (ASP), territorios indígenas, así como todos aquellos terrenos que forman parte del Patrimonio Natural del Estado (PNE).

³⁵ El principio general de objetivación de la tutela ambiental, también llamado principio de vinculación a la ciencia y a la técnica, o bien, principio de razonabilidad en relación con el derecho ambiental, ha sido reconocido y desarrollado ampliamente en la última década por parte de la jurisprudencia constitucional costarricense, y consiste básicamente en la obligación de acreditar, medie estudios técnicos y científicos, la toma de decisiones en materia ambiental, ya sea en relación con actos administrativos individuales o disposiciones de carácter general, tanto legales como reglamentarias,³⁵ reforzando con ello el deber de contar siempre

con la prohibición de retroceso. Exigen la vinculación de la decisión de retiro o alteración de límites a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica. Al efecto, a la luz del Convenio de Washington, toda alteración negativa o disminución de los límites de áreas silvestres protegidas calificaría como una regresión ambiental y, por tanto, quedaría expresamente prohibida, salvo que contare con aprobación legislativa. Esta disposición se encuentra reforzada por el artículo 38 de la Ley Orgánica del Ambiente, que obliga además a contar con estudios técnicos y científicos que lo justifiquen.

En esa misma línea, la Convención Ramsar, mediante sus resoluciones VIII.20 y IX.6 exige, previo a retirar de la Lista o reducir los límites de un humedal de importancia internacional, la realización de una evaluación ambiental que tenga en cuenta toda la gama de funciones, servicios y beneficios ofrecidos por el humedal. En la medida de lo posible, propone que la evaluación se realice consultando ampliamente a todos los interesados directos. Ordena aplicar del principio precautorio, ya que, cuando existen amenazas de daño grave o irreversible, la falta de plena certidumbre científica no se debe utilizar como un

motivo para aplazar medidas eficaces en función del costo para prevenir el deterioro del medio ambiente. Por último, obliga informar a la Secretaría de la Convención Ramsar de tales cambios a la mayor brevedad posible.

Tratándose de Reservas de la Biosfera, el procedimiento de supresión de la lista es excepcional y debe aplicarse únicamente después de un minucioso examen. Debe atenderse debidamente a la situación cultural y socioeconómica del país y consultarse con el Gobierno interesado. En el caso de Sitios del Patrimonio Mundial Natural, únicamente sería posible aplicar el procedimiento excepcional de exclusión o modificación de límites cuando un bien incluido en la Lista del Patrimonio Mundial se haya deteriorado gravemente, o cuando las medidas correctivas necesarias no se hayan adoptado en el plazo de tiempo propuesto.

En todos los casos, se busca el fiel cumplimiento de los principios preventivo, precautorio y de restauración integral de ecosistemas, previo a cualquier intento de exclusión o modificación de límites. Al efecto, la Convención Ramsar y sus Resoluciones obligan, en primera instancia, a distinguir y diferenciar

y en toda situación en donde pueda resultar afectado el ambiente, con estudios técnicos y científicos serios, exhaustivos y comprensivos que garanticen el menor impacto ambiental posible.

entre cambios reversibles e irreversibles en los ecosistemas de humedal. Si existen posibilidades de remediar la situación del humedal, deben definirse las condiciones en las que el cambio puede invertirse, y las actuaciones de manejo (con inclusión de la restauración) necesarias para asegurarlo, así como los períodos de tiempo que probablemente serían necesarios para permitir recuperar las características del sitio. En caso de daños irreversibles, obliga a considerar, como primera opción, la posibilidad de restricción de los límites y, sólo en circunstancias excepcionales, la posibilidad de retirar un sitio de la Lista, siempre que una parte o todo un sitio haya perdido los elementos, los procesos y/o los servicios del ecosistema del humedal por los que inicialmente se designó. En estos casos, la Convención Ramsar obliga a compensar, en la medida de lo posible, la pérdida de recursos de humedales y, en particular, crear nuevas reservas naturales para las aves acuáticas y para la protección de una porción adecuada de su hábitat original, en la misma región o en otro lugar.

Tratándose de Reservas de la Biosfera, su situación debe ser revisada cada diez años sobre la base de un informe preparado por la autoridad competente y remitido a la Secretaría por el Estado interesado. El informe deber ser sometido al Comité Consultivo sobre Reservas

de Biosfera para que emita una recomendación destinada al Consejo Internacional de Coordinación (CIC). Si el CIC estimara que la reserva de biosfera ha dejado de cumplir los criterios que sustentaron su designación, podrá recomendar que el Estado interesado adopte medidas para ajustarse a tales criterios, teniendo en cuenta el contexto cultural y socioeconómico del Estado interesado. Únicamente si el CIC estimara que la reserva de biosfera todavía no cumple los criterios que sustentaron su designación, al cabo de un plazo razonable, la zona dejará de ser considerada reserva de biosfera perteneciente a la Red.

Por su parte, la Convención UNESCO obliga a los Estados Parte a tomar medidas correctivas necesarias para conservar un bien cuyas cualidades intrínsecas ya estuvieran en peligro debido a la actividad humana en el momento en que se propuso su inscripción. Ordena informar de tales circunstancias, lo antes posible, a la Secretaría del Comité.

Vale la pena resaltar que únicamente el Convenio de Diversidad Biológica hace una alusión clara, directa y expresa a las obligaciones derivadas del principio de no regresión, al disponer en su artículo 8, inciso k), que cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda, establecerá o mantendrá la

legislación necesaria y/u otras disposiciones reglamentarias para la protección de las especies y poblaciones amenazadas.

A manera de conclusión, es posible afirmar que el derecho internacional ambiental ejerce un papel fundamental en la sustentación del principio de no regresión. Refuerza a la vez los criterios de irreductibilidad de los espacios sometidos a regímenes especiales de protección y de objetivación de la tutela ambiental o vinculación del derecho ambiental a las reglas unívocas de la ciencia y la técnica.

Bibliografía

AGUILAR ROJAS Grethel e IZA Alejandro, *Derecho Ambiental en Centroamérica*, Tomo II, UICN, San José, 2009.

AGUILAR ROJAS Grethel y GONZÁLEZ AGUILUZ Marcia, *Manual de Legislación sobre Humedales de Costa Rica*, UICN, San José, 1998.

BERROS María Valeria y SBRESSO Luciana “La incorporación de una responsabilidad vis a vis las generaciones futuras podría ser uno de los ejes para la construcción de los fundamentos jurídicos propios de la no regresión”, *Primeras señales*

sobre el principio de no regresión en materia ambiental en Argentina. Un estado de la cuestión, Bruxelles, Editions Bruylant, 2012.

CABRERA MEDAGLIA Jorge, *Temas de Biodiversidad, Propiedad Intelectual y Biotecnología*, Editorial Jurídica Continental, 2010.

PEÑA CHACÓN Mario, “La tutela jurídica de los ecosistemas de humedal”, publicado en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental “Medio Ambiente & Derecho”*, Universidad de Sevilla, España, número 16, setiembre 2007 disponible en la siguiente dirección: http://huespedes.cica.es/aliens/gimadus/16/10_humedal.html

PEÑA CHACÓN Mario, “La exigibilidad judicial directa del Derecho Internacional Ambiental”, *Revista Jurídica Lex difusión y análisis*, año VII, número 94, México, Editora Laguna, abril 2003.

PEÑA CHACÓN Mario, “Principio de no regresión ambiental a la luz de la jurisprudencia constitucional costarricense”, en la *Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales*, número 3, Argentina, fe-

brero 2012 accesible en: <http://www.ijeditores.com.ar/index.php?ididioma=1&idcontenido=-2&idpublicacion=19&view=1>

PRIEUR Michel, *El nuevo principio de no regresión en derecho ambiental*, Bruxelles: Editions Bruylant, 2012.



El valor intrínseco del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los desafíos legislativos para su implementación en Guatemala y Costa Rica

Alexander Aizenstatd Leistenschneider*
y Helena Dávila Esquivel**

Resumen: *El trabajo describe la importancia del Estatuto de Roma para la creación de la Corte Penal Internacional como marco normativo transformador de la legislación interna a través de la implementación nacional. Se argumenta que la implementación nacional, más que la creación de entidades internacionales, constituye la principal contribución del Estatuto en la prevención de graves crímenes de trascendencia internacional. Se analiza la implementación nacional en Guatemala y Costa Rica, como países geográficamente cercanos, pero con condiciones muy distintas. Se expone la necesidad de realizar reformas legislativas para incluir tanto la tipificación interna de los delitos, así como los mecanismos de cooperación con la Corte Penal y la Fiscalía. Finalmente se concluye que ambos países aún tienen desafíos pendientes en la implementación del Estatuto de Roma*

Palabras clave: *Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma, Implementación Nacional, Derecho Penal Internacional, Guatemala, Costa Rica.*

Abstract:

This Note describes the importance of the Rome Statute of the International Criminal Court ("Rome Statute") as a normative framework that transforms national legislation by means of national implementation. National implementation, more than creating an international body, constitutes the Rome Statute's main contribution in the prevention of the most serious crimes of international importance. Guatemala and Costa Rica have faced national implementation processes of the Rome Statute, and although these countries are close, they share different realities that call for the need of making distinct legislative reforms in order to include the national punishment of these crimes, as well as implementing cooperation mechanisms with the Offices of the prosecutors and each criminal court. The Note finds that both countries still have pending challenges in the implementation of the Rome Statute.

Keywords: *International Criminal Court, Rome Statute, National Implementation, International Criminal Law, Guatemala, Costa Rica.*

*Profesor de Derecho Internacional, Universidad Rafael Landívar en Guatemala. Candidato Doctoral y Máster, Yale Law School. Abogado guatemalteco. Vicepresidente del Centro para la Defensa de la Constitución. Ex Editor del Yale Journal of International Law y Abogado Visitante Profesional en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autorizado para el ejercicio profesional en Guatemala y el Estado de Nueva York. Email: alexander@aizenstatd.com.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, Docente, consultora costarricense-guatemalteca y asesora en materia de Derechos Humanos. Email: hdavilaesquivel@gmail.com.

Fecha de presentación del artículo: 2 de noviembre de 2016. Fecha de aprobación del artículo: 2 de junio de 2017.

Sun_Tiger. Imagen 44994823. Ilustración obtenida de https://st.depositphotos.com/1359043/4499/i/950/depositphotos_44994823-stock-photo-butterflies-with-costa-rica-and.jpg

I. Introducción: El Valor intrínseco del Estatuto de Roma

La creación de la Corte Penal Internacional ha generado un amplio interés a nivel mundial como parte del nuevo rol que desempeña el derecho internacional en la esfera del derecho penal nacional. Aunque a los criminales de guerra se les ha juzgado desde por lo menos la época de la antigua Grecia, el papel del derecho internacional en esta materia ha sido limitado.¹ Salvo algunas excepciones, la atribución de responsabilidad penal individual tradicionalmente ha sido confiada a los sistemas nacionales.

Por este motivo, la creación de una institución internacional permanente con la facultad de atribuir responsabilidad penal individual es un logro indiscutible. La Corte Penal Internacional es uno de los mayores avances en la materia desde los tiempos del tribunal de Núremberg hacia la creación de un sistema de justicia internacional que sirva para prevenir y sancionar a los responsables de cometer las más graves violaciones contra el derecho internacional.

Aunque la mayor parte de la atención académica se ha concentrado en la labor del tribunal internacional en la consecución de este ideal, no debe dejarse a un lado la contribución del Estatuto de

Roma como instrumento normativo por sí mismo. A largo plazo, será el Estatuto de Roma y no la labor de la Corte, lo que generará la mayor contribución en la prevención y castigo del genocidio, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Ese es el valor intrínseco del Estatuto de Roma, considerado con independencia de las valiosas instituciones que crea.

Sin embargo, la adopción de este instrumento internacional es un proceso que no se agota con su ratificación. La plena y eficaz adopción del Estatuto, además del reconocimiento de las competencias de la Corte Penal Internacional, necesita de profundas modificaciones legislativas a nivel interno. Es en esta transformación nacional que el Estatuto proporciona su mayor valor. Para ambos países, Guatemala y Costa Rica, aun transcurridos años después de su ratificación, aún existen sustanciales retos para su plena implementación nacional.

Este estudio pretende analizar los retos en la implementación nacional del Estatuto en Guatemala y Costa Rica. Tomando en cuenta las características e historia de cada Estado, se busca determinar la forma en que cada una afecta la implementación del Estatuto en la legislación nacional. Se espera que estas dos posiciones sean útiles para entender los retos pendientes y, en el futuro, poder

¹Véase: William A. Schabas. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge U. Press (2011) p. 1.

comprender mejor las causas que afectan la implementación del Estatuto en los Estados. Costa Rica fue el 33^o Estado en ratificar el Estatuto, Guatemala el 121^o. Han transcurrido 13 años desde la ratificación en Costa Rica y 3 en Guatemala. En Costa Rica, la ratificación fue producto de una importante participación de la sociedad civil, surgió un año después de la opinión favorable del tribunal constitucional y ha tenido un rol muy activo dentro de sus instituciones. En Guatemala la ratificación tomó por sorpresa a la sociedad civil, se dio casi diez años después de la opinión favorable del tribunal constitucional y su participación ha sido limitada. En Costa Rica, no hay casos pendientes ante tribunales nacionales relacionados con los tres delitos de mayor trascendencia contenidos en el Estatuto, en Guatemala sí. El análisis de los desafíos pendientes en cada uno de estos países es relevante, ya que, a pesar de estar geográficamente cercanos y tener varios aspectos en común, presentan dos visiones distintas, basadas en experiencias históricas diferentes sobre la forma de enfrentar los retos pendientes en la implementación del Estatuto de Roma. Esto es relevante, ya que argumentamos que la implementación nacional del Estatuto no es solamente una obligación más derivada de su suscripción, sino el

principal aporte de este instrumento en la prevención de las mayores violaciones al derecho internacional.

1. El valor intrínseco del Estatuto de Roma como marco normativo

El Estatuto de Roma es un tratado internacional en materia penal y cumple de manera sucinta dos funciones. En primer lugar, contiene la definición de los elementos de tipificación de los más graves delitos acordados por la comunidad internacional, siendo estos el genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de Agresión.² En segundo lugar, el Estatuto crea la arquitectura institucional para la creación de ese marco normativo; sus instituciones principales son la Corte Penal Internacional y la Fiscalía.

El diseño institucional actual permite señalar que la contribución principal de la Corte se da por medio de sentencias; la función principal de la Fiscalía se realiza por medio de acusaciones y condenas. La Corte Penal Internacional lentamente ha comenzado a dar resultados y ya cuenta con dos condenas y una absolución.³ Sin embargo, luego

² En el futuro es posible que se incluya también el crimen de agresión. La Asamblea de Estados Parte ya ha aceptado su definición durante la conferencia de Kampala, Uganda en el 2010, pero su plena vigencia requiere la ratificación de al menos 30 Estados y dos tercios de los Estados Partes

aprueben establecer la jurisdicción luego del primero de enero del 2017

³ Corte Penal Internacional. Fiscal vs. Lubanga Dyilo. ICC-01/04-01/06. Sentencia del 14 de marzo del 2012 y Fiscal vs. Germain Katanga y Mathieu Ngudjolo Chui. ICC-01/04-

de más de una década de funcionamiento, esto es escaso. Es claro que el sistema aún enfrenta dificultades en la captura de los acusados y depende en gran parte de la colaboración nacional, lo cual, indudablemente, ha afectado el número de casos conocidos por la Corte. Una muestra de ello es que algunos de los acusados más conocidos, como Omar Al Bashir, ostentan cargos de poder, y otros, como Joseph Kony, son fugitivos. En el caso de Bashir, éste incluso visitó Sudáfrica, un Estado Parte del Estatuto de Roma, en junio del 2015 y se le permitió salir nuevamente hacia Sudán. Más recientemente, Sudáfrica se retiró del Estatuto.

Por otro lado, debe admitirse que una orden de captura tiene por sí misma un efecto disuasivo y limita la movilidad de los acusados. Pero, aun en el caso de que todos los acusados fuesen llevados ante el tribunal, el diseño organizacional todavía resultaría en que la contribución principal de sus instituciones se realice por medio de sentencias emitidas en casos concretos. Esto limita su campo de acción directa a los territorios en los cuales se han cometido atrocidades.⁴

Por otro lado, la contribución del Estatuto como esquema normativo sirve para proveer un marco

de tipificación penal que opera de forma generalizada y permanente en todos los Estados Parte. Contiene definiciones de los más graves delitos contra el derecho internacional, que han resultado de un consenso casi universal. La adopción del Estatuto conlleva la posterior incorporación de estas definiciones como parámetros mínimos de protección en los ordenamientos nacionales. En ese sentido, el Estatuto no reemplaza los ordenamientos nacionales, sino que los fortalece, de ahí que su adecuada implementación realiza una función transformativa a nivel interno. Este resultado es primordial si se toma en cuenta que el establecimiento de estas conductas como delitos es el primer paso hacia la prevención.

2. El papel del juez nacional

Además de la definición de los delitos, el Estatuto también contribuye al fortalecimiento de los jueces penales nacionales. El sistema internacional en este caso opera de conformidad con el principio de complementariedad. Por lo tanto, depende, en primer lugar, del funcionamiento de las instituciones nacionales. Su adecuada implementación interna convierte al juez nacional en el principal y más activo guardián de los valores primordiales

01/07. Sentencia del 7 de marzo del 2014. El señor Mathieu Ngudjolo Chui fue absuelto.

⁴ Esta es la forma usual en que operan los tribunales penales, claro está que no deben de hacerse de menos las

contribuciones al derecho internacional que resultan de las sentencias y los valores que la existencia del tribunal por sí mismo engloba.

del derecho penal internacional. Tomando en cuenta que la prevención de estos delitos es un asunto que contribuye a la paz y seguridad mundial, la tarea confiada es fundamental. Ya que la Corte Penal Internacional actúa en escasas situaciones y únicamente ante la ineficacia del sistema local, el juez nacional, junto con la fiscalía, se convierten en actores principales. La Corte Penal Internacional pasa entonces a ocupar un lugar complementario. Es por ello que la implementación nacional y transformación de los ordenamientos penales internos es la principal contribución del Estatuto. Es ahí donde el marco normativo, más que la Corte Penal, jugará un rol fundamental en la prevención y castigo de las atrocidades en el futuro.

II. La implementación del Estatuto de Roma en Guatemala

Las definiciones de los crímenes en el Estatuto son complejas y requieren no sólo de la definición de los principales crímenes, sino también de la tipificación de otros delitos conexos como el asesinato, violación, tortura, apartheid y muchos otros. De esa forma, se busca que los delitos y todos sus elementos estén penalizados a nivel nacional. Estos constituyen, entonces, parámetros mínimos de protección plasmados en la norma interna de los países. Es decir, los Estados pueden establecer

protecciones mayores, mas no inferiores, a las establecidas en el Estatuto.

Aunque sea necesaria la tipificación interna para el castigo a nivel nacional, su incumplimiento, en todo caso, no impide la labor de la Corte Penal Internacional. La Corte no aplica la legislación nacional, de ahí que la inadecuada o inexistente regulación nacional no le imposibilita conocer de casos bajo su competencia según el Estatuto. La ausencia legislativa tendría como consecuencia, simplemente, la imposibilidad de ejercer la jurisdicción penal nacional con prioridad a la función de la Corte Penal, además de conllevar un incumplimiento internacional del Estado. Tomando en cuenta que el Estatuto puede considerarse un instrumento en materia de derechos humanos, a nivel interno, la ausencia de legislación constituye, en algunos casos, también una omisión inconstitucional.

El pleno cumplimiento efectivo del Estatuto, como señala ese instrumento a partir de su preámbulo, obliga a reformar las definiciones deficientes nacionales. Además, requiere la eliminación de varios obstáculos a la atribución de responsabilidad penal.

El Estado de Guatemala aprobó por decreto legislativo el Estatuto de Roma el 26 de enero del año 2012.⁵ Una década antes, ya la Corte de Constitucionalidad había opinado que su texto era compatible con el marco constitucional.⁶ Aunque hubo meritorios procesos de sociedad civil hacia la ratificación del Estatuto, para muchos resultó sorpresivo que fuera ratificado durante los primeros meses del gobierno del Presidente y ex General Otto Pérez Molina y diez años después de la opinión de la Corte.

Fue hasta el año 2012 que coincidieron una serie de circunstancias políticas que hicieron favorable su adopción. Puede inferirse, razonablemente, que el gobierno recién electo buscaba promover una imagen favorable ante la comunidad internacional y los grupos de derechos humanos. Además, los resultados electorales del año 2011 arrojaron una pérdida de escaños parlamentarios de partidos que tradicionalmente se habían opuesto a su adopción. El Estatuto entró en vigencia para Guatemala el 1 de junio de 2012.

El Estado de Guatemala se encuentra pendiente de firmar el Acuerdo sobre Privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional y no ha firmado ningún Acuerdo Bilateral de Inmunidad que pudiese ser contrario al Artículo 89 del Estatuto

de Roma, referente a la entrega de personas a la Corte.

1. La tipificación de los delitos conforme al derecho internacional en la legislación nacional guatemalteca

La adecuada internalización de los elementos de tipificación a nivel nacional requiere de profundos cambios legislativos. A continuación, se presentan algunas breves consideraciones sobre las principales modificaciones que requiere la legislación penal guatemalteca en esta materia.

A. Implementación sustantiva de los delitos

El estado actual de la legislación en Guatemala sobre las materias comprendidas por el Estatuto de Roma es deficiente. El Código Penal guatemalteco, cuya sección sobre estos delitos data de 1973, aunque cuenta con alguna regulación de los delitos de trascendencia internacional en su capítulo IV, es insuficiente. Algunos delitos están inadecuadamente regulados y otros carecen totalmente de tipificación. Es necesario hacer un estudio completo de cada delito para adecuarlo por lo menos al mismo nivel de protección en el ámbito

⁵ Congreso de la República (Guatemala), Decreto No. 3-2012 del 26 de enero del 2012.

⁶ Corte de Constitucionalidad (Guatemala). Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002 del 25 de marzo del 2002.

interno. Este espacio no será suficiente para señalar todas las normas nacionales que no se ajustan al Estatuto de Roma, pero a continuación señalaremos algunos ejemplos.

De los tres principales delitos contenidos en el Estatuto de Roma, la regulación sobre crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad es la más deficiente en la legislación penal guatemalteca. Aunque de alguna forma se regula en el Código Militar, la norma penal que más se aproxima es el Artículo 378 del Código Penal. Este artículo trata sobre los delitos contra los deberes de la humanidad. Es una norma penal en blanco (o de referencia) que hace relación a los deberes humanitarios contenidos en otras fuentes. No incluye una amplia regulación que identifique cada uno de los elementos que conforman el delito. La norma actual requiere que el juez en su aplicación acuda a una amplia regulación internacional en materia de derecho internacional humanitario, respecto a los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Aunque esto es permisible, no resulta práctico ni conveniente para asegurar la certeza jurídica ni facilitar la labor judicial. Esta norma debe reformarse o suplirse para recopilar como mínimo los elementos contenidos en el artículo 8 del Estatuto de Roma.

Tomando en cuenta que los crímenes de lesa humanidad se regulan en el Estatuto de Roma como

aquellas acciones que implican realizarse de forma sistemática o generalizada en contra de la población civil y con conocimiento de dicho ataque y que pueden ocurrir dentro o fuera de un contexto armado, hay que resaltar que, como tipo penal, es independiente a los crímenes de guerra. Sin embargo, en el código penal guatemalteco, tampoco se encuentran una regulación específica fuera del artículo 378 del Código Penal. Más allá de la referencia que se les consigna como “deberes contra la humanidad” y que ciertamente engloban a los crímenes de lesa humanidad, no existe regulación específica penal nacional que regule sus elementos sin requerir que el juez haga referencia a una extensa gama de fuentes internacionales.

Por otro lado, el genocidio es el delito que más adecuada regulación encuentra en el derecho penal guatemalteco. Se encuentra tipificado en el artículo 376 del Código Penal. Guatemala además es parte de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio desde 1949. Su principal limitación actual es que no incluye a las categorías raciales como grupos protegidos. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad ha resuelto que las categorías étnicas pueden englobar a los grupos raciales en la interpretación del delito de genocidio.⁷ Esa solución es inconsistente con

⁷ Corte de Constitucionalidad (Guatemala). Expediente 2242-2010. Sentencia del 22 de febrero del 2011.

el derecho internacional, pero en términos pragmáticos resuelve la ausencia de regulación.

Este delito ha tomado trascendental importancia en Guatemala debido a que se encuentra pendiente un juicio por genocidio y delitos contra los deberes de humanidad ante los tribunales guatemaltecos en contra del General Efraín Ríos Montt.⁸ Ambos delitos se encuentran regulados en el Código Penal desde 1973 y han permanecido sin modificación desde entonces. El acusado fue declarado culpable de genocidio y violación de deberes contra la humanidad y condenado a 80 años de prisión por el Tribunal Primero A de Mayor Riesgo.⁹ La primera ocasión en que un ex jefe de Estado es juzgado ante tribunales de su mismo país por el delito de genocidio. Esta sentencia fue luego anulada por medio de una polémica decisión de la Corte de Constitucionalidad, lo que en la práctica significará que el debate penal deba llevarse a cabo nuevamente.¹⁰ Los delitos son de trascendental relevancia porque varios de los elementos de los delitos tipificados en el Estatuto

fueron cometidos durante el conflicto armado interno, que finalizó en 1996.¹¹

Además de los tres crímenes principales, el Estatuto requiere la adecuada regulación de muchos otros más. Usualmente, los delitos de mayor trascendencia se cometen precisamente a través de otras figuras legales. Por ejemplo, la tortura cometida en un contexto sistemático y generalizado contra la población civil constituye un crimen de lesa humanidad. Por lo tanto, es necesario tipificar adecuadamente ambos delitos. Tomando este ejemplo, la actual definición de tortura en el Código Penal (art. 201 *bis*), es deficiente a la luz del Estatuto y de otros instrumentos internacionales. De hecho, la Corte de Constitucionalidad en Guatemala ya ha declarado que su deficiente regulación es inconstitucional por omisión. Sin embargo, aún no ha sido reformada.¹²

Otros ejemplos de delitos que aún se encuentran inadecuadamente regulados en el Código Penal guatemalteco son: la violación sexual, así como

⁸ El artículo 378 del Código Penal define Delitos contra los deberes de humanidad de la manera siguientes: Quien violare o infringiere deberes humanitarios, leyes o convenios con respecto a prisioneros o rehenes de guerra, heridos durante acciones bélicas, o que cometiere cualquier acto inhumano contra población civil o contra hospitales o lugares destinados a heridos, será sancionado con prisión de veinte a treinta años.”

⁹ International Crisis Group. Justicia a Prueba en Guatemala: El Caso Ríos Mont. Informe sobre América Latina, 23 de septiembre del 2013.

¹⁰ Corte de Constitucionalidad (Guatemala). Expediente 1904-2013. Sentencia del 20 de mayo del 2013.

¹¹ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250

¹² Corte de Constitucionalidad (Guatemala). Expediente 1822-2011. Sentencia del 17 de julio del 2012.

los actos crueles e inhumanos. En el caso del crimen del apartheid, contenido en el Art. 7.1 (j) del Estatuto, éste aún no cuenta con una tipificación específica en el Código Penal guatemalteco. Tomando en cuenta la inadecuada regulación actual, es necesario armonizar la legislación penal guatemalteca a los parámetros mínimos contenidos en el Estatuto.

B. *Principios generales de derecho penal y eliminación de obstáculos para el enjuiciamiento*

Además de la tipificación de los delitos, el Estatuto requiere que se reconozcan en el derecho interno varios principios generales de derecho penal que aseguren los derechos del acusado y que eliminen algunos obstáculos para el enjuiciamiento. Esto debido a que el ordenamiento interno debe contar con condiciones que dan origen a la responsabilidad penal que sean compatibles con el ordenamiento internacional. Estos principios se encuentran establecidos a partir del Artículo 22 en la Parte III del Estatuto.

La mayoría de estos principios, como el debido proceso, irretroactividad, e inimputabilidad de los menores de edad, ya se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico a nivel Constitucional en Guatemala. En donde se encuentra el mayor desa-

fío pendiente es en la eliminación expresa de barreras a la persecución penal. Entre ellas, el reconocimiento de la imprescriptibilidad de estos delitos, los elementos específicos de la responsabilidad superior y la obligación del Estado de juzgar o entregar (*aut dedere aut judicare*). Deberá considerarse la reforma del artículo 25, numeral 4° del código penal guatemalteco, que regula como causa de inculpabilidad, la obediencia debida, impidiendo de alguna manera la responsabilidad individual y jerárquica de los jefes y superiores establecida en artículo 28 del Estatuto de Roma.

La mayoría, sino es que todas, las obligaciones antes señaladas ya son aplicables a nivel interno por disposiciones constitucionales y como resultado de varios tratados internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, se sugiere que es necesario también dejarlas claramente establecidas en la regulación penal que implemente el Estatuto.

