Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA EDICIÓN

EDITORIAL: TRATADO SOBRE EL COMERCIO DE ARMAS: UN LARGO CAMINO RECORRIDO

ENTREVISTA: EMBAJADOR ALVAR ANTILLÓN SALAZAR, PREMIO MANUEL MARÍA DE PERALTA

EL TLC CON EFTA: NUEVOS RETOS Y OPORTUNIDADES Ricardo Zúñiga Rodríguez

EL ARBITRAJE ANTE EL CIADI COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE INVERSIÓN EN COSTA RICA Mauricio París Cruz y Natalí Sequeira Navarro

LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA Y LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS Luis Alberto Varela Quirós

ORIENTACIÓN SEXUAL, DERECHOS DE LAS NIÑAS Y NIÑOS, NO DISCRIMINACIÓN, DERECHO A LA EDUCACIÓN: DEBATES EN TORNO AL CASO EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA 2012

Oscar Parra Vera, Alexandra Sandoval Mantilla y Patricia Tarre Moser





CONSEJO EDITORIAL

Director General:

José Jaime Villalobos Ruíz

Consejo Editorial:

Diana Jiménez Gamboa Fernanda Jiménez Sauter Elia Naranjo Morelli Alejandro Pacheco Saborio Diego Soto García Valeria Tiffer Hangen

Montaje 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 1. Enero 2014. ISSN: 2215-325X



CONSEJO ASESOR

Jaime Granados Brenes

Derecho del Comercio Internacional

Dyalá Jiménez Figueres

Derecho de Arbitraje Internacional

Juan José Obando Peralta Derecho Internacional Privado

Elizabeth Odio Benito

Derecho Penal Internacional

Joseph Thompson Jiménez

Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mauricio Salas Villalobos

Derecho Internacional Público y Económico











ÍNDICE

- 05 Presentación de la Primera Edición
- 66 Editorial: El Tratado sobre Comercio de Armas: un largo camino recorrido.

ENTREVISTA

11 Premio Manuel María de Peralta 2013: Embajador Alvar Antillón Salazar

ARTÍCULOS

- 19 El TLC con EFTA:
 Nuevos retos y oportunidades.
 Ricardo Zuñiga Rodríguez
- 29 El arbitraje ante el CIADI como mecanismo de resolución de disputas de inversión en Costa Rica Mauricio París Cruz y Natalí Sequeira Navarro
- 41 La protección diplomática y la nacionalidad de las personas Luis Alberto Varela Quirós

COMPETENCIA EDUARDO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA

- Orientación sexual, margen de apreciación, derechos de las niñas y los niños, no discriminación, derecho a la educación y cuestiones procesales ante la Corte Interamericana: Debates en torno al Caso Niña "X" y sus padres Vs. La República de Muykyta (CEJA 2012)
- 78 Resultados de la XVII Edición de CEJA.

Presentación Primera Edición

La Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACO-DI), fundada en 1994 y perteneciente al Consejo Latinoamericano de Estudiosos del Derecho Internacional y Comparado (COLADIC), tiene como fin promover el estudio de las distintas ramas del Derecho Internacional. Para cumplir este fin, organizamos diversos eventos cada año, entre los más destacados se encuentra la entrega del Premio Manuel María de

ACODI

ASOCIACIÓN COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL

Peralta a un profesional distinguido por sus aportes al Derecho Internacional en Costa Rica, y la Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Recientemente, ACODI se tomó la tarea de ir un paso más allá en la consecución de sus metas y emprendió el proyecto de crear una revista dedicada exclusivamente al estudio del Derecho Internacional y sus implicaciones en nuestro país. Así, nace la primera y única Revista Costarricense de Derecho Internacional.

La Revista se crea con el propósito de abrir un espacio para fomentar el interés y estudio del Derecho Internacional. Nuestra meta es que éste sea un foro que permita compartir y despertar la curiosidad intelectual que implica el análisis de las diferentes áreas de esta rama del Derecho.

Es nuestro gran honor presentarles esta primera edición, que esperamos sea tan solo el principio de muchas otras ediciones

por venir.

Deseamos agradecerle profundamente a los distinguidos autores y miembros del Comité Asesor de esta Revista por su apoyo esencial a esta iniciativa desde su nacimiento.

Valeria Tiffer Hangen Presidente



Editorial

El Tratado sobre Comercio de Armas: un largo camino recorrido

"El Tratado sobre el Comercio de Armas es el mayor aporte que hace Costa Rica a la humanidad".

Óscar Arias Sánchez

"Se lo debemos a esas millones de personas -normalmente las más vulnerables de la sociedad- cuyas vidas han estado ensombrecidas por el irresponsable e ilícito comercio internacional de armas".

Peter Walcott

En el 2006 se estimaba que el volumen de ventas de armas a nivel internacional rondaba un \$1.1 trillón (en escala numérica corta).1 Además, se estimaba que en los últimos tres años, más de un millón de personas habían sido asesinadas como consecuencia del comercio descontrolado de armas.² Actualmente, mil quinientas personas -una por minuto- mueren y muchas más resultan lesionadas por esta causa al día.³

Además de las violaciones a la vida y a la integridad física, el comercio de armas representa un gran desgaste para la economía de los países. Solo en el continente africano, los enfrentamientos armados generan un gasto de 18.000 millones de dólares al año. Esto, por supuesto, genera un retraso significativo en el desarrollo de aquellos países que tienen un conflicto de ese tipo.4

Debido a estas cifras, dedicaremos este espacio a uno de los logros más grandes del Derecho Internacional en los últimos años: el Tratado sobre Comercio de Armas (en adelante "el TCA" o "el Tratado"). Más de

¹ Stokholm International Peace Research Institute. SIPRI Military Expenditure Database [en línea]. Solno, Suecia: SIPRI, [segundo semestre de 2012] [citado el 23 de agosto de 2013]. World Disponible Wide Web: de http://www.sipri.org/research/armaments/milex/milex_datab

sobre-el-comercio-de-armas-preguntas-v-respuestas.

quince años de perseverancia, en oposición a un mercado estimado en USD \$70 billones (en escala numérica corta),⁵ merecen ser destacados.

La iniciativa

En 1997, un grupo de ganadores del Premio Nobel de la Paz unió fuerzas con algunas organizaciones no gubernamentales (ONG's) para exhortar a los Estados a la creación de un código de conducta para regular la transferencia internacional de armas. Si bien ya existían y posteriormente se darían algunos otros esfuerzos dirigidos a controlar el comercio de estos objetos, se podría decir que esta alianza fue la responsable de desencadenar una serie de eventos que finalmente culminarían en la aprobación de un TCA globalmente aceptado.

En el 2000 algunas ONG's apoyadas por consultores internacionales redactaron el primer borrador de una "Convención sobre Marco las Transferencias Internacionales de Armas".6 Más adelante, a partir de 2003, tres Estados -Camboya, Costa Rica y Mali- comenzaron a apoyar activamente la creación de un tratado para la regulación del comercio de armas. Con ese fin, inició la campaña "Armas bajo Control", que en el 2006 le entregó al Secretario General de las Naciones Unidas

² Rizvi, Haider. U.N. Passes Arms Trade Treaty Over U.S. Opposition [en línea]. Sine loco: Inter Press Service, 27 de octubre de 2006 [citado el 23 de agosto de 2013]. Disponible de World Wide Web: http://www.ipsnews.net/2006/10/politics-un- passes-arms-trade-treaty-over-us-opposition/.

³ Amnesty International Australia. 10 killer facts: the global weapons trade [en línea]. [Australia]: Amnesty International, 31 de julio de 2012 [citado el 23 de agosto de 2013]. Disponible de World http://www.amnesty.org.au/armstrade/comments/28098/.

⁴ Oxfam International. Tratado Internacional sobre el Comercio de Armas: Preguntas y Respuestas. Oxford: Oxfam International, [mayo de 2013] [citado el 23 de agosto de 2013]. Disponible de Wide http://www.oxfam.org/es/campaigns/tratado-internacional-

⁵ Amnesty International USA. UN: Don't waste historic chance for a lifesaving Armas Trade Treaty [en línea]. [Nueva York]: Amnesty International USA, 17 de marzo de 2013 [citado el 23 de agosto 2013]. Disponible de World Wide http://www.amnestyusa.org/news/news-item/un-don-t-wastehistoric-chance-for-a-lifesaving-arms-trade-treaty

⁶ Amnesty International y Oxfam International. Shattered Lives: the case for tough international arms control. Eynsham, Reino Unido: 2003, Information Press, p.71.

en ese momento -Kofi Annan- la petición "Un millón de rostros".⁷

El salto a Naciones Unidas

Aunque la Organización de las Naciones Unidas parece ser el foro ideal para discutir y aprobar este tipo de iniciativas, las posibilidades de un tratado de control de armas no se veían tan alentadoras en principio. Esto se debe a que los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, junto con Alemania, son los mayores exportadores de armas,8 supliendo al resto del Mundo con aproximadamente cuartas partes de su arsenal.9 Dichosamente, esta decisión no dependía del Consejo de Seguridad, sino de un órgano más representativo de la voluntad de la comunidad internacional.

En octubre de 2006 siete Estados¹⁰ introdujeron una moción ante la Asamblea General para que se tomaran las acciones necesarias en dirección a la aprobación de un tratado de control de armas, que fue aprobada de forma entusiasta mediante la resolución A/RES/61/89. Solamente Estados Unidos, en ese entonces bajo la administración de George W. Bush, votó en contra de esta resolución. Sin embargo,

también se debe indicar que otros grandes fabricadores de armas como Rusia, China, India y Pakistán no participaron en la votación.¹¹

Posteriormente, el 8 de junio de 2009, la Asamblea General compuso un Grupo de Trabajo de Composición Abierta para que los miembros de la Organización continuaran discutiendo esa posibilidad, por medio de la resolución número A/RES/63/240.

Uno de los momentos claves en este proceso fue el cambio de posición de los Estados Unidos, que en octubre del 2009 – ya bajo la administración de Barack Obama y con Hillary R. Clinton como Secretaria de Estado- decidió brindar su apoyo a un eventual tratado para el control del comercio de armas. 12 Con el apoyo del principal exportador de armas, la Asamblea General acordó un cronograma de negociaciones formales, que incluía cuatro reuniones preparatorias entre 2010 y 2012, y una conferencia final de negociaciones en julio de ese último año. 13

En julio de 2012, la Conferencia de Naciones Unidas produjo un proyecto de tratado. Sin embargo, este no fue aprobado ya que Estados Unidos, Siria, Rusia y algunos otros Estados solicitaron un plazo adicional para analizar la propuesta.¹⁴ No obstante, la insistencia de algunos Estados llevó a que se aprobara una resolución para

_

⁷ Armas bajo Control. *Tratado sobre el Comercio de Armas: Controles mundiales para un comercio mundial.* Sine loco: 2010, Instituto Sou de Paz, p.1.

⁸ Amnesty International. The "Big Six" arms exporters [en línea]. [Nueva York]: Amnesty International, 11 de junio de 2013 [citado el 25 de agosto de 2013]. Disponible de World Wide Web: http://www.amnesty.org/en/news/big-six-arms-exporters-2012-06-11

⁹ Amnesty International Ireland. *Campaigners call time on global arms trade ahead of historic treaty talks* [en línea]. [Nueva York]: Amnesty International Ireland, 11 de junio de 2013 [citado el 25 de agosto de 2013]. Disponible de World Wide Web: http://www.amnesty.org/en/news/campaigners-call-time-global-arms-trade-ahead-historic-treaty-talks-2012-06-11

¹⁰ Argentina, Australia, Costa Rica, Finlandia, Japón, Kenia y Gran Bretaña.

¹¹ Rizvi ob cit

 ¹² Clinton Rodham, Hillary. U.S. Support for the Arms Trade Treaty
 [en línea]. Washington D.C.: U.S. Department of State, 14 de
 octubre de 2009 [citado el 25 de agosto de 2013]. Disponible de
 World Wide Web:
 http://www.state.gov/secretary/rm/2009a/10/130573.htm

¹³ Resolución número A/RES/64/48 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁴ Oxfam International, op.cit. 4.

organizar una última conferencia para discutir el TCA en marzo del 2013.15

La adopción del Tratado

Esta conferencia tuvo lugar en marzo de este año en la sede central de Naciones Unidas en Nueva York. A horas de que finalizara la reunión de diplomáticos internacionales, un acuerdo por consenso fue imposibilitado por la oposición de tres Estados: Siria, Corea del Norte e Irán.¹⁶

Frente a este bloqueo, un grupo de doce representaciones introdujeron una moción para llevar el texto final del Tratado a la Asamblea General de las Naciones Unidas para que fuera ahí donde se aprobara por una mayoría de tres cuartas partes de los votos.¹⁷ De esta forma, el TCA fue finalmente aprobado el 2 de abril de 2013 resolución mediante la número A/RES/67/234 B con 154 votos a favor, 3 votos en contra y 23 abstenciones.18

El Tratado fue aprobado de forma tal que establece parámetros para todos los embarques transfronterizos de armas convencionales, que van desde municiones y armamento ligero hasta helicópteros de combate y buques de guerra. También crea la obligación para los Estados sus Parte de revisar contratos internacionales de armas a fin de ajustarlos a los nuevos estándares del TCA y asegurarse que no sean utilizadas para actos de terrorismo, abusos de derechos humanos, violaciones del Derecho Internacional Humanitario o crimen organizado.¹⁹

Firma, ratificación y entrada en vigor

El TCA quedó abierto a su firma el 3 de iunio de 2013 en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York. Desde entonces, y hasta su entrada en vigor, podrá ser firmado por los Estados que así lo deseen.

Hasta el momento, 85 Estados han firmado el Tratado.²⁰ El TCA entrará en vigor 90 días después de que 50 Estados hayan depositado su instrumento de ratificación. Este plazo comenzará a correr a partir de que el quincuagésimo Estado haya realizado acto, para esos primeros dicho depositantes. Posteriormente, para demás Estados, el TCA entrará en vigor 90 días después de que cada uno de ellos deposite su instrumento de ratificación.

Hasta el momento, únicamente cuatro Estados han atravesado este procedimiento. Islandia fue el primero en depositar su instrumento de ratificación el 2 de julio, y lo siguieron de cerca Antigua y Barbuda, Guyana y Nigeria.²¹ En Costa Rica, la Asamblea Legislativa aprobó el proyecto de

¹⁵ Resolución número A/RES/67/234 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

¹⁶ Oxfam Australia. Arms Trade Treaty a victory for victims of armed violence [en línea]. [Australia]: Oxfam Australia, 3 de abril de 2013 [citado el 28 de agosto de 2013]. Disponible en World Wide Web: https://www.oxfam.org.au/2013/04/arms-trade-treaty-avictory-for-victims-of-armed-violence/

¹⁷ Ibíd.

¹⁸ United Nations Department for Disarmament Affairs (UNODA). Following lengthy process which began in the 1990s, General Assembly today passes arms trade treaty [en línea]. [Nueva York]: UNODA, 2 de abril de 2013 [citado el 28 de agosto de 2013]. World Wide en http://www.un.org/disarmament/update/20130402/ATTVoti ngChart.pdf

¹⁹ La Nación. 60 naciones firman el primer tratado para regular el comercio de armas. [Argentina]: La Nación, 3 de junio de 2013 [citado el 28 de agosto de 2013]. Disponible en World Wide http://www.lanacion.com.ar/1588163-60-nacionesfirmaron-el-primer-tratado-para-regular-el-comercio-de-armas

²⁰ United Nations Department for Disarmament Affairs (UNODA). Arms Trade Treaty: Status of the Treaty. [Nueva York]: UNODA, 20 de setiembre de 2013 [citado el 20 de setiembre de Disponible en World Wide http://disarmament.un.org/treaties/t/att/deposit/asc ²¹ Ibíd.

ley bajo el número de expediente 18.800 y entró en vigencia a partir de su publicación el 19 de setiembre como la Ley No. 9164.²² Resta únicamente depositar el instrumento de ratificación, para que Costa Rica se convierta en un Estado Parte del TCA.

Conclusión

El desarrollo integral de las personas no debería depender de la voluntad de los grandes empresarios productores de armas, y los Estados que los protegen. Todas aquellas personas que sufren diariamente debido a esos intereses deberían estar en la mente de los gestores de las políticas públicas relacionadas con el comercio de armas. Es muy probable que el TCA no sea la solución definitiva de los conflictos armadas a nivel mundial, pero si logra que esas personas tengan los espacios necesarios para desarrollarse de manera integral -lejos de las armas- ya habremos dado un paso muy significativo hacia la paz.

José Jaime Villalobos Ruíz Editor

²²Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. *Detalles del proyecto de ley.* San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa, 20 de setiembre de 2013 [consultado el 20 de setiembre de 2013]. Disponible en World Wide Web: http://www.asamblea.go.cr/Centro de Informacion/Consulta http://www.asamblea.go.cr/Centro de Informacion/Consulta http://www.asamblea.go.cr/Centro de Informacion/Consulta



Entrevista Embajador Alvar Antillón

Premio Manuel María de Peralta 2013.

Alvar Antillón Salazar ingresó al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto el 15 de setiembre de 1953, cuando más se le necesitaba. A partir de ese momento se esforzó, con una pasión que únicamente aquellos que aman a lo que se dedican pueden tener, por fortalecer a esa institución.

En el transcurso de su carrera ha desempeñado cuantiosas misiones y participado en actos y consejos, representando al Estado en Asambleas Generales de las Naciones Unidas, de la OEA, de la ODECA y UNESCO, entre otras.

Fue el organizador de las primeras Cumbres y Conferencias Continentales en Costa Rica, entre las que vale citar la reunión de los mandatarios de Centroamérica y Panamá con el Presidente John F. Kennedy, así como la V y VI Reuniones de Consulta de los Cancilleres Americanos y las posteriores Conferencias Interamericanas de Derechos Humanos. Especializó su carrera en el conflicto de Oriente Medio y en asuntos interamericanos, así como en la problemática del Istmo Centroamericano. Entre

estas intensas actividades cabe citar las difíciles negociaciones del Grupo de Contadora durante la llamada Crisis Centroamericana en las que formó parte por Costa Rica del Grupo Técnico encargado de la difícil labor de elaborar los documentos y directrices emanados de dichas negociaciones. El 12 de agosto de este año, ACODI tuvo el honor de otorgarle el Premio Manuel María de Peralta por su distinguida trayectoria.

Afirma que la Diplomacia es el código de procedimientos del





"La diplomacia es el código de procedimeintos del Derecho Internacional".

Derecho Internacional, y que para ser diplomático no es necesario ser abogado ni vestir exageradamente a la última moda Lo único que se necesita es un intelecto bien nutrido Único habitante conocido del Teatro Nacional -aunque fuera tan solo algunos días-, ingeniero eléctrico aficionado a la fuerza y un escritor sobrio pero a la vez febril. En un mundo cada vez más digitalizado, un fiel crevente del papel en libros. Condecorado en veinticuatro ocasiones por diversos gobiernos, atesora la que le fuera concedida por el General Charles de Gaulle, Liberador de Francia, su primera Legión de Honor, porque la tuvo una segunda vez. Transmite la humildad característica de los sabios.

Con fascinantes historias de sus días en su segundo hogar, la Cancillería, don Alvar nos recibió amablemente en su casa para transmitirnos un poco de su experiencia. A continuación, algunos extractos de nuestra conversación.

¿Cómo recuerda sus primeros años en Cancillería? ¿Quiénes fueron sus mentores en el Ministerio y qué lo motivó para quedarse en esa función por más de 50 años?

Fascinado con el trabajo... fascinado. De lo contrario me hubiera ido. Vea, mi mentor fue Fernando Lara Bustamante, porque él fue el

quien me trajo. Yo iba ya a hacer mi vida en Estados Unidos, me acababa de graduar en junio y había hecho arreglos con la novia. Yo me iba a ir a Filadelfia a trabajar en el departamento de exportación de la compañía Firestone. Inclusive pensaba seguir estudiando también, cuando me llegó un telegrama de don Fernando Lara, ofreciéndome un trabajo en Relaciones Exteriores. Era en la Sección de Conferencias Internacionales. Entonces, bueno... acepté. Había tenido una diferencia con la muchacha, Mary Ann, y entonces acepté a punto de una corazonada sencillamente. Dejé libros y dejé cosas -uno va coleccionando en cuatro años de estudio muchas cosas- y me vine. Ahí (señalando

fotografía) llevaba un mes en el Ministerio y me fue encantando el trabajo. Me pusieron en un departamento que estaba a cargo solo de mujeres, entonces era el consentido porque yo era el único hombre en un departamento de seis mujeres. Pero el trabajo se fue haciendo interesantísimo, al punto que al día me llegaban cantidad de documentos, cantidad de agendas de conferencias que el país no podía atender, entonces a mí me tocaba de inmediato contactar a ministerios. a

funcionarios del gobierno y decirles "Mire, hay tal reunión. ¿Podemos enviar delegados? ¿Le interesa a usted la temática?". Si aceptaban viajar desde Costa Rica, en-

tonces nosotros les dábamos las instrucciones y los enviábamos, y si no había presupuesto para enviarlos, nombramos al cónsul que estuviera en la jurisdicción más cercana, aunque fuera un cónsul honorario, lo que sea. Lo nombramos de delegado, pero había que darle instrucciones. Todo ese tipo de trabajo me atrajo prácticamente desde el primer día que llegué. Como le digo, no hubo tiempo ni siquiera de pensar "me gusta o no me gusta" porque la dinámica, la fuerza, la cantidad de cosas que había que hacer era mucha

¿Desde que usted entró a Cancillería cuánto siente que ha avanzado el servicio diplomático, principalmente en las últimas décadas? ¿Cuáles siente que son los principales desafíos que todavía quedan por superar?