2. *Regulación de la colaboración con la Corte Penal Internacional*

Además de la transformación normativa de los sistemas penales nacionales, también debe regularse la colaboración con la Corte por parte de las autoridades locales. La Corte tiene su sede en la Haya y no cuenta con policía u otros órganos de dirección en cada Estado. Depende en gran

parte de la colaboración de instituciones de justicia nacionales para la investigación, captura, entrega y cumplimiento de las condenas respectivas. Esa colaboración debe contar con un sustento jurídico nacional en adición al Estatuto.

La obligación de cooperar con la Corte se encuentra establecida en el artículo 86 del Estatuto. El artículo 88, además, establece que en el derecho interno deben existir procedimientos aplicables de cooperación. Esto implica que el Estado debe contar con mecanismos que permitan, entre otros:

- 1) La asistencia previa en la investigación y proporcionar información;
- 2) Procedimientos para detención y entrega de acusados;
- 3) Identificación de individuos y pruebas;
- 4) Recolección y preservación de pruebas;
- 5) Formulación de interrogatorios;
- 6) Realizar notificaciones;
- 7) Proporcionar expertos;
- 8) Realizar inspecciones, allanamientos y decomisos;
- 9) Protección de colaboradores y testigos;
- 10) Reconocimientos de los privilegios e inmunidades de la Corte y su personal.

Algunas de estas obligaciones representan retos únicos que no cuentan con figuras jurídicas idénticas en los sistemas nacionales. Por ejemplo, la entrega es una figura novedosa que cuenta con reglas propias y no es equivalente a la extradición. Para el adecuado cumplimiento del Estatuto y para asegurar las funciones de las instituciones nacionales en la colaboración con la Corte Penal, es necesaria una adecuada base jurídica nacional.

3. Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional

La realización de una adecuada investigación y enjuiciamiento penal requieren que además de los delitos contemplados en el Estatuto, se penalicen también las conductas que interfieran con las funciones de la Corte. Esto incluye la prohibición de represalias, sobornos, intimidación de funcionarios y testigos, perjurio, entre otras. Aunque estas actividades ya se encuentran prohibidas en los procesos nacionales, según el artículo 70 del Estatuto, los Estados también deben hacer extensivas estas prohibiciones al proceso internacional ante la Corte. De ahí que debe asegurarse por medio de una modificación legislativa que los delitos contra la administración de justicia nacional se equiparen a las actividades que obstruyan la labor del tribunal internacional.

En el caso de Guatemala, aún no hay legislación de implementación del Estatuto que permita acoplar dichas disposiciones a la legislación interna.

III. Las acciones implementadas por Costa Rica

El Estado de Costa Rica ratificó el Estatuto de Roma el 7 de junio de 2001. Había sido aprobado por la Asamblea Legislativa a través de la Ley 8083 de fecha 07 de febrero de 2001 y publicado el 20 de marzo de 2001.

Antes de su aprobación, la Asamblea Legislativa sometió el proyecto a diferentes instancias públicas para consulta. Obtuvo opiniones favorables de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, el Ministerio de Justicia, la Procuraduría General de la República y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, entre otros. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, después de un amplio análisis del procedimiento y de contenido, determinó "...que el Estatuto de Roma, en términos generales, no roza con los lineamientos del Derecho de la Constitución".¹³

Luego de su aprobación, el Estado ha tomado un papel activo dentro de sus instituciones. El Embajador Bruno Stagno Ugarte, fue Presidente de la

Asamblea de los Estados Parte de la Corte Penal Internacional (2005-2008), además la jurista costarricense Elizabeth Odio Benito Odio Benito fue nombrada como Juez de la Corte Penal Internacional (2003-2012).¹⁴

Es importante resaltar que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, al analizar la viabilidad de la adopción del Estatuto de Roma, tuvo en consideración tres temas importantes que implicaba la ratificación del Estatuto de Roma para la legislación interna, siendo los siguientes: a) La entrega de personas a la Corte Penal Internacional, b) La inmunidad de funcionarios públicos en concordancia con el artículo 27 del Estatuto y c) La posibilidad de aplicar penas perpetuas. La Sala Constitucional consideró ninguno contravenía lo estipulado en la norma costarricense. Los dos primeros casos, consideró, eran circunstancias que deberían aplicarse acorde a lo establecido en el Estatuto en caso de considerarse que alguna persona o, inclusive, funcionario público con inmunidad de acuerdo a la ley interna, hubiese cometido graves violaciones a los derechos humanos. Para el caso de lo establecido en los artículos 77 y 78 del Estatuto de Roma, que se refieren a la posibilidad de aplicar penas perpetuas, la Sala Constitucional ha establecido que, si

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica). Expediente: 00-008325-0007-CO, Resolución 2000-9685, 1 de noviembre de 2000.

¹⁴ Aunque fue nominada por Panamá para el cargo y no por Costa Rica.

bien es cierto que estos principios serían abiertamente inconstitucionales en concordancia con el artículo 40 constitucional, no deben considerarse inconstitucionales “...en la medida que se interpreten en estricta relación con el numeral 80 (del Estatuto)...y en tanto y en el cuanto esta interpretación refleje un respeto absoluto por los principios constitucionales y legales de Costa Rica en cuanto a las penas a imponer como sanción por delitos cometidos”.¹⁵

Asimismo, Costa Rica también ratificó, el 28 de abril de 2011, el Acuerdo de Privilegios e Inmунidades de la Corte Penal Internacional y manifestó en diferentes ocasiones y en diversos espacios, su rechazo público a la firma de Acuerdos Bilaterales de Inmunidad que fueren en contra de los compromisos adquiridos a través de los Convenios Internacionales o que busquen evadir el compromiso del artículo 89 del Estatuto.¹⁶

1. La tipificación de los delitos conforme al derecho internacional en la legislación nacional costarricense

Costa Rica aprobó, el 25 de abril de 2002, la ley 8272, mediante la cual se reforma el artículo 7 y se adicionan los artículos 378 y 379 del Código

Penal, adoptando la implementación de los crímenes de guerra y de lesa humanidad según se definen en el Estatuto en la legislación interna.

De acuerdo con las últimas enmiendas propuestas al artículo 8 en la Primera Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, Costa Rica ha ratificado las enmiendas al Estatuto de Roma relativas a los crímenes de guerra y al crimen de agresión, enmiendas que permiten caracterizar como crimen de guerra el uso de determinadas armas en conflictos armados y que definen el crimen de agresión.

A. Implementación sustantiva de los delitos

Es importante resaltar que, en cuanto a la adopción de convenios internacionales relacionados con el Estatuto de Roma, Costa Rica ha ratificado, el 27 de abril de 2009, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, brindándoles un carácter de ser imprescriptibles por considerarse graves violaciones a los derechos humanos. Asimismo, se adhirió a la Convención para la prevención y castigo del

¹⁵ *Idem*; Numeral XII.

¹⁶ La Hora. Costa Rica no firmará ningún acuerdo bilateral con EEUU sobre CPI, 3 de julio del 2003. Disponible en www.lahora.com.ec.

delito de genocidio desde el 14 de octubre de 1950.

En relación con el Estatuto de Roma y los crímenes en él tipificados, la norma costarricense se encuentra más completa en cuanto a las medidas legislativas adoptadas sobre sus tres principales delitos. Adoptó en su código penal la tipificación del delito de genocidio y, por medio de la ley 8272, incorporó al código penal costarricense los crímenes de guerra y de lesa humanidad. En cuanto a estos últimos dos delitos, se establece una corta descripción. Sin embargo, refiere a la norma internacional en materia de derecho internacional humanitario y al Estatuto de Roma.

La iniciativa del Estado de Costa Rica de incorporar en su código penal la tipificación y sanción de los crímenes de guerra y lesa humanidad es valiosa. Sin embargo, la manera en que se ha realizado podría generar discusiones internas acerca del principio de legalidad, ya que la norma penal interna no contiene los elementos de tipificación, sino una referencia a la norma internacional. El resultado de esa discusión dependerá del derecho nacional.

Lo anterior podría desvirtuar el objeto de establecer un marco específico de regulación a nivel nacional. Lo ideal habría sido la inclusión de todos los elementos en la legislación nacional. Sin em-

bargo, esto no constituye una contravención al Estatuto desde el punto de vista internacional. Además, tiene la ventaja de permitir la incorporación de nuevos elementos para los delitos que surjan de la práctica internacional, sin necesidad de reformar las leyes nacionales en cada oportunidad.

En el caso de la legislación costarricense, es oportuno realizar una adecuada regulación de delitos tales como: la tortura como crimen de lesa humanidad, la adecuación de delitos como de violación sexual, la regulación de los actos crueles, inhumanos o degradantes y el apartheid.

Asimismo, se encuentra pendiente de aprobación el proyecto de ley 16272, relativo a la adición al Libro II del Código Penal (ley Número 4573) de un nuevo Título XVIII, denominado “Delitos contra Personas y Bienes Protegidos en el Derecho Internacional Humanitario”. Éste presenta propuestas para incorporar al Código Penal costarricense el principio de la imprescriptibilidad de la acción penal y de la pena, reforzando la norma interna ya existente, así como la responsabilidad superior por acción u omisión, y la importancia de establecer en ley la intencionalidad del sujeto para llevar a cabo un resultado concreto que recaiga en algún tipo penal (especialmente en relación con tipos penales en contra del derecho internacional humanitario). Este proyecto de ley incorpora la

propuesta de reforma o regulación de aproximadamente 40 tipos penales relacionados con el derecho internacional humanitario y en contra de los derechos humanos.

B. *Principios generales del Derecho Penal y la eliminación de obstáculos para el enjuiciamiento*

Al igual que en el caso de Guatemala, Costa Rica cuenta en su legislación interna con principios como el debido proceso, irretroactividad e inimputabilidad de los menores de edad. Sin embargo, cuenta con un avance en su legislación: ha reconocido la imprescriptibilidad los delitos reconocidos por el Estatuto de Roma, permitiendo así un avance en la persecución penal. Además, no contiene en su normativa interna disposiciones relativas a la obediencia debida a un superior.

Esto último deberá regularlo adecuadamente, conforme lo establece el artículo 28 del Estatuto de Roma. De igual forma deberá proceder con respecto a la obligación del Estado de juzgar o entregar a la persona a la que se le imputa la comisión de delitos en contra de la humanidad.

2. *Regulación de la colaboración con la Corte Penal Internacional*

Como se explicó con anterioridad, el mismo Estatuto incorpora la responsabilidad de parte de los Estados miembros de establecer mecanismos internos para colaborar con la Corte Penal Internacional en la investigación, la manera de recabar pruebas, los procedimientos de entrega, y la elaboración de interrogatorios, entre otros.

En este sentido, Costa Rica se comprometió, durante la Conferencia de Revisión de la Corte Penal Internacional –realizada en Kampala, Uganda, del 31 de mayo al 11 de junio de 2010–, a adoptar un “Protocolo Nacional sobre cooperación con la Corte Penal Internacional”, tal como lo establece la Parte IX del Estatuto. En éste, pretende determinar los puntos focales nacionales y establecer su papel en la implementación de la cooperación con este órgano. Asimismo, a través de este protocolo deberá incorporarse el procedimiento a seguir por el Departamento Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto al momento de recibir un pedido de cooperación de la Corte Penal Internacional. Este protocolo aún se encuentra pendiente por parte del Estado costarricense.

3. *Delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional*

Costa Rica aún no cuenta con legislación de implementación distinta de la incorporación a su código penal de los delitos de crímenes de guerra y lesa humanidad. Es necesario que implemente reformas en su Código Penal para incluir los delitos contra la administración de justicia de la Corte Penal Internacional, o bien equipararlos a los delitos contra la administración de justicia nacional.

IV. Conclusión

Ambos países se encuentran en la obligación internacional de adecuar su legislación interna a lo establecido en el Estatuto de Roma. Esto no es solo para garantizar su colaboración con la Corte Penal Internacional y, por tanto, con la persecución internacional de cualquier individuo, sino también para fortalecer a los jueces y la normativa interna para la debida prevención y sanción de estos delitos.

En este sentido, en los últimos trece años, Costa Rica ha logrado varios avances en el fortalecimiento de su legislación y en la labor de tipificar los delitos de crímenes de guerra y de lesa humanidad, así como en la posibilidad de adoptar, en un futuro, reformas a su Código Penal que tipifi-

quen delitos específicos contra el derecho internacional humanitario. No obstante, al igual que Guatemala, continúa con la necesidad de incorporar un marco jurídico interno que implemente la totalidad de las disposiciones del Estatuto de Roma, especialmente lo relativo a la adecuación de otros delitos conexos a los cuatro delitos de competencia de la Corte Penal Internacional y de los principios de derecho penal para la eliminación de obstáculos para el enjuiciamiento de los mismos.

Asimismo, tanto Guatemala como Costa Rica carecen de un marco legal interno que regule la colaboración con la Corte Penal Internacional y que coadyuve a tipificar y penalizar los delitos que se oponen a la administración de justicia de la Corte Penal Internacional. Esto nos permite concluir que no son aspectos históricos relacionados con los delitos contenidos en el Estatuto y su vinculación con los países parte los que sirven de principal obstáculo a la adecuada implementación, sino más bien actividades propias del funcionamiento de la política interna nacional y la actividad legislativa. En ambos casos, pareciera que la adopción de mecanismos de cooperación responderá a presiones reactivas y no preventivas —que no han obligado a actuar debido a que se considera lejana la posibilidad de una intervención directa de la Fiscalía en casos específicos dentro del país—. Esto es desafortunado, ya que, si tal situación

fuere a ocurrir, habrá actores internos interesados en el resultado del caso concreto, tanto a favor como en contra, lo cual dificultará la discusión objetiva de estos temas en la agenda legislativa. Se recomienda, entonces, que la labor de adopción se lleve a cabo precisamente cuando no existan casos pendientes bajo la competencia de la Corte Penal Internacional en cada país.

Una década de ventaja y la falta de casos relacionados con estos delitos a nivel interno explican algunos los avances de Costa Rica en la implementación frente a Guatemala, pero aún tiene retos pendientes. Si bien es cierto que Costa Rica ya ha hecho público que la recepción de comunicaciones de la Corte Penal Internacional es competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto (a través de la Dirección Jurídica y Dirección General de Política Exterior, así como de la Comisión Costarricense de Derecho Internacional Humanitario), aún debe desarrollar el procedimiento interno que seguirían las instituciones nacionales en caso de que la Corte Penal Internacional requiera de la cooperación interna del país. En este sentido, Guatemala aún se encuentra pendiente de establecer e identificar la institución nacional que, por disposición legislativa interna, sea quien reciba las comunicaciones de la Corte Penal Internacional, así como el procedimiento interno

a seguir con las instituciones nacionales encargadas para colaborar con lo solicitado por la Corte.

Sin embargo, para ambos países, ratificar el Estatuto de Roma y apoyar el fortalecimiento de la Corte Penal Internacional se ha convertido más en un acto de diplomacia internacional que en uno de profundos cambios en el sistema jurídico nacional. Ambos países han participado como miembros no permanentes en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, donde se llevaron a cabo espacios de discusión acerca de la función de la Corte Penal Internacional.¹⁷ Esto seguro ha sido percibido más como una oportunidad diplomática externa que como una oportunidad de cambios internos.

En el caso de Guatemala, se deberá fortalecer la adecuación de sus normas internas enfocada en la prevención, especialmente cuando se encuentra juzgando a nivel interno acusaciones sobre graves violaciones de trascendencia internacional. A diferencia del caso de Costa Rica, en Guatemala, la modificación de los elementos de tipificación de estos delitos tiene consecuencias jurídicas internas en casos judiciales que se están tramitando y afectan específicamente a actores vinculados en el conflicto armado interno. En este caso, organizaciones de ambos lados del espectro político se han

¹⁷ Costa Rica ha sido miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas durante los períodos: 1974-1975; 1997-1998 y 2008-2009;

Guatemala ha sido miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas durante el período 2012-2013.

opuesto a la modificación por los posibles efectos que puedan tener en los juicios. De ahí es que la modificación de los delitos en el Código Penal requiere de una mayor voluntad política. Por lo tanto, se recomienda que los países adopten medidas legislativas internas de implementación, incluso cuando no tengan requerimientos o investigaciones en sus países relacionadas con la Corte Penal Internacional o la Fiscalía. Una vez que eso suceda, se dificultará la implementación.

Es vital tener claro que las obligaciones legislativas derivadas del Estatuto no se agotan con su ratificación. Es ahora necesario armonizar el sistema penal nacional según la normativa internacional en las tres materias antes señaladas. Este reto pendiente puede cumplirse a través de leyes específicas de implementación, como ha sido el caso en Argentina, Uruguay, Canadá y Alemania. También puede realizarse por medio de una reforma comprensiva a las normas ya existentes, como en Perú, Panamá y España. Cada una presentará ventajas y es posible que sea necesaria una combinación de ellas.

En todo caso, independientemente del método empleado, no es conveniente ni permisible esperar a que se presente un caso penal concreto para su implementación. Incluso si tal caso nunca se presentare, la oportunidad de armonizar el sistema penal nacional a los parámetros internacionales y lograr el empoderamiento del juez nacional como

protector de los valores esenciales del derecho penal internacional son los mayores beneficios de este novedoso instrumento en la futura prevención de atrocidades.

V. Referencias Bibliográficas

Aizenstatd L., Alexander. (2012), “La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Vol. XII, pp. 3-23.

_____. (2007), “Origen y Evolución del Concepto de Genocidio” en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín, Vol. 25, pp. 11-22.

Ambos, Kai (coord.). (2002), La Nueva Justicia Supranacional. Desarrollos Post-Roma. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

Bassiouni, M. Cherif (comp.). (1998), The Statute of the International Criminal Court. A Documentary History, Transnational Publishers.

Byron, Christine. (2009), War crimes and crimes against humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, Manchester University Press.

Ellis, Mark S. y Goldstone, Richard J. (eds.). (2008), *The International Criminal Court: Challenges to achieving justice and accountability in the 21st century*. IdebatePress.

Guevara, José A. y Del Maso, Tarciso (comps.). (2005), *La Corte Penal Internacional: Una visión Iberoamericana*. México, Editorial Porrúa.

Herencia Carrasco, Salvador Martín. (2005), *La implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina. Los casos de Bolivia, Colombia y Perú*. Comisión Andina de Juristas.

Kaul, Hans-Peter.(2010), “International Criminal Court (ICC)” en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press.

Reisman, Michael y Arsanjani, Mahnoush. (2005), “The Law-in-Action of the International Criminal Court”, en *The American Journal of International Law*. Vol. 99. No. 2 pp. 385-403.

Robinson, Darryl. (2002), “The Rome Statute and Its Impact on National Law”, en Cassese, Antonio, *et. al.* (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. II, Oxford University Press pp. 1860-62.

Schabas, William A. (2011), *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge, Cambridge University Press.

Sentencias de los tribunales constitucionales de Guatemala y Costa Rica

Corte de Constitucionalidad (Guatemala). Opinión Consultiva. Expediente No. 171-2002 del 25 de marzo del 2002.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Costa Rica). Expediente: 00-008325-0007-CO, Resolución 2000-9685, 1 de noviembre de 2000.



CONSIDERACIONES EN TORNO A LA COMPETENCIA INTERNACIONAL Y DERECHO APLICABLE A LA LUZ DE LA REFORMA PROCESAL LABORAL

Silvia Tercero Hernández Carranza*

Resumen: *El presente artículo desarrolla un análisis del artículo 434 del Código de Trabajo, que se introducirá en el ordenamiento jurídico costarricense mediante la Ley de Reforma Procesal Laboral, la cual contiene normas relativas a la determinación de la competencia judicial y el derecho aplicable a los contratos de trabajo que cuentan con elementos de extranjería. Al respecto, el trabajador está facultado para exigir la aplicación del derecho que más le beneficie, permitiéndose, incluso, la aplicación de un fraccionamiento del derecho aplicable en su beneficio. En este sentido, esta norma –que viene a regir a partir del 25 julio de 2017 en Costa Rica– dispone la frecuente imposición de la aplicación del ordenamiento jurídico costarricense a controversias de índole laboral internacional.*

Palabras Clave: *competencia internacional, derecho aplicable, reforma procesal laboral, dépeçage, Costa Rica*

Abstract: *This Article analyzes article 434 of the Costa Rican Labor Code, that will be introduced within Costa Rica's Legal System through a Procedural Law Amendment, which contains rules regarding the determination of jurisdiction and applicable law to employment contracts that have foreign elements. Regarding this matter, the employee is entitled to demand the application of the law that most favors his interests, allowing even for a fractioning of the applicable law in his favor. This rule, that will come into force on July 25, 2017 in Costa Rica, requires a frequent application of Costa Rican law to international labor disputes.*

Keywords: *jurisdiction, applicable law, Procedural Labor Law Amendment, dépeçage, Costa Rica*

* Estudiante avanzada de la carrera de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Asistente legal de la práctica de derecho laboral corporativo de la firma Pragma Legal. Integrante de la Comisión de Derecho Internacional Privado de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional. Correo electrónico: hernandez.silvia90@gmail.com

Fecha de presentación del artículo: 28 de enero de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 2 de junio de 2017

Executive Secretary Magazine (2017). *Working Abroad*. Ilustración obtenida de <http://executivesecretary.com/wp-content/uploads/2017/03/ThinkstockPhotos-482858987-591x336.jpg>

I. Introducción

El propósito de este artículo es comentar la manera en que el artículo 434 de la Ley de la Reforma Procesal Laboral –con entrada en vigor el 25 de julio de 2017– repercute en las relaciones laborales que los costarricenses desarrollan a nivel internacional.

Con este fin, inicialmente se comentará cómo este instrumento representa la positivización de normas domésticas en Derecho Laboral Internacional, sobre todo en relación con la competencia judicial y el derecho aplicable.

Asimismo, se procederá a un análisis del concepto de *dépeçage* y cómo éste puede ser aplicado para complacer las disposiciones contenidas en la norma bajo estudio.

Del mismo modo, la norma será analizada en cuanto al trasfondo político-ideológico de su redacción, que supone la intención del Estado costarricense de conciliar un monopolio protagónico en la escena internacional.

Además, se valorará la compatibilidad de la norma con el principio de territorialidad en el derecho laboral internacional, contemplando la posible existencia de un foro abusivo impuesto a las relaciones de trabajo con elementos de extranjería. Al respecto, también se analizarán aspectos relevantes del regionalismo como un contrapeso a la globalización económica y la injerencia del

Estado costarricense para favorecer los esquemas nacionales con la puesta en práctica de la norma bajo estudio.

Finalmente, se tomarán en cuenta los problemas jurídicos que la adopción de esta norma puede ocasionar en la homologación de sentencias, así como la situación que surge por la aparición de internet.

El presente análisis se efectuará con base en el estudio de las normas costarricenses de derecho internacional aplicables en materia laboral. Además, se tomará en cuenta lo establecido por la doctrina al respecto.

II. El artículo 434 de la Ley de Reforma Procesal Laboral como positivización de normas de Derecho Internacional Privado del Trabajo en relación con la competencia judicial y el derecho aplicable.

Tradicionalmente, las relaciones internacionales de trabajo consisten primariamente en la prestación de una labor de manera directa entre particulares (sea personas físicas o jurídicas) o entre particulares y Estados. De estas relaciones pueden surgir conflictos laborales que ponen en crisis el paradigma clásico de la disciplina del derecho laboral nacional. Debe entonces recurrirse al Derecho Internacional Privado del Trabajo

(DIPT)¹ para someter el conflicto a la jurisdicción correspondiente, respetando la extranjería de sus elementos y determinando la ley aplicable a la controversia.

La competencia significa que el juez del país donde se presenta la demanda (con componentes de extranjería) dispone de normas que estipulan lineamientos específicos para poder pronunciarse respecto a un litigio internacional, pues de no contar con estas normas, el juez será incompetente para conocer del asunto.² En este sentido, cada Estado formula libremente los límites de su propia competencia, aclarando qué asuntos conocerán los tribunales de su país.³ Para el DIPT, las partes podrán interponer reclamos en distintos países de acuerdo al foro competente, siempre y cuando no haya exclusividad del foro aplicable.⁴

Las normas que refieren a la determinación de la jurisdicción competente que conocerá el litigio de carácter internacional actúan de previo a la identificación de la ley aplicable al contrato individual de trabajo y las disputas que surjan de la relación laboral; una vez designado el tribunal para conocer del asunto, de acuerdo con las normas de competencia judicial internacional, aquél tendrá que aplicar la normativa correspondiente.⁵

La ley aplicable se determina cuando el tribunal competente decide a cuáles normas –de las legislaciones conectadas con la controversia– recurrir para resolver el fondo de la disputa. Al hacerlo, debe procurar su aplicabilidad de forma clara y pacífica con respecto a los demás ordenamientos jurídicos relacionados. La ley aplicable es determinada ya sea de una manera directa –mediante acuerdo de las partes– o indirecta –recurriendo a

¹ Los autores Ernesto Krotoschin, Mario Deveali y Julián De Diego consideran que el DIPT se ocupa de situaciones iusprivatistas que ostentan elementos de extranjería relevantes capaz de caracterizar como internacional la relación jurídica laboral. Asimismo, se ocupa de las soluciones de estas situaciones mediante de la averiguación de derecho privado aplicable y la jurisdicción correspondiente de las relaciones laborales, debiéndose respetar la extranjería de sus elementos. Ernesto Krotoschin, *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Volumen I, 3ra. Edición, Ediciones Depalma, (Buenos Aires, 1977), 81; Mario Deveali, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Tomo IV, Editora La Ley, (Buenos Aires, 1972), 601; Julián Arturo De Diego, *Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 6ta. Edición actualizada, Abeledo Perrot, (Buenos Aires, 2004), 893.

² María Pilar Rivas Vallejo, *Competencia Judicial Internacional en materia de contrato de trabajo*, Revista Española de Derecho del Trabajo-REDT, ISSN 0212-6095, N° 71 (España, 1995), 128.

³ M. Amores Conradi, *La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 de la LOPJ*, Vol. XLI (España, 1989), 124 en Paz Menéndez Sebastián, *Competencia judicial y aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Editorial Lex Nova, 1ª Ed, (España: 2006), 28.

⁴ Los acuerdos de sumisión expresa de foro internacional permiten que las partes de una relación privada internacional escojan el foro para tramitar una controversia, renunciando expresamente al fuero propio para determinar otro juez competente. Su aplicabilidad en materia laboral proviene de la prevalencia de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de la ley aplicable. Se materializa al estipular en el contrato de trabajo el derecho aplicable a la hora de resolver un conflicto laboral internacional.

⁵ Olga Fotinopoulou Basurko, *El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*, 1ª Ed: Consejo Económico y Social de Andalucía. ISBN: 9788469114001 (Sevilla, junio de 2008), 24.

normas de conflicto contenidas en legislación nacional y en tratados internacionales—.⁶

Una norma de conflicto es aquella encargada de resolver cualquier incerteza sobre el derecho aplicable a una controversia.⁷ Por lo tanto, la norma de conflicto no pretende resolver directamente una cuestión jurídica de fondo, sino remitir al ordenamiento jurídico que ha de proporcionar la solución a la controversia mediante la aplicación de derecho material que directamente regule la disputa que incorpora elementos de extranjería.⁸

Por otro lado, la estructura de la norma de conflicto, está conformada por un supuesto de hecho y un elemento de conexión⁹; el elemento de conexión expresa la relación de personas, cosas o actos con un determinado ordenamiento jurídico.¹⁰

⁶ Amalia Uriondo de Martinoli, *Competencia judicial internacional en el Mercosur*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, (Argentina, 1997), 416.

⁷ Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, (1983), 133.

⁸ *Ibid.*

⁹ César Delgado Barreto, María Antonieta Delgado Menéndez, César Lincoln Candela Sánchez. *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2ª Ed, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004,), 64.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Artículo 434.- En materia de competencia internacional, son competentes los tribunales costarricenses: 1) Para conocer pretensiones de personas domiciliadas en Costa

Actualmente, de previo a la entrada en vigencia de la reforma, el criterio aplicado en Costa Rica para determinar la competencia internacional y el derecho aplicable depende de normas generales de producción doméstica, estipuladas en los artículos 46, 47 y 48 del Código Procesal Civil y los artículos 23 al 30 del Código Civil, respectivamente. Este complejo de normas se aplica al derecho laboral de conformidad con el artículo 15 del Código de Trabajo, el cual establece que el derecho común rige supletoriamente al derecho laboral, con el fin de dar solución a los conflictos de ley en materia de DIPT.

Es en este contexto que el legislador, mediante la Ley de la Reforma Procesal Laboral, con el fin de dar una regulación especial a la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable a solución de conflictos dentro del ámbito del DIPT, dictó la disposición legal del artículo 434.¹¹ Lo

Rica, contratadas laboralmente en el país para trabajar fuera del territorio nacional. Se incluyen, dentro de este supuesto, los contratos iniciados en el territorio nacional y continuados en otros territorios. 2) Cuando las pretensiones se originen en contratos de trabajo realizados en el extranjero, para ser ejecutados de forma indefinida y permanente, o por períodos que impliquen permanencia en el territorio nacional. 3) Cuando las partes así lo hayan establecido contractualmente, siempre que alguno de ellos sea costarricense y al mismo tiempo exista algún criterio de conexión con el territorio nacional. En los supuestos de los tres incisos anteriores, se aplicará siempre a toda la relación de trabajo la legislación nacional, en lo que resulta más favorable al trabajador o la trabajadora. 4) Cuando así resulte de los tratados o los convenios internacionales o de la prórroga expresa o tácita que pueda operarse en los términos de esos instrumentos. En el caso de la prórroga, debe respetarse la competencia legislativa aplicable a la relación substancial,

anterior significó un acercamiento cada vez mayor a la seguridad jurídica en cuanto a los contratos laborales que poseen elementos de extranjería.

El criterio que sigue el artículo 434 *supra* citado, en cuanto a cómo se atribuye la competencia de tribunales costarricenses, emplea una jurisdicción exorbitante. Lo anterior, por cuanto la norma señala que existirá competencia de los tribunales costarricenses en una excesiva variedad de supuestos. Estos incluyen: cuando una de las partes tenga domicilio en el territorio nacional y cuando los contratos laborales sean celebrados en territorio nacional, incluso si se desarrollan en el extranjero (inciso 1); cuando la relación laboral implique que exista una permanencia –aunque sea temporal– en Costa Rica (inciso 2); cuando las partes lo hayan establecido contractualmente (siempre que alguna sea costarricense y exista un vínculo con el territorio nacional) (inciso 3); y cuando así lo indiquen los tratados o convenios internacionales suscritos por Costa Rica (inciso 4).

El caso del inciso primero quebranta el principio de territorialidad al generar un foro abusivo en la relación de trabajo que se desarrolla fuera del territorio nacional, puesto que se indica que se ha-

bilita la sumisión a la ley nacional bajo la condición de que el contrato sea firmado en suelo costarricense.

El principio de territorialidad en materia de Derecho Internacional se relaciona con el espacio geográfico sometido a la soberanía de un Estado.¹² En principio, la ley de un Estado no debe interferir con la soberanía de otros Estados sobre su territorio, ya que cada uno dicta leyes para sí y no para los demás. Se dice entonces que se quebranta este principio porque se procura una extensión de las leyes patrias al trabajador que se halle laborando en el extranjero, permitiendo que el juez competente sea el costarricense y el derecho aplicable sea el costarricense en lo que resulte más favorable al trabajador, sin tomar en consideración la ley de los demás Estados involucrados.

En relación con este inciso, Obando Peralta compara los criterios utilizados a nivel de derecho laboral internacional con aquéllos utilizados a nivel de derecho doméstico en cuanto a las normas de conflicto introducidas por la Reforma. Encuentra aquí una interesante inconsistencia. Por un lado, el artículo 434, inciso 1, que refiere al plano internacional, contempla los criterios de domicilio de las partes y del lugar de celebración del contrato. Por el otro, el artículo 431, inciso

según el contrato o las normas y los principios del derecho internacional, salvo pacto expreso en contrario.

¹² Jean Paul Niboyet, *Principios de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, trad. Andrés Rodríguez Ramón, Ed. Nacional. (México:1960), 1-12.

10,¹³ que refiere al plano doméstico y complementa supletoriamente las reglas de competencia internacional, indica que el tribunal costarricense competente será aquel del lugar de celebración del contrato con trabajadores costarricenses, dejando de lado el criterio del domicilio.¹⁴

Por su lado, el caso del inciso segundo supone lo siguiente. Imaginemos que un extranjero que trabaja fuera de nuestro país para una empresa extranjera es enviado a Costa Rica con el fin de desarrollar temporalmente un proyecto de su patrono y esto implica que deba vivir en Costa Rica por un tiempo corto. Basta lo anterior para que se genere un foro de atracción a la jurisdicción costarricense y ya no a la extranjera, a pesar de que el extranjero resida permanentemente en otro

país y que la empresa a la que pertenece sea extranjera. Incluso, si el contrato laboral menciona que la ley aplicable es la de un país extranjero en específico y la jurisdicción competente será la de ese país extranjero, lo cierto es que, según la ley costarricense, el juez competente será el costarricense y el derecho aplicable será el costarricense en lo que resulte más favorable al trabajador.

Esto difiere significativamente de los criterios que, a nivel de derecho comparado¹⁵, imperan para determinar la competencia judicial y el derecho aplicable a un contrato de naturaleza internacional. Éstos, por regla general, toman en con-

¹³ Artículo 431.- Los órganos tienen limitada su competencia al territorio señalado para ejercerla, excepto los casos en que sea necesario su traslado a otro territorio para practicar actuaciones indelegables. Los gastos de traslado correrán por cuenta de la parte interesada, salvo cuando se trate de las personas trabajadoras, en cuyo caso serán cubiertos por el Estado.

Únicamente podrá prorrogarse la competencia en beneficio de la persona trabajadora, nunca en su perjuicio. La presentación de la demanda por esa persona, en un determinado órgano jurisdiccional, hace presumir que la correspondiente competencia territorial representa un beneficio para ella.

Sin perjuicio de lo dispuesto en las normas especiales, la competencia territorial de los juzgados se determinará de acuerdo con las siguientes disposiciones: ... 10) Las acciones nacidas de contrato verificado con costarricenses, para la prestación de servicios o la ejecución de obras en el exterior, serán competencia del juzgado del lugar del territorio nacional donde se celebró el contrato, salvo que en este se hubiera estipulado alguna otra cláusula más favorable para la persona trabajadora o para sus familiares directamente interesados.

¹⁴ Juan José Obando Peralta, *Costa Rica: La contratación internacional de trabajadores frente a la Ley de Reforma Procesal Laboral* Blog: Cartas Blogatorias (diciembre 2014), <https://cartasblogatorias.com/2014/12/18/costa-rica-la-contratacion-internacional-de-trabajadores-frente-la-ley-de-reforma-procesal-laboral/>

¹⁵ Por ejemplo, en España las normas de conflicto contenidas en las legislaciones estatales, el Reglamento 44/2001 y el Convenio de Lugano II de 30 de septiembre de 2007, establecen la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo en torno al domicilio del empresario demandado, o del lugar donde se prestan los servicios cuando el trabajo se desarrolla habitualmente en el mismo país, o incluso el lugar del establecimiento permanente de la empresa cuando el trabajador presta servicios en varios países. El juez competente fija el derecho aplicable. En Perú, el sistema conflictual de normas lo encontramos en el Libro X, Título III del Código Civil, donde se establecen diferentes normas que contienen criterios para determinar la ley que será aplicada, de acuerdo con el domicilio de las partes, la ley de la nacionalidad de las partes, la *lex fori*, la autonomía privada y la ley del lugar de ejecución de las obligaciones.

sideración para su aplicación los aforismos usuales en material laboral “*lex loci solutionis*”¹⁶, “*lex loci contractus*”¹⁷ y “*forum domicilii*”¹⁸. Además, por regla general, excluyen disposiciones que ordenen aplicar la ley nacional en beneficio del trabajador en caso de ser más favorable que la extranjera.

III. Análisis del concepto de *dépeçage* y su potencial aplicación para complacer los mandatos del artículo 434 de la Ley de Reforma Procesal Laboral

A partir de lo desarrollado hasta el momento, es necesario advertir que, la puesta en práctica de estas normas de competencia internacional y derecho aplicable permite que se consolide el uso de la figura denominada *dépeçage*,¹⁹ para ser utilizada como argumento de defensa por el trabajador. Ésta se refiere a la práctica excepcional en

la que las partes designan la aplicación de derechos distintos a diferentes elementos de una única relación jurídica.²⁰

El artículo 434 de la Ley de Reforma Procesal Laboral señala que, en los supuestos bajo los cuales será competente el juez laboral costarricense, “*se aplicará siempre a toda la relación de trabajo la legislación nacional, en lo que resulta más favorable al trabajador o la trabajadora*”.

Al respecto, se propone el siguiente supuesto. Un trabajador francés domiciliado en Costa Rica es contratado en Costa Rica por una empresa francesa para laborar en Francia. Se dispone en el contrato de trabajo que la ley aplicable será la de la República Francesa. A pesar de lo anterior, si se obedece lo dispuesto por el mencionado artículo 434, no será necesariamente el derecho francés el aplicable a la totalidad del contrato. Deberá fragmentarse el mismo de manera que para cada uno de sus elementos se analice si el derecho costarricense es más beneficioso para el trabajador. Si lo es, para este elemento de la relación laboral dejará de ser aplicable la legislación

¹⁶ También conocida como *lex loci executionis*, que significa que la obligación se rige por la ley del lugar de cumplimiento del contrato.

¹⁷ Indica que la obligación se rige por la ley del territorio donde se celebra el contrato.

¹⁸ Indica que la obligación se rige por la ley del domicilio.

¹⁹ Según Paul Lagarde, el *dépeçage* “*désigne l’application de règles de pays différents aux différents éléments d’une même situation juridique*” [*designa la aplicación de normativa de distintos países a distintos elementos de una*

misma situación jurídica]. Paul Lagarde, *Le ‘dépeçage’ dans le droit international privé des contrats*, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, (Italia : 1975), 649.

²⁰ Mónica Sofía Rodríguez, *El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur*, Revista Científica de UCES. Vol XV N°1 (Argentina, 2011), 125.

francesa, y registrá en su lugar lo dispuesto por la costarricense. Así, se emplea la figura del *dépeçage* para cumplir con lo establecido por el artículo 434; se fragmenta el contrato y se aplica a cada fragmento la ley que más le beneficie.

Por lo tanto, de acuerdo con el artículo 434 introducido por la Reforma, en caso de surgir un conflicto entre estas partes, la jurisdicción costarricense tendrá una amplia autoridad en cuanto a la resolución de la controversia en todo elemento de la relación en el que resulte ser la más favorable al trabajador. Al respecto, no sobra aclarar que se aplicará la legislación francesa –contractualmente escogida por las partes– en tanto resulte más favorable al trabajador.

Entre las razones más contundentes para aplicar esta figura del *dépeçage* se encuentra principalmente el interés del trabajador en aplicar diversos derechos en una misma situación jurídica, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por el contrato de trabajo. Lo anterior le permite explotar las leyes a su conveniencia y así obtener la mayor cantidad de beneficios a raíz de la relación laboral.

En este sentido, queda al descubierto que, bajo estas normas de competencia internacional, el le-

gislador procuró brindar una protección adicional y excesiva a la parte débil de la relación jurídica, más allá del principio protector que históricamente ha existido, el cual procura asegurar una simetría en las relaciones obrero-patronales²¹. Esto se sustenta en el hecho de que el *dépeçage* solamente genera beneficios para la parte trabajadora y excluye de su ámbito de aplicación todo aquello que concierne a beneficiar los derechos del patrono. Por ende, el favoritismo a la parte obrera posiciona esta figura como altamente inconveniente para la práctica internacional, por los abusos que se pueden generar en la resolución de la disputa.

IV. La norma como un intento por conciliar un monopolio protagónico en la escena internacional

Durante la última década, Costa Rica ha procurado sostener políticas ideológicas con base socialista, procurando una mayor intervención del Estado en asuntos comerciales y civiles. Es por esta razón que, detrás de normas como la aquí analizada, se vislumbra un trasfondo ideológico de corte izquierdista, donde Costa Rica adopta una nueva concepción de competencia basada en la noción de soberanía estatal.

²¹ Juan José Obando Peralta, entrevista, 15 de abril de 2017.

En estas circunstancias, el Estado costarricense procura evitar que una corte extranjera conozca controversias e interfiera con asuntos que considera locales. Además, pretende que la norma doméstica esté por encima de cualquier tipo de cláusula contractual que remita entre sus estipulaciones las controversias a cortes o leyes extranjeras, lo cual es nefasto para el funcionamiento uniforme de las reglas de competencia y normas de conflicto.²²

Es evidente que el criterio que subyace en la redacción del artículo 434 de la Reforma Procesal Laboral no es de orden jurídico, sino ideológico, y su contenido fue justificado por las necesidades de desarrollo que se busca para el país.

Entonces, parece ser que la redacción de la norma que nos ocupa responde a la cada vez más elevada cantidad de actividades transnacionales en nuestro país, las cuales conllevan una creciente movilidad de mano de obra hacia el extranjero.²³ Este fenómeno es producto de las transformaciones que experimentan las empresas a partir del advenimiento de la globalización.²⁴

Esta movilidad se ha plasmado jurídicamente en la norma, a partir del compromiso del legislador

costarricense de procurar una supremacía de la ley nacional. La norma denota un intento permanente de adecuar los parámetros de contratación laboral hacia una *sobreprotección* del trabajador costarricense, con ocasión del desarrollo comercial y económico que trae consigo el fenómeno de la globalización.

Es factible que puedan surgir ciertas dificultades en el momento de seleccionar la forma en la que se va a aplicar la norma bajo estudio, pues pretende la sumisión de una disputa a la jurisdicción costarricense bajo una concepción de competencia judicial exorbitante, lo cual evidentemente no está a tono con las exigencias internacionales actuales, que se orientan a la generación de normas a partir de la armonización de legislaciones.

Por lo tanto, estas nuevas disposiciones normativas de competencia parecen tener un tinte de anti-globalización que pretende desencadenar que los empresarios extranjeros se indispongan a la hora de entablar relaciones laborales transfronterizas en Costa Rica.

²² Rubén Santos Belandro, *La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión*, Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0797-8316, N° 32, (Montevideo, enero-junio 2012), 292.

²³ Beatriz Gutiérrez-Solar Calvo, *Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio*, Actualidad laboral N° 2, (Madrid, 2000), 14 y 15.

²⁴ Olga Fotinopoulou Basurko. Op. Cit, 28.

V. En torno a un regionalismo de corte nacionalista.

Con la Reforma Procesal Laboral que el legislador costarricense procuró insertar una visión nacionalista y personalista en cuanto a la aplicabilidad de normas para las relaciones laborales internacionales, comprometiéndose al llamado *regionness*²⁵ en cuanto a la jurisdicción costarricense.

La regionalización ha surgido aceleradamente en el último siglo y ha constituido mecanismos para que los gobiernos ejecuten una integración económica en el sistema internacional. En este sentido, comparto las palabras de José Carlos Fernández Rozas en cuanto a que “*indudablemente cualquier fenómeno de integración regional repercute de manera sustancial en la reglamentación del tráfico privado externo*”.²⁶

La regionalización, para unos, es vista como un proceso complementario a la dinámica mundial,

mientras que, para otros, es vista como una tendencia contraria a la globalización, es decir, como un contrapeso a la globalización económica²⁷ que, con el fin de fortalecer los vínculos con la sociedad civil, motiva la creación de bloques regionales que se oponen a la armonización de los intereses neoliberales para favorecer los esquemas y lealtades nacionales (o regionales).²⁸

Resulta importante no confundir el concepto de nacionalismo con el de territorialidad, ya que dichos conceptos son distintos.²⁹ Nacionalismo, para Gestoso Y Tudela, es la doctrina científica o el sistema positivo que atribuye al Estado la facultad de dictar las normas de Derecho Internacional Privado como materia de su exclusiva competencia, mientras que el territorialismo expresa la aplicación exclusiva o predominante de la ley nacional frente a la extranjera. Asimismo, expresa un tercer concepto, denominado personalismo, que aspira al predominio de la ley material personal nacional.³⁰ Así, se concibe que

²⁵ Regionalidad emergente de las prácticas internacionales, las cuales se han configurado por las fuerzas e intereses (tanto económicos como políticos) que estructuran las relaciones.

²⁶ J. C. Fernández Rozas, *Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional Privado en Iberoamérica ante los procesos de integración*. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, (Madrid, BOE, 2000), 2- 3.

²⁷ Es considerada como una reacción a las poco armoniosas, a-democráticas e inexorables reglas económicas de la dinámica global.

²⁸ María Esther Morales Fajardo, *Un repaso a la regionalización y el regionalismo: Los primeros procesos de integración regional en América Latina*. CONfines, ISSN:1870-3569, (México, 2007), 2.

²⁹ Luis Gestoso Tudela, *Nacionalismo e internacionalismo en Derecho internacional privado*, Editorial Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones ISSN: 0365-7973, fichero N°32, (Universidad de Murcia, 1946), 840.

³⁰ *Ibíd.* 840

nuestro sistema jurídico nacionalista es personalista.

En la práctica, el modelo de integración elegido y su adecuación con la realidad en que está inserto y que se quiere transformar, constituye junto con la comunidad de intereses y la voluntad política, uno de los prerequisites fundamentales a tener en cuenta a la hora de promulgar normas de competencia internacional.³¹

Para Laredo, la integración regional no es buena ni mala por definición. Constituye tan sólo un medio o instrumento que puede ser bien o mal empleado. A final de cuentas, su calificación depende de la mayor o menor adecuación entre medios y fines que en ella se procure, esto es, entre los objetivos perseguidos y la instrumentación y los modelos aplicados.³²

Es importante reconocer que la evolución histórica del Derecho Internacional Privado es un fiel reflejo de la evolución del pensamiento filosófico, religioso, moral y político de la humanidad.³³ Lo anterior significa que el Derecho Internacional Privado no trata de intereses puramente privados, sino que se enfoca en competencias o conflictos de soberanía planteados a raíz de ideas

y principios políticos, pues la promulgación de normas internacionales sigue la misma evolución de estas ideas políticas.³⁴ Mientras que unos procuran una integración en cuanto a aplicabilidad de normas jurídicas internacionales, otros procuran decantarse por un contexto local para excluir este tipo de normas.

Ante esta dicotomía, Costa Rica se inclina hacia la aprobación de normas rigurosas de Derecho Internacional Privado en material laboral. La redacción del artículo 434 de la Reforma denota una falta de compromiso de nuestros legisladores para asumir los retos que plantea el pluralismo jurídico, el cual permite instaurar cada vez mayores y mejores intercambios comerciales y económicos con países alrededor del mundo.

VI. Problemas asociados con la implementación de la ley en cuestión.

En consideración de análisis realizado líneas atrás, en esta sección se presentan algunos problemas que surgen en torno a la implementación de este instrumento legal a nivel internacional.

³¹ Iris Mabel Laredo, *América Latina en el sistema internacional. La integración regional como herramienta de transformación de status, en Estado, Mercado y Sociedad en el MERCOSUR*. Pautas para su viabilización, vol. I; Universidad Nacional de Rosario. (Argentina, 1994): 24-25.

³² *Ibid.* 25.

³³ Luis Gestoso Tudela, *op cit.* 841.

³⁴ Luis Gestoso Tudela, *op cit.* 842.

Pese a que cada vez se celebran más Convenciones y Tratados Internacionales para generar uniformidad en el área del Derecho Laboral Internacional, el Estado costarricense conciliará un monopolio protagónico en la escena internacional para todos aquellos sujetos que pretendan establecer una relación laboral a nivel internacional bajo los supuestos inculcados en la norma.

Lo anterior causa, tal y como he señalado anteriormente, que los Estados, en vez de seguir el principio general de *actor sequitor forum rei*³⁵ para determinar su competencia, deban realizar un estudio minucioso de las leyes del país del trabajador contratante con el fin de cerciorarse si existe la posibilidad de someter la controversia a una corte foránea.

Esto genera una crisis a nivel nacional, pues a partir de julio del año 2017, nos volveremos “indeseables” en la esfera mundial, desestimulando la contratación de trabajadores en suelo costarricense y desincentivando la llegada de empresas que quieran desarrollar actividades –aunque sean temporales y pasajeras– en Costa Rica, dado que será impuesto nuestro derecho y nuestra jurisdicción a relaciones jurídicas que dudablemente lo ameritan.

Respecto a la situación descrita, Story afirma que, si las leyes de un Estado pudieran extenderse y aplicarse fuera del territorio –como es el caso que nos ocupa– la soberanía del Estado en cuyo territorio se hallasen las partes resultaría “ofendida en su propia dignidad”, puesto que serían soberanas sobre el mismo territorio dos potencias diversas. El verdadero soberano –el del país donde se desarrolla la relación contractual– quedaría limitado en el ejercicio de su poder por una soberanía extranjera (la costarricense, en este caso) sin derecho a ello. Añade, “*la aplicación de una ley extranjera sólo es posible si consiente el soberano territorial y ordena su aplicación, porque todo en esta materia depende de la voluntad del soberano del territorio, pero no movida o impulsada esta voluntad por un motivo jurídico, por una exigencia jurídica, sino simplemente por pura “cortesía”*”.³⁶

Otra problemática surge con respecto a la ejecución de una sentencia extranjera en jurisdicción costarricense. Un juez extranjero puede optar por normativas distintas para la resolución de un litigio laboral internacional. Suponiendo que su ordenamiento normativo lo obliga a resolver el conflicto utilizando su propia ley sustantiva, pero

³⁵ Locución latina de índole procesal que significa que la controversia prevalece en la jurisdicción territorial o personal del demandado.

³⁶ Joseph Story, *Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights,*

and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments, 7^a Ed. (Boston, 1872) (1^a Ed. de 1834), mencionado por Universidad de Murcia, fichero N°32, Editorial Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones ISSN: 0365-7973 (Murcia, 1946), 848 y 849.

la Ley de Reforma Procesal Laboral –cuyas disposiciones son de orden público³⁷– indica que correspondía aplicar ley costarricense, esto podría dar como resultado una sentencia incompatible con el ordenamiento jurídico costarricense. Por lo tanto, en caso de que se requiera proceder con un exequátur de la sentencia en Costa Rica,³⁸ éste resultará improcedente y no se podría lograr una homologación. Esto traería consecuencias deplorables e inevitables para la parte interesada en ejecutarla en territorio nacional, ya que el juez que conoció de su asunto en el extranjero no hizo más que seguir las disposiciones de su propia ley, y esto resultó automáticamente en una sentencia inejecutable.

Otra de las cuestiones que planteará problemas a futuro será la de la compatibilidad del derecho aplicable en todo aquello que beneficie al trabajador. En efecto, el que un juez pueda recurrir al derecho aplicable costarricense para la resolución de un litigio laboral transfronterizo con dos normativas distintas, procurando resolver con el mayor beneficio al trabajador, resulta altamente inconveniente por los abusos que ocasiona a los principios rectores del derecho laboral, al caer en una excesiva “sobreprotección” al trabajador.

Otra problemática surge cuando un juez costarricense resuelve un caso al cual aplica ley nacional, pero cuyas condiciones laborales son totalmente ajenas a la práctica laboral de nuestro país. El resultado de su deliberación sería válido según el derecho laboral de Costa Rica, pero al mismo tiempo sería un absurdo jurídico, ya que resulta de inmiscuir la ley costarricense a una realidad laboral con ella incompatible. Por esta razón, a final de cuentas, deviene injusto.

Ilustro esta situación con el siguiente ejemplo. Un trabajador firma su contrato laboral en Costa Rica para laborar para una empresa transnacional en un país extranjero. Luego de diez años, es despedido con responsabilidad patronal. En su liquidación, no le es reconocido el auxilio de cesantía porque en el país extranjero donde laboró no se le otorgan ese tipo de prestaciones a los trabajadores. Sin embargo, sí se le otorgó una indemnización distinta y ligeramente inferior, contemplada por la legislación de dicho país. Acto seguido, plantea una demanda en Costa Rica y reclama la indemnización de auxilio de cesantía por toda la relación laboral. El juez debe condenar a la empresa al pago de dicho extremo laboral obedeciendo la antigüedad del trabajador, pues esta disposición legal costarricense lo beneficia más. No toma en cuenta que en el país extranjero

³⁷ Artículo 14 Código de Trabajo de Costa Rica.

³⁸ Definido por la RAE como “reconocimiento en un país de las sentencias dictadas por tribunales de otro.”. Real

Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22 Ed. Tomo I, (2001),1018.

no se estipula por ley el otorgamiento de este extremo laboral, ni el hecho de que sí se le otorgó una indemnización propia de aquel ordenamiento jurídico. El trabajador resulta entonces doblemente beneficiado y el patrono doblemente perjudicado.

Otro de los aspectos de interés a ser considerado es la falta de capacidad técnica del legislador para ajustarse a los estándares tecnológicos actuales. En este sentido, el legislador omitió estipular en la norma los supuestos en los que la noción de “lugar” es desmaterializada por el uso de internet. Lo anterior ocurre con respecto al lugar de celebración del contrato de trabajo, el lugar de ejecución de la relación laboral, el lugar del establecimiento del patrono y el lugar de producción de una falta o incumplimiento contractual, entre otros.

El criterio de la locación se origina en el Siglo XIX, bajo la concepción de Federico Carlos de Savigny, que indica que la regla para resolver un conflicto de índole internacional es meramente localizadora. Éste distingue entre Ley del Contrato y Ley de la Obligación, considerando que cada obligación contractual debía regirse por la

Ley de lugar de su ejecución.³⁹ Lo anterior significa que se debe buscar el lugar donde se desarrolla la relación privada internacional y la regla de derecho aplicable en ese sitio.⁴⁰

Bajo las nuevas circunstancias tecnológicas que se han desarrollado en las últimas décadas, la funcionalidad del internet en estos casos permite que se logre desmaterializar las barreras fronterizas y los límites geográficos.

Mediante este medio inmaterial se identifican problemáticas. *“Por una parte, el alcance global de Internet choca con el principio de territorialidad y de soberanía inherente al concepto geográfico de jurisdicción; por otra, es difícil vincular una determinada relación jurídica on line a un lugar físico, localizar el lugar donde se produce el daño o determinar cuándo una actividad on line va dirigida a unos usuarios concretos de la geografía mundial; y, en fin, parece en principio, posible, aunque puede no ser recomendable, la vinculación del litigio a la jurisdicción de cualquier lugar del mundo desde el que se accede a Internet, pero ello solo debería hacerse cuando exista un vínculo de proximidad efectivo entre el asunto y el foro, lo que no es fácil de determinar”*.⁴¹ En este sentido cobra relevancia la

³⁹ Adolfo Miaja de la Muela. *Derecho Internacional Privado*. Tomo II. Parte Especial. Ed. Atlas (Madrid 1987), 345.

⁴⁰ Rubén Santos Belandro, op cit, 292.

⁴¹ Lydia Esteve González, *Competencia judicial internacional y eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales sobre actividades en Internet: ‘Caso Yahoo! 2000-2005’*, en Adriana Dreyzin de Klor; Diego P. Fernández Arroyo y Luis Otávio Pimentel. *Derecho del Comercio In-*

celebración de contrato de trabajo por internet y la ejecución de éste por este medio.

Por lo tanto, la contratación electrónica en los supuestos del artículo 434 crea un nuevo problema jurídico de difícil solución a causa de la “desterritorialización”. Este fenómeno trae como consecuencia la dificultad de determinar la competencia judicial para la resolución de la controversia y la erosión del alcance de las técnicas localizadoras del Derecho Internacional Privado.⁴²

Bajo supuestos de este tipo, se cuestiona la utilización de regulaciones patrias y quiénes son los órganos competentes, estatales o no estatales, para resolver las controversias que se originan en este nuevo espacio deslocalizado. Además, surge duda en cuanto a la determinación de la ley aplicable y la eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales que se dicten al respecto.⁴³ La situación cambia cuando las partes acuerdan someter sus diferencias a una jurisdicción en particular.

VII. Conclusiones.

Se puede concluir entonces que la reforma introducida al Código de Trabajo costarricense mediante la incorporación del artículo 434 claramente le otorga una jurisdicción exclusiva al foro costarricense en los casos que estipula la norma que se constituye en abusiva, pues inhibe a cortes extranjeras a conocer y resolver disputas de relaciones laborales que nunca se llevaron a cabo en Costa Rica.

Además, pretende que la norma doméstica esté por encima de cualquier tipo de cláusula contractual que remita entre sus estipulaciones las controversias a cortes o leyes extranjeras, lo cual es nefasto para el funcionamiento uniforme de las reglas de competencia y normas de conflicto.

La omisión de la norma en cuanto a los límites del fuero exorbitante que se le otorga a la jurisdicción costarricense en lo que respecta a la aplicabilidad del derecho costarricense cuando beneficie más al trabajador, corresponderá a los juzgadores establecer límites en este sentido. Serán ellos quienes deberán referirse a la manera en que la misma deba ser interpretada, ojalá de manera restrictiva.

ternacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información. Revista DeCITA 5/6 2006. Brasil, Zavalía- Fundacao Boiteux, (2006), 296-297.

⁴² Pedro Alberto De Miguel Asensio, *El Derecho Internacional Privado ante la globalización*, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, (2001), 37-87, párrafo 6.

⁴³ *Ibid.* 85.

Con respecto a la determinación del derecho aplicable, se encuentra una seria inconsistencia a la hora de su aplicabilidad, por cuanto la norma intenta equiparar las partes de la relación laboral, pero no lo logra, pues tiene por acreditado que la norma procura un favoritismo exorbitante a la parte trabajadora.