Se ha hecho mucho. El hecho de que se respete la carrera y que se haya creado y mantenido el Instituto Manuel María de Peralta es un gran avance. Claro, todavía faltan algunos puntos. La escogencia del personal, por

"La diplomacia es una élite, pero no económica o social, sino intelectual."

> ejemplo. Yo creo que el Instituto Manuel María de Peralta debería en esto jugar un papel más importante. Ahora, como está ahora, una persona llega y sencillamente hace un trámite, ¿verdad? Y ya adquiere derechos. Originalmente como habíamos planteado nosotros la situación, las personas debían ser examinadas por la Comisión Calificadora de Servicio Exterior porque para la diplomacia se requiere un conocimiento amplio del lenguaje y de la redacción, de la historia, una cultura general, básica, muy buena. Porque la diplomacia no es una profesión de destrezas, como la ingeniería o la computación o lo que sea. No, usted no

aprende destrezas. Usted lo que necesita es una mente, una mente bien desarrollada y bien llena de conocimientos, y eso es lo que hace al diplomático. Cuando vo daba clases le decía a mis alumnos "Vean, a mi no me importa que ustedes me vengan a citar de memoria los artículos de la Carta de las Naciones Unidas. No no, eso no es lo importante. Lo importante es que lea toda la historia de lo que costó esa Carta." Todos los manejos posteriores a la Guerra, el gran empeño

> de la señora Roosevelt, los enemigos que tuvo la carta. Países como la India, que se daban aires de mucha pureza y estuvo en contra de la Carta. Los países

árabes, todos los musulmanes estuvieron en contra de la carta. El señor Winston Churchill en contra de la Carta. Stalin en contra de la Carta. Y fue una señora, una mujer, la señora Roosevelt, viuda del Presidente Roosevelt, la que se empeño y lo logró. El mérito se lo merece ella, no se le ha reconocido suficiente mérito. Todo ese estudio, por ejemplo, el papel de Harold Stassen, Cordell Hull, Stetinius y el papel de otros grandes diplomáticos debería conocerlo un postulante antes de saberse de memoria los artículos. Yo se lo decía así a mis estudiantes. Que el Sistema Interamericano, bueno, hay que conocer toda la historia del Sis-



tema Interamericano; todos los problemas que pasamos en el Continente, nuestras diferencias con los Estados Unidos, las grandes diferencias entre los Estados de América y nuestra historia misma. Yo creo que una previa escogencia de los candidatos a la carrera por parte de una comisión ad-hoc sería muy beneficiosa para la carrera. Lo que pasa es que ahora, al hacer un examen de admisión, como ya lo dije, una persona ya adquiere derechos y hemos visto como los que se sienten perjudicados van a la Sala Cuarta y dicen "Yo aprobé el examen" y como la Sala Cuarta sólo toma en cuenta el derecho individual del postulante, no puede considerar que la diplomacia la debe integrar un grupo elitista, pero no económico ni social: sino intelectual. ¡Tiene que ser

elitista! Y eso de que un diplomático tiene que ser una persona elegante, y que se vista finísimo y que toma la tacita de té y la agarre así [realiza gesto con las manos],

"La herramienta más importante de un diplomático es el lenguaje, el dominio de la lengua materna, la habilidad de expresión."

jeso es un mito que tenemos nosotros! Yo conocí a uno de los mejores diplomáticos del mundo, que era un indígena brasileño -que hombre más inteligentey el jamás se vestía con corbatas Sulka. Siempre andaba así, con la corbata torcida [risas], ¡pero qué hombre! Que diplomático era. Entonces, aquí existe una idea muy errónea en ese sentido. Ah, ¿que usa corbata muy fea? (realiza gesto de indiferencia)... La herramienta más importante de un diplomático es el lenguaje, el dominio de la lengua materna, la habilidad de expresión.

¿De dónde surgió la iniciativa para implementar el Estatuto de Servicio Exterior en Costa Rica?

Le voy a explicar. Don Fernando Lara, en esa despedida (apunta nuevamente a la fotografía) que se le hizo en el Restaurante Hispano nos dijo a los que estábamos ahí, que éramos muy pocos y casi ninguno... solo había dos con título de abogado. Los demás dedicados a la parte protocolar. Ahí está ese muchacho Saborío Sartoressi -ese que se ve ahí de bigote-, él era de Protocolo. No había suficiente personal profesional. Imagínese que la Cancillería en total eran diecisiete personas y de los cuales dos eran ujieres, entonces... un Oficial Mayor, personal de protocolo, los de conferencias internacionales que éramos las muchachas y yo. Prácticamente ahí se comenzó a organizar una biblioteca, pero la biblioteca estaba en un garaje y la persona que la tenía no tenía experiencia bibliotecaria entonces ella tenía un modo muy especial de ordenar los libros y las publicaciones, no existía el Archivo como tal, sino que los expedientes que se acumulaban se metían en

> un sótano húmedo. No saben las cosas que... pero es que sí, a este país le tomó muy tarde el poder captar ese cambio tan grande que hubo después de la época ante-

rior a los años 40 con la Liga de las Naciones, de la cual Costa Rica se retiró por ocurrencias de don Ricardo Jiménez y luego vino la II Guerra que nos afectó muy duramente aquí, y luego las Naciones Unidas, y luego el cambio grande consiguiente, e inmediatamente después la transformación de la antigua Unión Panamericana en la Organización de los Estados Americanos jy la Cancillería seguía siendo la misma de los años 30! Es que la vida diplomática antes de la II Guerra era diferente, era muy formal, los diplomáticos llegaban y entregaban una nota, que se llamaba nota verbal, que se entregaba en Protocolo. Todas las notas se entregaban en Protocolo, oficina que luego decidía a quién le pasaba la nota. Normalmente todas se las pasaban al pobre Canciller que no sabía qué hacer con ellas, y así era... y de repente se nos viene esa tempestad, esa tremenda tempestad del cambio mundial y aquí no nos dábamos cuenta de que ese cambio determinaba una





Entrega del Premio Manuel María de Peralta 2013.

nueva concepción de las relaciones y nuevos organismos internacionales

Entonces vea... primero hice un reglamento de tareas y funciones muy primitivo, porque lo que hice fue sencillamente estudiar qué era lo que teníamos y ponerlo con atribuciones más acordes con los nuevos tiempos. Hubo ciertos departamentos con atribuciones muy extrañas. Por ejemplo había un departamento que se llamaba CAPEC (que era Centroamérica, Panamá, el Caribe y Estudios Internacionales).

No me parecía que estuviera todo lo relativo a esos países en una sola oficina. Debía ser más orgánico. Se creó una nueva oficina de estudios internacionales, muy interesante. Don Fernando Volio Jiménez fue nombrado en esa una vez, y se hizo mucho, pero poco a poco. Entonces fue Don Daniel Oduber el que me dijo "Mirá Alvar, hay que poner todo esto en orden, para que no nos estén cambiando la situación", y entonces con base en esas instrucciones fue que hice la primera ley orgánica, que es muy sencilla, pero al propio es muy

sencilla, para que se pudiera dividir en departamentos y en secciones, de acuerdo a subsiguientes necesidades pero logré meter ahí el artículo que dice que la diplomacia es una carrera. Ese artículo es el que mantiene la carrera aún hoy día.

¿Y la iniciativa de implementar toda esta normativa vino de usted?

Sí, claro. Y luego vino el Estatuto, jy el Estatuto cómo costó! Porque había diputados que tenían otras ideas, entonces cada uno le metía una corrección al Estatuto de Servicio Exterior. Sin embargo, logró salir con algunas materias básicas necesarias para un diplomático, pero no necesariamente un diplomático tiene que ser de esa profesión. Daba oportunidad el Estatuto de establecer las asignaturas y materias de otras disciplinas, digamos inclusive como la Medicina, sencillamente para ponerse al día -para eso se creaba el Instituto- y en cualquier momento un médico, o un politólogo podía incorporarse a la carrera diplomática... pero siempre entrando a través del Instituto, y a través de la Comisión Calificadora. Pongamos por ejemplo un médico, porque para que una persona sea delegado permanente ante el Organismo de Salud (la OMS) pues es lógico que tiene que tener una base médica o una base científica médica y digamos, la persona que en Canadá se haga cargo de la representación ante la UIT (la Unión Internacional de Telecomunicaciones), esa persona debería tener también una base técnica de electrónica, telecomunicaciones y todo eso. Por eso es que se dejó la posibilidad abierta. En la diplomacia existen especializaciones y todavía falta organizar ese aspecto un poco mejor. Eso no quiere decir que una persona que estudió Relaciones Internacionales no puede especializarse en una rama, ¡claro que puede! Por eso yo digo que la base principal de la escogencia de una persona es su inteligencia, su bagaje intelectual, esa cajita que tenemos aquí (señala su cabeza), eso es lo principal. No cómo se viste, ni como agarra la tacita de té ni nada de eso.

Si tuviera que resaltar algún momento o logro de su carrera diplomática, ¿cuál sería?

Es que hubo tantos. Es muy difícil precisar un momento. Cada uno era importante y tenía tanto interés. Hubo dos áreas que a mí siempre me interesaron mucho, que eran Medio Oriente y Centroamérica. Me acuerdo muy bien cuando llegó Yasser Arafat a las Naciones Unidas, dijo un discurso que a mí

me impresionó mucho, porque dijo "Traigo la rama de olivo aguí en mis dientes. La rama de olivo de la paz. La ofrezco, ojalá que la tomen." Y la reacción de Israel y de muchos países fue contraria. Los Estados Unidos, porque Yasser era terrorista, porque era esto y lo otro. Una persona puede cambiar de opinión, y Yasser Arafat fue casado con una señora cristiana... todavía vive la señora Arafat. Entonces él no era un musulmán de esos fanáticos como los chiitas. Él lideraba el Movimiento Palestino, pero es que en el Movimiento Palestino hay mucho de razón. El caso de Israel hay que tomarlo en este momento como que si los indígenas del altiplano dijeran ahora "Nosotros tenemos derecho a tomar el Perú. ¿Por qué? ¡Porque nosotros estuvimos aquí primero!" Desde un punto de vista histórico y humanista, uno tendría mucha simpatía por los incas, porque sufrieron mucho. Ellos eran los dueños de ese territorio, pero es que ya no se puede devolverles el Perú, porque ya ha habido cambios históricos, ha habido nuevos desarrollos étnicos y culturales, con etnias provenientes de diferentes lugares que han formado el Perú, entonces ya no se les podría devolver Perú a los incas. Así en el caso de los israelitas. Ellos decían que ese era su hogar ancestral. Sí es cierto, ellos fueron expulsados por los romanos, pero eso fue hace dos mil años. Entonces lo lógico era que si las Naciones Unidas, es decir, la mayoría mundial, decretaba que muy bien, Inglaterra accedió a una migración judía masiva debido a las barbaries del régimen Nazi, y permitió la entrada de una gran cantidad de judíos europeos a Israel v se había formado una comunidad judía moderna y muy dinámica, entonces lo lógico era que se aceptara la tesis de dos Estados, un Estado palestino- y otro israelí. Y así fue la resolución de las Naciones Unidas, una partición de Palestina. Sin embargo, hubo cabezas calientes de los dos lados. Del lado de los palestinos estaba el Mufti de Jerusalém, un fanático y por cierto que pro Nazi, que fue uno de los que más instigó para que los palestinos y los árabes en general se rebelaran contra la presencia judía en esa tierra. Entonces yo me interesé mucho en ese problema... El actual Presidente de Israel, el Laborista Simon Peres, cuando vino la primera vez a Costa Rica, muy jóvenes los dos, me explicó toda la historia subvacente del conflicto.

Más allá de su carrera diplomática, ¿qué disfruta hacer en sus momentos libres? ¿Qué libro se está leyendo actualmente? ¿Qué le causa risa? ¿Qué le gusta hacer, en general?

En este momento tengo las manos llenas porque estoy escribiendo dos libros al mismo tiempo, y uno de ellos es una novela, y esa novela... solo a mí se me ocurre [risas]. Esa novela es un poco complicada y tengo que escribir mucho sobre lo que fue la barbarie Nazi en Europa y en especial en Europa oriental con los Einsatzgruppen, que en ese momento eran los grupos de tareas o de ataque, dirigidos por un monstruo que se llamó Heydrich, y entonces me encanta escribir sobre el tema. Normalmente borro un montón de páginas y las vuelvo a reescribir, porque a veces me pongo muy emotivo. Yo soy muy sobrio en mi escritura, pero... estoy en eso. Ahora estoy también con una secuela de mi libro sobre el Acta de Contadora, otro de los

momentos álgidos de mi carrera, porque fueron casi cuatro años de negociaciones sobre la crisis de Centroamérica. Entonces estoy ahora tratando de escribir una secuela sobre lo que sucedió después de que se aprobó el Acuerdo de Esquipulas II, bueno ¿Qué pasó? ¿Qué se hizo? ¿Qué sucedió? Porque Esquipulas II fue la consecución del Acta de Contadora que para mí es el proyecto de tratado más completo que se ha gestionado aquí en Centroamérica, en Costa Rica. Hubiera cambiado la faz de Centroamérica, si ese tratado se hubiera aprobado. Sin embargo, ni Estados Unidos lo quería para El Salvador y Honduras, ni Cuba lo quería para Nicaragua, entonces esos Estados -que yo llamo "Estados Respaldo"- siempre se opusieron al Acta de Contadora. Entonces surgió la idea aquí, ya en la Administración Arias, de sustituirlo por una declaración, que no tiene valor jurídico ni obligatoriedad. Entonces estoy escribiendo precisamente eso, ¿qué sucedió después? Honduras sigue gastando en fuerza aérea, Nicaragua en infantería, en helicópteros, Guatemala en un ejército completo que le cuesta una gran porción del Presupuesto Nacional... Entonces en eso he andado [risas].



Foto de la entrevista realizada en el casa del señor Embajador.



El TLC con EFTA: nuevos retos y oportunidades

Ricardo Zúñiga Rodríguez*

Resumen

El 24 de junio del 2013, Costa Rica y Panamá (referidos de manera colectiva como los Estados Centroamericanos) suscribieron un Tratado de Libre Comercio (el Tratado) con la Asociación de Libre Comercio Europea (conocida por sus siglas en inglés EFTA, European Free Trade Association, EFTA). El propósito del presente artículo es: (i) conocer con un mayor nivel de profundidad algunos aspectos relevantes de EFTA, (ii) la relevancia del Tratado para Costa Rica, (iii) aspectos a destacar del acuerdo, y (iv) consideraciones generales.

Abstract

Last June 24th, Costa Rica and Panama subscribed a Free Trade Agreement with the European Free Trade Association (EFTA). The purpose of this article is to: (i) get a wider idea of some of EFTA's relevant aspects, (ii) the significance of the Agreement for Costa Rica, (iii) highlight some aspects of the Agreement, and (iv) general observations.

*El autor es Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, y cuenta con un Máster en Administración Pública de la Universidad de Harvard. Ha ostentado distintos cargos tanto en el sector privado como público relacionados con el comercio internacional y la inversión extranjera. entre los que se encuentra el cargo de Director de Comercio Exterior de COMEX.

¿Qué es EFTA?

EFTA es uno de los bloques comerciales de países más antiguos del orbe. Fundado en 1960 por Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal Suiza y Gran Bretaña en respuesta al surgimiento de la Unión Europea (UE), actualmente se encuentra conformada por dos países alpinos, Suiza, Liechtenstein, y dos nórdicos, Noruega e Islandia.

Los principales instrumentos jurídicos de la organización son: la Convención de EFTA, conocida como la Convención de Vaduz, firmada en el 2001 en esta ciudad de Liechtenstein, cuyo objetivo es regular el comercio entre los países Miembros; el Acuerdo para el Área Económica Europea, que crea un mercado interno entre EFTA (con excepción de Suiza) y la UE; y los tratados de libre comercio con terceras partes, dentro de los cuales se encuentra el propio Tratado.² La Secretaría de EFTA es el órgano competente para la administración de los tratados de libre comercio.

EFTA cuenta con una amplia plataforma de comercio exterior, que permite a sus miembros tener acceso a una gran variedad de mercados internacionales. Dicha plataforma, además del acuerdo con la UE, incluye 26 acuerdos con 36 socios comerciales (e.g. Colombia, Perú, el Consejo de Cooperación del Golfo -Bahrein, Omar, Catar, Kuwait y Arabia, Saudita-, Hong Kong, Namibia, Suráfrica, Túnez, México) y sendos tratados en negociación con países tales como Indonesia, India, Tailandia, Bielorrusia, Indonesia v Kazajistán.³

Todos los miembros de EFTA tienen altos niveles de capacidad adquisitiva, con un producto interno bruto per cápita promedio de EUR36.650 (aprox. US\$47.868), el cual es un superior en casi un 50% al de la UE (aprox. US\$31.868)4, y similar al de los EE.UU, (US\$48.111).5

Por su parte, los países de EFTA son líderes en sectores clave de la economía global: Suiza es líder en los sectores farmacéuticos, biotecnología, banca y seguros; Liechtenstein se destaca en productos intensivos en investigación y desarrollo e instrumentos de precisión; Islandia es rica en recursos naturales, incluyendo fuentes de energías renovables como la hidráulica y geotérmica, además de contar con una fuerte industria pesquera y una creciente industria de servicios y de aluminio; y, Noruega también cuenta con vastos recursos naturales y es un líder global en servicios portuarios, de telecomunicaciones y en la industria pesquera.6 Por tanto, el potencial de sinergias que los socios comerciales de EFTA pueden derivar en materia de comercio, inversión, innovación y cooperación es verdaderamente amplio.

Los países EFTA también ocupan las más altas posiciones en el Reporte de Competitividad del Foro Económico Mundial, y Suiza se mantiene a la cabeza del Índice Global de Innovación 2013, lo cual podría tener un efecto indirecto en la mejora de la competitividad nacional como consecuencia del fortalecimiento de la relación

The European Free Trade Association, http://www.efta.int/about-efta/the-european-free-tradeassociation.aspx.

² Ibíd., pg. 11.

³Grønningsæter Tore y Reynolds, Juliet, This is EFTA, http://www.efta.int/~/media/Files/Publications/this-isefta/this-is-EFTA-2012.pdf, pg. 16.

⁴ Ibíd., pg. 11.

Datos Banco Mundial, del http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.PCAP.CD.

This is EFTA, editada por Tore Grønningsæter, http://www.efta.int/~/media/Files/Publications/this-isefta/this-is-EFTA-2012.pdf, pg. 10.

comercial ambos países.7 Esto por cuanto la formación de alianzas comerciales entre empresas costarricenses de EFTA implicaría un mayor nivel de preparación de nuestras compañías y un incremento en la competitividad, con la finalidad de cumplir los estándares de calidad y las nuevas tendencias de bienestar que espera el consumidor de EFTA.

¿Por qué EFTA?

Existen varias razones que reflejan los potenciales beneficios que pueden emanar de este acuerdo comercial. El primer pilar de la política comercial de Costa Rica es la consolidación, ampliación y racionalización de la plataforma de comercio exterior. Luego de la suscripción del Acuerdo de Asociación entre Centroamérica y la Unión Europea (AACUE), la negociación de un TLC con EFTA fue un paso natural para cumplir con el objetivo de consolidar el acceso preferencial al AACUE establece mercado europeo. El condiciones preferenciales para acceder a los 27 países miembros de la UE (a los cuales se suma Croacia, que se integró a la UE a partir del 1º de julio), pero no para los mercados de alto poder adquisitivo como los de EFTA. Otros países como Perú y Colombia -que tienen una oferta exportable en alguna medida, similar a la costarricense-, además de potenciales competidores de otros continentes, cuentan con un acuerdo comercial con EFTA, por lo que se torna relevante equiparar a los productores costarricenses a los de dichos países.

En términos combinados, EFTA es la doceava economía del mundo, ya que posee un PIB total de US\$954 miles de millones, lo cual representa un interesante mercado tanto para el sector productivo costarricense, como para el panameño que también formó parte de esta negociación.8 En el 2012, la Promotora de Comercio Exterior (Procomer) realizó mapeos de los mercados suizos y noruegos, en los que se valoraron los hábitos de compra de los consumidores suizos y noruegos. Según dichos estudios, dichos hábitos coinciden con varios productos que forman parte de la oferta exportable nacional: 9

- Los noruegos utilizan el 11,4% de su ingreso para la compra de alimentos. De éste, más del 20% se utiliza en carne, mientras que los vegetales, frutas, grasas y otros productos, tienen una participación conjunta del 22%.
- Asimismo, "(...) la relativa poca producción local de ciertos alimentos abre oportunidades a países como Costa Rica cuya oferta exportable agroindustrial es variada y de alta calidad."10
- El mercado de salud y bienestar se encuentra en pleno crecimiento, el cual incluye tendencias de alimentos conocidos como "mejor para usted" (en inglés, better for you).
- Los suizos gastan el 9,3% de su ingreso en alimentos, el cual se encuentra fragmentado en un 2,2% por el consumo de carne (i.e. más del 20% del gasto total de alimentos), el 2,1% en vegetales y frutas (i.e. más del 20% del gasto total de alimentos) y un 0,6% en azúcar y confitería (más del 6% del gasto total de alimentos).¹¹
- Más del 85% de los minoristas en Suiza venden productos certificados de

⁷ Reporte de Competitividad Global del Foro Económico

http://www3.weforum.org/docs/WEF GlobalCompetitiveness Report 2012-13.pdf.

⁸ Ibíd., pg. 33. Para mayor claridad, miles de millones se lee en inglés como billions.

⁹ Arianna Tristán, Procomer, Mapeo del Mercado de Noruega, 2012, pg. 14 y 15.

¹⁰ Ibíd., pg. 15.

¹¹ Vargas José Manuel, Mapeo del Mercado de Suiza, 2012, pg.

comercio justo tales como plátanos, yogur, café y miel.¹²

Como consecuencia, los mercados de los países tienen hábitos de consumo que favorecen el potencial consumo de productos costarricenses tales como vegetales y frutas, entre otros. Asimismo, el alto nivel de sofisticación abre las puertas a productos de alto valor agregado costarricense, por lo que el Tratado vendría a generar importantes oportunidades para el sector agroindustrial.

El TLC con EFTA - Aspectos normativos y de acceso a mercados

El proceso de negociación del TLC con EFTA incluyó las siguientes rondas de negociación:

- I Ronda de negociación, celebrada del 28 de febrero al 1º de marzo, la cual se enfocó en aspectos conceptuales de la negociación.
- II Ronda, celebra del 4 al 7 de junio, durante la cual se empezaron a negociar los aspectos normativos.
- III Ronda, celebrada del 20 al 24 de agosto
- IV Ronda, celebrada del 29 de octubre al 2 de noviembre, que se enfocó en darle un impulso considerable a los aspectos normativos del acuerdo y a avanzar en la negociación del acceso a mercados.
- V Ronda, celebrada en diciembre, que permitió a Costa Rica concluir la negociación del Tratado en su totalidad.

La negociación fue precedida de consultas sectoriales de bienes y servicios, del 13 al 20 de

El Tratado se encuentra compuesto de las disposiciones normativas, que incluyen todos aquellos capítulos que establecen las reglas para la aplicación y administración de las relaciones comerciales; y, las disposiciones de acceso a mercados, que recogen las listas específicas de productos con acceso preferencial que surgen como resultado de la negociación. El Tratado de denominó: Tratado de Libre Comercio entre la Asociación Europea de Libre Comercio y los Estados Centroamericanos.

A continuación se incluye un análisis de aspectos relevantes de las disposiciones normativas y de acceso a mercados, los cuales contribuyen al fortalecimiento del derecho comercial internacional de nuestro país.

A. Acceso a Mercados

Según datos del Ministerio de Comercio Exterior Costa Rica exportó US\$41 millones e importó US\$123 millones desde EFTA. De acuerdo con datos de EFTA, el comercio total de EFTA con Costa Rica y Panamá alcanzó US\$689 millones y creció a una tasa del 6,2% en el periodo 2002-2012. Las disposiciones de acceso a mercados resultantes incluyen el acuerdo con EFTA de otorgar libre comercio inmediato al 99,5% de las exportaciones actuales costarricenses, y acceso

febrero, del 9 al 16 de julio, y una consulta de bienes del 1º al 5 de octubre, durante las cuales se definió la posición de negociación del país. Guatemala y Honduras también formaron parte de la negociación con los países centroamericanos, pero no lograron un acuerdo, por lo que sólo Panamá y Costa Rica lograron constituirse en socios comerciales de EFTA.

²TVICIOS, del 13 al 20 de ¹³ EFTA signs Free Trade Agreement with Costa Rica and Panama, http://www.efta.int/free-trade/free-trade-news/2013-06-24-central-america.aspx

¹² Ibíd., pg. 22.

preferencial a un 95% del universo arancelario, con lo que se procura incrementar las cifras de comercio e inversión existentes.

Los industriales, bienes procesados agrícolas (conocidos por sus siglas en inglés PAPs, que significa processed agricultural products) y bienes agrícolas se negociaron de manera separada en la negociación. EFTA otorgó libre comercio inmediato para la totalidad de los bienes industriales, lo cual representa una oportunidad interesante para el sector industrial costarricense. En el caso de PAPs y bienes agrícolas, EFTA otorgó acceso preferencial a Costa Rica para bienes tales como: azúcar, café, flores, follajes, banano, puré de banano, hortalizas (de manera estacional, en casos como el de Islandia), gelatinas en polvo, polvos para la preparación de bebidas, y jugo de naranja. Algunas de las concesiones otorgadas a Costa Rica, como por ejemplo, de puré de banano, implican condiciones más favorables que las otorgadas por EFTA a otros socios comerciales, lo cual coloca a los productores de estos alimentos en una posición altamente competitiva.

Por su parte, Costa Rica otorgó acceso preferencial al 92% de las importaciones actuales provenientes de EFTA, las cuales incluyen medicamentos para consumo humano, combustibles, reactivos de diagnóstico, bacalaos y abonos, entre otros.

Con base en lo anterior, podemos concluir que el comercio de Costa Rica con EFTA tiene potencial para superar los niveles actuales, y aprovechar las oportunidades generadas, las cuales incluyen el sector industrial -que se abrió en su totalidad-, y que puede destacarse en la provisión de microcircuitos integrados, dispositivos, y otros productos o partes que puedan producirse competitivamente y con altos niveles de innovación en nuestro país; asimismo, en consideración de los mecanismos de acumulación

regional, y de la fijación de normas flexibles, el Tratado tiene el potencial para facilitar los encadenamientos productivos con otros países Parte del Tratado en el primer caso, y de la región en el segundo. En cuanto a los sectores agrícola y agroindustrial, según los estudios citados de Procomer, los consumidores de EFTA son altamente sofisticados, y requieren productos de calidad y valor agregado, tales como los que el sector costarricense ya se encuentra colocando de incremental forma en los mercados internacionales.

B. Disposiciones normativas

El Tratado es de amplia cobertura, e incluye disposiciones sobre los siguientes temas:

- Comercio de mercancías.
- Reglas de origen.
- Facilitación de comercio.
- Medidas sanitarias y fitosanitarias.
- Obstáculos técnicos al comercio.
- Empresas comerciales del Estado.
- Subsidios y medidas compensatorias.
- Defensa comercial.
- Comercio de servicios.
- Comercio electrónico.
- Servicios financieros.
- Servicios de telecomunicaciones.
- Inversión.
- Protección de la propiedad intelectual.
- Contratación pública.
- Comercio y desarrollo sostenible.
- Solución de controversias.
- Disposiciones finales.

Las disposiciones de algunos como empresas comerciales del Estado, subsidios y medidas compensatorias, comercio y desarrollo sostenible, política de competencia, compras del sector público, solución de controversias, reafirmaron lo establecido en el marco de la normativa de la Organización Mundial de Comercio, o en el de otros acuerdos comerciales. Por tanto, el propósito de esta sección es analizar es algunos artículos o medidas que constituyen novedades u otros aspectos a destacar en relación los acuerdos comerciales que fueron sido previamente negociados por Costa Rica, o que pueden llegar a jugar un rol importante en la relación entre los países miembros del Tratado.

1. Reglas de origen

El objetivo principal de las reglas de origen es determinar los requisitos que los productos deben cumplir para calificar como originarios de una de las Partes, para de este modo, gozar de las preferencias arancelarias otorgadas por el Tratado. En algunos casos, la modalidad de la regla de origen indica si los productos deben ser totalmente obtenidos en el territorio nacional, o el mínimo de operaciones que deben ser realizadas en el país.

En términos generales, las reglas de origen de este Acuerdo son flexibles, en la mayoría de los casos, lo cual incrementa la eficiencia en los costos empresariales, al permitir la utilización de materia prima provenientes de otras naciones. Dentro de los productos con reglas flexibles se encuentran: productos plásticos, de cuero, textiles, y otros productos agrícolas. En su mayoría, las reglas de origen se negociaron de forma común para todos los países (de Centroamérica y de EFTA), aunque en algunos productos, como por ejemplo el jugo de naranja, las reglas se negociaron bilateralmente, para responder a la necesidad de nuestro país de contar con materia prima proveniente del exterior. Las reglas de origen aplicables a ciertos productos agrícolas tales como frutas y productos lácteos

son rígidas, para responder a la realidad de los sectores productivos nacionales.¹⁴

Otro aspecto a destacar es que el Tratado establece la acumulación regional, el cual es un mecanismo que establece la posibilidad de utilizar materia prima originaria de países que formen parte del Tratado, para integrarla a sus procesos productivos, y gozar de las preferencias arancelarias establecidas en dicho instrumento jurídico. Por ejemplo, en el caso de una empresa costarricense desee exportar un producto que tenga una regla de origen rígida -que requiere la utilización de materia prima nacional-, la empresa, a través de la acumulación regional, podría utilizar materia prima de Panamá o de los países EFTA. De esta forma, la acumulación regional fortalece la integración y promueve los encadenamientos productivos con los países Parte del acuerdo comercial.

En materia de certificación, se siguió un esquema similar al del AACUE, en el que Procomer opera como entidad certificadora. Cabe resaltar que dicho esquema promueve la facilitación de comercio, dado que cuando un producto tenga un valor de transacción menor a un monto específico, el exportador podrá presentar una declaración de origen del producto. La idea o ratio detrás del esquema mixto es con base en principios como la buena fe, promover los flujos de comercio entre las Partes.

¹⁴ COMEX, Informe de Resultados de la Negociación con la Asociación Europea de Libre Comercio. http://www.comex.go.cr/sala_prensa/comunicados/comunicados/Informe%20de%20resultados%20Cierre%20de%20la%20Negociacion%20con%20la%20Asociacion%20Europea%20de%20Libre%20Comercio.pdf

2. Facilitación de comercio

El Tratado incluye un anexo que procura promover medidas de facilitación de comercio sobre la base de ciertos principios, incluyendo: ¹⁵

- Transparencia, eficiencia, simplificación y armonización de las medidas comerciales y aduaneras.
- Promoción de estándares internacionales y de tecnología de la información.
- Cooperación aduanera y controles gubernamentales cimentados en la gestión de riesgo.
- Consultas entre las Partes y las comunidades empresariales, lo cual permite un mayor nivel de participación ciudadana.

Con base en dichos principios, se acordaron medidas enfocadas en el fortalecimiento de la transparencia, como por ejemplo la publicación "sin demora" de leyes, reglamentos y decisiones administrativas que sean relevantes para efectos de la relación entre EFTA y los Estados Centroamericanos. Se "alienta" a las Partes a traducir las medidas pertinentes al inglés, más no existe una obligación específica. 16

Otra disposición clave es la facultad otorgada a los exportadores y productores de una Parte, para solicitar resoluciones anticipadas a las autoridades competentes del país importador sobre aspectos puntuales tales como: la clasificación arancelaria de un producto, su valoración aduanera y las reglas de origen aplicables; la importadora también se encuentra facultada para solicitar resoluciones anticipadas. En todos los casos, la autoridad competente deberá emitir la respuesta respectiva en el plazo de los 90 días siguientes a la

solicitud presentada, siempre que la Parte solicitante haya presentado todos los documentos requeridos.¹⁷

3. <u>Obstáculos técnicos al comercio y medidas</u> sanitarias y fitosanitarias

Las disposiciones sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) se analizan de manera conjunta con las referidas a obstáculos técnicos al comercio (OTC), puesto que en ambos casos, las Partes reafirman la aplicación de los acuerdos sobre la materia de la Organización Mundial de Comercio, i.e. Acuerdos de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y el Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio.

No obstante, lo que diferencia a los artículos sobre MSF y OTC es el mecanismo de consultas técnicas establecido por el Tratado, el cual permite a las Partes celebrar este tipo de consultas si considera que la otra Parte adoptó una medida que no se conforma al Acuerdo de OTC o MSF de la OMC, según corresponda. Las Partes tienen 40 días para solucionar sus diferencias a través del mecanismo de consultas técnicas.

La fijación de consultas de esta naturaleza es altamente relevante puesto que abre un canal para que las Partes resuelvan sus preocupaciones comerciales de manera oficial, pero amigable y en procura de un mutuo entendimiento, pero sin necesidad de activar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Dado que este mecanismo va más allá de lo establecido por la OMC, en el argot del comercio exterior se denomina OMC-plus.

_

¹⁵ Tratado de Libre Comercio entre la Asociación Europea de Libre Comercio y los Estados Centroamericanos, Anexo VII, artículo 1.

¹⁶ Ibíd., artículo 2.

¹⁷ Ibíd., artículo 3.

4. Defensa comercial

La principal diferencia entre las medidas acordadas para defensa comercial entre el Tratado y otros acuerdos comerciales previos, es que éste requiere la celebración de consultas previas por un espacio de 20 días, antes de iniciar los procedimientos anti-dumping. Esta medida permita la búsqueda de una solución mutualmente satisfactoria, antes de iniciar procedimientos de anti-dumping, que pueden resultar más onerosos y consecuencias negativas para el comercio y las Partes involucradas.

Por lo demás, las disposiciones sobre defensa comercial de este acuerdo son similares a los de otros acuerdos comerciales, en tanto que establecen parámetros y procedimientos similares en el caso de salvaguardias, anti-dumping (excepto por la consulta indicada) y subvenciones.¹⁸

5. Inversión

La inversión acumulada proveniente de EFTA supera los US\$140 millones, por lo que la incorporación de un capítulo de inversión se tornaba del mayor interés para ambas partes.

El capítulo de inversión establece la aplicación del principio de trato nacional, el cual se define como la obligación de otorgar a las personas físicas o jurídicas, un trato no menos favorables, que aquel otorgado a sus propias personas físicas y jurídicas, en circunstancias similares. El capítulo aplica a la presencia comercial de todo tipo de actividades, con excepción de las dedicadas a servicios, para el cual se establece un capítulo separado.¹⁹

El capítulo de inversión coexiste con los acuerdos para evitar la doble imposición los acuerdos bilaterales para la protección de la inversión, de los que los países EFTA o los Estados Centroamericanos formaren parte. En caso de surgir una controversia, los Partes podrán elegir el foro, sea uno de los acuerdos existentes o el Tratado, los cuales serán excluyentes uno del otro.20

Las partes establecen una serie de reservas establecidas en el Anexo XVIII, las cuales enumeran los sectores con respecto a los cuales no existe la obligación de aplicar el principio del trato nacional. Dichas reservas fueron establecidas a través de la modalidad denominada "listas negativas", por lo que el principio de no discriminación aplica a todas las actividades, excepto a los indicadas taxativamente en las listas provistas por dicho anexo.²¹ El propósito principal es evitar la discriminación o un trato que favorezca a las personas físicas o jurídicas nacionales, salvo por los sectores que fueron reservados en el anexo en cuestión.

Cabe resaltar que el capítulo también establece la obligación de las Partes de otorgar entrada temporal a las personas físicas que operen como personal clave de las personas físicas o jurídicas provenientes de otra de las Partes, que hayan establecido o establezcan presencia comercial en su territorio. El derecho de entrada temporal se extiende al cónyuge o hijos del personal clave, y en todos los casos, su otorgamiento deberá estar sujeto a las leyes y regulaciones del país.²²

¹⁸ COMEX, Informe de Resultados de la Negociación con la Europea Libre Comercio. Asociación de http://www.comex.go.cr/sala_prensa/comunicados/comunicad os/Informe%20de%20resultados%20Cierre%20de%20la%20Ne gociacion%20con%20la%20Asociacion%20Europea%20de%20L ibre%20Comercio.pdf

¹⁹ Tratado de Libre Comercio entre la Asociación Europea de Libre Comercio y los Estados Centroamericanos, artículos 5.1 y 5.3.

²⁰ Ibíd., artículo 5.1.

²¹ Ibíd., artículo 5.3 y Anexo XVIII.

²² Ibíd., artículo 5.5.

6. Comercio de servicios

El Tratado también incluye un capítulo de comercio de servicios, el cual es consistente con la normativa de la OMC, en particular, del Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS). El capítulo procura la no discriminación y facilitar el acceso al mercado de servicios a través de las cuatro categorías o modos de suministro regulados por el AGCS de la OMC:

- Comercio transfronterizo, el cual se presta del territorio de una de las Partes al territorio de otra de las Partes. Por ejemplo, los nacionales de una Parte reciben servicios de correos o telecomunicaciones de otra de las Partes.
- Consumo en el extranjero, el cual se presta desde el territorio de una de las Partes a un consumidor de servicios de otra de las Partes. Para efectos de ilustración, un nacional de una de las Partes se desplaza a otro país como turista, o,
- Presencia comercial, mediante el cual un proveedor de servicios de una de las Partes tiene presencia en el territorio de otra de las Partes. El ejemplo clásico es una subsidiaria, sucursal o representante comercial de una Parte que se establece en la otra Parte.
- Presencia de personas físicas. En este caso, la persona física se desplaza al territorio de una Parte para prestar sus servicios Podría tratarse de un consultor o profesional sanitario.²³

Al igual que en el caso del capítulo de inversión, los países asumen obligaciones de no discriminación a los proveedores de la otra Parte,

²³ Módulo de formación del AGCS de la OMC, del cual se tomaron los modos y ejemplos, http://www.wto.org/spanish/tratop s/serv s/cbt course s/c1 s3p1 s.htm.

obligaciones que se detallan en una lista de compromisos. A diferencia del caso de inversión, las obligaciones de acceso a mercados y trato nacional para actividades de servicios, se hacen a través del enfoque de listas positivas, lo cual implica que se otorgará trato nacional únicamente en aquellas actividades que se establezcan de manera explícita o taxativa. Por su parte, las obligaciones relacionadas con la aplicación del principio de Nación más Favorecida (NMF) se establecen mediante el enfoque de listas negativas. Como consecuencia, las reservas se establecieron por primera vez a través de un enfoque mixto, con listas negativos para NMF en servicios (e inversión) y positivas para acceso a mercados y trato nacional.

Consideraciones Generales

Este TLC constituye el mecanismo institucional para la regulación de las relaciones entre Costa Rica, Panamá, y los países de EFTA, al proveer una cobertura amplia para temas que van más allá del mero comercio de mercancías, incluyendo comercio de servicios, compras del sector público, política de competencia, defensa comercial, intelectual, propiedad inversión, electrónico, servicios financieros entre otros. En varios casos, muchas de estas reglas son novedosas, y se ajustan a altos estándares normativos, consistentes con los establecidos por los países EFTA en los más de 20 acuerdos comerciales que han suscrito. Lo anterior permite que Costa Rica pueda normar sus relaciones con Suiza, Noruega, Liechtenstein e Islandia, con normativa moderna, que se ajusta a la dinámica y nuevas exigencias de la economía global.

En cuanto a acceso a mercados, el Tratado generaría una valiosa oportunidad para que el sector productivo costarricense desarrolle relaciones comerciales y de inversión, y forme

nuevos socios en los países EFTA. Los espacios que se abren incluyen todos los espectros del universo arancelario: en el caso del industrial, los altos niveles inventivos y de innovación son altamente valorados en los países EFTA, por lo que pueden abrir las puertas para el ingreso de nuevos productos costarricenses; en el caso de bienes agrícolas y de PAPs, el alto valor agregado y sólidos niveles de calidad, pueden abrir oportunidades para competir con productos provenientes de otros países que se encuentran gozando actualmente de los altos márgenes de rentabilidad generados por la colocación de productos en estos mercados. A nivel de inversión, se provee un marco legal que brinda transparencia y seguridad jurídica para las empresas de ambos países. Costarricenses, aprovechemos oportunidades. estas nuevas



El arbitraje ante el CIADI como mecanismo de resolución de disputas de inversión en Costa Rica

Mauricio París Crúz* y Natalí Sequeira Navarro**

Resumen

Costa Rica es uno de los 158 países signatarios del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (también conocido como "Convenio del CIADI" o "Convenio de Washington"), instrumento internacional mediante el cual se creó en 1965, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuyo objeto es facilitar la solución de conflictos mediante procedimientos de conciliación y arbitraje. En el contexto del CIADI, estos mecanismos tienen como característica particular el que una de las partes involucradas es siempre un Estado, el cual litigará frente a un inversionista (sea persona física o jurídica), que ostente la nacionalidad de otro Estado.