La temática del *dépeçage* trae consigo contradicciones lógicas que tornan esta figura altamente inconveniente por los abusos que se pueden generar. De ahí la necesidad de buscar una mejor adecuación entre los medios y los fines de la regionalización, así como de revalorar las interacciones entre los sujetos de la relación laboral. Esto es, buscar un equilibrio en el proceso de contratación, procurando mantener los principios rectores del derecho laboral sin caer en “sobreprotección”.

Por otra parte, es importante aclarar que estas disposiciones normativas de competencia parecen tener un tinte de anti-globalización que pretende desencadenar que los empresarios extranjeros se sientan indispuestos a la hora de entablar relaciones laborales transfronterizas en Costa Rica.

Otro aspecto a considerar es la falta de un marco normativo especial que regule la celebración de contratos por medios electrónicos, como sucede en nuestro país. Tal situación configura un obstáculo central para determinar la competencia de

relaciones laborales que se configuren con ayuda del internet. Por ello, resulta evidente la necesidad de normas y medidas que brinden certeza jurídica para la aplicación correcta de normas de conflicto.

Finalmente, es importante tener claro que, a partir de la vigencia de la norma que nos ocupa, estas reglas de competencia internacional no pueden ser ignoradas por acuerdo de partes ni por decisión judicial. Al constituirse como una norma de orden público, resulta fundamental para el Estado costarricense. Se exigirá la aplicación de esta ley nacional a los extranjeros siguiendo las nociones modernas de derecho internacional. Sin embargo, es cuestionable su utilidad y conveniencia hoy en día.

VIII. Bibliografía.

Amores Conradí, M. “*La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: artículo 22 de la LOPJ*”, 1989.

Arturo De Diego, Julián. “*Manual de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*”, 6ta. Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p.893.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio. “*Derecho Internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*”, 1983.

Cappelletti, Mauro. “*International Encyclopedia of Comparative Law, Civil Procedure*”, International Association of Legal Science, Tübingen, Mohr, Vol. 16, (2014).

Catellani “*El Derecho Internacional Privado y su reciente progreso*” Vol. 1, (1883) mencionado por Meijers “*La historia de los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado a partir de la Edad Media, especialmente en la Europa Occidental*”. Cortes de la Academia de la Haya, tomo 49, 1934.

De Miguel Asensio, Pedro Alberto. “*El Derecho Internacional Privado ante la globalización*”, Anuario Español de Derecho Internacional Privado, 2001.

Delgado Barreto, César; Delgado Menéndez, María Antonieta; Candela Sánchez, César Lincoln. “*Introducción al Derecho Internacional Privado*”, Tomo I, 2004.

Deveali, Mario. “*Tratado de Derecho del Trabajo*”, Tomo IV, Editora La Ley, Buenos Aires, 1972.

Dreyzin de Klor, Adriana; Fernández Arroyo, Diego P. y Pimentel, Luis Otávio. “*Derecho del Comercio Internacional. Temas y actualidades Internet, comercio electrónico y sociedad de la información*”, Revista DeCITA 5/6 2006, Zavalía- Fundacao Boiteux, 2006.

Fernández Arroyo, Diego. “Aspectos Esenciales de la Competencia Judicial Internacional en Vis-tas de su reglamentación Interamericana.

Fernández Rozas, J.C. “*Los modelos de integración en América Latina y el Caribe y el Derecho internacional Privado, en Iberoamérica ante los procesos de integración*”. Actas de las XVIII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2000.

Fotinopoulou Basurko, Olga. “*El proceso laboral internacional en el Derecho Comunitario*”, 2008.

Gestoso Tudela, Luis. “*Nacionalismo e internacionalismo en Derecho internacional privado*”, Publicado en Anales de la Universidad de Murcia, fichero N°32, Editorial Murcia: Universidad de Murcia, 1946.

Gutiérrez-Solar Calvo, Beatriz. “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, Actualidad laboral N° 2, 2000.

Krotoschin, Ernesto. “*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*”, Volumen I, 3ra. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977.

Lagarde, Paul. “*Le ‘dépeçage’ dans le droit international privé des contrats*”, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 1975.

Laredo, Iris Mabel. *“América Latina en el sistema internacional. La integración regional como herramienta de transformación de status, en Estado, Mercado y Sociedad en el MERCOSUR”*. Pautas para su viabilización, vol. I; Universidad Nacional de Rosario, 1994.

Menéndez Sebastián, Paz. *“Competencia judicial y aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero, 2006”*.

Miaja de la Muela, Adolfo. *“Derecho Internacional Privado. Tomo II. Parte Especial”*. Ed. Atlas, 1987.

Morales Fajardo, María Esther. *“Un repaso a la regionalización y el regionalismo: Los primeros procesos de integración regional en América Latina”*. CONfines, 2007.

Niboyet, Jean Paul. *“Principios de Derecho Internacional Privado”*. Tomo I, trad. Andrés Rodríguez Ramón, 1960.

Obando, Juan José. *“Costa Rica: La contratación internacional de trabajadores frente a la Ley de Reforma Procesal Laboral”* Blog: Cartas Blogatorias, diciembre 2014. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2014/12/18/costa-rica-la-contratacion-internacional-de-trabajadores-frente-la-ley-de-reforma-procesal-laboral/>

Opertti Badán, *“Competencia internacional y jurisdicción exclusiva”*, RUDProc, 2003.

Rivas Vallejo, María Pilar. *“Competencia Judicial Internacional en materia de contrato de trabajo”*, Revista Española de Derecho del Trabajo-REDT, 1995.

Rodríguez, Mónica Sofía. *“El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”*. Revista Científica de UCES. Vol XV N°1, 2011.

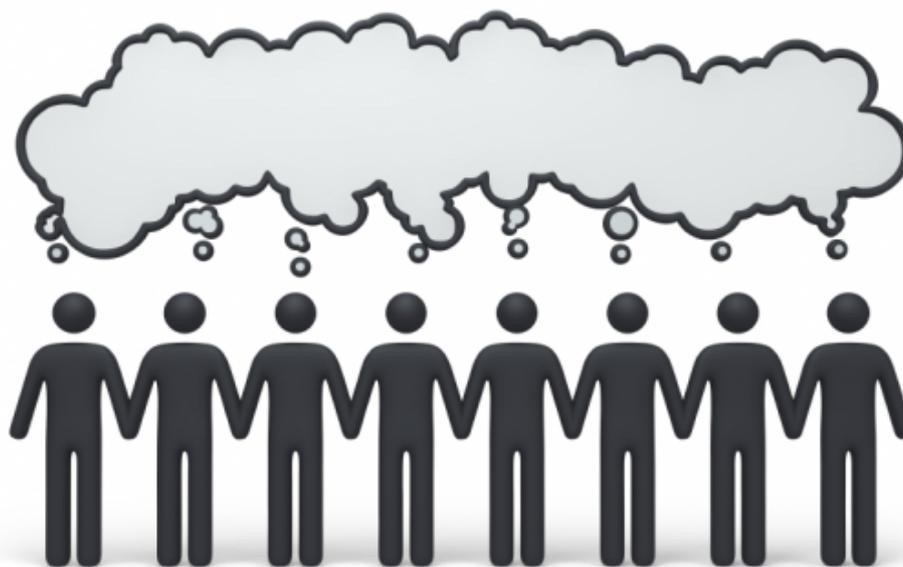
Santos Belandro Rubén. *“La regla de conflicto y la definición de los puntos de conexión”* Revista de la Facultad de Derecho, 2012.

Story, Joseph. *“Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic: In Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially in Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments”*, 7ª Ed., 1872.

Uriondo de Martinoli, Amalia. *“Competencia judicial internacional en el Mercosur”*, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni Editores, 1997.

LA IMPORTANCIA DE LA INTERPRETACIÓN UNIFORME DE LA CISG

Mauricio París Cruz*



Resumen:

La adhesión de Costa Rica a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (en adelante CISG) implica no sólo un reto para los operadores jurídicos locales, que en su gran mayoría desconocen el alcance y aplicación de este instrumento. Adicionalmente, representa un compromiso por parte del país, y en especial del Poder Judicial, de aplicar correctamente dicho instrumento en los casos en que resulte aplicable directa o indirectamente, atendiendo a su naturaleza internacional y al mandato, contenido en su propio texto, de interpretarlo de manera uniforme y no en clave doméstica. En las siguientes páginas se realizará un análisis de uno de los principios en los que se fundamenta la Convención: el de uniformidad, que implica que la CISG no debe ser interpretada en términos de derecho doméstico, sino respetando su carácter de norma uniforme, autónoma e internacional.

Palabras clave: CISG, adhesión, interpretación uniforme

Abstract:

Costa Rica's ratification of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG") implies a challenge for local operators, who are largely unaware of the scope and application of this instrument. It also represents a commitment of the Country, and especially the local courts, to apply this instrument correctly in cases where it is directly or indirectly applicable, taking into account its international nature and the mandate contained in its own text, to interpret it in a uniform way and not in a domestic one. The following pages will analyze one of the principles on which the Convention is based: uniformity, which implies that the CISG should not be interpreted in terms of domestic law, but respecting its character as a uniform, autonomous, and international norm.

Keywords: CISG, ratification, uniform interpretation

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Máster en Asesoría Jurídica de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. Socio de Expertis Legal. Árbitro de derecho. Profesor de Contratación Comercial Internacional y Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Email: mparis@expertislegal.com

Fecha de presentación del artículo: 15 de enero de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 2 de junio de 2017
Shakshi Bhatnagar, (2016) [Ilustración]. Recuperado en: https://media.licdn.com/mpr/mpr/shrinknp_800_800/AEEAA-QAAAAAAAWIAAAAJDc0NTc2MjU3LWVhNjMtNDZlZi1iZDY0LTgyZjFhMmVmNDEyOQ.png

Abreviaturas

| | |
|----------------------|--|
| CCI | Cámara de Comercio Internacional |
| CISG-Online | Base de datos electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Basilea, Suiza, sobre la CNUCCIM. Disponible en: http://www.globalsaleslaw.org/ |
| CLOUT | <i>Case Law on UNCITRAL Texts</i> . Base de datos electrónica de la CNUDMI. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law.html |
| CISG o La Convención | Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías |
| CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| DIPr | Derecho Internacional Privado |
| DUCI | Derecho Uniforme del Comercio Internacional |
| INCOTERMS | International Commercial Terms |
| UNCITRAL | United Nations Commission for International Trade Law |
| UNIDROIT | Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. |

I. Introducción.

Luego de casi cuatro décadas de haberse promulgado por la CNUDMI y seis años de trámite legislativo interno, la aprobación de la CISG es sin duda uno de los hitos más importantes del Derecho Comercial costarricense en las últimas décadas. Nunca es tarde si la dicha llega. Y es que la importancia de incorporar dicha Convención al ordenamiento jurídico costarricense se encontraba de sobra justificada en el hecho de que los principales

socios comerciales del país son ya parte de dicho instrumento, y en el indiscutido éxito de este instrumento internacional al contar con 85 Estados Parte que representan aproximadamente el ochenta y cinco por ciento del tráfico mercantil internacional, incluyendo 9 de las 10 potencias industriales a nivel mundial.¹

El liderazgo y respaldo de la CNUDMI resultó crucial en la adopción de la CISG, que armoniza diferentes tradiciones jurídicas (sistemas de *common law* vs. *civil law*), económicas (conflicto

¹ La ratificación de la Convención por parte de Brasil en marzo de 2013 reduce el número de países con economías

influyentes que no forman parte de la Convención a India, Sudáfrica y el Reino Unido.

norte-sur), y políticos (conflicto *este-oeste*)², logrando hacer coincidir –no sin dificultades– en principios generales que deben regir el contrato más común del comercio internacional, el de compraventa de mercaderías. De allí que se haya afirmado que la CISG es parte de una verdadera *lingua franca* en el contexto del comercio internacional³.

El impacto jurídico que tiene la incorporación de la CISG al derecho costarricense es tal, que si a la fecha el contrato de compraventa de mercaderías cuenta con tres regulaciones distintas –el Código Civil para compraventas entre particulares, el Código de Comercio si se trata de compraventas entre comerciantes, o la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor si se trata de una compraventa de consumo–, a partir de la entrada en vigencia de la Convención, se contará con una regulación cuádruple, ya que el contrato de compraventa, cuando reúna los requisitos de internacionalidad necesarios, pasará a regirse por la Convención, aunque siempre será necesario echar mano de la legislación doméstica para

regular algunos aspectos que intencionalmente no regula la Convención, por lo que la CISG no sustituye al derecho doméstico, sino que lo complementa.

Como se analizará con más detalle en estas páginas⁴, el sistema de interpretación que establece la CISG propugna precisamente por una aplicación carente de localismos, y obliga a los operadores jurídicos (jueces, árbitros, abogados, partes) a acudir a los principios que inspiraron su adopción, respetando su carácter internacional por encima de las interpretaciones que sobre el tema del que se trate, existan en su jurisdicción. Este cambio de mentalidad es precisamente el principal reto que tienen los países al incorporarse a la Convención y enfrentarse a que, a partir de ese momento, existe un régimen independiente y predominantemente internacional que regulará un tipo de contratación específica, en donde incluso la interpretación que sobre el texto legal aplicable han realizado tribunales de otras jurisdicciones – ordinarios o arbitrales-, resulta más relevante que

² PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: “*La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*” Tirant Lo Blanch, Valencia, 1era Edición, 1996. Pág. 626.

³ SCHLECHTRIEM, Peter: “25 Years of the CISG: An International *lingua franca* for Drafting Uniform Laws, Legal Principles, Domestic Legislation and Transnational Contracts” Citado en: KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (Eds.): “UN Convention on Contracts for

the International Sale of Goods (CISG). Commentary” Verlag C.H. Beck, Múnich, Alemania, 2011, Pág. 10.

⁴ Un análisis en detalle de la fase de formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías y sobre las principales características de la CISG puede encontrarse en: PARÍS CRUZ, Mauricio: “La formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: Según las Reglas de la Convención de Viena de 1980”. Editorial Jurídica Continental. 1era Edición. San José, 2013.

lo que hayan dicho sobre el tema décadas de jurisprudencia doméstica.

II. CISG, DIPr y *Lex Mercatoria*.

La mayoría de los esfuerzos de la comunidad internacional hasta inicios del Siglo XX se orientaron a la adopción de instrumentos de DIPr para determinar qué ordenamiento es aplicable en caso de una disputa entre partes pertenecientes a diversos Estados, es decir a la creación de las denominadas normas de conflicto. En estos instrumentos, los puntos de conexión tales como la nacionalidad de las partes involucradas, su domicilio o el lugar de celebración o ejecución del contrato resultan sumamente importantes, ya que la solución jurídica aplicable al caso terminaba siendo definida por la presencia de uno o varios puntos de conexión que remiten al derecho interno de uno u otro estado.

Esta remisión al derecho de una de las partes, y el probable desconocimiento de la contraria de tales normas, constituye un obstáculo importante al desarrollo de las relaciones económicas

internacionales, ya que resulta incompatible con la celeridad con que tales relaciones deben celebrarse e implica una serie de costes de transacción a las partes contratantes que devienen innecesarios si las normas que rigen la relación jurídica entre las partes son mutuamente conocidas y aceptadas.

En Costa Rica, la norma de DIPr más conocida y de mayor alcance es el Código de Derecho Internacional Privado adoptado en La Habana, Cuba en 1928, más conocido como *Código de Bustamante*, en honor a su redactor, el cubano Antonio Sánchez de Bustamante. Dicha codificación, además de ser considerada el primer código completo de Derecho Internacional Privado en ser redactado⁵, destaca por su extensión (437 artículos) y por la gran variedad de materias reguladas, que comprenden reglas internacionales generales sobre derecho civil, mercantil, penal y procesal.

Pese a su ambicioso alcance, en la práctica el Código de Bustamante⁶ tiene un impacto muy modesto, no sólo por el escaso número de países que lo ratificaron⁷, sino principalmente por las

⁵ SIQUEIROS, José Luis: "La codificación del derecho internacional privado en el Continente Americano" En: *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México. N° 14. 1982. Págs. 235-251. Disponible también en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/view/10951/10016> (Consultado: 14 abril 2017).

⁶ Conviene señalar que el Código Bustamante no contiene regulación especial sobre compraventa, por lo que se regularía por la disposición general sobre contratos del

Art. 186 que establece que éstos se regirán por la ley personal común a los contratantes, y en su defecto la ley del lugar en donde se celebraron.

⁷ De los 21 países que participaron de la conferencia diplomática en donde se adoptó, únicamente 15 lo ratificaron: Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Haití, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela. Importantes países de la región como Estados

importantes reservas que aplicaron los países ratificantes, que en el caso de Costa Rica implican una reserva expresa de todo cuanto pueda estar en contradicción con la legislación doméstica⁸, por lo que la aplicación práctica del Código Bustamante en Costa Rica es únicamente subsidiaria en aquellos supuestos en donde exista vacío en las escasas normas de DIPr contenidas en el Código Civil y en algunos otros cuerpos legales.

Precisamente, conscientes de que las normas de conflicto existentes resultaban deficientes y poco uniformes, y ante el surgimiento de un tráfico mercantil internacional cada vez más intenso, impulsado en buena medida por el desarrollo del transporte internacional, la tendencia del Derecho Mercantil moderno se concentró en impulsar la unificación de las normas aplicables a la materia, procurando sustituir las insuficientes codificaciones nacionales surgidas en los Siglos XVIII y XIX⁹ por normas

sustantivas aplicables a los negocios internacionales, con la finalidad de construir lo que se ha denominado Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI).

Al mismo tiempo, el impulso del arbitraje internacional como método de solución de conflictos surgidos de las relaciones entre comerciantes, ha permitido paulatinamente que tanto las normas como su aplicación resulten más uniformes y desvinculadas de la nacionalidad de las partes involucradas.

Esta tendencia internacional hacia la unificación hace recordar los propios orígenes del Derecho Mercantil en la Europa de la Baja Edad Media, en donde las relaciones entre mercaderes se regían por la *Lex Mercatoria*¹⁰, consistente en normas especiales y autónomas derivadas de la costumbre que eran de aplicación universal, en el sentido de que regían sus relaciones más allá de su ubicación geográfica en virtud de la

Unidos, México, Colombia, Argentina, Uruguay y Paraguay no lo ratificaron por diversos motivos.

⁸ Esta reserva efectuada por Costa Rica y otros países contradice el Art. 3 de la Convención por la que se aprobó el propio Código Bustamante, que establece expresamente que las reservas únicamente podrán ser de *uno o varios artículos*, pero no se establece que pueda hacerse una reserva general del mismo. Llama también la atención el hecho de que en la práctica, pese a ser un tratado internacional y tener en consecuencia una aplicación superior a la ley, en virtud de esta reserva, termina aplicándose más bien como una norma de rango inferior a la ley. La aplicación de dicha reserva pareciera ser más que discutible casi un siglo después de haberse adoptado.

⁹ Estas codificaciones surgieron no como compilaciones de derecho europeo, sino como un conjunto de normas

particulares que buscaban la nacionalización del derecho. Hablamos especialmente del *Code de Commerce* francés de 1807 y la *Allgemeine Handelsgesetzbuch* alemana de 1861. En ese sentido Cf: DAVID, René; BRIERLEY, John: "Major Legal Systems in the World Today: an introduction to the comparative study of law." Stevens & Sons, Londres, 1968.

¹⁰ Sobre el particular Cf. CORDES, Albrecht: "The search for a medieval Lex Mercatoria" Oxford University Comparative Law Forum (2003). Disponible en: <http://ouclf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml> (Consultado: 14 abril 2017). MUSTIL, Michael: "The New Lex Mercatoria: The first Twenty-five years" Arbitration International, 1988. Págs. 86-119, también disponible en: <http://www.trans-lex.org/126900> (Consultado: 14 abril 2017).

realización de ferias internacionales y de un importante tráfico mercantil marítimo en aquella época. Se trató de normas creadas por el propio gremio de mercaderes que no emanaban de la autoridad administrativa o política, y además eran aplicadas por los tribunales consulares integrados por los propios comerciantes, en un modelo equiparable al rol que actualmente ocupa el arbitraje comercial internacional en la solución de disputas.

Si bien los instrumentos del DUCI no pueden equipararse a las costumbres integradoras de la *Lex mercatoria*, principalmente por cuanto en la actualidad la mayoría de los instrumentos internacionales pasan a ser parte del derecho doméstico ya sea como leyes modelos o tratados internacionales, lo cierto es que también existen una serie de instrumentos, cláusulas de estilo y contratos modelos que se incorporan a las relaciones mercantiles por voluntad de las partes y que son elaborados por organizaciones gremiales de empresarios, que buscan mediante la incorporación de este tipo de instrumentos y cláusulas evitar que las transacciones

internacionales sean regidas por leyes locales que se muestran insuficientes. Quizá los INCOTERMS y los contratos modelo de la CCI o los Principios de UNIDROIT sean el ejemplo más claro de ese Derecho espontáneo y autónomo creado por los propios comerciantes con la finalidad de liberarse de la rigidez y falta de sensibilidad del tráfico mercantil de que adolecen las legislaciones domésticas con la finalidad de potenciar los principios de autonomía de voluntad y autorregulación¹¹.

Podemos afirmar entonces que, tanto en la Edad Media como en la actualidad¹², se procura uniformar normas, usos y prácticas que les faciliten a los comerciantes el entendimiento más allá de las distracciones propias del lenguaje, la cultura y los sistemas legales nacionales¹³, siendo que, tal y como se ha llegado a afirmar, el propósito de la CISG es no solo la creación de normas sustantivas, sino también otorgar reconocimiento a las reglas nacidas de la práctica comercial¹⁴, con lo que la *Lex Mercatoria* moderna resulta complementaria a las disposiciones de la Convención.

¹¹ FERNANDEZ ROZAS / ARENAS GARCÍA / DE MIGUEL ASENSIO: "Derecho de los Negocios Internacionales" Editorial IUSTEL, 1ª Edición, Madrid, 2007. Pág. 44.

¹² Cf. Berthold Goldman menciona: "*Lex mercatoria is a venerable old lady who has twice dissappeared from the face of the earth and twice been resuscitated*" GOLDMAN, Berthold "Lex Mercatoria", Forum Internationale, No. 3, Nov. 1983, p. 3. Citado por CALVO CARAVACA, Adolfo-Luis: "El Reglamento Roma I

sobre la Ley Aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas" Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2009), Vol. 1, N° 2, Pág. 71.

¹³ DIMATTEO, Larry (et al.): "International Sales Law. A critical analysis of CISG jurisprudence" Cambridge University Press. 1ª Edición, 2005. Pág. 16.

¹⁴ AUDIT, Bernard: "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria". Lex Mercatoria and Arbitration, Thomas E. Carbonneau (Ed.). Juris Publishing, 1998. Pág. 173-194 (Pace).

En ese contexto, la CISG surge como una herramienta de innegable valor en el objetivo de suprimir “...los obstáculos jurídicos con que tropieza el comercio internacional...” como reza su Preámbulo, al uniformar las disposiciones relativas a la compraventa de mercancías. Y este objetivo se ve fortalecido al haber sido adoptada como un tratado internacional y no como una ley modelo, lo que garantiza un mayor grado de uniformidad al eliminarse la potestad de los Estados de realizar reformas al texto a la hora de ratificarlo, potestad que queda limitada a realizar o no reservas al texto del Convenio.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la uniformidad propuesta no busca ser absoluta, toda vez que en palabras de STEYN: “*no convention can eliminate uncertainties in its application. But a convention such as the Vienna Sales Convention will tend to reduce differences and to eliminate uncertainty.*”¹⁵ Y es que, ante la inexistencia de tribunales de justicia internacionales en material mercantil, la aplicación e interpretación de la CISG queda en manos de árbitros y jueces nacionales.

La mera uniformidad en los textos normativos, si bien resulta necesaria, no implica por sí misma una aplicación uniforme por los operadores

jurídicos, de allí que el gran reto es lograr que tanto la interpretación como el sistema para llenar lagunas resulten lo más uniformes que sea posible¹⁶. De la lectura del texto de la CISG se colige que sus redactores tenían claridad sobre el grado de uniformidad que podía lograrse mediante tal instrumento, ya que en el artículo 7(1) se limitan a resaltar “la necesidad de *promover* la uniformidad” en la aplicación de la Convención, renunciando –acertadamente- a un objetivo más ambicioso como habría sido hablar de instaurar o establecer una uniformidad en su aplicación.

En resumen: la CISG no es norma del DIPr ya que no constituye una norma de conflicto sino derecho sustantivo, sin embargo se apoya en el DIPr para determinar el ordenamiento jurídico aplicable a la regulación de los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías que intencionalmente no regula (lagunas externas). Asimismo, tampoco tiene la CISG carácter de *Lex Mercatoria* al no ser una mera norma de *Soft law*, sino ser parte del ordenamiento interno de los estados que a ella se adhieren, sin embargo, la *Lex Mercatoria* es una fuente integradora y sobre todo influenciadora de su correcta interpretación como parte del DUCI.

¹⁵ STEYN, Johan: “A kind of Esperanto?” En: *The Frontiers of Liability*, Págs. 14-15. Citado por: DIMATTEO, *Óp. cit.* Pág. 11.

¹⁶ En este mismo sentido: FELEMENGAS, John (Ed): “An International Approach to the Interpretation of the

United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law” Cambridge University Press, 2007. Pág. 5.

III. Interpretación e integración de lagunas.

Al ser la CISG una norma que aspira a uniformar las reglas relativas al contrato de compraventa internacional, el éxito o fracaso que obtenga en tal aspiración dependerá en buena medida de la forma en que los operadores jurídicos la interpreten e integren sus lagunas, esto por cuanto una aplicación localista de la Convención poco contribuirá al anhelo de uniformidad que esta persigue.

El *leit motiv* de La Convención es regular un negocio jurídico que cuenta con una característica fundamental: su internacionalidad, que es precisamente la que justifica que la comunidad internacional, más allá de la existencia de las codificaciones nacionales, adopte una regulación sobre el particular. Y es que el comercio internacional, producto de una era altamente globalizada, en países de economía de libre mercado o incluso en las pocas economías dirigidas que subsisten en el planeta, es un fenómeno que no puede interpretarse jurídicamente en clave doméstica, lo que reta al operador jurídico, acostumbrado al confort propio de la legislación conocida, a aplicar instrumentos y principios internacionales que en algunas ocasiones coincidirán con su derecho doméstico, y en otras todo lo contrario.

No debe perderse de vista que, por más uniformidad que se quiera alcanzar en su interpretación, la aplicación de la Convención está mayoritariamente en manos de tribunales domésticos cuyos operadores jurídicos no pueden desprenderse de la cultura jurídica en la que fueron formados, por lo que, aunque quizá la uniformidad que logre conseguirse sea solo relativa, no por ello debe desdeñarse como objetivo. Al fin de cuentas, si aún en la aplicación del derecho doméstico los órganos judiciales de un mismo país difieren en no pocas ocasiones en su interpretación, con mayor razón se encontrarán diferencias de criterio a nivel internacional. Pese a ello, en la medida en que cada operador jurídico realice una interpretación uniforme de la Convención en los términos que ella apunta, dichas diferencias interpretativas serán cada vez más infrecuentes.

Cabe recordar que, desde el momento en que la Convención entra en vigor para un Estado, pasa a integrar su derecho interno, motivo por el cual su aplicación (incluyendo su método de interpretación uniforme) pasa a ser vinculante para el operador jurídico tanto o más que cualquier otra norma de derecho doméstico. Decimos tanto o más por el hecho de que en algunos ordenamientos (como el costarricense) los tratados internacionales se ubican en un rango superior a la ley. Lo anterior, desde luego sujeto a que la Convención resulte aplicable al caso en

concreto según las reglas que se han expuesto antes. El comentario también sirve para recalcar que, al no tratarse de derecho extranjero sino nacional, no requiere ser alegado ni probado por las partes, y debe ser conocido por el juez en aplicación del Principio *iura novit curia*.

El artículo 7 de la Convención enuncia un sistema de interpretación e integración autosuficiente¹⁷ que presta especial importancia en primer lugar a determinados principios generales en los que se fundamenta, dejando el derecho doméstico como último recurso para su interpretación e integración.¹⁸

1. La interpretación de la Convención.

El artículo 7(1) enuncia tres principios sobre los que se fundamenta la Convención: su carácter internacional, su uniformidad y la buena fe. Estos principios informan no sólo la Convención, sino todos los instrumentos internacionales que integran el DUCI, en especial aquellos elaborados al amparo de la UNIDROIT y la CNUDMI.¹⁹

¹⁷ PERALES VISCASILLAS, en: KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Óp. cit.* Pág. 132.

¹⁸ En ese sentido véase la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI anexa al texto de la Convención.

¹⁹ Al respecto se ha dicho acertadamente que *Este cometido de interpretación uniforme está también presente en otras convenciones, por lo que es ya un tópico que revela una tendencia actual en el Derecho Mercantil Internacional.* Caso CLOUT No. 549 [Audiencia Provincial de Valencia, España, 2003].

a. Internacionalidad y uniformidad.