El presente artículo detalla los requerimientos de acceso a la jurisdicción del CIADI y hace una reseña de los instrumentos mediante los cuales el Estado costarricense, puede prestar su consentimiento para acudir a los mecanismos de solución de conflictos administrados por el CIADI en caso de disputas relativas a inversión extranjera. Particularmente hacemos referencia a los tratados bilaterales y multilaterales de inversión, principal instrumento mediante el cual los Estados consienten someter dichas disputas a la jurisdicción del Centro.

^{*} El coautor es Máster en Asesoría Jurídica de Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid y Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica.

^{**} La coautora es Máster en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown, Licenciada en Derecho y Bachiller en Administración de Negocios por la Universidad de Costa Rica.

Abstract

Costa Rica is one of the 158¹ signatory countries of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (also known as the "ICSID Convention" or the "Washington Convention"), international instrument which in 1965 created the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), which has the purpose of providing facilities for the solution of conflicts through conciliation and arbitration procedures. Within the context of the ICSID, these mechanisms have the particular characteristic of always having a State as a party litigating before an investor (a natural or legal person) who is a national from another State.

This article elaborates on the requirements to gain access to the jurisdiction of the ICSID and makes a review of the instruments through which the Costa Rican State may give its consent to go before the dispute resolution mechanisms administered by the ICSID in cases of foreign investment. We will make reference in particular to the bilateral and multilateral investment treaties, which are the main instrument through which States consent to submit said disputes to the jurisdiction of the Centre.

Introducción

En 1996, Costa Rica se convirtió en el primer país latinoamericano en comparecer procedimiento arbitral ante el CIADI, en el conocido caso Santa Elena2. La disputa entre el gobierno costarricense y el inversionista surgió en 1978, a partir de la expropiación por Decreto Ejecutivo de la Hacienda Santa Elena con la

¹ Al 30 de junio de 2013 de estos 158 países, 149 han ratificado el Convenio del CIADI. Véase Lista de Estados contratantes y signatarios del Convenio, Documento CIADI/3, disponible en: http://icsid.worldbank.org/

finalidad de ampliar el Parque Nacional Santa Rosa. La Hacienda era propiedad de la Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. ("CDSE"), una sociedad anónima costarricense cuyos accionistas mayoritarios eran de nacionalidad estadounidense. Luego de años de controversia, el Gobierno de Costa Rica aceptó someter la misma a un arbitraje administrado por el CIADI. El caso fue registrado por el CIADI en 1996 y finalizó en el año 2000 con un laudo que ordenó una compensación de \$16 millones de dólares más intereses a favor de la parte demandante.

Desde entonces, dicho foro ha sido ampliamente utilizado como mecanismo para resolver disputas a inversión extranjera en países relativas latinoamericanos. De acuerdo con las estadísticas del CIADI, en un 36% de los 419 casos registrados ante dicha institución, han participado como partes de la disputa países de Centro y Suramérica lo cual posiciona a Latinoamérica como la región geográfica con más casos ante este foro³.

La relevancia regional que tiene el CIADI como centro de resolución de disputas, se refleja en las estadísticas de la UNCTAD, según las cuales el número total de arbitrajes de inversión conocidos a nivel mundial hasta el año 2012 asciende a 514, de los cuales 314 (es decir, aproximadamente un 61%) han sido administrados por el CIADI4. De

² Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. c. República de Costa Rica (Caso CIADI No. ARB/96/1). El laudo arbitral puede consultarse integramente en el sitio de internet del CIADI: http://icsid.worldbank.org/

³ Véase el documento "Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2013-1)", pág. 11 que contiene datos al 31 de diciembre de 2012. Nótese que el 36% indicado no incluye los casos en que México ha participado como parte. Dichos casos aparecen reflejados para efectos de las estadísticas por distribución geográfica en el 5% de casos de América del Norte. Al 30 de junio de 2013, México ha participado en 15 casos, lo que representa un 3,58%. Esto significa que, agregando los casos en que México ha participado como parte, la participación de países latinoamericanos en el contexto del CIADI aumenta a más de un 39% de los casos dilucidados en este foro.

⁴ Véase el documento de la UNCTAD, "IIA Issues Note -Recent Developments in Investor-State Dispute Settlement (ISDS) No. 1" de mayo de 2013, pág. 3, disponible en www.unctad.org/diae. Esta cifra incluye casos registrados con

acuerdo con las estadísticas de la UNCTAD, sólo en el año 2012 se registraron 58 nuevos procedimientos de arbitraje fundamentados en tratados de inversión, 39 de los cuales (es decir, más de un 67%) fueron sometidos al CIADI⁵.

El CIADI nació y se ha desarrollado como un mecanismo que le permite al inversionista dirimir posibles disputas con el Estado receptor de la inversión en pie de igualdad y en un foro que ofrece garantías de imparcialidad y celeridad.

Al mismo tiempo, el sistema garantiza al Estado receptor de la inversión la no injerencia del Estado del que es nacional el inversor y ofrece un mecanismo sustitutivo a la protección diplomática mientras el asunto esté siendo discutido en el CIADI⁶.

El objeto de este artículo es exponer los presupuestos materiales necesarios para acceder al mecanismo arbitral de solución de conflictos administrado por el CIADI, sus principales características y las fuentes del consentimiento a las que puede optar el Estado costarricense para someterse a la jurisdicción del CIADI, en particular el rol que juega en este sentido los tratados bilaterales o multilaterales de inversión.

fundamento tanto en el Convenio como bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. Este último mecanismo, permite al CIADI la administración de procedimientos en aquellas situaciones en que el Estado involucrado no es parte del Convenio del CIADI, o bien, cuando el inversionista parte de la disputa proviene de un Estado no contratante del mismo. Cabe notar que el CIADI presta también servicios de administración de procedimientos en el marco de otros mecanismos de resolución de disputas como el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL y procedimientos ad hoc.

Breves antecedentes históricos

La protección diplomática era el mecanismo tradicional por el cual se encausaban las reclamaciones provenientes de los denominados ilícitos internacionales, cometidos por un Estado en perjuicio de las personas, bienes o intereses provenientes de otro Estado. Por ejemplo, ante una expropiación decretada en perjuicio de un extranjero, este tendría la posibilidad de reclamar la protección diplomática de su propio Estado en defensa de aquellos derechos que se consideraban vulnerados.

Bajo este mecanismo el Estado goza de legitimación activa para implementar medidas para proteger los intereses del nacional afectado. En la práctica estas medidas de protección se han materializado en figuras de muy diversa índole: desde la mediación entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, cesación de reclamaciones \circ relaciones diplomáticas y comerciales, demandas ante foros internacionales - como la Corte Internacional de Justicia – y arbitrajes internacionales entre Estados⁷. En el pasado, la violación a los derechos de un nacional fue incluso casus belli para acudir a las vías de hecho contra el Estado infractor8.

⁵ De acuerdo con UNCTAD, este número de casos es el más elevado de casos registrados en un año desde que se lleva un registro histórico. Op. Cit. pág. 2.

⁶ Artículo 27(1) del Convenio del CIADI.

⁷ Quizá el procedimiento de arbitraje entre Estados relativo a inversiones más conocido en nuestro país, fue el tramitado ante el Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya entre la República Italiana y la República de Costa Rica, relativo a un crédito para la construcción de un dique seco en Puerto Caldera. Dicho procedimiento culminó con un laudo dictado en 1998 condenando a Costa Rica al pago de \$15 millones de dólares. Existen informaciones recientes que dan cuenta del pago de dicho laudo. Véase PERRY, Sebastian: "Better late than never: Costa Rica pays 1998 award" disponible en Global Arbitration Review del 18 de junio de 2012.

⁸ Tal y como sucedió entre finales de 1902 e inicios de 1903, cuando los gobiernos de Gran Bretaña, Alemania e Italia realizaron un bloqueo naval con barcos de guerra en las costas de Venezuela, a fin de exigir el pago de una serie de deudas contraídas con nacionales de dichos países, en lo que ha sido calificado en la doctrina como "gunboat diplomacy". REDFERN, Alan; HUNTER, Martin: "Redfern and Hunter on

Como se desprende de estos ejemplos, al recurrir a la protección diplomática las reclamaciones, si bien fundamentadas en la alegada violación de los derechos de un particular, se elevan a un conflicto entre Estados, sin la participación directa del particular afectado.9

La aplicación práctica del mecanismo de protección diplomática no ha estado exenta de críticas. Por un lado se ha considerado que el mismo resulta inseguro para los inversores, ya que Estado llamado a prestar protección diplomática puede optar por no ejercerla, dejando al inversionista sin posibilidad de acudir a ulteriores instancias. 10 Por otro lado, se ha dicho que la aplicación de esta figura ha sido objeto de abusos y arbitrariedades al proveer justificación

International Arbitration" Student Version. Oxford University Press. Fifth Edition, 2009. Pág. 465. El conflicto finalizó con la mediación de los Estados Unidos en febrero de 1903, mediante la firma del denominado Protocolo de Washington, en donde Venezuela se comprometió a cancelar las deudas, otorgando en garantía el 30% de los ingresos de las aduanas de La Guayra y Puerto Cabello. Al respecto, Cf. CISNEROS, Andrés; ESCUDÉ, Carlos (Directores): "Historia general de las relaciones exteriores República Argentina". Disponible http://www.argentina-rree.com/historia.htm

9 En éste sentido véase el laudo de la Corte Internacional de Justicia dictado el 05 de febrero de 1970 en el caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3. que señaló lo siguiente: "...within the limits prescribed by international law, a State may exercise diplomatic protection by whatever means and to whatever extent it thinks fit, for it is its own right that the State is asserting. Should the natural or legal persons on whose behalf it is acting consider that their rights are not adequately protected, they have no remedy in international law". [El énfasis no es del original]. Disponible en el http://www.icjsitio de internet cij.org/docket/files/50/5387.pdf

¹⁰ Precisamente, librar al inversionista de esta clase de problemas ha sido uno de los logros del CIADI: "...el aspecto más innovador del CIADI y de otros sistemas cuya finalidad es proteger las inversiones extranjeras es precisamente que los derechos de los inversionistas han dejado de estar sujetos a consideraciones políticas y de otro tipo de sus gobiernos, como ocurría en el antiguo régimen de protección diplomática, una situación que producía con frecuencia injerencia en esos derechos. Actualmente los inversionistas pueden presentar demandas al margen de la opinión de sus gobiernos". Enron Corporation y Ponderosa Assets c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/01/13), Decisión sobre jurisdicción (Demanda Adicional) del 2 de agosto de 2004, párrafo 37.

para amenazas e intervenciones militares, adoptar desproporcionadas de económico o comercial y, en general, agravar las relaciones diplomáticas entre Estados¹¹.

Así las cosas, a mediados del siglo pasado, ante el incremento del flujo de inversiones hacia países en vías de desarrollo, comenzó a hacerse latente la necesidad de dotar tanto a Estados como a inversores, de un mecanismo adecuado de solución de disputas. El diseño de dicho mecanismo se discutía simultáneamente en varios foros¹², sin embargo la iniciativa que finalmente fructificó fue la gestada en el seno del Banco Mundial. Precisamente, la intervención del Banco en esta materia se dio a solicitud de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 196113, principalmente por el destacado papel que había

11 International Law Commission, Fifty-second session, Ginebra, 1 de mayo al 9 de junio y 10 de julio al 18 de agosto 2000, "First report on diplomatic protection", John R. Dugard, Special Rapporteur, párrafos 12-14. En su reporte Duggard citó a Franciszek Przetacznik, Ministro de Relaciones Exteriores polaco, quién expresó "One may admit that this criticism is partially justified, but it contains some exaggeration and deliberate generalization. It cannot be denied, however that diplomatic protection has often been abused, and that the stronger States are in a better position in the performance of diplomatic protection. Thus, the fault lies primarly in too harsh practices and not in the institution itself..." Op.Cit., párrafo 30.

¹² La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), impulsaba la adopción de la Convención Multilateral Para la Protección de la Propiedad Privada Extranjera, instrumento que procuraba regular mediante normas sustantivas la protección de las inversiones extranjeras, sin embargo, esta Convención nunca llegó a aprobarse. A mediados de los años noventa, la OCDE, principalmente por medio de los Estados Unidos de América, realizó un segundo intento de aprobar una convención muy similar, sin embargo nuevamente fue rechazado por la comunidad internacional. Un tercer intento fue realizado, esta vez en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) a inicios del presente siglo, incluyéndose la discusión de este tema en la Agenda de Doha, sin embargo, en el año 2003 fue excluida su discusión de la misma. Al respecto Cf. CLAROS ALEGRÍA, Pedro: El sistema arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). En: El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho. Jorge Luis Collantes González (Director). Primera Parte. Biblioteca de Arbitraje. Vol. 4. Palestra Editores e Universitat Abat Oliba, CEU. Lima, 2007. Pág. 401.

¹³ Resolución 836 (XXXII) del 3 de agosto de 1961.

jugado dicha organización — por medio de su Presidente — en la mediación de algunas disputas inversionista-Estado en la década de los cincuenta, así como por una serie de iniciativas que venía desarrollando relacionadas con la creación de un organismo multilateral de garantía de inversiones extranjeras.¹⁴

El Banco Mundial preparó un primer borrador de Convenio que sometió a valoración de juristas de distintos países por medio de reuniones regionales. En 1965 se aprobó por parte de los Directores Ejecutivos¹⁵ del Banco la versión definitiva del *Convenio sobre Arreglo de Diferencias* Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, así como un Informe sobre tal instrumento¹⁶, y se procedió a ponerlo en conocimiento de los Estados Miembros a fin de que considerasen su firma y posterior ratificación. El Convenio finalmente entró en vigor el 14 de octubre de 1966, es decir, 30 días después del depósito del vigésimo instrumento de ratificación, tal y como se prevé en el artículo 68(2) del mismo.

En la actualidad, la gran mayoría de los países latinoamericanos son signatarios del Convenio, con la salvedad de México, Brasil, Bolivia,

¹⁴ Estas iniciativas se convirtieron en el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI por sus siglas en español, aunque es más conocido por sus siglas en inglés: MIGA), ente adscrito al Banco Mundial y que actúa como garante de riesgos no comerciales en proyectos de inversión extranjera en países en vías de desarrollo. Costa Rica es miembro de esta institución desde 1994.

Ecuador y Venezuela¹⁷. En total, actualmente 149 países son parte del Convenio del CIADI¹⁸.

Requisitos de acceso a la jurisdicción del CIADI

Los requisitos de acceso a la jurisdicción del CIADI, a saber "los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del Convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y de arbitraje"¹⁹, están plasmados en el artículo 25(1) del Convenio, el cual establece lo siguiente:

"La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado".

De seguido, haremos una breve reseña de cada una de los requisitos de jurisdicción que establece este artículo.

¹⁵ En la Reunión de la Junta de Gobernadores del Banco celebrada en Tokio en 1964, se autorizó a los Directores Ejecutivos a someter directamente a los Estados el texto de la Convención que se llegase finalmente a adoptar. Los países latinoamericanos votaron en bloque contra esta decisión, en lo que se denominó el No de Tokio. FERNÁNDEZ MASIÁ, Óp. Cit. Pág. 26.

¹⁶ Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Informe de los Directores Ejecutivos Acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965 (En adelante "Informe de los Directores Ejecutivos"). El texto del Convenio así como el Informe de los Directores Ejecutivos puede consultarse en el sitio de internet del CIADI: http://icsid.worldbank.org/

¹⁷ Los últimos tres países, si bien originalmente suscribieron el Convenio, lo denunciaron posteriormente.

¹⁸ Dato al 30 de junio de 2013.

¹⁹ Informe de los Directores Ejecutivos, Óp. Cit., párrafo 22. Durante el proceso de redacción del Convenio existieron dudas sobre la procedencia de utilizar la palabra "jurisdicción" en vista de que el Centro únicamente ejerce funciones de carácter administrativo. La decisión fue justificada en razón del artículo 47 de la Convención de La Haya de 1907 para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales, referente a la Corte Permanente de Arbitraje. Véase, SCHREUER, Christoph y otros. The ICSID Convention: A Commentary, Second Edition, Cambridge University Press, 2009.

A. Jurisdicción subjetiva

El artículo 25 del Convenio del CIADI limita la participación de las partes en el procedimiento arbitral a un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante. De esta forma, se excluye de la jurisdicción del Centro tanto las disputas de inversionistas entre sí, como las disputas entre Estados.

1. El Estado

Bajo este concepto se incluyen dos supuestos distintos: por una parte un Estado contratante del Convenio, o bien, cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante, siempre que el mismo haya sido debidamente acreditado ante el CIADI por dicho Estado²⁰.

De conformidad con el artículo 68(2) del Convenio, un Estado se convierte en contratante, trascurridos 30 días desde el depósito del instrumento de ratificación ante el Banco Mundial.21 Costa Rica firmó el Convenio del

²⁰ Véase el documento ICSID/8-C referente al artículo 25(1) y (3) del Convenio del CIADI que se encuentra disponible en la compilación de documentos titulada "Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention". Dicho documento contiene la lista de subdivisiones políticas y organismos públicos designados por los Estados Contratantes bajo el artículo 25(1) y (3) del Convenio y se encuentra disponible en el sitio de internet del CIADI: http://icsid.worldbank.org/

CIADI el 28 de septiembre de 1981. El depósito del instrumento de ratificación se dio el 27 de abril de 1993, por lo que el país se convirtió en Estado contratante el 27 de mayo de 1993. Desde entonces Costa Rica ha participado en un total de cinco procedimientos de arbitraje bajo Convenio y en dos procedimientos bajo las Reglas del Mecanismo Complementario.²²

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25(1) del Convenio, la participación del Estado podrá darse también mediante cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado contratante. De acuerdo con dicho artículo, Costa Rica como Estado contratante, tendría la posibilidad de designar dentro del primer grupo, por ejemplo, a cualquiera de las 81 municipalidades²³, y dentro del segundo, aquellos entes públicos con personalidad jurídica y capacidad de derecho público y privado en los términos de la Ley General de la Administración Pública y leyes conexas. A la fecha Costa Rica no ha realizado ninguna de estas designaciones²⁴.

acuerdo de inversión se había suscrito con anterioridad a la entrada en vigencia del Convenio CIADI en dicho país. Una situación similar sucedió en el asunto LETCO v. Liberia (Caso No. ARB/83/2).

²¹ El momento de entrada en vigencia del Convenio ha sido motivo de discusión en aquellos supuestos en donde el Estado emitió su consentimiento para someterse al arbitraje de previo a la ratificación o depósito del instrumento ante el Banco. Esto sucedió en el asunto Holiday Inns c. Marruecos (Caso No. ARB/72/1), primer caso administrado por el CIADI, en donde el consentimiento para someterse al Centro se otorgó en un acuerdo de inversión celebrado antes de que Suiza -Estado del inversor- y Marruecos fueran parte del Convenio de Washington. Sin embargo, la disputa se sometió al Centro cuando ambos Estados ya eran parte del Convenio, por lo que el Tribunal rechazó las objeciones a la jurisdicción formuladas por Marruecos y que se fundamentaban precisamente en que el

²² Al 30 de junio de 2013, los siguientes han sido los casos en que Costa Rica ha participado al amparo del Convenio del CIADI: Compañía de Desarrollo Santa Elena S.A. (Caso CIADI No. ARB/96/1), Marion Unglaube (Caso CIADI No. ARB/08/1), Reinhard Hans Unglaube (Caso CIADI No. ARB/09/20), Supervisión y Control S.A. (Caso CIADI No. ARB/12/4) y Cervin Investissements S.A y Rhone Invetissements S.A. (Caso CIADI No. ARB/13/2). Los casos en que Costa Rica ha participado bajo las Reglas del Mecanismo Complementario son: Quadrant Pacific Growth Fund LP y Canasco Holding Inc (ARB(AF)/08/1) y Alasdair Ross Anderson y otros (ARB(AF)/07/3).

²³ Artículo 2 del Código Municipal.

²⁴ Véase el documento ICSID/8-C en el sitio de internet del CIADI: http://icsid.worldbank.org/. La ausencia de tal acreditación se traducirá en una declinatoria de la competencia por parte del CIADI, como sucedió por ejemplo en el asunto Cable Television of Nevis, Ltd. v St. Kitts and Nevis (Caso CIADI No. ARB/95/2), en donde se consideró que el acuerdo de inversión fue suscrito entre un inversionista y una entidad controlada por dicho Estado, y siendo que no existía acreditación de tal

INTERNACIONAL

También se prevé en el artículo 25(3) del Convenio que, si de acuerdo a las disposiciones de derecho interno del Estado tal acreditación no es necesaria, pueda comunicarse así al Centro²⁵.

2. Nacional de otro Estado Contratante

El artículo 25(1) del Convenio indica que la jurisdicción del Centro abarcará disputas en las que la parte no estatal debe ser nacional de otro Estado Contratante. Esta condición de que el Estado de origen del inversionista sea también parte del Convenio asegura una reciprocidad de trato entre aquellos Estados receptores de inversión y aquellos que por el contrario exportan capital.

El artículo 25(2) del Convenio indica que por inversionista podrá entenderse tanto una persona física como una jurídica.

B. Diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión

La referencia en el artículo 25, respecto a que la jurisdicción del Centro se extiende únicamente a diferencias de naturaleza jurídica comprende "conflictos de derechos", y no "conflictos de intereses". "La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal".26

La referencia a la naturaleza jurídica, se contrapone a que la jurisdicción del CIADI se extienda a diferencias de carácter netamente político o comercial, las cuales están excluidas de la jurisdicción del CIADI.

Una diferencia será calificada de "jurídica", si la solicitud de arbitraje se plantea en términos de un reclamo arbitral de derechos plasmados en instrumentos jurídicos, como lo son los tratados o la legislación local, y cuando los remedios que se pretenden por la parte demandante son también de carácter jurídico, como lo podría ser la compensación de daños y perjuicios, o bien, la restitución de derechos.²⁷

Por su parte, el concepto de inversión no está definido en el Convenio. Por ende, su definición fue delegada a las partes de la disputa quienes deberán delimitar el tipo de inversiones que estarán sujetas al mecanismo de resolución de disputas del CIADI. A pesar de ello, la mayoría de los tribunales CIADI han considerado que el término "inversión" tiene un significado objetivo e independiente del alcance que le hayan dado las partes²⁸ y por ende han aplicado un "doble test", es decir, han analizado no solamente si la inversión cumple con la definición establecida por las partes en el instrumento aplicable, sino también si la misma debe considerarse una inversión en el marco del Convenio del CIADI. 29

organismo por parte del Estado, el Tribunal declaró la falta de jurisdicción sobre la disputa.

²⁵ Se trata del documento ICSID/8-C en el sitio de internet del CIADI: http://icsid.worldbank.org/. A la fecha, únicamente Australia, Ecuador, Guinea, Kenia, Madagascar, Nigeria, Perú, Portugal, Sudán, Turquía y el Reino Unido han realizado alguna comunicación al respecto.

²⁶ Informe de los Directores Ejecutivos, Op. Cit. párrafo 26.

²⁷ Véase SCHREUER, Op. Cit., párrafo 60.

²⁸ Véase entre otros *Quiborax S.A.* y Non-Metallic Minerals S.A. c. Estado Plurinacional de Bolivia (Caso CIADI No. ARB/06/2), Decisión de Jurisdicción del 27 de septiembre de 2012, párrafos 210-217 y Saba Fakes c. República de Turquía (Caso CIADI No. ARB/07/20), Laudo del 14 de julio de 2010, párrafo 108.

²⁹ Véase SCHREUER, Op. Cit, párrafo 122-125. En este sentido se considera que el Centro no tiene jurisdicción respecto de disputas surgidas de transacciones de carácter meramente comercial.

C. Consentimiento

Una de las principales características procedimiento arbitral administrado por el CIADI es su carácter eminentemente voluntario³⁰, por lo cual el sometimiento de una determinada disputa al CIADI debe fundamentarse necesariamente en el consentimiento de ambas partes.

El hecho de que un Estado sea signatario del Convenio no puede considerarse, por sí solo, como la manifestación del consentimiento de dicho Estado para dirimir una disputa particular en el marco del CIADI. Así lo dispone el propio Convenio en su preámbulo:

> Declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado.

La ratificación del Convenio por parte de un Estado, refleja el compromiso de dicho Estado de aplicar el mecanismo de resolución de disputas previsto por el Convenio, siempre que exista adicionalmente una manifestación consensual por parte de este para someter categorías específicas de disputas que pudieran surgir con inversionistas de otros Estados contratantes del Convenio.

El artículo 25(1) del Convenio establece que dicho consentimiento deberá ser otorgado por las partes de forma escrita. Este requisito se instrumentaliza en el artículo 2(1)(c) de las Reglas de Iniciación31 el cual establece que, junto con la solicitud de registro de un procedimiento de arbitraje, se

³⁰ "El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro." Informe de los Directores Ejecutivos, Op. Cit, párrafo 23.

adjunten los documentos que contienen dicho consentimiento, como lo pueden ser un contrato de inversión suscrito entre el Estado y un inversionista de otro Estado Contratante, leves locales de inversión o instrumentos bilaterales o multilaterales, tales como tratados bilaterales de inversión o tratados de libre comercio.

Para efectos del registro de un arbitraje ante el CIADI, "[e] l consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro"32. El artículo 2(3) de las Reglas de Iniciación indican "[f]echa del otorgamiento del además que la consentimiento" significa la fecha en que las partes en la diferencia hayan consentido por escrito en someterla al Centro; y si ambas partes no lo hubieran hecho el mismo día, contará la fecha en que la última lo haya hecho". De este artículo se desprende la posibilidad de que el consentimiento de las partes esté reflejado en distintos documentos³³.

1. Consentimiento recíproco expresado en un contrato de inversión.

La inclusión de la cláusula arbitral en los acuerdos suscritos entre inversionistas y Estados³⁴, es la forma más cercana al consentimiento tradicional que se otorga en el arbitraje comercial, en donde

³¹ El nombre completo de este instrumento es Reglas Procesales Aplicables a la iniciación de los procedimientos de conciliación y arbitraje, y pueden consultarse en la página web del CIADI.

³² Informe de los Directores Ejecutivos, Op. Cit, párrafo 24.

³³ Por ejemplo, en el caso de una ley interna de protección de inversiones que prevea la aplicación del mecanismo de solución de disputas del CIADI, el consentimiento del Estado estaría reflejado en dicho instrumento, mientras que el consentimiento del inversionista se otorgaría en otro documento, como lo podría ser la presentación de la solicitud de arbitraje al CIADI o bien en alguna comunicación previa con el Estado aceptando someterse a un arbitraje.

³⁴ Sobre el arbitraje administrativo en Costa Rica, puede consultarse: JINESTA LOBO, Ernesto; MILANO SÁNCHEZ, Aldo: El Arbitraje en el Derecho Público (Análisis del Arbitraje desde el Derecho Constitucional y Administrativo). Editorial Jurídica Continental, Costa Rica, 1ª Edición, 2008. ALVARADO ROLDÁN / HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ / SALAS CHAVARRÍA: El arbitraje administrativo. Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 1ª Edición, 2000.

la cláusula arbitral tipo es de naturaleza contractual.

Precisamente, este tipo de cláusulas eran también la principal fuente de consentimiento de los arbitrajes administrados por el CIADI hasta inicios de los años ochenta³⁵. No fue sino a inicios de esa década cuando se comenzaron a presentar casos fundamentados los primeros disposiciones contenidas en leyes o tratados internacionales del país receptor de la inversión. 36 Es decir, desde la puesta en marcha del CIADI y hasta tales fechas, todos los asuntos resueltos se fundamentaban convenio arbitral en un inversionista-Estado.

Del total de procedimientos de arbitraje administrados por el CIADI desde su creación hasta el 31 de diciembre de 2012, un 20% han invocado una cláusula arbitral contenida en un contrato de inversión entre un inversionista y un Estado. Durante el año 2012 los casos cuyo consentimiento fue plasmado en una cláusula contractual representaron únicamente el 13% de los casos registrados³⁷.

2. Consentimiento derivado de la legislación interna del Estado receptor

Costa Rica y Cuba, son los únicos países latinoamericanos que no cuentan con una ley

35 Precisamente, el asunto Holiday Inns S.A c. Marruecos (Caso CIADI No. ARB/72/1), primer arbitraje administrado por el CIADI e iniciado en 1972, se fundamentó en un contrato de inversión suscrito entre dicha empresa y el Estado marroquí.

especial para la protección de la inversión extranjera directa.

Este tipo de legislación es con frecuencia, el medio para regular exenciones fiscales otorgadas a la inversión extranjera (por ejemplo, en regímenes similares al de zona franca existente en Costa Rica), pero en especial, son el instrumento por medio del cual los Estados asumen una serie de garantías para la protección de la inversión extranjera y, en algunas ocasiones, la fuente del consentimiento escrito para someterse al arbitraje de disputas con dichos CIADI en caso inversionistas.

Existen leyes que contienen un consentimiento avanzado³⁸ del Estado receptor que únicamente requiere la aceptación del inversionista. Así por ejemplo, la Ley de Promoción y Protección de Inversiones de la República de Honduras, aprobada en julio de 201139, en su artículo 25 establece que, ante una disputa relacionada con inversión extranjera, el inversionista podrá elegir entre acudir a un arbitraje administrado por el CIADI, un arbitraje ante alguno de los centros de arbitraje locales, o la vía jurisdiccional doméstica⁴⁰.

Por otra parte, la Ley de Inversión Extranjera de la República de Guatemala41, contempla el arbitraje internacional (sin hacer referencia expresa al CIADI), si así fue previsto en otro instrumento internacional debidamente ratificado por dicha Nación⁴².

³⁶ CLAROS ALEGRÍA, Óp. Cit. Pág. 415, señala que el primer caso ante el CIADI fundamentado en una disposición de derecho interno del Estado receptor fue el caso Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. Egipto, iniciado en 1984 (Caso No. ARB/84/3). Por otra parte, el asunto Asian Agricultural Products Limited c. Sri Lanka, iniciado en 1987 (Caso No. ARB/87/3), fue el primer caso fundamentado en un acuerdo bilateral de inversión suscrito por el Estado receptor.

³⁷ Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2013-1) al 31 de diciembre de 2012, pág. 10 y 23.

³⁸ FERNÁNDEZ MASIÁ, Óp. Cit. Pág. 133.

³⁹ Decreto No. 51-2011 de 27 de mayo de 2011.

⁴⁰ En términos similares, la Ley de Inversiones de la República de El Salvador (Decreto No. 732 de 14 de octubre de 1999), prevé únicamente el arbitraje administrado por el CIADI como método de resolución de controversias.

⁴¹ Decreto No. 9-98 del 20 de febrero de 1998.

⁴² La Ley de Inversiones Extranjeras de la República de Nicaragua, (Ley No. 127 de 19 de junio de 1991) prevé el recurso al arbitraje únicamente si así se pactó en el contrato de inversión suscrito entre el inversionista y dicho Estado.

Otras leves de inversión someten las disputas relativas a inversiones a un arbitraje local, como sucede con la Ley de Estabilidad Jurídica de las Inversiones de la República de Panamá⁴³, que equipara a los inversionistas extranjeros con los nacionales, y contempla únicamente un arbitraje local ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. Otras legislaciones, como la Ley de Inversiones Extranjeras de Argentina⁴⁴ no prevén del todo el arbitraje como medio para resolver las controversias.

Del total de casos registrados al 31 de diciembre de 2012 ante el CIADI, solamente un 6% ha estado fundamentado en el consentimiento reflejado en una lev de inversiones. En el año 2012 estos casos representaron el 12% de los casos registrados.45

3. Consentimiento expresado en un instrumento internacional ratificado por el Estado receptor de la inversión

referimos acá Nos especialmente denominados tratados bilaterales de inversión (TBI por sus siglas), conocidos en España y algunos países latinoamericanos como Acuerdos de promoción y protección recíproca inversiones (APPRI) y en los países anglosajones como bilateral investment treaty (BIT). Los TBI son sin duda el combustible actual del arbitraje de inversión, y así lo demuestran las estadísticas del CIADI al indicar que el consentimiento en el 63% de los 419 casos que ha tramitado esta institución en su historia, ha estado reflejado en un TBI46.

⁴³ Ley No. 54 de 22 de Julio de 1998.

La Convención de la Haya para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales⁴⁷, adoptada durante la Conferencia de La Haya de 1907, creó el marco a partir del cual se fomentó la suscripción de acuerdos bilaterales para el sometimiento de disputas entre Estados a un procedimiento arbitral⁴⁸.

A partir de este momento, la inclusión de cláusulas arbitrales en los denominados tratados de amistad, comercio y navegación comenzó a ser frecuente. Precisamente en dichos tratados es que podemos encontrar el antecedente de los TBI. El primer TBI del que se tiene conocimiento fue el suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959. Desde entonces, estos instrumentos han proliferado considerablemente como medio de protección de inversiones extranjeras, pasando de los 385 TBI existentes a finales de la década de los años ochenta, a los 2.860 TBI y 340 acuerdos internacionales de inversión (por ejm. tratados de libre comercio), suscritos en todo el mundo al año 2013⁴⁹, siendo los países con más TBI suscritos, grandes exportadores de capital como Alemania, China y Suiza⁵⁰. Simultáneamente a su vertiginoso incremento numérico, los TBI han adquirido cada día mayor sofisticación, pasando de ser cartas de buenas intenciones entre Estados, a incluir detalladas definiciones del concepto de inversión, los estándares de protección que se garantizan y las cláusulas de sometimiento a la jurisdicción arbitral.

Costa Rica no ha estado ajena a esta tendencia a celebrar TBI, y a la fecha cuenta con 19 tratados

⁴⁴ Ley No. 21.382.

⁴⁵ Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2013-1) al 31 de diciembre de 2012, pág. 10 y 23.

⁴⁶ Datos tomados del documento denominado Carga de casos del CIADI- Estadísticas (Edición 2011-2) con fecha al 31 de diciembre de 2012, disponible en la página web de dicha institución.

⁴⁷ El texto de la Convención puede consultarse en el siguiente

http://www.aloj.us.es/eulalia/derecho%20internacional/material es%20dpto/1907apc.htm

⁴⁸ REDFERN; Óp. Cit. Pág. 466

⁴⁹ UNCTAD, "IIA Issues Note – International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal No. 4" de junio de 2013, pág. 1, disponible en www.unctad.org/diae

⁵⁰ Ídem.

de esta naturaleza suscritos, en orden decreciente de antigüedad, con: Francia, Chile, Alemania, Venezuela, Argentina, España, Paraguay, Canadá, República Checa, China, Países Bajos, Suiza⁵¹, Corea, ElSalvador, Finlandia, Ecuador, Bélgica/Luxemburgo⁵² y Qatar⁵³. De igual manera, todos los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por Costa Rica⁵⁴ contienen un apartado destinado a la promoción y protección recíproca de inversiones, mediante el cual se regula esta materia con contenidos muy similares a los de un TBI, o, en aquellos casos en que existe un TBI entre ambos países suscrito previamente al TLC, el capítulo relativo a inversiones del TLC remite o reafirma los términos y condiciones contenidos en el TBI previamente suscrito⁵⁵.

Al igual que se mencionó en el supuesto de las leyes de inversión, los TBI suelen contener una oferta del Estado dirigida a un conjunto indeterminado de inversionistas para someter cualquier disputa derivada de una inversión a un procedimiento arbitral, que puede administrado por el CIADI.

En el caso de los TBI suscritos por Costa Rica, todos ellos hacen referencia al procedimiento

⁵¹ El tratado que actualmente se encuentra vigente se suscribió en el 01 de agosto de 2000, pero sustituye un acuerdo anterior suscrito en 1966.

administrado por el CIADI, ya sea como único mecanismo de resolución de disputas inversión, como en el caso de los TBI suscritos con Alemania, Chile, Corea, Francia y Reino Unido, o junto con un arbitraje ad-hoc como en el de caso los TBI con Argentina, Bélgica/Luxemburgo, Canadá, China, Ecuador, España, Finlandia, Países Bajos, Paraguay, República Checa, Suiza y Venezuela.

En los TBI más recientes, se comenzó a prever la posibilidad de que uno de los Estados involucrados no fuera parte del Convenio de Washington. Esta situación se prevé en algunos TBI mediante el sometimiento de las disputas al Mecanismo Complementario administrado por el CIADI. Este el caso, por ejemplo, del TBI suscrito por Costa Rica con Canadá⁵⁶.

Conclusión

Dentro de los denominados "arbitrajes especiales", el arbitraje administrado por el CIADI es sin duda uno de los que más interés académico despierta entre los entusiastas del arbitraje. No es para menos, ya que el hecho de encontrar a un Estado sometido a la decisión de un tribunal arbitral y litigando en pie de igualdad con un inversionista, es un hecho que hace algunas décadas era absolutamente inimaginable, aunque según se desprende de las estadísticas, cada día más frecuente.

El arbitraje de inversión cumple un importante rol en la economía de mercado, ya que contribuye a reforzar la seguridad jurídica que es un presupuesto indispensable para cualquier

⁵² El texto de todos estos instrumentos, detalle de su fecha de firma y estado de ratificación puede consultarse en el sitio de internet del Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA en el enlace www.sice.oas.org, o bien en el sitio de internet del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el enlace www.rree.go.cr.

⁵³ Alcance Digital No. 10 a la Gaceta No. 12 del 17 de enero de 2013 disponible en www.gaceta.go.cr.

⁵⁴ Tratados de Libre Comercio suscritos con: Centroamérica, Canadá, CARICOM, Chile, China, Estados Unidos, México, Panamá, República Dominicana, Perú y Singapur.

⁵⁵ Es lo que sucede por ejemplo en el TLC con la República Popular de China, cuyo artículo 89, relativo a la regulación de la inversión, dispone: Las Partes reafirman sus compromisos bajo el Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Costa Rica para la Promoción y Protección de Inversiones, firmado en Beijing, el 24 de octubre del 2007.

⁵⁶ Véase por ejemplo el caso *Alasdair Ross Anderson* y otros c. República de Costa Rica, (Caso CIADI No. ARB(AF)/07/3), bajo el TBI Costa Rica-Canadá, el cual se rigió por las Reglas del Mecanismo Complementario. Canadá firmó el Convenio del CIADI el 15 de diciembre de 2006 pero al 30 de junio de 2013 aún no lo ha ratificado.

inversionista que se dispone a realizar alguna actividad económica en otro Estado. Esa seguridad consistirá en la certeza de que en caso de que las condiciones inicialmente ofrecidas al inversionista sean modificadas por el Estado receptor de la inversión, éste no tendrá necesariamente que resolver las diferencias derivadas de tal situación ante las cortes locales de tal Estado, sino que tendrá la posibilidad de someter la disputa ante un tribunal no sólo neutral y seleccionado por ambas partes, sino conformado por especialistas en la materia.

También hemos hecho referencia a los Tratados Bilaterales o Multilaterales de Inversión, que son en la actualidad el mecanismo por antonomasia para incorporar el consentimiento de los Estados a la jurisdicción del CIADI. Costa Rica no es ajena a esta tendencia internacional, y en todos los tratados de libre comercio que se han celebrado a la fecha, se ha incluido un acápite destinado a la protección de inversiones, contemplando al CIADI como una de las opciones principales para la resolución de disputas Inversionista – Estado.



La protección diplomática y la nacionalidad de las personas

Luis Alberto Varela Quirós*

Resumen

El instituto de la protección diplomática se ha desarrollado como un instrumento fundamental en el Derecho Internacional, mediante el cual un Estado defiende los derechos de uno de sus ciudadanos, ante los abusos o violaciones de un segundo Estado. En el presente artículo se analizan los principales puntos de discusión con respecto a este tema. En primer lugar se aborda la problemática de la determinación de la naturaleza jurídica de éste instituto, la cual ha oscilado en la doctrina entre considerarse como un derecho subjetivo del nacional por algunos, y una potestad del Estado por otros. Además, se analiza el tema en el que se ha centrado la discusión de la protección diplomática, el cual consiste en la determinación de cuando una persona, ya sea física o jurídica, puede considerarse como nacional de un Estado para efectos de que éste pueda ejercer la protección diplomática ante las acciones de otro.

* El autor es catedrático Asociado de la Universidad de Costa Rica y actualmente titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Escuela Libre de Derecho. Ha sido Embajador Alterno de Costa Rica en Naciones Unidas, Embajador en Colombia y ante los Organismos Europeos de Naciones Unidas en Ginebra, Suiza.

Abstract

The concept of diplomatic protection has been developed as a key instrument in international law, by which a State defends the rights of one of its citizens, from abuse or violations of a second State. This article analyzes the main points of discussion regarding this topic. First, it addresses the problem of the determination of the legal nature of this concept, which has been analyzed in doctrine in some cases as a subjective right of some national, but in others as a State power. It also discusses the issue on which the discussion of diplomatic protection has been focused, which consists in determining when a person, whether natural or legal, can be regarded as a national of a State so that it may enforce diplomatic protection before the actions of another State.