Estos principios buscan asegurar que la Convención produzca efectos similares entre las partes independientemente de su nacionalidad, el lugar de cumplimiento de las obligaciones y el tipo de bienes de los que se trate, sin que ello implique que todos los casos deban resolverse de forma idéntica.²⁰ La consecuencia lógica de aplicar ambos principios es que no pueden aplicarse a la Convención métodos de interpretación fundamentados en el derecho doméstico, sino que su interpretación debe ser autónoma²¹ y libre de enfoques etnocéntricos²².

Una de las principales herramientas con las que se puede lograr una interpretación uniforme de la Convención es acudiendo a la jurisprudencia internacional sobre ella. Es generalmente aceptado que la jurisprudencia tiene un carácter persuasivo aunque no vinculante para los

²⁰ Perales Viscasillas, en: KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Óp. cit.* Pág. 116.

²¹ Caso CLOUT No. 549 [Audiencia Provincial de Valencia, España, 2003].

²² *Polimeles Protodikio Athinon*, Grecia, Expediente 4505/2009 (PACE). También resalta la afirmación: *the Convention must be applied and interpreted exclusively on its own terms, having regard to the principles of the Convention and Convention-related decisions in overseas jurisdictions. Recourse to domestic case law is to be avoided.* High Court of New Zealand, 30 de Julio 2010 (PACE).

tribunales.²³ Desde luego no cualquier antecedente jurisprudencial resulta relevante, ya que existe un buen número de casos en donde la Convención ha sido mal aplicada, y al no existir un tribunal superior al cual acudir para que uniformice criterios, discernir cuándo se está en presencia de un antecedente atinado y cuándo no, requiere echar mano al criterio de la doctrina más especializada y aceptada.

La experiencia demuestra que, pese a no ser vinculante, cada día los tribunales domésticos utilizan más jurisprudencia internacional —a menudo en un idioma distinto— para fundamentar sus decisiones,²⁴ constituyendo lo que es dado en llamar una jurisprudencia global. Aun cuando algunos estados sean reacios a aplicar jurisprudencia extranjera, comienzan a aceptar poco a poco que se hallan frente a una materia que se sale de los límites del estado, y en consecuencia debe aplicársele un tratamiento distinto al de los casos meramente locales.²⁵

b. Buena fe.

El tercer principio mencionado por el artículo 7(1) es el de buena fe. La ubicación de la buena fe en este artículo, que ha sido acertadamente calificada como un *destierro a una remota provincia*²⁶, es producto de las formulas de compromiso a las que fue necesario echar mano en las negociaciones de la Convención en aras de lograr consensos. Una parte minoritaria de los representantes que participaron en su elaboración se opuso a la ubicación original de la buena fe en el acápite relativo a la formación del contrato, toda vez que para los sistemas del *Common law*, la buena fe no es un requisito que pueda imponerse a las partes en la etapa de negociación del contrato, en donde lejos de existir un modelo de cooperación, se presume un modelo adversarial. Resulta evidente acá la discrepancia con la tradición civilista, en donde cualquier derecho debe ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.²⁷

En todo caso, pese a su ubicación en el articulado, la buena fe ha sido reiteradamente

²³ “This solution corresponds besides to that adopted by foreign case law which, although not binding, is however to be taken into consideration as required by Art. 7(1) of the CISG.” Caso CLOUT No. 380 [*Tribunale di Pavia*, Italia, 2009]. En el mismo sentido, entre otros: Caso CLOUT No. 378 [*Tribunale di Vigevano*, Italia, 2000].

²⁴ Cf. UNCITRAL, Digesto, Pág. 42. Cita por ejemplo casos de los tribunales de Estados Unidos de América que emplean jurisprudencia china y francesa, tribunales holandeses citando jurisprudencia austriaca o alemana, o tribunales alemanes citando antecedentes estadounidenses, entre múltiples otros ejemplos.

²⁵ MARTIN FUENTES, José Luis: “El Contrato Internacional de compraventa de mercaderías”. Sello Editorial, Universidad de Medellín. 1era Edición, Medellín, 2012. Pág. 73.

²⁶ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: “El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)” 2001. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#ci> ii (Consulta: 14 de abr. de 2017).

²⁷ Así lo prescribe, por ejemplo el Art. 21 del Código Civil de Costa Rica.

utilizada como estándar de comportamiento exigible a las partes²⁸. De igual forma, derivados de dicho Principio están presentes en otros artículos de la Convención.²⁹

2. Integración de lagunas.

El artículo 7(2) de la Convención expone su método de integración de lagunas que se aplicará a las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella. Esta precisión es muy importante tenerla en cuenta a fin de no confundir las lagunas de la Convención con los aspectos no regulados por ella, que están detallados principalmente en los artículos 2 a 5. Es decir, cuando estemos en presencia de aspectos no regulados por la Convención (*lagunas externas*³⁰, según se han denominado por algunos tribunales), la solución será acudir a las normas de conflicto del DIPr del Estado

competente; pero cuando se trate de lagunas sobre materias sí comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Convención (*lagunas internas*³¹, en contraposición a las anteriores), la solución deberá encontrarse a través del método de integración de lagunas que ella misma prevé.

Dicho método de integración de lagunas internas consiste en echar mano en primer lugar de los principios generales en los que se fundamenta la Convención, y solo a falta de éstos, mediante el derecho doméstico. Pese a que no se indica expresamente en el artículo, la jurisprudencia³², siguiendo a la doctrina³³ ha estimado que, de previo a aplicar los principios generales, se debe agotar el recurso a la analogía en relación con otras normas de la Convención³⁴, para lo cual resulta necesario identificar primero la norma análoga, para posteriormente determinar si existe

²⁸ Ídem. Al respecto puede consultarse: Casos CLOUT No. 1039 y 547 [Audiencia Provincial de Navarra, España, 2007 y 2003 respectivamente]. Asimismo, resulta esclarecedor: PERALES VISCASILLAS: María del Pilar: “La aplicación jurisprudencial en España de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los Principios de UNIDROIT y los Principios del Derecho contractual europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas” En: Revista La Ley, N° 3 (2007), Págs. 1750-1761.

²⁹ Arts. 16(2)(b), 21(2), 29(2), 37, 46, 40, 47(2), 85 y 88. Cf. UNCITRAL, *Digest...* Óp. cit. Pág. 43.

³⁰ Cf. UNCITRAL, *Digest...* Óp. cit. Pág. 43.

³¹ Ídem.

³² *Filling in the gaps of the Convention is also possible through analogy. Legal literature allows and does not question the use of analogy for the purpose of interpretation of the CISG.* Caso CLOUT No. 1080 [Corte

Suprema, Polonia, 2007]. También: *Oberster Gerichtshof*, sentencia 18 diciembre 2002 (PACE).

³³ BIANCA Y BONELL (coords.), “Commentary on the International Sales Law”, pág. 78, Citado por: SAN JUAN CRUCELAEGUI, Óp. cit. 67. En ese mismo sentido: HELLNER, “Gap-Filling by Analogy – Art. 7 of the U.N. Sales Convention in its Historical Context” (1990) pp. 219 et seq; MARTINEZ CAÑELLAS, “La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980” (2004) pp.317.320. Citados por KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, Óp. cit. Pág. 134. También: FELEMENGAS, Óp. cit. Págs. 22-26.

³⁴ Sistema que no difiere del contenido en el Art. 12 del Código Civil de Costa Rica, salvo que en el caso de la Convención evidentemente la analogía se aplica con relación a disposiciones de la propia Convención, no a las normas de derecho doméstico.

similitud suficiente con la laguna identificada a fin de determinar la procedencia de la analogía.³⁵

En Costa Rica, la aplicación de estos principios conlleva que, detectada una laguna en el texto de la Convención, el operador jurídico, de previo a echar mano de las reglas generales de interpretación contenidas en el Capítulo II del Título Preliminar del Código Civil, deberá agotar previamente el sistema autónomo de integración de la Convención, y solo en caso de que del mismo no pueda obtener una solución, podrá acudir al derecho doméstico, que pasa a ser suplementario a la Convención en materia de compraventa internacional de mercaderías.

Y es que no puede ser de otra forma cuando por ejemplo el Art. 9 del Código Civil indica que la jurisprudencia reiterada de las salas de casación de la Corte Suprema de Justicia contribuye a informar el ordenamiento jurídico, o cuando el Art. 12 autoriza la aplicación analógica de las normas domésticas. La aplicación directa de estas disposiciones a situaciones regidas por la Convención por parte de un operador jurídico desinformado resultará cuando menos desastrosa, toda vez que los precedentes y normas domésticas resultan irrelevantes para integrar la Convención, salvo que, como ya

indicamos, del sistema de integración que ésta contiene no se extraiga una solución adecuada.

Si bien el sistema de integración diseñado por la Convención resulta óptimo para procurar una interpretación uniforme de sus disposiciones, quizá no resulte sencillo de aplicar a primera vista. Una primera dificultad estriba en determinar cuándo estamos en presencia de una laguna interna y cuando se trata de una externa, ya que en algunos casos la división no resulta clara³⁶. Sin embargo, la complejidad no termina allí, ya que otra dificultad será determinar cuáles son los principios generales que inspiran la Convención y que por ende pueden utilizarse válidamente para llenar sus lagunas internas, y decimos que es complejo porque la Convención nuevamente guarda silencio al respecto y omite enlistarlos o al menos delimitarlos, razón por la cual se deba echar mano a la doctrina y a la jurisprudencia para desentrañarlos.

Ha de evitarse la tentación de ver principios donde no los hay o de crearlos según las necesidades de integración que se afronten en un caso concreto, por lo que la fundamentación de la existencia de determinado principio debe ser exhaustiva, exponiendo con claridad de cuál norma de la Convención se extrae tal principio y

³⁵ SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Óp. cit.* Pág. 68.

³⁶ Como sucede por ejemplo en el caso de la batalla de formularios, en donde parte de la doctrina considera que se trata de un aspecto relacionado con la validez del contrato y por ende fuera del ámbito de regulación de la

Convención, mientras otros lo entienden como una laguna interna. Al respecto: PERALES VISCASILLAS en: KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Óp. cit.* Pág. 134.

los motivos por los cuales resulta aplicable a la laguna identificada, para lo cual cabe cuestionarse si el legislador uniforme, de haber previsto esa situación en concreto la habría regulado de igual forma que la que sí contempló.³⁷

Además de los principios que expresamente menciona la Convención en el Art. 7(1), sea uniformidad, internacionalidad y buena fe, algunos otros principios que han sido acogidos por la doctrina y la jurisprudencia uniforme, e incluyen: el principio de los actos propios o *estoppel*³⁸, principio de razonabilidad³⁹, libertad de forma y prueba⁴⁰, compensación integral⁴¹, mitigación del daño⁴², vinculatoriedad de los usos⁴³, *favor contractus*⁴⁴ y *pro-Convención*⁴⁵.

Requiere una mención especial el debate existente sobre la posibilidad de aplicar a la Convención principios generales no contenidos en su articulado, en especial los Principios de UNIDROIT. El debate se perfila entre quienes niegan la aplicabilidad de tales principios hasta quienes defienden su aplicación directa en virtud del artículo 7(2) de la Convención.

Consideramos que, conforme al artículo 7(1), en la interpretación de la Convención debe tomarse en consideración su carácter internacional, motivo por el cual, los Principios de UNIDROIT, al igual que otros instrumentos integrantes de la *lex mercatoria*, cumplen un rol importante en la interpretación e incluso integración de la Convención. La mayoría de la doctrina⁴⁶ se decanta precisamente por conferir relevancia

³⁷ Al respecto, HONNOLD, *Uniform Law...* Págs. 152 y sstes. Citado por SAN JUAN CRUCELAEGUI, Pág. 71. También analizado por: VOLKEN, Paul: "The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling". En: Petar Sarcevic & Paul Volken eds., *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana (1986), Ch. 2, 19-53. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html#viii> (Consultado: 14 abril 2017).

³⁸ Derivado de los artículos 16(2)(b) y 29(2), véase: *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, Laudo de 27 julio 1999 (PACE); Casos CLOUT No.: 230 [*Oberlandesgericht Karlsruhe*, Alemania, 1997]; 93 [*Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft—Austria*, 1994].

³⁹ Artículo 8(2)(3). Cf. *Handelsgericht Aargau*, Suiza, 2008 (PACE).

⁴⁰ Artículo 11. Cf. *Rechtbank van Arnhem*, Reino de los Países Bajos, sentencia 17 enero 2007 (PACE); *Tribunale di Padova*, Italia, 31 marzo 2004 (PACE); *Rechtbank van Rotterdam*, Reino de los Países Bajos, sentencia 12 julio

2001 (PACE); Corte Suprema de Suiza, sentencia 15 setiembre 2000 (PACE).

⁴¹ Artículo 74. Cf. *Tribunale di Padova*, Italia, 25 febrero 2004 (PACE); Casos CLOUT No.: 424 [*Oberster Gerichtshof*, Austria, 2000]; 93 [*Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft—Austria*, 1994]; 94 [*Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft—Austria*, 1994].

⁴² Art. 77. Cf. *Tribunale di Padova*, Italia, 25 febrero 2004 (PACE); Caso CLOUT No. 608 [*Tribunale di Rimini*, Italia, 2002].

⁴³ Art. 9(2). Cf. *Tribunale di Padova*, Italia, 25 febrero 2004 (PACE).

⁴⁴ Casos CLOUT No. 248 [*Bundesgericht*, Suiza, 1998]; No. 747 [*Oberster Gerichtshof*, Austria, 2005] No. 428 [*Oberster Gerichtshof*, Austria, 2000]; *American Arbitration Association*, Laudo 23 Octubre 2007 (PACE).

⁴⁵ Véase: CISG-AC, Opinión No. 4. *Óp. cit.* Pág. 9.

También: PERALES VISCASILLAS en: KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS, *Óp. cit.* Pág. 138.

⁴⁶ *Idem.* Págs. 139-140.

interpretativa y complementaria a tales instrumentos cuando no se encuentren principios propios en la Convención. Esta posición se ve reforzada con el respaldo que han recibido los Principios de UNIDROIT por parte de la misma CNUDMI, que al respecto ha indicado: *“Tomando nota de que los Principios del UNIDROIT 2004 complementan una serie de instrumentos internacionales de derecho mercantil, entre ellos la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) (...) Recomienda la utilización de los Principios del UNIDROIT 2004, según proceda, con los fines a que se destinan.”*⁴⁷

IV. Conclusión

La incorporación de la CISG al ordenamiento jurídico costarricense es una bien merecida actualización de las normas del bloque de Derecho Privado, tan dejadas de lado por el legislador costarricense. Se suma a otras normas aprobadas en los últimos años en esta materia: como el Convenio de la Apostilla, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional y el Convenio sobre notificaciones en el extranjero de

documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.

No obstante lo anterior, la aplicación en Costa Rica de la CISG no se cumplirá con el mero depósito del instrumento internacional y espera de su entrada en vigor 12 meses posteriores al mismo. Muy al contrario, el trabajo apenas comenzará en ese momento, ya que es fundamental su difusión y análisis concienzudo entre los operadores del derecho, en especial entre aquellos encargados de su aplicación en casos concretos.

Es en ese sentido que la interpretación uniforme de la Convención y la integración de sus lagunas internas y externas es sin duda piedra fundamental en la correcta aplicación del instrumento. Sin una sensibilización de los operadores jurídicos sobre el carácter internacional de la Convención y sobre la impertinencia de interpretaciones criollas, la CISG podrá generar más sombras que luces, de allí que el compromiso que como país se asumió al ratificar la Convención debe verse aparejado con un estudio concienzudo del instrumento y de su correcta aplicación. El esfuerzo de ACODI difundiendo este tema es sin duda un gran aporte en ese sentido.

⁴⁷ UNCITRAL: “Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 40º período de sesiones” Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007. Págs. 58-59. Disponible

en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/857/12/PDF/V0785712.pdf?OpenElement> (Consultado: 14 abril 2017).

Bibliografía.

AUDIT, Bernard: "The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria" en: *Lex Mercatoria and Arbitration*, Thomas E. Carbonneau (Ed.). Juris Publishing, 1998. Pág. 173-194. Disponible en <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>

AZZOUNI, Ahmad: "The adoption of the 1980 Convention on the International Sale of Goods by the United Kingdom" Mayo, 2002. Disponible en: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/azzouni.html>

CALVO CARAVACA, Adolfo-Luis: "El Reglamento Roma I sobre la Ley Aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, N° 2, Pág. 71.

CISG-AC, "Contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (Artículo 3 CISG)". Opinión No.4, 2004. Relatora: Prof. Pilar Perales Viscasillas. Disponible en: <http://www.cisgac.com/>

CORDES, Albrecht: "The search for a medieval Lex Mercatoria" *Oxford University Comparative Law Forum* (2003). Disponible en: <http://ou-clf.iuscomp.org/articles/cordes.shtml>

DAVID, René; BRIERLEY, John: "Major Legal Systems in the World Today: an introduction to the comparative study of law." Stevens & Sons, Londres, 1968.

DIMATTEO, Larry (et al.): "International Sales Law. A critical analysis of CISG jurisprudence" Cambridge University Press. 1a Edición, 2005.

FELEMENGAS, John (Ed): "An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contract for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law" Cambridge University Press, 2007.

FERNANDEZ ROZAS / ARENAS GARCÍA / DE MIGUEL ASENSIO: "Derecho de los Negocios Internacionales" Editorial IUSTEL, 1ª Edición, Madrid, 2007.

HONNOLD/FLECHTNER: "Uniform Law for International Sales Under 1980 United Nations Convention" 4th Edition, 2009

KRÖLL/MISTELIS/PERALES VISCASILLAS (Eds): "UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Commentary" Verlag C.H. Beck, Munich, Alemania, 2011

LOOKOFSKY, Joseph: "Understanding the CISG: a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods" Wolters Kluwer, 2008. Pág. 18.

MARTIN FUENTES, José Luis: “El Contrato Internacional de compraventa de mercaderías”. Sello Editorial, Universidad de Medellín. 1era Edición, Medellín, 2012.

MUSTIL, Michael: “The New Lex Mercatoria: The first Twenty-five years” Arbitration International, 1988. Págs. 86-119, también disponible en: <http://www.trans-lex.org/126900>.

PARÍS CRUZ, Mauricio: “La formación del Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías: Según las Reglas de la Convención de Viena de 1980”. Editorial Jurídica Continental. 1era Edición. San José, 2013.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: “La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías” Tirant Lo Blanch, Valencia, 1era Edición, 1996.

PERALES VISCASILLAS, María del Pilar: “El Contrato de Compraventa Internacional de Mercancías (Convención de Viena de 1980)” 2001. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales1.html#ciii>

SAN JUAN CRUCELAEGUI, Javier: “Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías. Convención de Viena de 1980 y otros textos complementarios”. Ed. Arazandi, 2005.

SIQUEIROS, José Luis: “La codificación del derecho internacional privado en el Continente

Americano” En: Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. México. N° 14. 1982. Págs. 235-251. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=14>

UNCITRAL: “Digest of case law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods” 2012. Disponible en: www.cnudmi.org

UNCITRAL: “Report of the Secretary-General: formation and validity of contracts for the international sale of goods” A/CN.9/128, annex II. UNCITRAL Yearbook, 1977, Volume VIII. Págs. 90-92. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1977-e/vol8-p90-109-e.pdf>

VOLKEN, Paul: “The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling”. En: Petar Sarcevic & Paul Volken eds., International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana (1986), Ch. 2, 19-53. Disponible en: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/volken.html#viii>

LA MEDIACIÓN FAMILIAR TRANSFRONTERIZA EN LOS CASOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS: SITUACIÓN EN LA REPÚBLICA ARGENTINA



Luciana B. Scotti*

Resumen:

En materia de restitución internacional de niños, la lentitud, muchas veces inherente a los procesos judiciales, es el peor enemigo del interés superior de los niños. De allí la importancia de lograr un retorno voluntario, una solución amigable que en definitiva consagre el derecho que tiene el menor de relacionarse con ambos progenitores. En esta inteligencia, los ADR (Alternative Disputes Resolution o Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos), mecanismos alternativos a la vez que complementarios a la jurisdicción, para la resolución de controversias, se erigen actualmente como un invaluable recurso para brindar soluciones razonables a los conflictos familiares transfronterizos. En efecto, diversas organizaciones internacionales y regionales, gubernamentales o no gubernamentales, promueven a través de distintas iniciativas, la utilización de la mediación familiar internacional en este ámbito. En este trabajo, en particular, nos dedicaremos especialmente a las múltiples facetas y funciones que tiene la mediación familiar en los casos de restitución internacional de niños.

Palabras clave: *mediación familiar transfronteriza, restitución internacional de niños, Derecho Internacional Privado*

Abstract:

In the subject of International Child Returns, the inherently slow judicial processes are often the worst enemy of a child's best interests. Thus, it is of the utmost importance to secure a voluntary return, as to amicably resolve a matter that ultimately guarantees the rights of a child to establish a relationship with both his parents. In this line of thought, Alternative Dispute Resolution ("ADR") mechanisms offer an invaluable resource to provide reasonable solutions to cross-border family disputes. In fact, various international and regional organizations, as well as governmental and non-governmental organizations, promote through various initiatives the use of international family mediation in this area. This paper will focus on the many facets and functions of family mediation in cases of International Child Returns.

Keywords: *Cross-Border Family Mediation, International Child Return, Private International Law*

* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad". Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. E-mail de contacto: lucianascotti@derecho.uba.ar

Fecha de presentación del artículo: 10 de enero de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 2 de junio de 2017

Ilustración obtenida de: <http://www.jacksonvilledivorcelawattorney.com/wp-content/uploads/2016/12/Jacksonville-Divorce-Lawyer-Custody-and-Child-Support-Without-Divorce1.jpg>

I. Introducción

La comunidad internacional se viene ocupando desde hace décadas del fenómeno de la restitución internacional de niños. En efecto, importantes organismos internacionales han desarrollado instrumentos para combatir los traslados y retenciones ilícitos de menores: a nivel universal, el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya de 1980); el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (Convenio de La Haya de 1996); a nivel europeo, el Convenio Europeo, de 20 de mayo de 1980, relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia (Convenio de Luxemburgo); el Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y responsabilidad paren-

tal por el que se deroga el Reglamento (CE) número 1347/2000 (Reglamento Bruselas II bis), y en el ámbito americano, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de 15 de julio de 1989 (CIDIP IV - OEA).

En el tema que nos convoca, estamos hablando “de familias internacionales binacionales o expatriadas, separadas o en proceso de divorcio; hablamos de situaciones que surgen debido a un cambio en las circunstancias familiares, como bien podría ser la consideración de un padre de mudarse a otro país por cuestiones personales y/o laborales; situaciones en las que los padres viven en dos diferentes países y de todo ello destacamos la necesidad de visualizar dónde queda la responsabilidad de cada padre ante sus hijos menores y la necesidad de colocar en el centro de la situación conflictiva las necesidades de sus hijos con el objetivo de instaurar un principio fundamental, cuando hablamos de la protección de la infancia, como es primar su interés superior”¹.

En estos casos, la lentitud, muchas veces inherente a los procesos judiciales, es el peor enemigo del interés superior de los niños.

¹ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v.

Montoya Álvarez)”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 29, 2015, p. 3. DOI: 10.17103/reei.29.08. Disponible en: www.reei.org [Consulta:10/01/2017].

De allí, la importancia de lograr un retorno voluntario, una solución amigable que en definitiva consagre el derecho que tiene el menor de relacionarse con ambos progenitores.

En esta inteligencia, los ADR (*Alternative Disputes Resolution* o Sistemas de Resolución Alternativa de Conflictos), mecanismos alternativos a la vez que complementarios a la jurisdicción, para la resolución de controversias, se erigen actualmente como un invaluable recurso para brindar soluciones razonables a los conflictos familiares transfronterizos².

En esta ocasión, nos dedicaremos especialmente a las múltiples facetas y funciones que tiene la mediación familiar en los casos de restitución internacional de niños.

II. La situación normativa en Argentina en materia de restitución internacional de niños

1. Fuentes convencionales

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, con jerarquía constitucional en nuestro país (art.

75 inc. 22 CN), en el artículo 11 prevé que los Estados deben adoptar medidas para luchar contra traslados y retenciones ilícitas de menores fuera del país de su residencia habitual, disponiendo a dichos efectos que los países promuevan acuerdos bilaterales o multilaterales o adhieran a los ya existentes. En efecto, este mandato fue cumplido en los diversos ámbitos.

En suma, la Convención sobre los Derechos del Niño exige de los Estados, su cooperación mediante la celebración de tratados, cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado.

Como anticipamos, a nivel universal, se encuentra vigente la Convención de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Además, como señala Rubaja, “desde la Conferencia de La Haya se ha desarrollado una importante fuente de *soft law* para la correcta aplicación e interpretación de las disposiciones convencionales y para superar las dificultades que han ofrecido estos procedimientos a lo largo de los años. Así, pese a la falta de poder vinculante o coercitivo de esta fuente, estos principios deben

² En el ámbito del derecho comercial internacional, los medios alternativos de solución de controversias están mucho más desarrollados desde hace varias décadas, principalmente por los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), plasmados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional,

1985, con enmiendas adoptadas en 2006 y Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002), entre otros instrumentos vinculados a estos temas. Puede ampliarse en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration.html [Consulta:10/01/2017].

instalarse en la conciencia general de los operadores del derecho para ser empleados en la búsqueda de soluciones a estas problemáticas. Además, ello resulta concordante con lo dispuesto por el art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en relación a las pautas interpretativas de aquellos”³.

Dentro de este *soft law*, destacan:

- La Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Primera Parte – Práctica de las Autoridades centrales, HCCH 2003⁴,
- La Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores -

Segunda Parte - Medidas de aplicación, HCCH 2003⁵,

- La Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores - Tercera Parte – Medidas de prevención, HCCH 2005⁶,
- La Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Cuarta parte – Ejecución, HCCH 2010⁷,
- La Guía sobre Contacto transfronterizo relativo a los niños - Principios generales y Guía de buenas prácticas, HCCH 2008⁸,
- La Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya

³RUBAJA, Nieve, “Comentario del artículo 2642”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (tomo VI), Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 402.

⁴ Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=2780 [Consulta: 10/01/2017].

⁵ Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=2781 [Consulta: 10/01/2017].

⁶ Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=3639 [Consulta: 10/01/2017].

⁷ Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=5208 [Consulta: 10/01/2017].

⁸ Disponible en: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=4582 [Consulta: 10/01/2017].

del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores: Mediación, HCCH 2012⁹.

Las Guías de buenas prácticas son invocadas con frecuencia por los tribunales judiciales. En esta misma línea, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sus fallos más recientes, ha decidido teniendo en cuenta tales documentos: “3°) Que... sobre la base de la obligación de colaborar que pesa sobre las Autoridades Centrales de los Estados requirente y requerido en virtud del art. 7° del CH 1980, la Guía de Buenas Prácticas del citado convenio, Primera Parte — Práctica de las Autoridades Centrales, al tratar el procedimiento a continuación de la decisión de retorno, señala que dichos organismos deberían cooperar lo más estrechamente posible para aportar información sobre la asistencia jurídica, financiera y social, así como todo mecanismo de protección existente en el Estado requirente, y facilitar el contacto oportuno con estos cuerpos en los casos apropiados, asegurándose de que esas medidas sean aplicadas tras la restitución del menor (puntos 3.18 y 3.20, págs. 42/43). Asimismo, establece que ambas autoridades centrales deben colaborar para garantizar que el padre sustractor que desea volver con el menor sea informado de

los servicios de asistencia existentes en el Estado requirente, incluso cuando la restitución no plantea ningún problema de seguridad (punto 4.24, pág. 61).- 4°) Que ... a los efectos de que las dificultades que pudiese generar el retorno de la progenitora con el menor no obstaculicen el cumplimiento de esta sentencia ni originen mayor conflictividad que la que de por sí podría provocar el hecho de tener que regresar a un país en el que aquélla manifiesta no haber podido adaptarse..., corresponde hacer saber al señor juez a cargo de la causa que, al momento de efectuar la ejecución del presente fallo, proceda a realizar la restitución de la manera menos lesiva para el niño y en condiciones que minimicen los eventuales riesgos, permitiéndole para ello adoptar las medidas que estime conducentes, ponderando la realidad y circunstancias en que se desarrollan las relaciones entre las partes para concretar las pautas de restitución, como así también evaluar los requerimientos que se le formulen en tanto respeten la decisión adoptada y no importen planteos dilatorios que tiendan a postergar sin causa su cumplimiento (ver Guía de Buenas Prácticas del CH 1980, Primera Parte, punto 6.3, pág. 79 y Segunda Parte, punto 6.7, pág. 41)”¹⁰.

Con similares finalidades, la Conferencia creó la Red Internacional de Jueces de La Haya¹¹.

⁹ Disponible en: http://www.hcch.net/upload/guide28mediation_en.pdf [Consulta: 10/01/2017].

¹⁰ Cfr. "W., D. c/ S. D. D. W. s/ Demanda de Restitución de Menor" – CSJN – 22/11/2011.