Introducción

La llamada Protección Diplomática es el acto por el cual un Estado decide amparar a uno de sus nacionales cuando el mismo sufre perjuicio en sus derechos o en su patrimonio, a consecuencia de una acción u omisión de otro Estado violatorio de las normas internacionales, tanto de derecho internacional general como de derecho internacional particular.

La doctrina general y la jurisprudencia son contestes en que para que un Estado pueda otorgar dicha protección es esencial que se cumplan varios requisitos: a) Que la persona física o jurídica afectada por el hecho tenga un vínculo jurídico real y efectivo con el Estado que le brinda su protección; b) Que la parte afectada haya interpuesto y agotado todos los recursos judiciales sin lograr la reparación del daño causado y; c) Que el afectado haya actuado transparentemente y no haya incurrido en un acto ilícito que pudiera justificar en alguna forma una represalia legítima de parte del Estado. En síntesis que haya actuado de buena fe y sin violentar el ordenamiento legal

del Estado o incurrir en conductas contrarias a sus deberes como extranjero.

En el presente artículo analizaremos, desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial si la protección diplomática es un derecho subjetivo del nacional de un Estado, o una potestad de aquél, la diferencia entre la nacionalidad de las personas físicas y la de las personas jurídicas, y la efectividad de renuncia a la protección diplomática, por parte de los particulares.

¿Qué es la Protección Diplomática?

Se entiende por Protección diplomática

"...la acción que un Estado lleva a cabo, frente a otro Estado o una Organización Internacional, reclamando la debida aplicación del derecho internacional, bien en relación con un hecho ilícito del que han sido víctimas sus nacionales e imputable a las autoridades del Estado o la Organización frente a la cual se reclama, bien para asegurar el respeto de sus propios derechos".

Ciertamente, y aunque fuertemente criticado por parte de la doctrina moderna, en especial la latinoamericana, el instituto de la Protección Diplomática, surge a finales del siglo XIX, como solución jurídica ante el repudio de la comunidad internacional a la vieja práctica de la intervención o del desembarco protector, que usaron las Potencias para disuadir a un Estado a comportarse de una manera determinada o para cobrar deuda pública o privada en caso de incumplimiento, lo que tantos atropellos produjo

¹ González Campos, Julio D; Sánchez Rodríguez Luis I; Sáenz de Santamaría, Paz Andrés, "Curso de Derecho Internacional Público, Segunda Edición Revisada, Editorial Civitas, Madrid

2002, página 385.

e ingratas memorias dejó a muchas de las naciones de nuestra región.

Se pasó así del uso de la fuerza y de la arbitraria práctica de la autoayuda a la del uso de una institución revestida de ciertos requisitos formales y de un examen objetivo por parte de tribunales arbitrales o de Cortes Internacionales competentes y que con el tiempo ha dado origen a nuevas y creativas doctrinas y a la elaboración de una vasta jurisprudencia en el ámbito internacional.

Como lo sostiene Santiago Benadava: "...Actualmente están jurídicamente prohibidas todas las medidas de autotutela que impliquen la amenaza o el uso de la fuerza armada, como la guerra, el bloqueo, las represalias armadas y las intervenciones armadas"².

A pesar de que también la protección diplomática, pueda usarse como amenaza abierta o velada de un Estado poderoso contra otro, no legitima en ningún caso el uso de la fuerza armada, lo cual de todas maneras está expresamente prohibido por las disposiciones de la Carta de San Francisco (Artículo 2) y sólo puede ejercerse con autorización o por mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

La denominación de Protección Diplomática obedece al hecho de que la misma se ejerce por medio de las misiones diplomáticas y mediante acciones de carácter diplomático por parte de las Cancillerías, recurriendo primeramente a instancias amistosas de solución del conflicto, y solamente cuando ello no se logra, procediendo mediante el llamado endoso a plantear las acciones de carácter judicial que correspondan y que salen entonces del ámbito diplomático para pasar al campo contencioso, por el llamado amparo judicial. Es decir que el reclamo se inicia por la vía diplomática y se continúa mediante el

² Benadava, Santiago, Derecho Internacional Público, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, página 333.

recurso judicial, en caso de que no produzca resultados, sea por falta de cooperación del Estado ante el que se interponen las gestiones amigables, sea por su oposición decidida. Pero el uno como el otro no son sino momento distintos del mismo instituto de la protección diplomática.

Ello en no pocas ocasiones -sobre todo para quienes no son especialistas o estudiosos de la materia- puede dar lugar a que se confunda el amparo diplomático con la inmunidad diplomática, que son dos institutos totalmente ajenos y separados, unidos sólo por el uso del mismo término, por lo que algunos prefieren hablar de la protección de los nacionales por hechos contrarios al derecho internacional. Pero dicha confusión no tiene razón alguna de ser.

Ya la antigua Corte Permanente de Justicia Internacional, antecesora de la Corte Internacional de Justicia estableció que es "un principio elemental de derecho internacional el que autoriza al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al derecho internacional y cometidos por otro Estado, del que no se ha podido obtener satisfacción por las vías ordinarias"³.

Cabe preguntarse, si cuando hablamos de protección diplomática estamos hablando de un derecho subjetivo que el nacional de un determinado Estado puede exigir, o si más bien se trata de una potestad del Estado que actúa o se inhibe de hacerlo por consideraciones ajenas al interés individual de la persona afectada por el hecho ilícito. En otros términos si estamos en presencia de un hecho reglado que el privado puede exigir, o se trata de un acto discrecional de Estado sujeto solo a consideraciones de oportunidad por parte de la autoridad pública.

La doctrina es de la tesis de que la protección diplomática nace del ejercicio de una potestad

_

³ C.P.J.I. Serie A, número 2, p.12

pública. Que el Estado no está obligado a prestar tal asistencia en ningún caso, y que aun habiendo ejercido ya la misma puede ponerle término, sin responsabilidad, no importa el estado en que se encuentre la reclamación, sea que tan sólo se hayan iniciado gestiones diplomáticas, o se esté en fase judicial.

Razones de interés nacional existentes o sobrevinientes, por encima de los intereses particulares, pueden ser tenidos en cuenta por el Estado para decidir si interpone o no la protección. Imaginemos un escenario en el cual las relaciones diplomáticas entre dos Estados son ya lo suficientemente tensas, como para abrir un flanco innecesario, o por el contrario son tan amistosas que el Estado prefiera hacer gestiones informales y discretas, pero sin plantear un reclamo formal que pudiera incidir en una desmejora de las mismas.

Se trata, como sostenemos, de un acto discrecional y no de un derecho subjetivo pues el Estado, al hacerlo, actúa en el ejercicio de sus derechos como sujeto activo de Derecho Internacional y de sus atribuciones soberanas. Como lo dicho la C.P.J.I "Al hacerse cargo de la causa de uno de sus nacionales, al poner en movimiento a su favor la protección diplomática o la acción judicial internacional, este Estado hace valer, a decir verdad, su propio derecho, el derecho que tiene de hacer respetar el derecho internacional en la persona de sus nacionales "4.

Aunque en algunos países, y concretamente en España se ha desarrollado la teoría de que la omisión de la misma o su deficiente ejercicio podría generar responsabilidades de derecho interno, por cuanto con su omisión el Estado de alguna manera ayuda a perpetuar el daño causado, creemos que esa tesis es contraria a la práctica mayoritaria que sigue considerando la misma

como un acto de Estado, totalmente discrecional, que no debería generar responsabilidad alguna. Sin embargo sabemos que en las ciencias sociales, y en el derecho en particular no hay verdades absolutas y que ante un caso particular, puede que la propia práctica llegara a cambiar.

Es interesante destacar una resolución dictada por el Tribunal Federal Suizo, en el caso Gschwind. Se trató de un ciudadano suizo que era propietario de una empresa de exportación de maquinaria textil en la ciudad de Manchester, Inglaterra. El Gobierno británico adoptó, con ocasión de la Primera Guerra Mundial, algunas disposiciones sobre comercio con países neutrales (Suiza era entonces, y sigue siendo aún un país neutral) que perjuicios económicos causaron Gschwind. Al término de la Guerra v considerando el afectado que tales acciones violaban el Tratado de Amistad y Comercio Suizo-Británico 1855, demanda de compensación de guerra, que es desestimada por el Tribunal de Indemnizaciones. El afectado solicita al Consejo Federal Suizo la interposición de la protección diplomática y la misma es presentada al Gobierno Británico mediante un memorándum de la Legación Suiza en Londres.

Dicho Gobierno responde rechazando la gestión interpuesta por el Gobierno Suizo en el sentido de que no podía satisfacer su petición, porque en su criterio dicha acción no violaba el referido Tratado, pues había sido tomada con ocasión de una situación de calamidad pública en razón de la Guerra. Enterado de ello el Gobierno Suizo, muy a pesar del ruego del perjudicado, decide darse por satisfecho con la respuesta recibida y no continuar sus gestiones diplomáticas.

El afectado decide entonces demandar a la Confederación Suiza ante el Tribunal Federal, sosteniendo que al haber Suiza iniciado el reclamo por la vía diplomática, se había establecido una relación jurídica similar a la del mandato entre él y

⁴ Ibid, p.12

que el Gobierno Suizo al abandonar el reclamo, a pesar de su oposición, había incurrido en responsabilidad por falta de diligencia.

El Tribunal Federal Suizo rechazó el reclamo y sostuvo que "Un Estado que reclama a otro violación Estado por una del Derecho Internacional -ya sea convencional consuetudinario- y en consecuencia solicita reparación, efectúa una reclamación propia en virtud del incumplimiento de una convención o del desconocimiento de derechos que surgen del Derecho consuetudinario reconocido en materia de relaciones internacionales. Es irrelevante que el Estado actúe en la práctica en defensa del interés de sus nacionales en aquellos casos en que la violación del Derecho internacional hava sido en perjuicio de la propiedad individual...En este último caso, el individuo tal vez pueda demandar al Estado extranjero ante los propios tribunales de éste, siempre que el derecho interno lo permita...La violación simultánea del Derecho Internacional, no puede en principio originar reclamaciones del individuo directamente afectado sino por parte del Estado del cual es nacional...La autoridad estatal competente debe estar capacitada para adoptar decisiones independientemente de los deseos del nacional perjudicado, tanto con respecto a si debe tener lugar protección diplomática como con relación a cuán lejos deberá irse, por ejemplo planteando el arbitraje en caso de una actitud negativa del Estado extranjero...Lo que decimos con respecto a la iniciación de la acción diplomática cabe también aplicarlo al alcance de la continuidad de las medidas tomadas en aquellos casos en que el Gobierno extranjero adopta una actitud negativa. Siendo esta la situación, son aplicables las mismas consideraciones que rigen el comienzo de la actuación...Es cierto que el actor recibió una comunicación de las autoridades suizas por la cual declaraban su voluntad de adoptar medidas en su favor. Sin embargo, esa promesa sólo puede

interpretarse como una simple declaración por parte de las autoridades competentes de que están dispuestas a hacer lo que les permite el Derecho existente.

Es imposible interpretar esa relación como el establecimiento de una relación contractual con el reclamante; una relación de tipo representativa que impondría a la Confederación el deber de proteger los intereses del representado o mandante apoyando su reclamación frente a otro Estado⁵.

Lo anterior debemos tenerlo muy presente al discutir infra, si el sujeto privado puede renunciar anticipadamente a la posibilidad de la protección diplomática, y si tal renuncia paraliza toda posibilidad de que el Estado interponga acciones diplomáticas en beneficio de sus nacionales, cuando tal renuncia haya sido aceptada por este en sus relaciones contractuales con las entidades públicas, o impuesta por la legislación interna.

La nacionalidad como un requisito

Para que el Estado pueda interponer su protección es necesario, como lo indicamos supra, que se cumpla con determinados requisitos, en ausencia de los cuales dicha protección, aunque se otorgue, corre el riesgo de ser rechazada.

El primer requisito consiste en que la persona física o jurídica a favor de la cual se interpone la protección diplomática tenga la nacionalidad del Estado que le presta su protección.

El tema de la nacionalidad tiene una trascendencia fundamental, porque la misma es un vínculo jurídico que une a una persona a un determinado

-

⁵ Annual Digest of Public International Law Cases (1931/32), caso 120, citado por Puig, Juan Carlos "Derecho de la Comunidad Internacional", Ediciones de Palma, Buenos Aires,

Estado y que se regula tanto por el derecho interno como por el Derecho Internacional Privado, pero tiene efectos ante el Derecho Internacional Público.

Se es nacional de un Estado por haber nacido en su territorio (ius soli), o porque uno o ambos padres ostentan dicha nacionalidad y la transmiten a sus descendientes inmediatos (ius sanguinis). En la mayor parte de las legislaciones se reconoce ambas formas de adquisición de la nacionalidad aunque algunas son más severas en el caso de que un hijo de padres extranjeros nazca en el territorio de un Estado, exigiendo que aunado a ese hecho se dé también un plazo de residencia efectiva. Otras legislaciones, como la costarricense, otorgan automáticamente la nacionalidad por cualquiera de ambas vías sin otro requisito⁶. A ello se le denomina nacionalidad de origen.

Existe sin embargo la posibilidad de que una persona que es nacional de un Estado pueda adquirir la de otro Estado perdiendo, en algunos casos y en otros manteniendo su nacionalidad de origen, dando lugar a la existencia de dos o más nacionalidades que subsisten, por lo que la persona es súbdito de varios Estados a la vez. Esa nacionalidad se obtiene de acuerdo con lo que dispongan las leyes internas de cada Estado y cumpliendo con los requisitos que se fijen en cada caso particular. Este tipo de nacionalidad se denomina nacionalidad adquirida y en algunos casos puede ser también otorgada graciosamente por una disposición del Poder Ejecutivo o del Legislativo, lo cual no es una práctica muy extendida y sólo se otorga en casos muy señalados. Es la llamada nacionalidad honorífica.

Cuando un sujeto goza de doble nacionalidad no puede pedir el amparo diplomático de uno de los Estados que reconocen su nacionalidad para demandar al otro, pero si puede escoger a cual Estado pedir la interposición contra un tercer Estado.

Respecto de las personas jurídicas la práctica más generalizada es la de que gozan de un estatus especial de derecho, que las vincula al Estado en que están inscritas, o donde está su sede principal lo que bien puede equipararse, para efectos jurídicos, a las reglas aplicables a la nacionalidad desde el punto de vista de los requisitos de inscripción y funcionamiento, de carácter tributario, y desde luego en lo que corresponda a poder recibir la protección diplomática. Gozan entonces de una condición paritaria con las personas físicas aunque no se equiparan en forma alguna a estas.

Para efectos jurídicos, lo que interesa es la nacionalidad de la persona jurídica, sin que en ello influya el hecho de que los socios, asociados, o de cualquier otra forma que se les denomine, puedan ostentar la misma o diversas nacionalidades. Porque la persona jurídica tiene una personalidad distinta e independiente a las de sus miembros y sus propios órganos de gestión y representación.

De estos dos tipos de nacionalidades se ha ocupado la Corte Internacional de Justicia, en dos sentencias que han marcado la pauta, una para determinar con precisión cuál es el efecto real del vínculo de la nacionalidad de las personas físicas en el ámbito internacional y la otra para determinar cuál es la nacionalidad de las personas jurídicas. Se trata de las ya clásicas resoluciones dictadas en los casos Nottebohm (Liechtenstein contra Guatemala) y Barcelona Traction Light and Power (Bélgica contra España).

Haremos, respecto de cada caso una breve síntesis de los hechos que dieron lugar a la disputa entre Estados que, una vez agotada la fase diplomática, fueron llevados a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia y de las respectivas sentencias.

⁶ Artículos 13 y 14 de la Constitución Política de 7 de Noviembre de 1949.

A. Caso Nottebohm

Friederich Nottebohm había nacido en Alemania en el año 1881. Desde 1905 se había traslado de su país de origen a Guatemala donde residía desde entonces y se dedicaba a realizar negocios entre ambos países, lo que le permitió amasar una considerable fortuna. El señor Nottebohm realizaba visitas periódicas a su país de origen y conservó la nacionalidad Alemana hasta el año 1939, cuando ya era evidente que se estaba a las puertas de un conflicto internacional entre Alemania y el resto de Europa, en que amparándose a una Ley interna de Liechtenstein, decide solicitar y obtiene la nacionalidad de dicho Estado, mediante un trámite rápido y sin que tuviera vínculos afectivos o de residencia con éste. Una vez obtenida la misma regresa a Guatemala.

En 1943 el Gobierno de Guatemala le declara la guerra a Alemania, y el señor Nottebohm, por considerarse súbdito de un Estado enemigo, es detenido y enviado a los Estados Unidos e internado en una campo de detención, permaneciendo allí hasta después de terminada la guerra. Sus propiedades son incautadas por el Gobierno de Guatemala, por considerarse propiedad del enemigo conforme a las leyes de la guerra.

El señor Nottebohm alegó siempre que no era ciudadano Alemán sino de Liechtenstein desde 1939. Que su país era neutral, y que en consecuencia los actos del Gobierno de Guatemala eran violatorios de las normas del Derecho Internacional, por lo que debería indemnizársele por la privación ilegítima de su libertad, la incautación de sus propiedades y la decisión de impedirle el regreso a Guatemala.

El Gobierno de Guatemala rechaza los reclamos hechos por los apoderados del señor Nottebohm

y la posterior gestión diplomática del gobierno de Liechtenstein, alegando que la nacionalidad adquirida por él era una nacionalidad de conveniencia, V que en consecuencia interposición de la protección diplomática no era Ante procedente. ello el Gobierno Liechtenstein decide llevar el diferendo a conocimiento de la Corte Internacional de Iusticia.

Guatemala rechaza la gestión de dicho Gobierno considerando que el reclamo carecía de un requisito esencial para ser admitida por parte de la Corte, interponiendo una excepción preliminar para que la Corte determinara si la protección brindada por Liechtenstein era válida frente al Derecho Internacional.

El 6 de Abril de 1955, la Corte Internacional de Justicia se pronuncia respecto de la excepción preliminar de Guatemala, acogiendo la excepción opuesta por Guatemala, haciendo un riguroso análisis de lo que debe entenderse por nacionalidad efectiva frente al Derecho internacional.

Destacó la Corte, entre otros aspectos, lo siguiente:

"... Corresponde a Liechtenstein, como Estado soberano, reglamentar por su propia legislación la adquisición de su nacionalidad, así como conferirla por naturalización otorgada por sus propios órganos con arreglo a esta legislación. No determinar cabe si el Derecho internacional establece algunos límites a la libertad de sus decisiones en ese campo. Por otra parte, los efectos más inmediatos de la nacionalidad, los más amplios y, para la mayoría de las personas, los únicos que pueden darse se verifican en el orden jurídico del Estado que la confirió. La nacionalidad sirve ante todo para

determinar que quien la ostenta goza de los derechos y es pasible de las obligaciones que la legislación de ese Estado acuerdo o impone a sus nacionales. Esto está contenido implícitamente en la noción más amplia, según la cual la nacionalidad pertenece a la jurisdicción interna del Estado. Pero la cuestión que debe resolver esta Corte no pertenece al orden jurídico de Liechtenstein. No depende de la Ley ni de las decisiones de Liechtenstein establecer si este Estado tiene derecho a ejercer su protección en el caso en cuestión. Ejercer la protección, dirigirse a la Corte, es colocarse en el plano del Derecho internacional. Es el Derecho internacional el que determina si un Estado tiene personería para ejercer su protección y recurrir ante Corte....Estos hechos demuestran por una parte, la ausencia de toda vinculación entre Nottebohm y Liechtestein , y por otra la existencia de una antigua y vinculación con Guatemala; estrecha vinculación que su naturalización no disminuye enabsoluto. naturalización no se basa en un vínculo real con Liechtenstein anterior a ella y en nada tuvo la virtud de cambiar el género de vida de quien la obtuvo en condiciones excepcionales de rapidez benevolencia...Esta naturalización fue solicitada no para obtener la consagración en el Derecho de la integración real de Nottebohm a la población Liechtenstein, sino que se la buscó como un medio para lograr la sustitución de su cualidad de nacional de un Estado beligerante por la de nacional de un Estado neutral, con el único objeto de colocarse así bajo la protección Liechtenstein...Guatemala obligada a reconocer una nacionalidad así adquirida. En consecuencia Liechtestein

no puede legalmente proteger diplomáticamente a Nottebohm con respecto a Guatemala y por este motivo se declara inadmisible su demanda".

La Corte sentó así un principio fundamental, el de que la nacionalidad debe ser real y efectiva para que un Estado pueda proteger a sus nacionales, y que aunque esa nacionalidad le fuera otorgada y Nottebohm posteriormente a la guerra se fuera a residir a Liechtenstein, el efecto de la misma es puramente interno, pero no tiene efectos frente al Derecho Internacional.

B. La protección de las personas jurídicas y el caso de Barcelona Traction

La segunda cuestión que examinaremos es la de la protección diplomática por parte de un Estado a una persona jurídica. Sin duda, aunque el vínculo entre un Estado y una persona jurídica es por muchas razones distinto al de las personas físicas, no cabe duda que las personas jurídicas, sean estas de carácter civil, comercial o de derecho público establecidas, funcionan actúan V conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado en que se constituyen, aunque las misma pueden, al igual que las personas cambiar su domicilio social o sede. Lo que cabe examinar entonces es a cuál Estado le corresponde prestar el amparo diplomático o judicial si respecto a ellas se da una violación de normas de tal derecho que afecten su patrimonio, su existencia o su funcionamiento en un Estado extranjero.

La nacionalidad de la persona jurídica no debe necesariamente confundirse con la de quienes la han creado o controlan sus cuotas o acciones. Es normal en el mundo globalizado de hoy, que incluso el control de la misma por adquisición de acciones o participaciones sea prácticamente

_

⁷ C.I.J., Recueil 1955, ps. 4 ss.

imposible de determinar debido a la flexibilidad y rapidez de las transacciones en el mercado bursátil lo que puede originar que de un día para otro estas cambien de propietario o que estén en manos de nacionales de muy diversos Estados o controladas por personas físicas o jurídicas de distinta nacionalidad a la del Estado en que están constituidas y reguladas jurídicamente, donde tienen su sede social y donde cumplen con sus obligaciones de carácter fiscal.

Barcelona Traction Light and Power Company fue constituida bajo las leves de Canadá con el fin de operar una red de producción y distribución de energía eléctrica en Cataluña, España. Durante la Guerra civil española se establecieron restricciones cambiarias que hicieron imposible a la empresa el pago de algunas obligaciones contraídas en Libras esterlinas. Ante la cesación de pagos varios acreedores solicitaron obtuvieron que se decretara la quiebra de la misma. Por esa razón los perjudicados con la quiebra de la empresa solicitan la protección diplomática tanto al Gobierno de Canadá como al de Bélgica.

El Gobierno de Canadá inició gestiones diplomáticas ante las autoridades españolas en protección de la empresa. Paralelamente a las mismas el Gobierno de Bélgica, en vista de que una importante parte del capital social pertenecía a ciudadanos belgas, intervino en favor de los mismos.

Canadá abandonó posteriormente las negociaciones, mientras que el Gobierno de Bélgica las mantuvo y continuó, pidiendo a España que sometieran el asunto a arbitraje, con base en un Tratado de Conciliación, Solución Judicial y arbitraje entre ambos países en vigor desde 1927, lo que el Gobierno español rechazó.

En 1955 al ingresar España a las Naciones Unidas, Bélgica decide llevar unilateralmente el

asunto a conocimiento de la Corte Internacional de Justicia. España opuso excepciones preliminares a la acción establecida, siendo su principal argumento el que Barcelona Traction no era una sociedad belga, por lo que dicho Estado no estaba legitimado para otorgar el amparo judicial a su favor.

La Corte, en su fallo acogió la excepción de carencia de "ius standi" entre otras razones por los siguientes argumentos: "...En este caso, no se ha objetado que la sociedad se haya constituido en Canadá y que su sede social se encuentre allí. La constitución de la sociedad según el derecho canadiense fue el producto de una libre decisión. No sólo la sociedad se formó, como lo querían sus fundadores, en virtud del derecho canadiense, sino que ha sido regida por este derecho durante más de cincuenta años. Conservó en Canadá su sede, su contabilidad y el registro de sus accionistas. Durante muchos años allí tuvieron las reuniones del Conseio Administración. La sociedad figura en los registros del fisco canadiense. Así se establecido una vinculación estrecha y permanente que el transcurso de más de medio siglo no ha hecho más que reforzar. Esta vinculación de ninguna manera se debilitó porque la sociedad ejerció desde el comienzo sus actividades comerciales fuera de Canadá, puesto que tal era su fin declarado. Las relaciones entre Barcelona Traction y Canadá son múltiples...La Corte considera que la adopción de la tesis de la protección diplomática de los accionistas en cuanto tales, al abrir la puerta a reclamaciones diplomáticas concurrentes, podría crear un clima de confusión y de inseguridad en las relaciones económicas internacionales."

El peligro sería tanto más grande cuanto que las acciones de las sociedades con actividad internacional son muy dispersas y cambian a menudo de manos...Conviene observar también que los fundadores de una sociedad orientada a

acciones internacionales deben tener en cuenta el hecho de que los Estados tienen el poder discrecional de acordar o rehusar la protección diplomática a sus nacionales..."8.

En síntesis la teoría que algunos países han querido hacer valer de que la protección diplomática puede interponerla bien el Estado donde la entidad jurídica tiene sus sede principal, bien el de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas, fue descartada por la Corte que fue muy clara en su posición.

Eso no excluye, desde luego, la posibilidad de que el Estado de los accionistas, sean mayoritarios o sean minoritarios, pueda prestar su protección diplomática cuando los derechos violados sean los de los accionistas en su condición de tales y no necesariamente el de la sociedad, pues acá actuaría el Estado en protección de los derechos de los individuos que sólo el Estado de su nacionalidad puede ejercer, incluso contra el Estado en que esté constituida la sociedad, pongamos por ejemplo, confiscadas cuando sus acciones son arbitrariamente y sin indemnización.

Ahora bien, en el desarrollo posterior se han impulsado acuerdos que obligan a los Estados partes a recurrir al arbitraje a solicitud del Estado del que la mayoría de los accionistas son nacionales suyos, en cuyo caso obviamente esa protección procede, pero no porque sea de derecho internacional general, sino por obedecer a normas del derecho internacional particular, que impone obligaciones sólo a los Estados partes en un acuerdo bilateral o multilateral.

Por otra parte el auge del Arbitraje internacional ha hecho posible que hoy, en muchos casos, en lugar de recurrirse al procedimiento de protección diplomática se sometan los diferendos comerciales entre Estados y particulares a este tipo de solución alternativa de conflictos y como ya sabemos la

Los otros dos requisitos son, uno de mera constatación, consistente en el agotamiento de los recursos internos, que de acuerdo con cada sistema jurídico procedan contra el hecho dañoso, y el otro de prueba de que el afectado ha actuado de manera transparente y no se ha involucrado en conductas que pudieran justificar la actuación del Estado contra sus derechos como extraniero. Al decir de la doctrina que haya actuado con "manos limpias" (clean hands) sin incurrir, por ejemplo, en violación a su deber de abstención de participar en cuestiones políticas reservadas a los ciudadanos de cada Estado, o conductas delictivas, o que pongan en peligro la seguridad pública o las obligaciones internacionales del Estado.

En cuanto al agotamiento de los recursos ello debe entenderse de acuerdo con los parámetros racionalmente establecidos y aplicables de manera general. En caso de la denegación de justicia, bien porque en el sistema procesal no haya suficientes garantías de control de las actuaciones por autoridad judicial independiente, bien porque el propio sistema impida el ejercicio del derecho de defensa, se puede pedir y obtener dicha protección sin necesidad de demostrar dicho agotamiento. Pero desde luego todo ello podrá ser objeto de prueba por parte de quien lo alegue.

Cláusula Calvo

Finalmente, y aunque sea de manera muy breve debemos referirnos a la práctica latinoamericana conocida con el nombre de "cláusula Calvo" en

cláusula arbitral es irrenunciable para las partes. Un ejemplo de ello es el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados" que estableció el CIADI, cuyos laudos obligatorios para las partes y no podrán ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso.

⁸ C.I.J., Recueil 1970, ps. 4 y ss.

INTERNACIONAL

reconocimiento a su inspirador, el jurista argentino Carlos Calvo. Consiste esta en la incorporación a los contratos firmados por personas o empresas extranjeras con el Estado, de sometimiento a las leyes y tribunales del mismo y de no recurrir en caso de controversia sobre el cumplimiento o ejecución del mismo o con ocasión de él, a la solicitud de protección diplomática por parte del Estado del que se es nacional. Simple y llanamente se trata de una renuncia, que bien puede ser contractual, o proceder como en la mayoría de los Estados de nuestra región de disposiciones legales e incluso constitucionales.

No es nuestra intención discutir aquí los orígenes ni la racionalidad de la llamada cláusula Calvo, que tiende a la protección de la potestad soberana de cada Estado y del deber de todos los habitantes de someterse a la jurisdicción local del Estado, así como a reafirmar el principio de igualdad entre Estados, lo que a nosotros nos parece encomiable. Esos principios están implícitos en los requisitos de la doctrina clásica de la protección diplomática conforme a la cual, para obtenerla, deben agotarse primero los recursos internos.

En buena doctrina, y siguiendo la teoría clásica, pareciera que dicha renuncia, como tal no es válida, pues si sostenemos, como lo hemos hecho acá, que la protección diplomática no es un derecho del individuo sino una potestad del Estado, no podría éste renunciar a algo que no tiene ni le corresponde a él ejercer. Esta tesis, desde luego no es aceptada por la mayoría de los autores latinoamericanos e incluso europeos, quienes se explayan en razones de carácter histórico y político en defensa de la validez de la cláusula Calvo.

Aunque por razones de espacio no podemos aquí desarrollar ampliamente el tema, cabe mencionar, apenas por vía de ejemplo las posiciones de Seara

Vásquez⁹, Sorensen¹⁰, o Sepúlveda Amor¹¹, que defienden arduamente dicha posición y a cuyos argumentos remitimos al lector.

A nuestro parecer, el hecho de que el afectado haya renunciado a la protección diplomática, debe interpretarse en el sentido estricto como el de no pedir a su Estado la protección, y en consecuencia tal renuncia constituye un factor de disuasión jurídico y moral para que aquél, en caso de pedírsela un nacional que haya aceptado tal renuncia, se la deniegue. En realidad lo que hace sujeto al contratar con el Estado y comprometerse a no solicitar la misma, no es renunciar a la potestad del Estado sino a su propia facultad para pedir el ejercicio de dicho derecho a su favor y tal renuncia, en nuestra opinión es procedente.

⁹ Seara Vásquez Modesto, "Derecho Internacional Público" Editorial Porrúa S.A. México 1994, p. 355.

¹⁰Sorensen, Max "Manual de Derecho Internacional Público" Fondo de Cultura Económica, México 1973, p.558.

¹¹Sepúlveda César "Derecho Internacional" Editorial Porrúa, México, 1986, p. 248.



Orientación sexual, margen de apreciación, derechos de las niñas y los niños, no discriminación, derecho a la educación y cuestiones procesales ante la Corte Interamericana: Debates en torno al Caso Niña "X" y sus padres Vs. La República de Muykyta (CEJA 2012)*

Óscar Parra Vera, Alexandra Sandoval Mantilla y Patricia Tarre Moser**

Resumen

En el año 2012 se elaboró un caso hipotético para el "Concurso Eduardo Jimenez de Aréchega" (CEJA), denominado el "Caso niña "X" y sus padres V s. la República de Muykyta", en el cual se quisieron explorar diversos debates a los cuales actualmente se enfrenta la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tales como los casos relacionados con los derechos de la comunidad LGTBI, tensiones entre el derecho a la libertad de expresión y la prohibición de discriminación, desarrollo de algunos derechos económicos, sociales y culturales como el derecho a la educación y otros conflictos relacionados con asuntos procesales del desarrollo de los casos contenciosos ante la Corte. Para dicha competencia se realizó, a su vez, una "Guía para Jueces", en la cual se expusieron los principales argumentos que los concursantes podían desarrollar durante la competencia, así como una recopilación no exhaustiva de fuentes que podían ser aplicadas para la resolución del caso. El presente artículo es una sistematización corta de los debates y fuentes que fueron expuestos en la "Guía para Jueces".

^{*} Agradecemos a Florian Huber por su colaboración en la elaboración del bench memorandum. Asimismo, agradecemos a Valeria Tiffer y Fernanda Jiménez por la ayuda y apoyo brindado en todo el proceso de elaboración del caso hipotético y de la "Guía para Jueces".

^{**} Los autores son actualmente Abogado y Abogadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José, Costa Rica.

Abstract

In 2012 a hypothetical case was elaborated for the 'Eduardo Jiménez de Aréchega" Moot Court (CEJA), under the name of "Niña "X" and her parents Vs. the Republic of Muykyta case", in which different debates the Interamerican Court of Human Right is currently confronting were explored, such as cases related to the rights of the LGBT community, tensions between freedom of speech and the prohibition to discriminate, the development of some economic, social and cultural rights such as the right to education and other conflicts related with procedural aspects of the contentious cases before the Court. For said competition, a "Bench Memorandum" was elaborated, and it included the main arguments the contestants could bring forward throughout the competition, as well as a non-exhaustive set of sources which could be applied for the resolution of the present case. This article is a short systematization of the debates and sources which were exposed in the 'Bench Memorandum".

Asuntos procesales

A. Excepciones Preliminares

En el caso hipotético el Estado presentó tres excepciones preliminares relacionadas con la violación del derecho a su defensa, la falta de competencia ratione materia en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño y con los artículos 6 y 9 de la Convención Belém do Pará, y la falta de agotamiento de recursos internos.

B. Violación del derecho de defensa del Estado

Ambos órganos del sistema interamericano son autónomos e independientes¹. La Interamericana ha establecido que "no actúa, con

Cfr. Control de Legalidad en el Ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC 19/05 del 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19, párr. 25.

respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Su jurisdicción plena para considerar y revisar in toto lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional de la materia. En este sentido, al tiempo que se asegura una más completa protección judicial de los derechos humanos reconocidos por la Convención, se garantiza a los Estados Partes que han aceptado la competencia de la Corte, el estricto respeto de sus normas"2. La Corte ha establecido además que "el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades", siempre y cuando se conserve un adecuado equilibrio entre las partes³.

Al interponer una excepción preliminar de este tipo, el Estado tiene la carga de demostrar la existencia de un error grave en el procedimiento ante la Comisión y que dicho error haya "afectado o vulnerado el derecho de defensa del Estado"4. En el caso Niña X y sus padres se presentaron dos situaciones sobre las cuales el Estado pudiese alegar la violación al derecho de defensa: la falta de cumplimiento del requisito de los seis meses de parte del proceso y la inclusión por los representantes de artículos que fueron declarados como no violados en el informe de fondo.

1. Falta de cumplimiento del requisito de los seis meses

Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr.

Cfr. Caso Cayara Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14, párr. 42.

Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172: Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, parr 67, y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 31.

La Convención Americana exige como un requisito para que la petición sea admisible que la misma "sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva"5. En el presente caso existen tres procesos judiciales relevantes: el amparo contra el programa de televisión, cuya decisión definitiva fue el 10 de junio de 2008, el amparo contra la escuela, cuya decisión definitiva fue el 19 de septiembre de 2008 y el proceso penal contra el señor Lavalle y la señora Martínez, cuyas decisiones definitivas fueron el 4 de enero y 13 de mayo de 2009, respectivamente. La petición fue presentada ante la Comisión el 4 de febrero de 2009. Por lo tanto el proceso del amparo contra el programa de televisión no cumple con el requisito de los seis meses.

Según los hechos del caso, el Estado no alegó ante la Comisión la falta de cumplimiento de este requisito de admisibilidad. En consecuencia, la primera discusión que se genera es si el Estado puede ahora ante la Corte alegar, así sea indirectamente, el incumplimiento de dicho requisito. Por un lado, en 1991 en el caso Neira Alegría la Corte estableció que ya que el plazo de los seis meses depende del agotamiento de los recursos internos es el Estado quien tiene que alegar el vencimiento del plazo ante la Comisión⁶. En base a esto, el Estado tendría que haber interpuesto esta excepción preliminar en la etapa anterior a la admisibilidad, la cual es la etapa donde se analizan este tipo de argumentos⁷. Al no hacerlo en este momento se entiende como una renuncia tácita a la excepción⁸.

Por otro lado, la Corte Europea ha establecido que la existencia de la regla de los seis meses muestra el deseo de las partes contratantes de no someter nuevamente a procesos internacionales decisiones judiciales después de un tiempo indefinido, lo cual no solo es del interés del Gobierno sino también de la seguridad jurídica. Por lo tanto, la Corte Europea ha señalado que tiene que examinar el cumplimiento de este requisito aún si el Estado no presentó una excepción preliminar al respecto9. A pesar de las diferentes procesales que existen entre el procedimiento europeo y el interamericano, el mismo razonamiento puede ser aplicable al sistema interamericano¹⁰. En este sentido, se pudiera decir que el requisito de los seis meses no es comparable con el requisito del agotamiento de los recursos internos.

Adicionalmente, para el presente caso relevante el caso Grande Vs. Argentina. En dicho caso existía un proceso penal y un proceso contencioso administrativo, mediante el cual la presunta víctima buscó resarcimiento presuntos daños causados en el proceso penal. La Corte, al analizar si la Comisión había modificado el objeto de la petición inicial al incluir el proceso penal, señaló que la Comisión solo había verificado el cumplimiento del requisito de los seis meses con respecto al proceso contencioso administrativo, mas no con

Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 46 1 (b)

Cfr. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No.

Esto es acorde a lo establecido en el reglamento de la Comisión. Reglamento de la Comisión Interamericana, art. 30 (6).

Cfr. Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13, párr. 30.

CrEDH, Affaire Belaousof et autres c. Grece, 27 de mayo de 2008, párr. 38.

En este sentido, la Comisión ha establecido que el objetivo del requisito de los seis meses es garantizar "certeza legal y estabilidad". Cfr. CIDH, Informe N° 3/04 (Admisibilidad). Petición 12.128, Horacio Verbitsky y otros Vs. Argentina. 24 de febrero de 2004, párr. 45.

respecto al proceso penal que no los cumplía¹¹. Esta consideración fue una de las tomadas en cuenta por la Corte al decidir no conocer del proceso penal¹². En primer lugar, es necesario resaltar que la Corte no analizó si el Estado había alegado ante la Comisión el incumplimiento del requisito de los seis meses en relación con el proceso penal. Por las particularidades de dicho caso, la Corte habría podido considerar que el Estado estaba impedido de presentar dicho argumento por desconocer que la Comisión incluiría en el Informe de Admisibilidad el proceso penal. No obstante, incluso si la Corta consideraba lo anterior, si el argumento de incumplimiento del requisito de los seis meses fuese realmente equiparable a una excepción de falta de agotamiento de recursos internos, la Corte hubiese tenido que mencionar las razones por las cuales podía entrar a conocer el argumento a pesar de no haber sido presentado previamente ante la Comisión.

En segundo lugar, del caso Grande se puede inferir que cada proceso judicial que se incluya en la petición tiene que cumplir por sí mismo con el requisito de los seis meses, sin importar la conexidad que exista entre los mismos. Este criterio, sin embargo, no parece estar respaldado por la Comisión Interamericana. La Comisión ha considerado que el requisito de los seis meses no aplica a situaciones donde son aplicables alguna de las excepciones del agotamiento de los recursos internos o "cuando las denuncias se refieren a una situación continua, es decir cuando se aduce que los derechos de la víctima son afectados ininterrumpidamente"13. En estos

casos se tiene que evaluar la razonabilidad del tiempo que habría transcrito. Tomando esto en cuenta, otro alegato posible sería que los diferentes procesos judiciales constituían una situación continuada, que se generó con el programa de televisión, y terminó con el proceso penal, por lo tanto la regla de los seis meses no se puede aplicar a cada proceso sino que la petición se tiene que evaluar como un todo.

Por último, según la jurisprudencia de la Corte, incluso si se considera que la Comisión no ha debido admitir los hechos relativos al primer amparo, se tiene que determinar si esto constituyó un "error grave" y el Estado tiene que demostrar cómo dicho error grave de la Comisión afectó o vulnerado el derecho de defensa del Estado¹⁴.

2. <u>Inclusión en el Informe de Fondo de</u> artículos no declarados admisibles

El Estado pudiese alegar que la inclusión de los artículos de 4, 5, 11, 19 en el Informe del Fondo violó el derecho de defensa del Estado ya que al no haber sido declarados admisibles el Estado no se pudo defender de dichos alegatos. Un alegato similar se presentó en el caso Furlan y familiares Vs. Argentina y la Corte determinó que:

[N]i en la Convención Americana, ni en el Reglamento de la Comisión

2003, párr. 59; CIDH, Informe N° 72/01 (Admisibilidad). Caso 11.804, Juan Ángel Greco Vs. Argentina. 10 de octubre de 2001, párr. 54, y CIDH, Informe N° 5/02 (Admisibilidad). Petición 12.080, Sergio Schiavini y María Teresa Schnack de Schiavini Vs. Argentina. 27 de febrero de 2002, párr. 55.

Cfr. Caso Grande Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párrs.

Cfr. Caso Grande Vs. Argentina. Excepciones Preliminares y Fondo. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C No. 232, párrs.