¹¹ La jueza Graciela Tagle (Juez de la Ciudad de Córdoba) integra la Red en representación de la Argentina. Todos los

Sus miembros asesoran a sus colegas de jurisdicción sobre los convenios de protección de menores, en general, y sobre su aplicación y práctica, pueden contestar preguntas de jueces nacionales y extranjeros y de autoridades centrales sobre cuestiones generales concernientes a legislación, sobre sustracción de menores y las fuentes legales dentro de su jurisdicción, participan y representan a su país en seminarios y conferencias judiciales internacionales de derecho de familia, en la medida que ello sea relevante y posible, y en las reuniones de los jueces de la Red, y reciben y canalizan, cuando sea necesario, todas las comunicaciones judiciales internacionales entrantes e inician y/o facilitan las correspondientes comunicaciones judiciales salientes, y promueven, en términos generales, la colaboración en el ámbito del derecho de familia internacional. Además, son responsables de obtener información y novedades relevantes del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 y de garantizar que los fallos importantes sean incluidos en la base de datos sobre sustracción internacional de menores (INCAT) de la Conferencia de La Haya. Contribuyen también con publicaciones en *The Judges' Newsletter*, de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, y difunden su información, garantizando que otros jueces dentro de su jurisdicción, que entiendan en casos de sustracción,

accedan a los ejemplares de tal publicación y a cualquier otra información que pueda contribuir al desarrollo del conocimiento de cada juez y a su especialización. En el marco de las comunicaciones judiciales directas, pueden intervenir en el logro de acuerdos entre los progenitores, pueden ayudar a remover obstáculos que impidan el retorno del menor, pueden asegurar que el rápido retorno sea efectivo y garantizado, y pueden ayudar a que los procesos nacionales se desarrollen correctamente, colaborando, por ejemplo, incluso en casos de transferencia del proceso a tribunales mejor situados para conocer del mismo.

Por su parte, en el ámbito continental americano, el proceso de codificación llevado a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas de Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la OEA, dio origen a la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, concluida en Montevideo, el 15 de julio de 1989 (CIDIP IV).

El Instituto Interamericano del Niño (IIN) tiene a su cargo, como Organismo Especializado de la Organización de los Estados Americanos, coordinar las actividades de las autoridades centrales en el ámbito de la Convención sobre Restitución Internacional de Menores, así como las atribuciones para recibir y evaluar información

miembros pueden verse en:
<http://www.hcch.net/upload/haguenetwork.pdf>
[Consulta:10/01/2017].

de los Estados Parte de esta Convención derivada de la aplicación de la misma. Igualmente, tiene a su cargo la tarea de cooperación con otros Organismos Internacionales competentes en la materia (artículo 27, CIDIP IV).

En efecto, en el ámbito del Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes, funciona el Programa Interamericano sobre Cooperación para Prevenir y Reparar Casos de Sustracción Internacional de Menores por uno de sus Padres que tiene el propósito de fortalecer la cooperación entre los Estados Americanos, alentándolos y asistiéndolos a tomar acciones concretas dirigidas a evitar que se produzcan situaciones de sustracción internacional de niños y niñas por uno de sus padres y, en los casos en que esto no sea posible, a adoptar medidas eficaces para su pronta restitución a su lugar de residencia habitual¹².

En términos generales, tanto la Convención de la Haya como la Interamericana regulan los aspectos civiles del traslado o retención ilícitos de los menores de 16 años: prevén una solicitud de restitución del menor y una solicitud para garantizar el efectivo derecho de visita, y contemplan la designación de una Autoridad central encargada del cumplimiento de las obligaciones

impuestas por el convenio¹³. Establecen prácticamente los mismos requisitos para la procedencia del reclamo, así como sus excepciones. Las dos convenciones regulan un procedimiento autónomo que se deslinda en dos fases, una voluntaria, ante las autoridades centrales, y otra, contenciosa, ante las autoridades judiciales o administrativas competentes.

Asimismo, los Estados celebraron acuerdos bilaterales. Entre ellos, en lo que respecta a Argentina, cabe mencionar el Convenio uruguayo-argentino sobre Protección Internacional de Menores, en vigor desde el 10 de diciembre de 1982. En algunas ocasiones, los tribunales nacionales hicieron extensivas estas soluciones convencionales a nivel bilateral a casos suscitados con terceros Estados.

Debemos destacar, asimismo, que un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño elaboraron en 2007, la Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, que lamentablemente aún no ha sido adoptada por nuestro país¹⁴.

¹² Más información en: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/areas-de-incidencia-sinna.shtml> [Consulta: 10/01/2017].

¹³ La República Argentina designó al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto

(Dirección General de Asuntos Jurídicos) como Autoridad Central para ambos convenios.

¹⁴ Puede verse un detallado análisis de la Ley modelo en LAJE, Rodrigo, "Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción

2. Fuente interna: el artículo 2642 CCCN

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) incorporó a la legislación nacional de fuente interna una única disposición relativa a la restitución internacional de niños. Nos referimos al art. 2642. Dicha norma establece:

1. La aplicación de los Convenios vigentes en la República Argentina en materia de restitución internacional de menores, es decir, principalmente el Convenio de La Haya de 1980 y la CIDIP IV de 1989, siempre que el caso que se presente caiga en el ámbito de aplicación territorial y temporal de tales tratados. Hasta aquí, observamos simplemente una confirmación de la obligación que asumió internacionalmente la República Argentina al momento de ratificar ambos convenios.
2. La aplicación analógica de los principios contenidos en tales convenios en aquellos casos que queden fuera de su ámbito de validez. Es decir, en estos supuestos,

los jueces argentinos deberán tener en cuenta principalmente los requisitos y excepciones previstas en los marcos convencionales así como el carácter autónomo y urgente de todo procedimiento de restitución internacional de menores. En todo caso, la decisión judicial estará guiada, en última instancia, por la protección del interés superior del niño.

3. Asimismo, la norma en análisis contempla medidas tendientes a la ejecución eficaz de una orden judicial de restitución, privilegiando el cumplimiento voluntario.
4. Por último, el artículo procura la cooperación de nuestros jueces ante pedidos de autoridades competentes extranjeras en miras a tomar medidas anticipadas protectorias ante el inminente ingreso al país de un niño, y eventualmente del adulto que lo acompaña, cuando corran algún tipo de riesgo o pudieran sufrir una amenaza en sus derechos.

internacional de niños” (capítulo III), en SCOTTI, Luciana B. (dir.), *Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y prácticos*, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2013.

Por otra parte, el artículo 2642 debe analizarse en sintonía con el artículo 2614 que especialmente indica que, sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio¹⁵ en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

A su turno, el artículo 645 inc. 3 CCCN requiere autorización de ambos padres, no sólo para salir del país, como lo establecía el art. 264 *quater* del código derogado, sino también para el cambio de residencia permanente en el extranjero.

Las fuentes del art. 2642 han sido la Convención de La Haya de 1980, el Documento de la Conferencia de La Haya “Ejecución de órdenes fundadas en el Convenio de La Haya de 1980 - Hacia principios de buenas prácticas”, 2006, puntos 1.3, 4, 5 y 6 y el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.

No es nuestra intención en este trabajo analizar en profundidad esta disposición, sin embargo, destacamos la mención expresa al retorno seguro y voluntario.

En efecto, tal como manifiesta Paula All, “el segundo párrafo contiene una norma material atinente a la seguridad con que debería efectuarse el regreso del niño o adolescente, estableciendo que el juez competente para decidir la restitución no sólo debe supervisar dicho regreso seguro tras una orden judicial de restitución, sino que debe fomentar las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión”¹⁶.

Para el deseado y necesario retorno seguro del niño, existen varias herramientas que las autoridades tienen a su alcance.

Una de ella, es precisamente alcanzar a través de una mediación, un acuerdo voluntario, para instrumentar la ejecución de la orden de restitución sin ocasionar nuevos daños para el bienestar del propio niño. Este acuerdo podría contemplar cuestiones diversas tales como el traslado, sus costos, posibles acompañantes, el momento más oportuno para el retorno, sobre todo si es un niño

¹⁵ Nótese que las convenciones en vigor no se refieren a “domicilio” sino a un criterio más moderno, como es el de la “residencia habitual” del niño, entendida como el lugar donde tiene su centro de vida.

¹⁶ ALL, Paula, “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Sección 8ª. Artículo

2642: Restitución internacional de niños”, en RIVERA, Julio C y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 914.

escolarizado, las condiciones de vivienda, el régimen de visitas, etc. Sobre este aspecto, volvemos más adelante.

Otro recurso, son las comunicaciones judiciales directas que pueden implementar las autoridades involucradas. El art. 2612 CCCN admite su utilización: “Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso”. En consecuencia, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicación con los jueces del Estado de la residencia habitual del menor, ya sea directamente o mediante la actuación de los Jueces de Enlace designados por cada uno de estos Estados¹⁷.

Rubaja se expresa en igual sentido: “será muy provechoso recurrir a la figura de las comunicaciones judiciales directas entre las autoridades de los Estados requirente y requerido puesto que incrementarán la seguridad y previsibilidad del escenario posterior a la restitución; asimismo,

posibilitarán el intercambio de información pertinente respecto de las medidas que podrían tomarse una vez efectuado el regreso, tanto respecto del cuidado del niño, de la protección de su integridad o su salud, como de la asistencia a sus progenitores y de las garantías en relación al contacto con el padre sustractor, entre otros —de este modo se podrán coordinar ‘órdenes espejo’, que son aquellas dictadas por los tribunales del Estado requirente en forma idéntica o similar a una orden dictada en el Estado requerido tendiente a la protección del niño a restituir, u ‘órdenes de puerto seguro’, que son las que intentan asegurar ciertas condiciones al arribo de las partes en el Estado requirente, entre otras”¹⁸.

III. La mediación familiar transfronteriza

La mediación es un método autocompositivo de resolución de conflictos, pues serán las propias partes enfrentadas las que intentarán alcanzar un acuerdo o reducir la intensidad de su enfrentamiento, orientadas por un tercero neutral e imparcial quien intentará acercar posturas, pero

¹⁷ Existen actualmente distintas redes de Jueces de Enlace creadas por la comunidad jurídica internacional, entre ellas: la Red Internacional de Jueces de La Haya, IberRED en América Latina, la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

¹⁸ RUBAJA, Nieve, “Comentario del artículo 2642”, en HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (tomo VI), Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, p. 403.

que carecerá de la responsabilidad y de la autoridad para poner fin a la controversia planteada.

Prestigiosa doctrina ha destacado que un resultado exitoso de este método comporta una actitud diferente a la hora de solucionar sus diferendos: “los involucrados en el conflicto no han de perseguir una victoria sobre el otro (o los otros), como ocurre en los medios heterocompositivos de resolución de controversias (litigios judiciales, arbitraje); al contrario, deben participar en la elaboración de un acuerdo en el que todos ganen. Esta cultura de pacto coadyuva a la reducción de la intensidad del conflicto y favorece la conservación de las relaciones familiares y personales”¹⁹.

Cabe señalar que la mediación familiar internacional es más compleja que la doméstica o nacional, y por ende, exige que los mediadores tengan una formación más amplia. Varios factores dan cuenta de esa mayor complejidad: se ponen en contacto dos ordenamientos jurídicos distintos, que pueden provenir de diferentes culturas e incluso involucrar dificultades idiomáticas.

Además, es de suma importancia evaluar la eficacia extraterritorial del acuerdo alcanzado en las otras jurisdicciones comprometidas. En todo

caso, siempre debe comprobarse que las legislaciones de ambos Estados en juego (el de residencia habitual y el de refugio, requirente y requerido) admitan la validez del acuerdo en cuanto a la disponibilidad de las materias sobre las que recae, a los fines de ser pasible de reconocimiento y ejecución.

Sin perjuicio de estas dificultades, se han destacado múltiples ventajas de la mediación familiar transfronteriza.

En primer lugar, permite reducir el trabajo de los órganos jurisdiccionales; origina menores costes, tanto al particular como al Estado; y constituye un medio más rápido, acorde con el principio de celeridad consustancial con los casos de restitución de niños.

Además, garantiza la confidencialidad pues permite que los problemas familiares en los que aparece involucrado uno o varios menores permanezcan dentro del ámbito de la familia, sin inmiscuir a los medios de comunicación y a las autoridades, ya gubernamentales, ya judiciales, ni hacerlos públicos, que, en la mayoría de los casos, puede resultar traumático para el menor.

¹⁹ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de Menores” en ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER DELAYGUA, Joaquín J. (dirs.) *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en*

conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 3. Disponible en: <http://eprints.ucm.es> [Consulta:10/01/2017].

Por otro lado, como el acuerdo alcanzado se basa, exclusivamente, en la autonomía de la voluntad, existen altas probabilidad de que las partes queden satisfechas y lo cumplan voluntariamente. En tal sentido, la mediación favorece la conservación de los vínculos familiares.

Finalmente, la flexibilidad que caracteriza a los mecanismos alternativos de solución de controversias permite a las personas en conflicto centrarse en aquellas cuestiones que realmente consideran importantes para llegar a un acuerdo y que, en la mayoría de las ocasiones, no pueden ser tenidas en cuenta por los órganos jurisdiccionales, tales como, el idioma que deben aprender los menores, el colegio al que deben asistir, o la religión que profesarán o el deporte que deben practicar²⁰.

IV. El recurso de la mediación en los supuestos de restitución internacional de niños

En materia de restitución internacional de niños, como señala Hernández Rodríguez, “la mediación está llamada a desempeñar un importante papel: ayudar a los progenitores a alcanzar un acuerdo respecto a la restitución inmediata del menor al Estado donde residía habitualmente antes de producirse el traslado ilícito o retención, así como crear un ambiente proclive a la toma de decisiones amistosas en torno a la responsabilidad parental del niño”²¹.

En efecto, en estos casos, la mediación puede desempeñar varias funciones: 1) una función preventiva antes de producirse el traslado o retención ilícitos: la mediación puede servir para que los progenitores en crisis, puedan manifestar sus posiciones respecto a la responsabilidad parental del menor, alcanzar un acuerdo y evitar con ello, la conducta ilícita²²; 2) si ya se ha producido la

²⁰ Véase CARRILLO LERMA, Celia, “Mediación familiar internacional y sustracción de menores, en *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n° 19, Asociación Castellano Manchega de Sociología Toledo, España, 2015, pp. 185-196. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=322142549013> [Consulta: 10/01/2017]; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, pp. 130-146. Disponible en <http://www.uc3m.es/cdt> [Consulta: 10/01/2017]; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de Menores” en ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER DELAYGUA, Joaquín J. (dirs.) *La Protección de los niños en el Derecho*

Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 367-384. Disponible en: <http://eprints.ucm.es> [Consulta: 10/01/2017].

²¹ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, p. 136.

²² Orejudo Prieto destaca que “la relevancia de esta función se pone especialmente de manifiesto si se tiene presente que la mayoría de los secuestros se produce por parte del progenitor que está a cargo del cuidado del menor, normalmente porque se trasladan al Estado de su

sustracción, la mediación puede servir para resolver la situación de manera amistosa antes de judicializar el caso; 3) aun iniciado el procedimiento judicial, en forma simultánea, suspendiendo o no su prosecución, puede recurrirse a la mediación en búsqueda de una solución más rápida y eficaz; 4) ante la orden de restitución dictada por los tribunales judiciales, su ejecución puede ser menos perjudicial para el niño, si se implementa a través del acuerdo de los progenitores²³.

En todo caso, debe quedar en claro que el recurso a la mediación no supone consentir el traslado o retención. En efecto, si no se llega a dicho acuerdo, o se incumple, nada obsta a reclamar judicialmente en forma inmediata.

Además, es fundamental establecer restricciones temporales a la duración del proceso de mediación. En ningún caso, debe utilizarse como una táctica dilatoria por parte de uno de los progenitores. Orejudo Prieto trae como ejemplo el derecho alemán, que confiere un máximo de dos semanas para que se alcance el correspondiente

acuerdo; transcurrido este tiempo sin resultados positivos, se da curso al correspondiente procedimiento judicial. A la vez, tal limitación habría de acompañarse de otra medida sugerida por las autoridades suizas: que el inicio del procedimiento que sigue al intento fallido de llegar a un acuerdo a través de la mediación sea inmediato; que no comporte dilación ninguna. Si el procedimiento judicial ya se encuentra en curso, su suspensión debe estar acotada a brevísimos plazos. Así, el derecho sueco solo admite la suspensión durante un periodo máximo de 2 semanas, sólo ampliable en circunstancias excepcionales, de modo tal de cumplir con el plazo máximo de seis semanas establecido en el Convenio de La Haya de 1980²⁴.

Para los casos que nos ocupan, en general, se recomienda la co-mediación bicultural bilingüe, aún cuando resulta más costosa. Este tipo de mediación responde a las necesidades específicas de competencia intercultural y de aptitudes idiomáticas al mediar entre partes de distintos Estados

nacionalidad; y que, en estas circunstancias no es poco frecuente que tras el traslado ilícito haya una orden de retorno, y después de ésta un nuevo traslado, esta vez lícito, al mismo Estado anterior. Alcanzar un acuerdo ab initio puede ayudar a evitar este triple desplazamiento, al que se anuda casi siempre un (evitable) perjuicio para el menor". Cfr. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *Op. Cit.*, p. 5. Disponible en: <http://eprints.ucm.es> [Consulta: 10/01/2017].

²³ En Suecia, por ejemplo, se procura que un mediador acompañe a las autoridades policiales cuando éstas deben acudir al lugar donde se encuentra el secuestrador con sus

hijos, a fin de que éstos sean entregados y pueda hacerse efectiva la restitución; y en Francia, existe un organismo especializado, MAMIF (Mission d'Aide à la Médiation Internationale pour les Familles), que también interviene cuando surgen problemas relativos a la ejecución de las órdenes de retorno, tratando de alcanzar soluciones negociadas. Cfr. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *Op. Cit.*, pp. 5 y 6. Disponible en: <http://eprints.ucm.es> [Consulta: 10/01/2017].

²⁴ Cfr. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *Op. Cit.*, p. 11. Disponible en: <http://eprints.ucm.es> [Consulta: 10/01/2017].

de origen con distintas lenguas maternas. Conforme a este modelo, la mediación debe estar a cargo de dos mediadores con experiencia en materia de familia: uno del Estado de origen y contexto cultural de cada una de las partes. En algunos casos de mediación binacional, se tratan de equilibrar también el género y la experiencia profesional de los mediadores. La co-mediación queda a cargo de una mediadora y de un mediador, uno con formación jurídica y otro con formación socio-psicológica²⁵.

Sin embargo, es necesario tener presente que prestigiosa doctrina desaconseja la mediación para casos particulares de restitución de niños. En tal sentido, Nuria González Martín señala con agudeza: “Una cuestión que no debemos dejar pasar, aún siendo defensores a ultranza de la mediación o de las resoluciones amigables como métodos para resolver casos de sustracción internacional parental de menores, es que podemos encontrar situaciones, o casos, donde la mediación podría no ser aconsejable; nos referimos a: 1) casos donde la mediación entre los padres no ha sido exitosa en el pasado; 2) cuando ha habido situaciones de violencia, un tema que ha abierto un gran debate en torno a si es viable mediar en

casos de violencia doméstica; 3) situaciones que involucran aspectos penales, en donde no se pone especial atención a las consecuencias que ello puede deparar para los menores y su opción de estar en contacto con ambos progenitores y 4) cuando una de las partes tiene una buena oportunidad de ganar un caso”²⁶.

Lo cierto es que en los últimos años, diversas organizaciones internacionales y regionales, gubernamentales o no gubernamentales, promueven a través de distintas iniciativas, la utilización de la mediación familiar internacional en el ámbito de la restitución internacional de menores. Veamos algunas de las principales.

1. La labor del Consejo de Europa

La Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño redactada por el Consejo de Europa y adoptada el 25 de enero de 1996 fomenta la mediación en su art. 13 (Mediación u otros procesos de solución de controversias): “A fin de impedir o resolver controversias o de evitar procesos ante una autoridad judicial que afecten a los niños, las Partes alentarán la disposición de la mediación o de otros procesos a efectos de la

²⁵HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, Nº 2, p. 142. Disponible en <http://www.uc3m.es/cdt> [Consulta: 10/01/2017].

²⁶ GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos

para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 29, 2015, pp. 18 y 19. DOI: 10.17103/reei.29.08. Disponible en: www.reei.org [Consulta: 10/01/2017].

resolución de controversias y el uso de dichos procesos a fin de llegar a un acuerdo en los casos que deban ser resueltos por las Partes”.

Asimismo, el 21 de enero de 1998, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación N° R (98) 1 sobre la mediación familiar, que alienta a los Estados a introducir y promover la mediación familiar o fortalecer la mediación familiar existente.

A su turno, el 18 de septiembre de 2002, el Consejo de Europa adoptó la Recomendación Rec (2002) 10 sobre mediación en materia civil, que tiene un ámbito de aplicación más amplio y describe principios adicionales importantes para la promoción de la mediación en forma responsable.

2. Los trabajos de la Unión Europea (UE)

El primer impulso de la UE a la utilización de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos en el ámbito de las relaciones familiares internacionales, fue dado en la Cumbre de Viena de diciembre de 1998, donde se adoptó el Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las

disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de libertad, seguridad y justicia.

En octubre de 1999, en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, se indicó la utilización de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos como una vía para mejorar el acceso a la justicia dentro de la UE. En consecuencia, se elaboró el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil.

En el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000, el art. 55 e) contempla expresamente la utilización de la mediación en los casos de secuestro internacional de menores.

Pero sin dudas, el instrumento más importante con que cuenta la UE en materia de mediación es la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

La Directiva define “mediación” en su artículo 3.a) como “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en

el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”.

Los supuestos en los cuales es posible acudir a la mediación son los siguientes:

a) El menor ha sido sustraído o retenido por el otro progenitor y se pretende hacerlo razonar para que lo devuelva voluntariamente o bien para que acceda a fijar un régimen de visitas a favor del progenitor no sustractor.

b) Existe riesgo de que el menor sea traslado o retenido ilícitamente por el otro progenitor, ya que éste conserva vínculos con otro Estado.

c) El otro progenitor desea trasladar su domicilio y el del menor al extranjero, y desea invitarlo a organizar el régimen de visitas por vía pacífica.

d) La persona que acude al mediador pretende mudarse al extranjero con el menor pero teme que el otro progenitor le denuncie por la sustracción del menor o menores.

Como consecuencia de la Directiva 2008/52/CE se creó en el contexto de la UE un programa de mediación transfronteriza y una red de mediadores familiares internacionales.

Por último, es importante recordar que el Parlamento Europeo instituyó en 1987 la figura del

Mediador para casos de sustracción internacional de menores por sus progenitores específicamente para los supuestos en que no resulta de aplicación el Convenio de La Haya de 1980. El Mediador, de forma gratuita, asesora a las partes en la preparación del acuerdo y se asegura de que éste cumpla con la legalidad.

3. Las iniciativas de organizaciones no gubernamentales

No se pueden dejar de lado los programas de mediación para casos de sustracción internacional de niños específicamente diseñados por parte de organizaciones no gubernamentales. Cabe resaltar, entre ellos, los proyectos desarrollados a tal efecto por Reunite, en el Reino Unido; MiKK e. V. (Mediation bei internationalen Kindschaftskonflikten), en Alemania; e IKO (Centrum Internationale Kinderontvoering), en Países Bajos.

En el Reino Unido, la organización no gubernamental Reunite International Child Abduction Centre, fue fundada en 1987 y obtiene parte de su financiamiento del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores y de la Commonwealth.

Esta organización sin ánimo de lucro, tiene por objetivos: proporcionar información y apoyo a padres y familiares cuyos hijos pueden

sufrir, o han sufrido una sustracción internacional; proporcionar información legal de distintos países, destacándose su labor de investigación y cooperación en países del área musulmana; ofrecer mediación en casos de sustracción internacional de menores, tanto para colaborar a resolver el caso como para prevenir su aparición y para garantizar el régimen de visitas con un elemento transfronterizo; generar una conciencia ciudadana sobre las consecuencias perjudiciales del secuestro internacional y sobre cómo prevenir su aparición; ofrecer un servicio de atención telefónica de 24 horas diarias²⁷.

En Alemania, la organización sin fines de lucro MiKK e V, fundada en 2008 por las asociaciones alemanas BAFM y BM, continúa el trabajo de estas últimas en materia de mediación en controversias internacionales que afectan a padres e hijos, incluyendo la mediación especializada en casos de sustracción en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Actualmente, dicha organización ofrece servicios de mediación bajo cuatro programas de co-mediación binacional: 1) Proyecto germano-francés, que continúa el trabajo del programa de mediación franco-germano organizado y financiado por los Ministerios de Justicia de Francia y Alemania (2003-2006); b) Proyecto germano-británico en cooperación con Reunite, iniciado en 2003; 3) Proyecto germano-

estadounidense, comenzado en el año 2004 y; 4) Proyecto germano-polaco, que viene funcionando desde 2007. Todos estos programas proponen el nombramiento de dos mediadores: un hombre y una mujer, uno de formación jurídica y el otro psico-social o educativo, y cada uno de la nacionalidad de uno de los progenitores, y, preferiblemente, residente en el otro Estado, del que no es nacional.

En los Países Bajos, la organización no gubernamental IKO, ofrece desde el 1 de noviembre de 2009, servicios de mediación especializados en los casos de sustracción internacional de menores en el contexto del Convenio de La Haya, a través de su Oficina de Mediación.

4. La significativa labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

De acuerdo al artículo 7 del Convenio de La Haya de 1980, las Autoridades centrales de los estados parte deberán colaborar entre sí adoptando medidas que posibiliten, entre otras cosas: a) localizar al menor trasladado o retenido de forma ilícita; b) prevenir que el menor sufra ma-

²⁷ Puede ampliarse en: <http://www.reunite.org/> [Consulta: 10/01/2017].

yores daños o que las partes resulten perjudicadas, para lo cual se adoptarán medidas provisionales; *c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable*; d) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo con el objeto de conseguir la restitución del menor y en su caso, permitir la regulación o ejercicio efectivo del derecho de visita.

Asimismo, el artículo 10 establece la obligación de la Autoridad central de proceder a la adopción de medidas para lograr la restitución voluntaria del menor una vez efectuada la solicitud de retorno y comprobado que el menor se halla en el territorio del Estado requerido.

Otros convenios más recientes aluden expresamente a la mediación: a) el Convenio de La Haya; de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (art. 31 b); b) el Convenio de La Haya, de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos (art. 31) y; c) el Convenio de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia (art. 6.2. d) y art. 34.2. i).

Por otro lado, en 2006, la Oficina Permanente publicó un estudio comparativo sobre la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares en el contexto del Convenio de la Haya de 1980. Al año siguiente, se realizó un análisis sobre la viabilidad de la mediación familiar transfronteriza, cuyo objeto era analizar futuras líneas de trabajo en este ámbito, entre ellas: el posible desarrollo de un instrumento internacional en la materia.

En abril de 2008 se acordó elaborar una Guía de Buenas Prácticas en materia de Mediación en el contexto del Convenio de La Haya de 1980. Los trabajos comenzaron en 2009. La Guía se aprobó en 2011 y se publicó al año siguiente.

En su apartado 30, la Guía contempla algunas situaciones de hecho en que puede resultar útil el recurso a la mediación en el marco del Convenio. Así, puede ayudar a que se acceda a la restitución voluntaria del menor o a que se dicte una orden de restitución con base en el consentimiento de las partes; a que se acepte la reubicación del niño siempre que se proteja el derecho de visita del perjudicado; a facilitar el contacto entre el niño y el progenitor no sustractor mientras dure el proceso; a facilitar la restitución rápida y segura del menor o, incluso, a evitar que la sustracción llegue a perpetrarse.

Destaca la conveniencia de iniciar el proceso de restitución en virtud del Convenio antes de

acudir a la mediación, y la posibilidad de suspenderlo mientras dure la mediación.

La Guía señala que “el tribunal puede dar seguimiento al resultado de la mediación y garantizar que el acuerdo tendrá efecto jurídico en el sistema jurídico al cual se sustrajo al niño, al convertir el acuerdo en una orden del tribunal o adoptando otras medidas. El tribunal podrá, asimismo, asistir en garantizar que el acuerdo tenga efecto jurídico en las demás jurisdicciones pertinentes” (apartado 61).

Recomienda dejar la puerta abierta a la mediación y demás mecanismos amistosos de resolución de conflictos en cualquier momento del proceso: previamente, durante el curso del mismo e incluso en la fase de ejecución (apartado 121).

Admite la mediación indirecta y a larga distancia cuando no sea posible o adecuada la presencia de todas las partes en la sesión (apartado 172). Para los casos en que los menores inmiscuidos tengan un alto grado de conflicto, la Guía recomienda, cuando sea posible, la co-mediación (apartado 223).

Se reafirma el carácter urgente del procedimiento de restitución: la mediación debe cumplir con plazos muy estrictos, por lo que debe limitarse su alcance, mediante un equilibrio entre la inclusión de las cuestiones que sean necesarias

para llegar a un acuerdo amistoso y el cumplimiento de los plazos (apartado 183 y ss.).

Debe tenerse en cuenta el interés superior del menor y su bienestar (apartado 212), así como su participación (informarle y ser escuchado), en consideración a su edad y grado de madurez (apartado 239 y cc.).

Pone de relieve que: “Debería considerarse cuidadosamente el uso de la mediación en los casos donde existe un tema de violencia doméstica. Es necesaria la formación suficiente para evaluar la aptitud de un caso para la mediación” (apartado 275 y ss.).

En cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación, la Guía considera que la cooperación entre autoridades “puede ser necesaria para ayudar a facilitar la ejecutoriedad del acuerdo en todos los Estados pertinentes” (apartado 302). En cuanto a los Estados, deberían considerar la promulgación de normas que faciliten los procedimientos de declaración de ejecutoriedad de estos acuerdos (apartado 304).

Por último, es interesante atender a la actividad que la Conferencia de La Haya viene desarrollando en los últimos años, a efectos de promoción de la mediación y del desarrollo de estructuras de mediación en conflictos familiares transfronterizos en el Proceso de Malta. Este proyecto tiene por objeto promover el diálogo entre las autoridades administrativas y judiciales de los

Estados parte en el Convenio de La Haya de 1980 y los Estados no parte en el mismo, cuyas leyes además, se basan en el Derecho islámico (*Shariah*) o están influenciadas por éste.

5. El Derecho Comparado: el ejemplo de la legislación española

En España, la promulgación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria ha introducido, dentro de los procedimientos de familia del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), dos nuevos procedimientos: uno para obtener la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y otro para declarar la ilicitud del traslado o retención internacional de un menor.

Asimismo, la Fiscalía General del Estado ha dictado la Circular 6/2015, de 17 de noviembre, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Las novedades legislativas han supuesto una clara apuesta de España por la celeridad en primera y segunda instancia, por la concentración de la jurisdicción y por la mediación.

La nueva normativa española ha optado por un proceso contencioso, especial, preferente y urgente (6 semanas en dos instancias salvo excepcionalidad) asumiendo que la dilación en ambas instancias en este tipo de situaciones es inadmisibles.

Concretamente, en materia de mediación, la reforma opta de forma decisiva por su potenciación, (artículo 778 *quinquies* 12 LEC), admitiéndola en cualquier momento si es posible y favoreciendo una concentración y ausencia de dilación con fecha límite al plazo legalmente previsto, no poniendo límites previos al objeto de la mediación ni a la ulterior ejecución hipotética del acuerdo mediado aun de forma transfronteriza²⁸.

6. La situación en Argentina

La República Argentina cuenta con la Ley de mediación y conciliación N° 26.589, promulgada el 3 de mayo de 2010, que establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial. Sin embargo, excluye de su ámbito de aplicación a las acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas.

²⁸ Puede ampliarse en: FORCADA-MIRANDA, Francisco-Javier, "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la m celeridad y la

novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)" en *Bitácora Millennium DIPr.* Disponible en <http://www.millenniumdipr.com> [Consulta: 10/01/2017].

En suma, la mediación en materia de restitución internacional de niños no ha sido implementada aún en Argentina.

Nuestra Autoridad central ofrece siempre al peticionante la posibilidad de intentar una etapa voluntaria extrajudicial antes de radicar el proceso ante la Justicia. En el caso de los pedidos entrantes, se envía una nota al padre sustractor, para que recapacite y restituya al menor en forma voluntaria (o en su caso se fije un régimen de visitas), y también se le explican las consecuencias que acarreará su negativa. Para evitar demoras se le otorga un plazo de 10 días para responder. En muchos casos se coordinan reuniones para explicar el procedimiento en forma personal, e incluso se han concretado entregas de niños en sus oficinas. Con respecto a los pedidos salientes, también se han mantenido llamadas en conferencia con las partes y sus abogados, en el intento de llegar a una solución amistosa, apelando a veces también a la intervención de nuestros Consulados

en el extranjero, en pos de un acuerdo extrajudicial²⁹.

Admite, sin embargo, que no existen programas de mediación disponibles para los padres u otras personas involucradas en casos relativos al Convenio de La Haya³⁰. No obstante, nuestra Autoridad central entiende que “siempre que sea posible ofrecer una salida amistosa a las partes y no judicializar la cuestión, es conveniente desplegar esfuerzos en ese sentido, no sólo por el ahorro de tiempo y recursos que esta alternativa conlleva, sino también porque muchas veces los padres son más propensos a cumplir aquellas cuestiones que han acordado entre ellos, que lo que les resulta impuesto por un Juez. Es por ello que antes de llevar el proceso de restitución o de visitas a la justicia, ofrecemos nuestra intermediación para tratar de resolver la cuestión de manera voluntaria”³¹.

Ahora bien, cabe señalar que nuestra Autoridad Central informa en que “si bien la República Argentina no ha implementado aún un sistema de

²⁹ Respuesta de la Autoridad Central Argentina al Cuestionario de 2006 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Pregunta 4: ¿Qué medidas toma su Autoridad Central para incentivar las restituciones voluntarias y las soluciones amigables? y ¿cómo trata de garantizar que estas negociaciones no generen un retraso indebido de los procedimientos para la restitución?, en: https://assets.hcch.net/upload/abd_2006_ar.pdf [Consulta: 10/01/2017].

³⁰ Respuesta de la Autoridad Central Argentina al Cuestionario de 2006 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Pregunta 20. https://assets.hcch.net/upload/abd_2006_ar.pdf [Consulta: 10/01/2017].

³¹ Respuesta de la Autoridad Central Argentina al Cuestionario de 2006 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Pregunta 22. https://assets.hcch.net/upload/abd_2006_ar.pdf [Consulta: 10/01/2017].

mediación formal como instancia preliminar de las solicitudes de restitución, lo cierto es que un porcentaje elevado de casos ha sido resuelto por acuerdo de partes, decidiéndose la restitución voluntaria en el 18%. La voluntad de los progenitores y la aptitud conciliadora en ocasiones de los jueces también se ven reflejadas en el 3 % de los casos en los que, si bien se solicitó la restitución de un niño, las partes finalmente acuerdan que el niño permanecerá en el Estado de refugio, estableciéndose un régimen de visitas a favor del progenitor que solicitaba la restitución. En consecuencia, estaríamos hablando de un 21% de los casos resueltos por acuerdo de partes”³².

V. Los “ODR” (*Online Dispute Resolution*) en los casos de restitución internacional de niños

Los “ODR” (*Online Dispute Resolution*) son aquellos métodos de resolución de conflictos que se llevan a cabo mediante el uso de la tecnología de la información y de la comunicación, especialmente Internet. En principio, se desarrollan de forma completamente virtual, pero pueden configurarse también de manera híbrida mediante la celebración de una o varias sesiones presenciales, llevándose a cabo las etapas básicas del procedimiento (presentación de escritos, notificaciones, deliberaciones y resultados) mediante el uso de la tecnología, principalmente, el email, el chat, mensajes instantáneos, la teleconferencia o la videoconferencia³³.

Estos métodos han surgido y se han implementado en aquéllos conflictos derivados de las

³² Cfr. <http://www.menores.gob.ar/estad-sticas-0> [Consulta: 10/01/2017].

³³ Argentina ha aprobado por ley 27.162, de 15 de Julio de 2015 (Boletín Oficial: 3 de Agosto de 2015) el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia y su Protocolo Adicional Relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes (Mar del Plata, 3 de diciembre de 2010), elaborados en el seno de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). Según su artículo 11.3, este Convenio entrará en vigor ciento veinte días posteriores al depósito de cinco instrumentos de ratificación o adhesión de sus países firmantes, los cuales a la fecha son Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, España, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana y Ecuador. Ya se encuentra en vigor entre se encuentra en vigor para España, México, Panamá, República Dominicana, Ecuador y Costa Rica. El mencionado Convenio favorece el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de los Estados Partes como un medio concreto para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil comercial y

penal y en otras materias que las Partes acuerden de manera expresa (art. 1). Según su texto, se entenderá por "Videoconferencia" un sistema interactivo de comunicación que transmita, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados (art. 2). Por último, cabe señalar que a los efectos de este Convenio el uso de la videoconferencia procederá cuando: a) no contradiga el derecho nacional de las Partes; b) medie una solicitud concreta e individualizable, remitida por autoridad competente del Estado requirente; c) sea aceptado por autoridad competente de la Parte requerida, y d) sea técnicamente realizable.

El texto completo se encuentra disponible en: <http://www.saij.gob.ar/27162-nacional-aprobacion-convenio-iberoamericano-sobre-uso-videoconferencia-cooperacion-internacional-entre-sistemas-justicia-lnt0006133-2015-07-15/123456789-0abc-defg-g33-16000tcanyel> [Consulta: 10/01/2017].

transacciones celebradas vía Internet. Sin embargo, nada obsta para que se amplíe su ámbito de actuación.

Entre las ventajas que brindan los mecanismos alternativos de resolución de controversias *on line* podemos mencionar: son flexibles, rápidos y efectivos; eliminan los gastos e incomodidades de los traslados, ya que se puede participar activamente a distancia, cruzando las fronteras estatales, sin trasladarse físicamente; son seguros y confidenciales ya que la tecnología brinda diversos mecanismos de seguridad, como la encriptación de datos, la firma digital, entre otros; evitan los inconvenientes del “face to face”, la mala interpretación de expresiones faciales o gestos corporales, el lenguaje amenazador, los actos violentos, que ocasionan animosidad en los contrincantes y pueden llevar a una escalada del conflicto. La distancia entre ellos, muchas veces, puede ser necesaria para el éxito en la búsqueda de la mejor solución. Además, pueden proveer la especialización y la *expertise* que requieren muchas disputas para ser analizadas, comprendidas, y solucionadas.

No obstante, también se advierten algunas desventajas: la inexistencia de reglas y principios claros en la materia; la existencia de barreras lingüísticas; la falta de transparencia y de credibilidad de los sitios web que brindan estos servicios; la falta de seguridades en el intercambio de documentación confidencial; la falta de comunicación verbal, del lenguaje del cuerpo, de los sonidos, que en muchas ocasiones contribuyen a alcanzar una solución del diferendo; la poca familiaridad de muchas personas con estos métodos e incluso la falta de acceso de porciones importantes de la humanidad³⁴.

En los casos de sustracción internacional de menores, la distancia geográfica plantea desafíos especiales para la mediación. Concertar una reunión en persona para una o varias sesiones de mediación puede ser costoso y requerir mucho tiempo. La mediación online también puede resultar muy útil cuando el progenitor perjudicado no puede viajar al Estado donde se encuentra el menor por razones de visado³⁵.

Sin embargo, el mayor escollo que encontramos a los ODR en cualquier ámbito, pero principalmente en materia de relaciones de familia, son

³⁴ Ver entre otros: FARAH, Youseph, “Critical analysis of online dispute resolutions: the optimist, the realist and the bewildered”, en *Computer and Telecommunications Law Review*, 2005; WAHAB, Mohamed, “Globalisation and ODR: dynamics of change in e-commerce dispute settlement”, en *International Journal of Law and Information Technology*, Spring, 2004.

³⁵ Puede ampliarse en: HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, p. 142 y ss.

las posibilidades de ejecución judicial que pueden tener estos acuerdos ante la carencia de marcos legales adaptados a la solución *on line* de disputas.

VI. Consideraciones finales

La mediación es un mecanismo, sin lugar a dudas, idóneo para el mejor resguardo del interés superior de niño en aquellos casos de restitución internacional.

Sus ventajas permiten que este método alternativo de solución de controversias pueda ser de utilidad antes o después del traslado o retención ilícitos. Incluso a la hora de la ejecución de una orden judicial de restitución.

En tanto no exista un procedimiento judicial especial y autónomo para resolver estos casos, la implementación de la mediación puede ser una herramienta eficaz para acelerar los plazos y realizar el objetivo de los convenios internacionales en vigor: la pronta, inmediata restitución del niño al lugar de su residencia habitual.

Asimismo, en el caso en que la República Argentina apruebe normas procedimentales específicas, debe incluir disposiciones que fomenten la mediación transfronteriza familiar y que establezcan los requisitos que deberán cumplir los mediadores, que en cualquier caso deberán tener formación especializada en materia de familia,

en derecho internacional privado y sobretodo en restitución internacional de menores.

En suma, si a través de la mediación, algunos casos se logran resolver a través de una solución amistosa, y se evita, por consiguiente, judicializar el conflicto, esos niños, pocos o muchos, no sufrirán dilaciones, incertidumbre y padecimientos innecesarios.

Bibliografía

ALL, Paula, “Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 3: Sección 8ª. Artículo 2642: Restitución internacional de niños”, en RIVERA, Julio C y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Tomo IV, La Ley, Buenos Aires, 2014, pp. 912-915.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, “Mediación en conflictos internacionales de familia: aportaciones desde la práctica convencional de La Haya”, en AA.VV., *La aplicación de la mediación en la resolución de conflictos en el Mediterráneo (Iniciativa para la mediación en el Mediterráneo)*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, 2015.

- AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, “Sustracción internacional de menores: vías de actuación en el marco jurídico vigente”, en *Revista boliviana de derecho* n° 20, julio 2015, pp. 192-213.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Celia M., “La mediación ante el secuestro internacional de menores”, en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, n° 1, 2011, pp. 1-35.
- CARRILLO LERMA, Celia, “Mediación familiar internacional y sustracción de menores”, en *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n° 19, Asociación Castellano Manchega de Sociología Toledo, España, 2015, pp. 185-196. Disponible en: <http://www.re-dalyc.org/articulo.oa?id=322142549013> [Consulta: 10/01/2017].
- DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *Sustracción Parental de Menores*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- DIAGO DIAGO, María del Pilar, “Aproximación a la mediación familiar desde el Derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, Alfonso L. y Castellanos Ruiz, Esperanza (coords.) *La Unión Europea ante el derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 265-298.
- FORCADA-MIRANDA, Francisco-Javier, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la m celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)” en *Bitácora Millennium DIPr*. Disponible en <http://www.millenniumdipr.com> [Consulta: 10/01/2017].
- FULCHIRON, Hugues, *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, Bruselas, 2004.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “International Parental Child Abduction and Mediation: An Overview”, en *Family Law Quarterly*, vol. 48, Issue 2, Summer 2014, pp. 319-350.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “International Parental Child Abduction and Mediation” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015. Disponible en: [http://biblio.juridicas.unam.mx/re-
vista/DerechoInternacional/](http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/) [Consulta: 10/01/2017].
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Mediation in Cases of International Child Abduction by one of the Parents and Voluntary Cross-Border Agreements in International Child Abduction Disputes: Mexican Case”, en *Boletín Mexicano de Derecho*

Comparado, nueva serie, año XLVII, vol. 141, Septiembre-Diciembre de 2014, pp. 867-908. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoComparado/> [Consulta: 10/01/2017].

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* n° 29, 2015. DOI: 10.17103/reei.29.08. Disponible en: www.reei.org [Consulta: 10/01/2017].

HCCH, *Conclusiones de la Comisión Espacial de 3-5 de abril de 2006 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia*. Disponible en: <http://www.hcch.net> [Consulta: 10/01/2017].

HCCH, *Estudio de Factibilidad sobre Mediación Transfronteriza en Asuntos de Familia*, elaborado por la Oficina Permanente, Doc. Prel. N° 20 de marzo de 2007 y que fue presentado al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia en abril de 2007. Disponible en: <http://www.hcch.net> [Consulta: 10/01/2017].

HCCH, *Mediación. Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de*

octubre sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, La Haya, 2012. Disponible en: <http://www.hcch.net> [Consulta: 10/01/2017].

HCCH, *Report on the Experts' Group meeting on Cross-Border Recognition and Enforcement of Agreements in International Child Disputes (from 12 to 14 December 2013) and recommendation for further work*, Annex B, Prel. Doc. No. 5, Marzo 2014. Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd05_en.pdf [Consulta: 10/01/2017].

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “Mediación y secuestro internacional de menores: ventajas e inconvenientes”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, N° 2, pp. 130-146. Disponible en <http://www.uc3m.es/cdt> [Consulta: 10/01/2017].

HERRERA, Marisa, CAMELO, Gustavo, PICASSO, Sebastián (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, (tomo VI: comentario del art. 2642, a cargo de Nieve RUBAJA), Sistema Argentino de Información Jurídica (INFOJUS), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015, pp. 401-405.

- LEPCA Report, A questionnaire and the first European Conference on Cross Border Family Issues, held from the 7th May 2014, the Peace Palace, La Haya, 2014. <http://www.lepca.eu/en/news.htm> [Consulta: 10/01/2017].
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “El empleo de la mediación en situaciones de secuestro internacional de Menores” en ALDECOA LUZÁRRAGA, Francisco y FORNER DELAYGUA, Joaquín J. (dirs.) *La Protección de los niños en el Derecho Internacional y en las relaciones internacionales. Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 367-384. Disponible en: <http://eprints.ucm.es> [Consulta: 10/01/2017].
- PÉREZ VERA, Elisa, “Informe explicativo del Convenio de 1980 sobre sustracción de menores”, Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, 1982, pp. 1-44. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf> [Consulta: 10/01/2017].
- RUBAJA, Nieve, “La estabilidad del niño y de los vínculos con sus progenitores luego de emitida la orden de restitución. Recursos judiciales disponibles”, ponencia presentada en ocasión del XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar “Las Familias y los desafíos sociales”, Mar del Plata, 22 al 26 de octubre de 2012. Disponible en: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/la-estabilidad-del-nic3b1o-y-de-los-vc3adnculos-con-sus-progenitores-luego-de-emitida-la-orden-de-restitucic3b3n-recursos-judiciales-disponibles.pdf> [Consulta: 10/01/2017].
- RUBAJA, Nieve, *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- SCOTTI, Luciana (dir.), *Restitución internacional de menores. Aspectos procesales y prácticos*, Editorial BdeF, Buenos Aires – Montevideo, 2014.
- SCOTTI, Luciana (coord.), *La Jurisprudencia de la CSJN en materia de restitución internacional de menores*, Editorial EUDEBA, Buenos Aires, 2016.
- TAGLE de FERREYRA, Graciela, “Sustracción internacional de menores: Hacia una rápida restitución del derecho a mantener

vínculo con ambos progenitores”, en LLOVERAS, Nora (dir.), *El derecho de familia en Latinoamérica: Los derechos humanos en las relaciones familiares*, Nuevo Enfoque Jurídico, Buenos Aires, 2010.

VELARDE D’AMIL, Yvette, “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho UNED*, n° 17, 2015, pp. 1279 – 1301.

VIGERS, Sarah, *Nota sobre el desarrollo de la mediación, conciliación y medios similares para facilitar soluciones acordadas en disputas transfronterizas relativas a menores especialmente en el contexto del Convenio de La Haya de 1980*, Documento Preliminar N° 5 de octubre de 2006, a la atención de la Quinta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya, 30 de octubre-9 de noviembre de 2006)”. Disponible en: <http://www.hcch.net> [Consulta: 10/01/2017].

Christiana Figueres Olsen

Ganadora del Premio Manuel
María de Peralta 2017

ENTREVISTA



El 14 de marzo de 2017, Karen Christiana Figueres Olsen ingresó a la galería de galardonados del Premio Manuel María de Peralta de ACODI. La lista agrupa a grandes hombres y mujeres que han colocado el nombre de Costa Rica en las más altas esferas del derecho internacional, la diplomacia y la política internacional, y que se convierte a su vez en miembros honorarios de ACODI.

La labor que ha emprendido la señora Figueres es titánica y lleva impregnado el sello de un país que apuesta por la armonía y la conciliación entre las naciones. Sin embargo, ella ha profundizado ese sello y ha ampliado ese concepto de paz, porque no podemos vivir en un planeta donde la su-

pervivencia de la especie humana se pone en jaque. No podemos seguir viviendo en sociedades indiferentes frente a las graves consecuencias del cambio climático, que son, como mínimo, una afronta a los derechos humanos y a la seguridad internacional.

Doña Christiana, constantemente señalada por la prensa internacional como la líder más influyente en cambio climático, ha invitado al mundo a convertir en acciones los compromisos adquiridos en el Acuerdo París para disminuir al máximo las emisiones globales para el año 2020, lo que permitirá limitar el aumento de la temperatura a menos de 2 grados Celsius.

Los asociados de ACODI ven en Christiana Figueres una inspiración para engrandecer a nuestro país, para direccionar el derecho internacional y la diplomacia en favor de tantas personas que sufren ante la vulneración de sus condiciones. Nos ha enseñado, ciertamente, que lo imposible no es una verdad absoluta, sino tan solo una actitud frente a la vida.

Entrevista a Christiana Figueres Olsen: la diplomática del cambio climático

Por Diego Piedra Trejos³⁶ y Salvador Padilla Villanueva³⁷

En esta edición, les compartimos una entrevista realizada a la Premio Manuel María de Peralta 2017, específicamente sobre su labor en cambio climático y sus reflexiones en la candidatura a la Secretaría General de Naciones Unidas.

Su padre fue el gestor de una revolución que enrumbó a Costa Rica hacia lo que hoy conocemos, un país donde la educación ha sido el agente impulsor del desarrollo. Además, uno de sus mayores legados es la fundación del

ICE que nos diferencia de muchas naciones donde la electricidad deriva de combustibles fósiles. Costa Rica bate records en estos temas. ¿Cómo influye el pensamiento de José Figueres en su carrera y en el liderazgo internacional que ha ejercido?

“Confieso que mi padre es la mayor influencia en mi profesión desde un punto de vista de los valores que rigen y guían el trabajo que yo he ido haciendo. Don Pepe hablaba siempre del bienestar para la mayoría de las personas y ese sentido de lo que llamamos justicia social, de protección de los más vulnerables, él lo pensaba en términos nacionales, pero hoy en cambio climático lo aplicamos como protección a los más vulnerables. Viene siendo el compromiso que tenemos todos de poder dedicar lo que nosotros podamos influir o beneficiar a los otros, de usar las oportunidades que nos han sido dadas por las posiciones en las que hemos estado. Es usar todo eso en pro de las personas que todavía no tienen esas oportunidades y de darnos cuenta de que todavía vivimos en una sociedad muy estructurada, muy piramidal, en donde la gran mayoría de las personas tienen efectivamente menos oportunidades que noso-

³⁶ Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica (2016) y actual miembro de la Junta Directiva de ACODI. Abogado asociado de Nassar Abogados Centroamérica. Ha participado en distintos espacios académicos internacionales en materias de derecho internacional, incluyendo la Academia Anual de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos, el Concurso Corte Penal

Internacional y la Cátedra Latinoamericana de Criminología y Derechos Humanos Alessandro Baratta.

³⁷ Licenciado en Ciencia Política por la Universidad de Costa Rica y especialista en Cooperación Internacional por la Universidad Externado de Colombia. Asesor parlamentario en la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

tros. Entonces, todos los que estamos en otro lugar de la pirámide que no es en la fase más alta tenemos la responsabilidad de trabajar y de dedicar nuestra vida precisamente para los que están en la base de la pirámide. Eso es algo que don Pepe me puso en la sangre, en las venas y creo que a todos sus hijos nos puso eso y todos seguimos trabajando por eso, y es lo que nos hace levantarnos temprano en la mañana para salir a trabajar.

Nunca vencerse, yo recuerdo tanto uno de los dichos tan lindos que tenía don Pepe cuando hacía referencia a aquel costarricense que se le vuelca la carreta, se levanta, se sacude y sigue caminando. El no rendirse es algo muy importante, y uno lo tiene que aprender desde pequeño, después de viejo cuesta un poco más. Eso de aprenderlo desde pequeño es porque siempre va a haber riesgos en la vida, desilusiones, siempre va a haber batallas que no se ganan, pero eso no quiere decir que la guerra está perdida, eso quiere decir que hay que ir a la próxima batalla con más sabiduría, más paciencia, más escucha para las personas que están del otro lado y poder siempre construir sobre las lecciones que van derivando de cada uno de los retos y siempre seguir adelante.

Yo tengo dos hijas que cuando estaban jóvenes eran gimnastas y una de las grandes lecciones,

dicen ellas hoy, que aprendieron en las competencias, es que cuando te caés de la barra, no te sentás a llorar; te levantás, te volvé a poner tiza y seguís adelante hasta el final, sin llorar, sin poner caritas ni nada. Esa es la misma lección que me dio mi padre con otros ejemplos, pero es algo bien importante porque no es fácil lo que queremos hacer, si lo que queremos hacer es fácil es porque no nos estamos retando lo suficiente. Entonces, le sacás jugo a la vida cuando asumís retos, que a veces nos vencen, pero nos vencen temporalmente”.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre Cambio Climático de 2015 sorprendió al mundo y le dio esperanza con la adopción del Acuerdo de París, uno de los esfuerzos más relevantes de nuestros días, y liderado por una costarricense. ¿Cuáles son los principales logros y qué queda pendiente?

“Hay varias cosas que son críticas dentro del Acuerdo de París. Lo primero es que establece la línea de referencia que cada país va a usar como su inicial contribución a este esfuerzo. Se invitó a cada país a que montara su plan nacional de cambio climático y contribución al esfuerzo global. Eso es muy importante porque cada país pudo hacer su asesoría técnica y sectorial. Si hubiéramos definido de entrada que todos los países deben contribuir de igual manera, en los mismos

sectores, pues no hubiera salido el Acuerdo, porque cada país es absolutamente sui generis. Le abrimos la puerta a cada país, pero bajo la condición de que era la contribución inicial y que sobre esa base se seguirá construyendo y mejorando cada cinco años.

El punto dos es que el Acuerdo marca la trayectoria sobre la cual cada país va a contribuir a la descarbonización, se establece la dirección en la cual se mueve la economía global, basada en un imperativo científico, tecnológico y moral. El Acuerdo apunta a una sola dirección común que es la descarbonización de la economía, la dirección en la cual vamos evolucionando.

El punto tres es la meta final, la parte que fue más difícil de negociar. Cuando iniciamos un viaje empezamos en un punto de partida, atravesamos una ruta y arribamos a alguna meta. No salimos sin saber adónde vamos, porque, de lo contrario, no podemos medir lo que hicimos. Nuestra meta es la carbono neutralidad global para la segunda mitad del siglo. Además, algo crucial del Acuerdo es que reconoce que los gobiernos nacionales no pueden por sí solos, aunque tienen la mayor responsabilidad porque son las partes del Acuerdo. Se reconoce, por primera vez, las acciones del sector privado, las ONG, los individuos... Se conforma una red de actores que son los que van a hacer la diferencia para alcanzar la meta.

El único punto que yo lamento que no se pudiera incluir en el Acuerdo, pero que, de haberlo incluido, probablemente no habiéramos alcanzado acuerdo, es la urgencia. La urgencia de la acción en cambio climático es algo difícil de explicar y es muy difícil de ser aceptada, especialmente por los países en desarrollo. Si nosotros no llegamos al punto máximo de disminución de las emisiones globales para el año 2020, no vamos a poder llegar a la carbono neutralidad en la segunda parte del siglo a costos manejables. Digamos que seguimos aumentando las emisiones y llegamos a un punto de inflexión tarde, en el 2025 o 2030; ahí vamos a tener que afrontar dos cosas: pérdidas en vidas humanas y costos económicos gigantes, porque vamos a tener que transformar la economía y pujar la tecnología más drásticamente.

“La urgencia de la acción en cambio climático es algo difícil de explicar y es muy difícil de ser aceptada, especialmente por los países en desarrollo.”

Ese sentido de urgencia de llegar a un punto de inflexión para el año 2020—que es lo que nos dice la ciencia—no se incluyó en París, porque a la primera escucha suena como si fuera una amenaza

para los países en desarrollo. La razón es que el mundo se ha venido desarrollando en los últimos 150 años de acuerdo con una curva con el aumento del producto bruto global unido al porcentaje de gases de efecto invernadero. Tenemos en la cabeza que esas dos curvas van de la mano. Hay que desligar la curva del PBG –que sigue subiendo en los países en desarrollo– de la curva de los gases de efecto invernadero. No obstante, si uno interpreta el Acuerdo, lo que dice es que tenemos que permitirles a los países en desarrollo que sigan en su crecimiento económico, pero sin que se sigan subiendo las emisiones de gases de efecto invernadero”.

¿En qué momento usted decide lanzar la candidatura para la Secretaría General? ¿creía que tenía posibilidades reales?

“Esa decisión no fue unilateral, fue mancomunada entre Christiana y el gobierno de Costa Rica, porque fue una nominación de país. La verdad es que le agradezco al gobierno que me hubiera tenido tantísima paciencia porque ellos querían presentar la candidatura muchísimo más temprano y ahora, viéndolo desde este punto de vista, yo creo que el gobierno tenía razón, creo que hubiera sido mejor lanzar la candidatura mucho más temprano. Yo fui la que no quiso lanzar la candidatura más temprano porque yo sentía un compromiso de terminar la tarea que se me había

encomendado hasta julio de liderar la Convención de Cambio Climático. Tenía dos opciones: una, dejar tirada la tarea, que no va con lo que yo soy, y la otra es haber lanzado la candidatura durante el ejercicio del puesto que estaba ejerciendo, que tampoco me parecía. Yo sé que otros colegas sí lo hicieron, pero a mí no me agradaba esa opción. Por eso, hicimos un lanzamiento muy tarde, cuando todos los demás ya lo habían hecho meses atrás. Yo no sé si eso tuvo gran influencia, sé que la tuvo, si se hubieran dado las circunstancias para lanzar una candidatura más temprana, a lo mejor hubiésemos tenido mejores resultados.

¿Tiene alguna certeza de cuáles países dentro del Consejo de Seguridad la apoyaron inicialmente?

“Eso sí no se sabe, es un gran secreto, todo el mundo dice que en la vida no hay nada oculto y mucho menos en Naciones Unidas, donde se cuela todo, pero la verdad es que nadie sabe cuáles países votaron en qué dirección y por cuáles candidatos. Sabemos que, cada vez que había uno de estos “straw polls” que cambiaban los números, y a veces sin ninguna razón o explicación, pero la verdad es que nadie sabe con la excepción de Guterres que al final sabemos que todos votaron por él”.

Al principio, los “discourages” fueron 5, luego 8, después 12. Esta secuencia de resultados, cada vez menos favorables, ¿a qué se debió? Un capital inicial de simpatía que luego dejó de serlo, o bien un escenario en el que las ofensivas diplomáticas de las otras candidaturas fueron logrando su cometido y dejando expuesta la candidatura de Costa Rica.

“Pienso que fue una candidatura mía, pero muy de país. Todos estos temas que hemos hablado son posiciones de país, no los inventé yo, yo los llevo en mi sangre porque soy costarricense, y son posiciones incómodas para muchos. Son posiciones que de verdad levantan cuestionamiento. A eso yo le agregaría otra cosa más que fue incómoda para ciertos países: el compás moral bastante claro que salió en el debate de Al Jazeera, que se transmitió públicamente. Cuando preguntaron cuál de ustedes estaría dispuesto a pedir perdón a Haití por lo que hizo Naciones Unidas y fui la única en levantar la mano.

A mí me extrañó que todos mis demás colegas no levantaran la mano, pero con esto, uno demuestra que hay un compás moral que no siempre es compartido por todo el mundo y que es un compás moral muy tico”.

“...con esto, uno demuestra que hay un compás moral que no siempre es compartido por todo el mundo y que es un compás moral muy tico.”

Su candidatura a la Secretaría General representaba dos cosas a nuestro parecer. Proviene de un país que promueve la paz internacionalmente, sin ejército, y, además, usted se especializa en temas de medio ambiente, también un tema importante en la política exterior de Costa Rica. Ambos tópicos, pueden resultar incómodos para las grandes potencias que son las que más contaminan, y que cuentan con aparatos y operaciones militares desplegados en todo el mundo. ¿Considera que ello influyó en no alcanzar el puesto?

“Yo creo que el hecho de que vengo de un país desmilitarizado, habiendo tomado la decisión tan tajante e intencional de no tener ejército, es una decisión que se tomó en el 48, pero que la hemos interiorizado. Nos sentimos orgullosos de eso y es parte de nuestra espina dorsal. Creo que, en el Consejo de Seguridad, eso, como mínimo, levantó un signo de pregunta. El Consejo, si bien está comprometido con la paz, la verdad es que el 100 por ciento de las conversaciones son sobre conflictos. Entonces, ahí puede haber una reticencia; yo me di cuenta de eso con las preguntas que me hicieron.

En lo segundo, también tienen razón, es que mi trayectoria en Naciones Unidas se

ve como un campo ambiental, aunque a mí me parece que es económico y social. Lo tercero que yo le agregaría al buen diagnóstico que ustedes han hecho es que yo me dediqué, durante muchos años, incluido el Acuerdo de París, a una diplomacia activa, a incluir a otros sectores, a la población civil. Muchos gobiernos sinceramente sienten que las decisiones de Naciones Unidas son nada más de gobiernos nacionales, y que son ellos quienes deben tomar las decisiones. Entonces, creo que esos tres factores, y además, ¡ser mujer! ¡imagínense qué barbaridad! ¡La suma de estos factores fueron demasiado para el Consejo de Seguridad!”

¿Ser mujer fue un punto importante que limitó su aspiración?

“Sí, yo creo que, para todas las 6 candidatas, el factor género jugó en contra de nosotras. Definitivamente, yo sentí –y así lo he compartido con mis colegas amigas candidatas– que en el Consejo de Seguridad no hay suficiente conformidad con la idea de que una mujer pudiera estar en esa silla. Acordémonos de que en el Consejo son todos hombres, con la excepción de la embajadora de EE.UU., y algunos de ellos han estado ahí desde hace 10, 12, 15 años y siempre han trabajado con hombres”.

¿Cree que sería importante plantear alguna reforma al sistema de elección de la Secretaría General?

“Sí lo pienso y yo no soy la única. Hay muchos países que en Naciones Unidas están pidiendo más transparencia en el proceso, más participación. De hecho, hubo un avance esta vez al haberse sabido exactamente quiénes eran los candidatos, que se les hiciera entrevistas públicas. Yo pienso que hay un grupo de países que va creciendo cada vez más, y que piden más participación y transparencia, incluso en el rol complementario entre el Consejo de Seguridad y la Asamblea General, que hay toda una dinámica de hasta dónde llega la injerencia de cada uno de ellos.

Creo que se logró muchísimo esta vez, porque en ocasiones pasadas no se sabía quiénes eran los candidatos, y esta vez hasta se nos pidió que presentáramos una propuesta por escrito, se nos hizo entrevistas públicas, debates... Incluso, esta vez se supo exactamente cómo salía cada elección, y es la primera vez en 70 años que se sabe cómo salen esos sondeos. Nunca se habían dado a conocer. Sigue siendo confidencial cómo votaba cada quien, pero los resultados eran públicos, salían inmediatamente después de cada sondeo por medio de las redes sociales.

Entonces, todo eso me parece un gran logro. Para la próxima vez que se escoja una Secretaria General, vamos a llover sobre mojado con todo esto que se ganó esta vez. No se pierde, se construye sobre todo eso. No tengo duda de que la próxima vez va a ser más abierto, más transparente y más participativo”.

¿Sintió que la diplomacia costarricense dio la talla en esta candidatura?

“Yo me quito el sombrero con nuestra diplomacia, porque tenemos una Cancillería pequeña, comparada con otros países grandes y esta Cancillería se volcó sobre la candidatura de una manera impresionante. Desde el Canciller mismo, que viajó conmigo a muchos países, sentados los dos en clase económica porque esa es la regla de Costa Rica, le dimos la vuelta al mundo literalmente en cinco días. También hay que mencionar a los colegas de la Cancillería en San José y Nueva York. Nuestra misión en Nueva York se portó impresionante, apoyaron mucho en el análisis, el manejo político de los temas, perdieron sueño. Yo le agradezco muchísimo a la Cancillería. Por supuesto que, si tuviéramos una Cancillería con el presupuesto y el personal de un Itamaraty, hubiéramos hecho otro trabajo, pero para la Cancillería, con el presupuesto tan limitado que tenemos, hizo maravillas.

Con el anuncio de su candidatura a la Secretaría General de la ONU, toda Costa Rica se volcó a apoyarla, incluidas las diferentes fuerzas políticas. Encuestas en Costa Rica han revelado también que usted goza de gran popularidad en el país. ¿Esa situación la motivó o motiva en algún momento en colaborar con el país desde algún puesto de elección popular?

“Yo estoy sumamente agradecida con el apoyo y el cariño que los distintos sectores me demostraron. Fue algo que traspasó barreras, pero entiendo que ese apoyo no fue a una persona, sino a un ideal, a una serie de principios y valores que llevamos todos los costarricenses. Por eso ese entusiasmo. Sentimos que se nos estaba hablando al corazón costarricense. Nuestros ideales estaban en la primera plataforma del mundo. ¡Eso es algo muy bello!

Pero la verdad es que hay varios miembros de mi familia en política nacional y cada uno en su charco, yo me quedo en el internacional. Es un trabajo complementario y nos apoyamos mutuamente, pero cada uno en lo suyo”.

Usted indicó en varias oportunidades que el cambio climático debe ser considerado un asunto de seguridad internacional. ¿Por qué?

Creo que el mejor ejemplo de eso es Europa en este momento, porque nosotros vemos una población migrante de Europa que están viniendo más que todo de países en conflicto. Si a esos países en guerra, le agregás los que estarán en conflicto con la naturaleza y con la capacidad de su propia tierra de darles alimento y de sostener la vida, vamos a tener una situación muy poco manejable. Actualmente tenemos 60 millones de

desplazados, el nivel más alto de la historia. Eso no es nada con respecto al desplazamiento que podríamos tener si nos quedamos con países como India o Bangladesh, o zonas de África, porque pierden el terreno al mar o porque se desertizan. La gente no podrá llevar el alimento, no tendrá agua. Estos 60 millones se podrían duplicar o triplicar si nosotros no controlamos el cambio climático, y esas personas que están

desesperadas son las que utiliza el terrorismo para ganar aliados. ¿Cómo van a sobrevivir ellos

o sus hijos? El desespero los lleva a unirse a estas causas. Por eso yo creo que hay una gran vinculación”.

Es un tema de derechos humanos también...

“Es una cuestión de derechos humanos desde el principio hasta el final. El primer derecho humano que pierda esta gente es el derecho a quedarse en su hogar, en su tierra y poder vivir ahí. Ya pierden ese derecho. Segundo, empiezan a migrar, y durante el camino de migración y des-

plazamiento sufren atropellos de sus derechos humanos, sobre todo las mujeres, víctimas de injusticias físicas, morales y psicológicas. Los niños sufren también, pierden sus derechos humanos a la salud, a la educación y a la alimentación, entre otros. Todos sus derechos básicos los pierde esta población. Y tercero, cuando llegan a su destino, en muchas ocasiones se dan nuevos atropellos a sus derechos humanos porque

vienen de otra cultura; hemos visto esta discrimi-

“Si a esos países en guerra, le agregás los que estarán en conflicto con la naturaleza y con la capacidad de su propia tierra de darles alimento y de sostener la vida, vamos a tener una situación muy poco manejable [...] es una cuestión de derechos humanos desde el principio hasta el final.”

nación con la gente que está migrando por necesidad. Entonces, esta problemática se convierte en una tragedia de derechos humanos desde el principio hasta el final.

¿Qué pasaría si el presidente electo Trump realmente concreta sus intenciones de retirar la firma del Acuerdo de París y de no darle seguimiento al plan de reducción de emisiones de carbono de la Administración Obama (Clean Power Plan)? Inclusive ha propuesto eliminar estas restricciones por considerar que “eliminan puesto de trabajo”.

“Bueno, varias cosas, número uno, en cuanto a lo legal, hay una cláusula en el Acuerdo de París que establece que cualquier país con deseos de retirarse necesita iniciar el trámite y esperar tres años, y después un año adicional. Entonces, él no puede sacar a Estados Unidos del Acuerdo de París hasta dentro de cuatro años, cuando él ya está terminando su periodo. Lo que sí podría hacer es dejar de cumplir, porque no hay una penalidad. Cualquiera de estas opciones son pasos legales, pero también diplomáticos bastante serios. Así las cosas, EE. UU. como país, como aliado, sufriría efectos negativos que debería mitigar, tendría un problema de credibilidad.

Pero también a quien perjudica sería a la misma industria de los EE. UU., porque es obvio que la economía global se está descarbonizando. Es evi-

dente que los países se están pasando a tecnologías nuevas y de bajo carbono, y si abandonan el Acuerdo de París, no existirá un incentivo para mantenerse al día con las tendencias y transformaciones tecnológicas del futuro. Se mantendrían con una economía del Siglo XX, cuando todos ya están en el Siglo XXI”.

¿Cuánto afectaría esto al apoyo de otros países altamente contaminantes, por citar un ejemplo India, en la implementación del Acuerdo de París? Un riesgo puede ser: si EE. UU no lo hace ¿por qué lo harían los países en vías de desarrollo?

“Yo no creo que si EE.UU. se sale, todos los demás países se vayan a salir, porque cada uno de los países puso su contribución nacional, de acuerdo con sus fortalezas y oportunidades, para empezar la propia descarbonización de su economía. Yo creo que si EE. UU. deja de cumplir el Acuerdo de País, a quien vamos a ver surgir muy rápidamente como líder de descarbonización es a China, porque China se ha dado cuenta de que esto es muy positivo para su economía.

India va a seguir adelante pero un poco más lentamente, esto porque contaba con mucho apoyo tecnológico y financiero proveniente de los EE. UU. Si EE. UU. retira esta ayuda, pues le sería mucho más difícil. Pero China sí puede sola, y no solo China, sino que, la semana pasada, 47

países en vías de desarrollo, incluido Costa Rica, negociaron su intención para generar una descarbonización total del sector energético, eso después de las elecciones en EE. UU. Su elección no lo pudo echar para atrás.

Esto es como si fuéramos todos en una vía rápida en una sola dirección y uno de los vehículos decide salirse de la vía y estacionarse, pone las lucecitas amarillas y todos vuelven a ver. De estos vehículos siempre va a haber, pero no debemos concentrarnos en éstos. Que este vehículo se detenga no cambia la dirección de la vía. No hay que distraerse ni perder el tiempo con un vehículo que ha decidido detenerse, porque generalmente estos vehículos que ponen las intermitentes y se detienen, es porque tienen un problema...”

¿Cuáles son los mayores retos que tenemos como región latinoamericana para implementar el Acuerdo de París?

“Yo creo que los mayores retos son cómo acelerar la transición del gas a la energía renovable. Hay algunos países que todavía están con carbón, como es Colombia, por ejemplo, pero la verdad es que son pocos. La gran mayoría, en cuanto a su generación de electricidad, lo hacen con gas natural o con renovables. Y América Latina tiene un amplio recurso de energías renovables: solar, eólico, hídrico y geotérmico, que es un recurso

bastante inusual en el mundo. Tenemos muchísimo recurso natural para energía.

Entonces, para nosotros, el gran reto es cómo acelerar más rápido la explotación de estos recursos, en vez del gas natural. Estos combustibles renovables no solo no contaminan, son autóctonos y endémicos de cada país. Pensamos en matrices energéticas no sólo para no contaminar, sino también para fortalecer nuestra seguridad energética. Ese es el reto más grande de América Latina. Por supuesto, también el uso del suelo, ya que contamos con las más altas tasas en el mundo de deforestación. Eso hay que revertirlo”.



¿Cuál considera usted sería la estrategia adecuada para la financiación climática e involucrar al sector privado?

“Yo no creo que sea arte de magia. El sector privado va a invertir donde ellos vean que hay un riesgo manejable y donde hay una buena probabilidad de obtener ganancias. Punto final. De lo que se trata es de construir los escenarios en los que el sector privado se vea incentivado en hacer esas inversiones. No se le está pidiendo al sector privado que sean ellos los que salven al planeta, lo que se les está pidiendo es que pongan su cabeza y sus inversiones en las tecnologías limpias. Y entonces el capital fluye, no es tan complicado”.

¿Costa Rica puede alcanzar la ambiciosa meta de ser un país carbono neutral para el 2021?

“Sí, creo que lo podemos lograr. Estamos incrementando nuestra cobertura boscosa, lo que nos permite absorber más dióxido de carbono, siendo uno de los pocos países que está haciendo esto. Claro, donde Costa Rica tiene el reto más grande es en el transporte. ¡No les tengo que preguntar cuánto tiempo de vida pierden ustedes en trasladarse de sus casas al trabajo! El sistema de transporte está colapsado y ahí se pierde valor económico, productividad, contribuimos negativamente a la salud mental y corporal. Costa Rica tiene que impulsar los vehículos eléctricos, sería

una maravilla, porque a diferencia de la mayoría de los países, en Costa Rica la electricidad proviene de fuentes renovables. Además, hay que pasar a ser un país de transporte público de primera calidad”.

¿Cuáles son los planes de trabajo actuales de Christiana Figueres?

“Tengo la gran suerte de tener la oportunidad de seguir trabajando en lo que he venido dedicando mi vida, y ahora lo hago no solo con un trabajo sino como con 6 o 7. Estoy comprometida con una misión que muchos llaman imposible, pero que yo quiero hacer posible, y es precisamente llevar a que se produzca ese desligue del producto global bruto de las emisiones de carbono para el año 2020. Para esa misión estoy conjugando una serie de esfuerzos.

“...donde Costa Rica tiene el reto más grande es en el transporte.”

Voy a trabajar con la “Global Covenant of Mayors”, una asociación de alcaldes de 2000 ciudades alrededor del mundo que quieren descarbonizarse, y es que el 80% de las emisiones del mundo provienen de esas ciudades. Es la transformación de las ciudades lo que va a llevar a los países a la carbono neutralidad y por ende al mundo. Voy a trabajar muy de cerca con varias

compañías que invierten en energía renovable alrededor del mundo, también trabajaré con algunos entes financieros para alentarlos a que pongan a disposición de las ciudades y los gobiernos, la financiación necesaria para dicha transforma-

ción. Además, voy a trabajar con 5 ONG que están estudiando y trabajando con el tema de cambio climático, y una de esas en especial lo que hace es proteger los derechos de las poblaciones más vulnerables, como los indígenas, con quienes he estado muy relacionada.”



Biografía de Christiana Figueres Olsen

Karen Christiana Figueres Olsen nació en San José el 7 de agosto de 1956, es hija del fundador de la Segunda República y ex presidente, José Figueres Ferrer, y de la ex diplomática, Karen Olsen Beck. Es madre de dos hijas, Naima y Yihana. De sus padres heredó la vocación por el servicio público y los valores que la han convertido en voz y líder de uno de los retos más dramáticos que afronta el mundo: el cambio climático.

Es antropóloga de profesión por la *London School of Economics and Political Sciences*, interés que la llevó a trabajar en su juventud con diversas poblaciones indígenas de Costa Rica. En 1995, funda el Centro para el Desarrollo Sostenible de las Américas, y por varios años fue miembro del equipo negociador de Costa Rica en temas de cambio climático.

La Sra. Figueres ha presidido numerosas negociaciones internacionales, dentro de las cuales destacan: la preparación de FOCADES, un fondo innovador para la promoción de proyectos de biodiversidad y energía limpia en Centroamérica; el primer acuerdo de compra de reducción de emisiones entre un país industrializado y un banco de desarrollo regional; y la creación y supervisión del primer sistema electrónico de información sobre el cambio climático especializado en el Mecanismo de Desarrollo Limpio.

Christiana es agente de cambio por convicción y pasión. Como Secretaria Ejecutiva de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático CMNUCC (2010-2016), le correspondió liderar las negociaciones internacionales para combatir el calentamiento global, reto que asumió con gran optimismo, aún después de la fallida Conferencia de Copenhague de 2009. Su tenacidad y trabajo, basado en una diplomacia multilateral y colaborativa, fue determinante para reunir a 195 países en la histórica adopción del Acuerdo de París de 2015, el primer instrumento internacional y vinculante para controlar y mitigar las emisiones. El 7 de julio de 2016, fue postulada por Costa Rica como candidata al puesto de Secretaria General de la Organización de Naciones Unidas, por lo que se convirtió en la primera centroamericana en aspirar al cargo y formó parte de las primeras 6 mujeres de la historia en ser candidatas.

Por sus logros en beneficio de la humanidad, ha sido galardonada con la Orden del Mérito de la República Federal de Alemania, la Orden de Orange-Nassau del Reino de los Países Bajos, la Legión de Honor del Gobierno de Francia, la Gran Medalla de la Ciudad de París, el Premio Guayacán de Costa Rica, el Premio Princesa de Asturias del Reino de España, entre otros. Asimismo, es Doctora Honoris Causa por la Universidad de Massachusetts, la Universidad de Concordia y la Universidad de Georgetown.

La Revista FORTUNE la situó entre los diez primeros lugares de la lista 2016 de grandes líderes globales, junto a personalidades como el Papa Francisco, Angela Merkel, Jeff Bezos y Tim Cook. Es una de las 100 personas más influyentes en el mundo, según la Revista TIME; y es también la mujer más poderosa de Centroamérica, señala la Revista FORBES. Recientemente, la BBC la incluyó en la lista de las 5 mujeres de la ciencia más poderosas del planeta.

Actualmente, Christiana trabaja en diversos proyectos internacionales que agrupan esfuerzos para el desarrollo sostenible y la realización del Acuerdo de París. Colabora como Vicepresidente del *Global Covenant of Mayors for Climate and Energy*, y asesora empresas de energía renovable, entidades financieras y organismos no gubernamentales.

La Asociación Costarricense de Derecho Internacional otorgó en marzo de 2017 el Premio

Manuel María de Peralta a la Sra. Figueres, en reconocimiento de la destreza diplomática demostrada en el liderazgo de las negociaciones que llevaron a la adopción del Acuerdo de París, así como de sus importantes contribuciones académicas en temas de cambio climático y el desarrollo de políticas e instrumentos financieros orientados a la promoción de la energía limpia y eficiencia energética.

Posteriormente, compartimos un almuerzo con la Sra. Figueres en el cual discutimos una gran variedad de temas referentes a los derechos humanos, la política exterior y el cambio climático. Con gran humildad y modestia, la Sra. Figueres compartió la pasión y emotividad de su lucha contra el cambio climático y motivó a las generaciones jóvenes a involucrarse en el tema.

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica



simulación judicial ante la honorable
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS



San José de Costa Rica

Este año, la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI) organizará la XXI Edición de la Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA). La Competencia consiste en una simulación judicial ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha sido realizada desde 1995 por ACODI, convocando a decenas de universidades latinoamericanas y profesionales que actúan dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

El caso de la XXI Edición, *“Lili Elbe vs. La República de Mairena”*, redactado por la Dra. Ariana Macaya y la Máster Amelia Brenes, recoge temas de actualidad en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tales como la migración, los derechos de las personas LGTBI, el uso de centros de detención y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

En la presente edición, ACODI recibirá el apoyo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante la competencia y se realizarán varios conversatorios y eventos académicos con varias ONG e instituciones durante la etapa de rondas orales, que se llevará a cabo del 20 al 24 de noviembre. La ronda final se llevará a cabo en la sala de audiencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el panel de jueces incluirá al actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Roberto F. Caldas, su actual Vicepresidente, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y la actual juez Elizabeth Odio Benito.

ACODI les invita a participar en esta oportunidad única para desarrollar habilidades de investigación, análisis, oralidad y estrategia jurídica dentro del Sistema Interamericano. Involucrarse en ella permite también establecer contacto con estudiantes de la región latinoamericana, jueces, abogados y funcionarios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como profesionales y diplomáticos de distintas partes de la región, que participarán como jueces.

Le invitamos a leer y conocer más sobre la Competencia en nuestra página web: www.acodicr.org.



Competencia Jiménez de Aréchaga: 20 años de promover los derechos humanos

Artículo publicado en el diario La Nación. 11 de noviembre de 2016.

Diego Piedra Trejos, Junta Directiva, ACODI

La Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA) es cada año punto de encuentro de profesores, abogados y estudiantes provenientes de diversas facultades latinoamericanas de Derecho. La actividad reúne en Costa Rica a equipos de universitarios en una simulación de litigio ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), donde representan, mediante argumentos orales y escritos, al Estado y a las víctimas.

En el 2016, durante la primera semana de noviembre, se llevó a cabo la XX Edición de CEJA, organizada por la Asociación Costarricense de Derecho Internacional, iniciativa que ha sido liderada por diversas generaciones de jóvenes abogados y estudiantes de Derecho.

Cuánta visión tuvieron aquellos fundadores de CEJA en 1996, hoy reconocidos profesionales en Derecho, para crear un espacio que ha contribuido a la formación de abogados en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), acrecentando y haciéndole honor al legado de Costa Rica en la promoción de los derechos humanos en las Américas.

Nuestro país ha sido protagonista del SIDH desde sus comienzos en 1969, con la redacción en San José de la Convención Americana de Derechos Humanos y, luego, en 1978, cuando la OEA aceptó el ofrecimiento de Costa Rica para ser la sede de la Corte-IDH; aunado a la posterior fundación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, ambas instituciones ubicadas en San Pedro de Montes de Oca.

Sin embargo, el aporte de Costa Rica no se ha limitado a temas de cooperación, sino que ilustres costarricenses se han desempeñado como jueces en la Corte-IDH.

Sin ellos no es posible concebir a esta Corte y tampoco a CEJA, de ahí que se les dedicó este vigésimo aniversario, cuya celebración fue auspiciada por la Presidencia de la Asamblea Legislativa de Costa Rica. Describir la labor de estos juristas requiere una amplia investigación; no obstante, sería injusto dejar de mencionar en esta ocasión su huella en la historia.

El camino comienza con el Dr. Rodolfo Piza Escalante (q.d.D.g.), primer presidente de la Corte-IDH. Su labor fue determinante en la consolidación de dicho tribunal como mecanismo interamericano de protección de los derechos humanos.

La convicción demócrata del Dr. Piza nos heredó también una trascendental reforma interna, por medio de su participación en la Sala Constitucional.

Posteriormente, en 1988, la OEA designó a la primera mujer jueza, y la única por veinte años: la Dra. Sonia Picado Sotela. Esta distinguida jurista había sido la primera mujer decana de una Facultad de Derecho en América Latina (UCR, 1980).

La profesora Picado es pionera en la reivindicación de los derechos de las víctimas y de las mujeres, en un contexto tradicionalmente conservador, que le negó su designación en la presidencia de la Corte-IDH, cargo que le correspondía por rotación y, claro está, por mérito propio.

El tercer juez costarricense representa la historia misma de la Corte-IDH. El Dr. Manuel Ventura Robles se desempeñó como su secretario por más de veinte años y, como juez, del año 2004 al 2015, destacándose por su compromiso incansable para lograr el fortalecimiento y la cooperación para con la Corte.

Sin duda, él ha sido uno de sus más entregados funcionarios y juristas, tanto así que por algunos periodos fue el único profesional al servicio de la Corte.

Ventura cumplió con creces y, como él suele decirlo, se retiró tranquilo, pues no pudo haber llegado una jurista con mayor experiencia que la Dra. Elizabeth Odio Benito.



Ella es la cuarta costarricense y la única mujer en la integración actual de la Corte-IDH, después de haber sido magistrada de la Corte Penal Internacional y del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

La presencia de la profesora Odio, para el periodo 2016-2021, enriquecerá la labor jurídica de la Corte, desde una perspectiva de género que no claudica y un pensamiento claro enfocado hacia una justicia internacional que debe situar a las víctimas en el eje central de sus tribunales.

ACODI se enorgullece de contar con el apoyo y guía académica de estos juristas, condecorados además con el Premio Manuel María Peralta por su destacada labor en el derecho internacional y la diplomacia costarricense. Sin duda nos corresponde contribuir a que su legado persista.

CEJA seguirá siendo un espacio para que más jóvenes latinoamericanos puedan profundizar sus estudios en derechos humanos y, a la vez, prepararse para ejercer en el SIDH.

Hoy, cuando las finanzas parecen reflejar un compromiso inconcluso de los Estados, es fundamental que sigamos trabajando para que Costa Rica prolongue su cooperación con el SIDH.

Necesitamos sumar esfuerzos para fortalecer los mecanismos de protección y reparación, así como el acatamiento de las sentencias, sobre todo, para evitar retrocesos en los estándares que resguardan la esencia de que todo ser humano debe ser tratado con dignidad, con todas las implicaciones que eso conlleva.





PARA MÁS INFORMACIÓN:

ceja@acodicr.org

OPORTUNIDAD DE PATROCINIO:

- Sea parte de los socios estratégicos de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.
- Participe en una de las competencias más prestigiosas de Derechos Humanos en América Latina y realce su marca.
- ¡Ayúdenos en la difusión del Derecho Internacional!
- 3 paquetes de patrocinio diferentes.



¡TE INVITAMOS A PUBLICAR EN EL NUEVO BLOG DE ACODI!

Invitamos a nuestros asociados a enviar breves notas sobre temas relevantes de Derecho Internacional para su publicación en este reciente espacio de estudio y difusión. Esta plataforma dinámica nos permite contribuir al debate acerca de temáticas innovadoras y relevantes sobre las diferentes ramas del Derecho Internacional.

Para su publicación, las notas deben cumplir con los siguientes **requisitos**:

- Máximo 10.000 caracteres
- En letra Arial, tamaño 12
- Ser notas inéditas y exclusivas, no publicadas con anterioridad
- Enviar las notas a la dirección de correo electrónico: juntadirectiva@acodicr.org

Pueden consultar las notas ya publicadas en el siguiente enlace: <https://www.acodicr.org/blog>

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 exclusivos.
 - o Charlas y conversatorios con profesionales influyentes en el Derecho Internacional y la diplomacia..
 - 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@acodicr.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 versaría 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 apercibir al autor de corregir cualquier contenido que resulte ofensivo o que utilice lenguaje no apropiado. De no corregirse el motivo del apercibimiento, 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.