Cfr. CIDH, Informe N° 72/03 (Admisibilidad). Petición 12.159, Gabriel Egisto Santillan Vs. Argentina. 22 de octubre de

Cfr. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172; Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, parr 67, y Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, párr. 31.

Interamericana existe normatividad alguna que disponga que en el informe de admisibilidad se deben establecer todos los derechos vulnerados. presuntamente respecto, los artículos 46 y 47 de la Convención Americana establecen exclusivamente los requisitos por los cuales una petición puede ser declarada admisible o inadmisible, más no impone a la Comisión la obligación de determinar cuáles serían los derechos objeto del trámite. Incluso, el artículo 48 de la Convención permite a la Comisión, después de admitida la petición, en caso de que sea necesario, realizar una "investigación para cuyo eficaz cumplimiento, [podrá] solicitar, y los Estados interesados proporcionaran, todas facilidades necesarias". En este sentido, la Corte consider[ó] que los derechos indicados en el informe de admisibilidad son el resultado de un examen preliminar de la petición que se encuentra en curso, por lo que no limitan la posibilidad de que en etapas posteriores del proceso puedan incluirse otros derechos o artículos que presuntamente hayan sido vulnerados, siempre y cuando se respete el derecho de defensa del Estado en el marco de la base fáctica del caso bajo análisis¹⁵.

C. Falta de competencia Ratione Materiae en relación con la Convención sobre los

Derechos del Niño y con los artículos 6 y 9 de la Convención Belém do Pará

En el caso Las Palmeras Vs. Colombia la Corte estableció que la Convención Americana "sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención¹⁶. La excepción a esa regla son "los casos en que otra Convención, ratificada por el Estado, confiere competencia a la Comisión o a la Corte Interamericanas para conocer de violaciones de los derechos protegidos por dicha Convención"17. Por tanto, la Corte no tiene competencia para declarar una violación a la Convención sobre los Derechos del Niño.

En cuanto a la Convención Belém do Pará, en el caso Campo Algodonero el Estado objetó la competencia de la Corte sobre esta Convención. La Corte, realizando una interpretación literal, sistemática y teleológica del artículo 12 de la Convención Belém do Pará¹⁸, concluyó que tenía competencia para analizar posibles violaciones del artículo 7 de dicha convención¹⁹. Asimismo, la

Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246, párr. 52.

Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67,

Cfr. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67, párr. 34.

El artículo 12 de la Convención Belém do Pará establece: "Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte, y la Comisión las considerará de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humano".

Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 77.

Corte concluyó que no tenía competencia para analizar posibles violaciones de los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Pará ya que, *inter alia*, el artículo 12 se refiere solo al artículo 7 de la menciona Convención²⁰. Al respecto, la Corte destacó que "a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente"²¹. No obstante, la Corte señaló que esto no significa que "los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes"²².

D. Falta de agotamiento de recursos internos

La Convención Americana establece como requisito de admisibilidad que las presuntas víctimas hayan agotado recursos internos. Las excepciones a dicho requisito son que a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La Corte ha establecido que los recursos que se tienen que agotar son aquellos que sean adecuados, "dentro del sistema del derecho interno, sea idóneo para proteger la situación jurídica infringida", y efectivos, "capaz de

²⁰ Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 80.

producir el resultado para el que ha sido concebido"²³.

E. Debates en torno al margen de apreciación²⁴

Una de los problemas jurídicos a resolver en el caso era el siguiente: ¿hasta qué punto puede revisar la Corte Interamericana como tribunal internacional la decisión y los argumentos del Tribunal Constitucional respecto a la ponderación del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada en el caso concreto?

Al respecto, cabe resaltar que en casos ante la Corte Interamericana algunos estados han invocado contar con un "margen de apreciación" para decidir este tipo de conflictos de derechos. Esta doctrina del margen de apreciación ha sido desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos desde el caso Handyside Vs. Reino Unido²⁵. En dicho caso se afirmó que:

"it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterized by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital

²¹ Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 79.

²² Cfr. Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párr. 79.

²³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párrs. 63 a 66.

Algunos de los componentes de este segmento están basados en Oscar Parra Vera y Florian Huber, "Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: Comentarios al caso Atala Riffo y Niñas", en Armin Von Bogdandy, Flávia Piovesan y Mariela Morales-Antoniazzi (coords.), Igualdad y Orientación Sexual. El Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial, México, Porrúa / Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.

²⁵ Case Of Handyside V. The United Kingdom (Application no. 5493/72), 7 December 1976, párrs. 48, 49.

forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them. $\lceil \ldots \rceil$ it is for the national authorities to make the initial assessment of the reality of the pressing social need implied by the notion of "necessity" in this context. [...] Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States margin a appreciation. [...] Nevertheless, Article 10 para. 2 (art. 10-2) does not give the Contracting States an unlimited power of appreciation $\lceil \ldots \rceil$.

En un caso reciente²⁶, el Tribunal Europeo precisó lo siguiente en relación con esta doctrina:

> a number of factors must be taken into account when determining the breadth of the margin of appreciation to be enjoyed by the State when determining any case under Article 8 of the Convention [right to private life].

- Where a particularly important facet of an individual's existence or identity is at stake, the margin allowed to the State will normally be restricted.
- Where, however, there is no consensus within the Member States of the Council of Europe, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider.

Este tema ha sido objeto de algunas reflexiones en jurisprudencia reciente del tribunal interamericano. Por ejemplo, en el caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile, algunas de las decisiones citadas por la Corte respecto a la orientación sexual como "otra condición social" fueron emitidas en fechas posteriores a la decisión de la Corte Suprema de Chile. Esto ha generado algunas críticas respecto a si el tribunal interamericano ha impuesto un "consenso" que no existía en la región o en Chile en aquel momento -y en la actualidad-. Este tipo de críticas podrían esgrimirse en relación con la mayoría de la jurisprudencia de la Corte. Así por ejemplo, en casos como el de la masacre de Barrios Altos, el Tribunal profirió una decisión que era contraria a la práctica de varios Estados que habían tolerado algunas formas de amnistías frente a graves violaciones de derechos humanos. En otros casos, como el caso Furlan, la Corte analizó los impactos de la demora de un proceso civil finalizado en 2002 en un niño con discapacidad y su familia. Para ello utilizó, entre otros aspectos, el "modelo social de la discapacidad" establecido en la Convención sobre Discapacidad adoptada en Naciones Unidas en 2007. Se podría establecer un listado mucho más amplio de ejemplos. Consideramos acertada la práctica de la Corte de establecer la interpretación más favorable para los derechos humanos según el estado de la discusión en el derecho internacional y comparado al momento en el que

^[...] by reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than the international judge to give an opinion, not only on the "exact content of the requirements of morals" in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet them.

Case Of A, B and C V. Ireland (Application no. 25579/05), GC, 16 December 2010, párr. 232.

se tiene que decidir un determinado caso. Teniendo en cuenta la crítica situación de derechos humanos en la región, es legítimo y Corte conveniente que la Interamericana desarrolle un importante nivel de liderazgo en aspectos relevantes para problemas estructurales, por ejemplo, temáticas como discriminación. Dicho liderazgo puede justificar que la Corte establezca ciertos mínimos que deberían ser tenidos en cuenta por las autoridades locales, siempre y cuando su argumentación sea la más rigurosa y exhaustiva posible.

Creemos que en la sentencia del caso Atala la Corte responde a las exigencias de esta carga de argumentación en la fijación de principios cuando no existe un consenso específico en la región. En el Tribunal Interamericano utilizó efecto. conceptos, definiciones y decisiones de otros sistemas de protección y de Altas Cortes en el derecho comparado que reflejan claramente una tendencia de los últimos 20 años respecto a la necesidad de ampliar la protección de las minorías sexuales. Asimismo, ante el mencionado reparo del Estado de la presunta falta de consenso respecto a la orientación sexual como categoría prohibida de discriminación en el momento de los hechos ocurridos, la Corte resaltó que:

> la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a

abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana".

Cuando hizo alusión a la discriminación histórica y estructural en esta materia, la Corte señaló que, de acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado, esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales (en adelante "LGTBI") es inaceptable porque, en primer lugar, la orientación sexual constituye un aspecto esencial en la identidad de una persona. En este punto, la Corte se refirió a un segmento del fallo en el que se retoma el caso Clift de la Corte Europea²⁷ para señalar que "no era razonable exigir a la señora Atala que pospusiera su proyecto de vida y de familia"28 y que no se considerar puede como "reprochable reprobable jurídicamente", bajo ninguna circunstancia, que la señora Atala haya tomado la decisión de rehacer su vida²⁹.

En segundo lugar, la Corte señaló que la comunidad LGTBI ha sido discriminada históricamente y es común el uso de estereotipos en el trato hacia dicha comunidad. En tercer lugar, el Tribunal precisó que dicha comunidad constituye una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en

El T.E.D.H. señaló en el Caso Clift Vs. Reino Unido, (No. 7205/07), Sentencia de 13 de julio de 2010. Final, 22 de noviembre de 2010, párr. 57 que: "the Court has considered to constitute 'other status' characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in Salgueiro da Silva Mouta, [...] it found that sexual orientation was ['undoubtedly covered['] by Article 14".

Cfr. Corte IDH. Caso Atala, párr. 139.

Cfr. Corte IDH. Caso Atala, párr. 139.

ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. En cuarto lugar, la Corte señaló que la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cabe resaltar que en otro apartado de la sentencia, al valorar las reparaciones procedentes, la Corte señaló que éstas debían tener una vocación transformadora de dicha situación de discriminación histórica y estructural, de tal forma que las reparaciones tuvieran un efecto no solo restitutivo sino también correctivo hacia cambios estructurales que desarticulen aquellos estereotipos y prácticas que perpetúan la discriminación contra la población LGTBI³⁰.

Teniendo en cuenta estas características y alcance que tiene la discriminación histórica y estructural contra los grupos LGTBI es posible justificar que no se pueda reducir o limitar los alcances de la decisión de la Corte IDH respecto a este grupo en situación de vulnerabilidad bajo el argumento de que no existe un "consenso" regional sobre el alcance de algunos derechos bajo la Convención Americana. Es cierto que la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha buscado balancear la protección de los derechos y el consenso europeo. Esta postura se explica por el contexto en el cual la mayoría de los Estados partes de la Convención Europea de Derechos Humanos tenían democracias establecidas, por tanto las violaciones de derechos humanos que se conocen desde entonces no se han relacionado con graves atrocidades o regímenes autoritarios (dos excepciones son los casos relacionados con violaciones de derechos graves humanos cometidos en los conflictos armados Chechenia y el sur este de Turquía).

Sin perjuicio de ello, el margen de apreciación, que ha tenido diversos significados en la doctrina y en su uso jurisprudencial, y ha sido calificado a veces como "el 'producto' más controvertido de la Corte Europea de Derechos Humanos"31, considerando que ofrece "un nivel de revisión europea que es menos profunda que la revisión que la Corte tiene derecho a hacer sobre la base de su 'jurisdicción plena"32. En algunos casos se ha criticado esta doctrina porque, a partir de su utilización, la Corte Europea ha decidido casos con hechos similares pero bajo un diferente estándar33. Doctrina reciente ha evaluado a profundidad el alcance de esta metodología de análisis de los casos, fundamentando su posible legitimidad e idoneidad en ciertas circunstancias³⁴.

También es posible señalar que la Corte Interamericana, en casos como Castañeda Gutman Vs. México, implícitamente ha adoptado una idea tácita de margen de apreciación al considerar que los Estados parte pueden diseñar distintos modelos de regulación del derecho a ser elegido, tomando en consideración el derecho comparado aplicable³⁵. Asimismo, en el caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, al estudiar las garantías judiciales de artículo 8 de la Convención, en particular el

Sébastien van Drooghenbroeck, La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux, p. 527.

Johan Callewaert, Quelavenir pour la marge d'appréciation?, en P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold y L. Wildhaber (ed.), Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal, p. 149.

Para una crítica de la jurisprudencia europea en este sentido, respecto a los casos de libertad de expresión, ver Alexandra Sandoval Mantilla, The use of the margin of appreciation in cases concerning freedom of expression: A comparison between the use of the concept in the Inter-American Court and the European Court of Human Rights, (LLM Thesis in Human Rights and Criminal Justice -Utrecht University, 2010).

Andrew Legg, The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality, Oxford University Press, 2012.

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, párr. 138 a 205.

derecho a recurrir la sentencia, la Corte consideró que si bien los Estados tienen un "margen de apreciación" para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo³⁶. En otros casos el nivel de deferencia hacia las determinaciones en el ámbito interno ha sido considerable y se ha reconocido que algunas autoridades locales pueden estar en mejor posición para efectuar ciertas determinaciones probatorias³⁷.

Sin embargo, es difícilmente aceptable un argumento de deferencia respecto a grupos que históricamente han estado en una situación de vulnerabilidad v opresión. Más aún cuando el hecho internacionalmente ilícito (la sentencia de la Corte Suprema) reproducía algunos de los elementos que más han caracterizado dicha vulnerabilidad histórica. Por supuesto, ello debe argumentarse y la Corte, a nuestro juicio, cumplió con esa carga. Es posible que en otros temas la deferencia y una argumentación rigurosa sobre margen de apreciación pueda tener justificación en el marco de los principios de subsidiariedad y complementariedad. Empero, respecto a una discriminación por orientación sexual, aceptar la deferencia puede implicar tolerar que una mayoría pueda seguir reproduciendo la exclusión contra una minoría históricamente oprimida, haciendo nugatorio el rol que un sistema internacional de protección tenga que jugar en casos de esta naturaleza. Más aún cuando la misma Corte Interamericana ha establecido que la prohibición discriminación es de una prohibición de jus cogens³⁸.

Cabe resaltar que el Tribunal Europeo ha establecido un margen de apreciación amplio en casos de diferencia de trato al señalar que, en principio, una diferencia de trato solamente es discriminatoria:

> "if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a

legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised³⁹, lo cual implica que Cfr. Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los

Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101. Esta caracterización de la prohibición de discriminación como prohibición de jus cogens ha sido criticada por autores como Gerald Neuman, al señalar que "the Court cited a wide range of international instruments prohibiting discrimination in a variety of contexts, or on the basis of a number of different criteria. But, even taking these instruments at face value, the fact that many forms of discrimination are internationally forbidden does not demonstrate that all forms of discrimination violate a fundamental value of the international community". Ver. Gerarld Neuman, Gerald L. Neuman, Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights, 19 EJIL 101 (2008). Sin embargo, el Caso Atala muestra el valor argumentativo de tal determinación de la Corte Interamericana si se circunscribe su análisis a la discriminación histórica contra ciertos grupos y por qué no puede ser admisible un margen de apreciación en tales casos.

C.E.D.H., Casos "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" Vs. Belgium, Sentencia de 23 de Julio de 1968, párr. 10; Marckx Vs. Bélgica, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 33; Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido, (No. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 72; KarlHeinz Schmidt Vs. Alemania, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; Gaygusuz Vs.Austria, (No. 17371/90), Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42; Petrovic Vs. Austria, (No. 20458/92), Sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 29; Mazurek Vs. Francia, (No. 34406/97), Sentencia de 1 de febrero de 2000. Final, 1 de mayo de 2000, párr. 48; Willis Vs. Reino Unido, (No. 36042/97), Sentencia de 11 de junio de 2002. Final, 11 de septiembre de 2002 párr. 39.

Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 161.

Ver el Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia, donde se respetó la determinación del alcance de la reparación pecuniaria desarrollada por el Consejo de Estado de Colombia; Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 246.

"the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment" 40

Sin embargo, el Tribunal Europeo ha precisado que el margen de apreciación es más limitado en casos de discriminación basada en categorías de sexo, nacimiento, nacionalidad, religión, raza y discapacidad. En efecto, en su jurisprudencia desde 1985, la Corte Europea de Derechos Humanos aplica en casos de diferencias de trato basadas en las categorías de sexo⁴¹, nacimiento⁴²,

C.E.D.H., Caso Inze Vs. Austria, (No. 8695/79), Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr.41; Cfr. Caso Rasmussen Vs. Dinamarca, (No. 8777/79), Sentencia de 28 de noviembre de 1984, párr. 40; Caso "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" Vs. Bélgica (Fondo), (No. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), Sentencia de 23 de julio de 1968, párr. 10; Caso Lithgow v otros Vs. Reino Unido (No. 9006/80; 9262/81; 9263/81; 9265/81; 9266/81; 9313/81; 9405/81)), Sentencia de 8 de julio de 1986, párr. 177; Caso KarlHeinz Schmidt Vs. Alemania, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; Caso Petrovic Vs. Austria, (No. 20458/92), Sentencia de 27 de marzo de 1998, párr. 30; Caso Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, (No. 33290/96), Sentencia de 21 de diciembre de 1999. Final, 21 de marzo de 2000, párr. 29; Caso Fretté Vs. Francia, (No. 36515/97), Sentencia de 26 de febrero de 2002. Final, 26 de mayo de 20022, párr. 40; L. y V. Vs. Austria (No. 39392/98 y 39829/98), Sentencia de 9 de enero de 2003. Final, 9 de abril de 2003, párr. 44.

Cfr. C.E.D.H., Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali Vs. Reino Unido, (No. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Sentencia de 28 de mayo de 1985, párr. 78 ("it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention."); Cfr. también C.E.D.H., Caso Schuller-Zgraggen Vs. Suiza, (No. 14518/89), Sentencia de 24 de junio de 1993, párr. 67; C.E.D.H., Caso Burghartz Vs. Suiza, (No. 16213/90), Sentencia de 22 de febrero de 1994, párr. 27: C.E.D.H., Caso KarlHeinz Schmidt Vs. Alemania, (No. 13580/88), Sentencia de 18 de julio de 1994, párr. 24; C.E.D.H., Casos Van Raalte Vs. Paises Bajos, (No. 20060/92), Sentencia de 21 de febrero de 1997, párr. 39, y Willis Vs. Reino Unido, (No. 36042/97), Sentencia de 11 de junio de 2002. Final, 11 de septiembre de 2002 párr. 39 ("The Contracting States enjoy a

nacionalidad⁴³, religión⁴⁴, raza u origen étnico⁴⁵, y discapacidad⁴⁶, un escrutinio judicial estricto,

certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention.")

Cfr. C.E.D.H., Caso Marckx Vs. Bélgica, (No. 6833/74), Sentencia de 13 de junio de 1979, párrs. 43, 48; C.E.D.H., Casos Inze Vs. Austria, (No. 8695/79), Sentencia de 28 de octubre de 1987, párr.41; Mazurek Vs. Francia, (No. 34406/97), Sentencia de 1 de noviembre de 2000. Final, 1 de mayo de 2000, párr. 49; Camp y Bourimi Vs. Países Bajos, (No. 28369/95), Sentencia de 3 de octubre de 2000, párr. 38 ("Very weighty reasons would accordingly have to be advanced before a difference of treatment on the ground of birth out of wedlock could be regarded as compatible with the Convention."); en el mismo sentido, C.E.D.H., Gran Sala, Caso Sommerfeld Vs. Alemania, (No. 31871/96), Sentencia de 8 de Julio de 2003, párr. 93 ("The Court has already held that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of birth out of or within wedlock can be regarded as compatible with the Convention.").

43 Cfr. C.E.D.H., Caso Gaygusuz Vs.Austria, (No. 17371/90), Sentencia de 16 de septiembre de 1996, párr. 42 ("the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment. However, very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference of treatment based exclusively on the ground of nationality as compatible with the Convention.").

44 Cfr. C.E.D.H., Caso Hoffmann Vs. Austria, (No. 12875/87), Sentencia de 23 de junio de 1993, párr. 36 ("Notwithstanding any possible arguments to the contrary, a distinction based essentially on a difference in religion alone is not acceptable.")

Gfr. C.E.D.H., Caso Timishev Vs. Rusia, (No. 55762/00 and 55974/00), Sentencia de 13 de diciembre de 2005. Final, 13 de marzo de 2006, párrs. 56 ("Racial discrimination is a particularly invidious kind of discrimination and, in view of its perilous consequences, requires from the authorities special vigilance and a vigorous reaction.", 58 ("no difference in treatment which is based exclusively or to a decisive extent on a person's ethnic origin is capable of being objectively justified in a contemporary democratic society built on the principles of pluralism and respect for different cultures."), y 59 ("since the applicant's right to liberty of movement was restricted solely on the ground of his ethnic origin, that difference in treatment constituted racial discrimination within the meaning of Article 14 of the Convention").

Cfr. C.E.D.H., Caso Glor Vs. Suiza, (No. 13444/04), Sentencia de 30 de abril de 2009. Final, 6 de noviembre de 2009, párrs. 53 ("qu'il existe un consensus européen et universel sur la

exigiendo que el trato diferente no solamente se justifica con base en criterios razonables y objetivos, sino que haya como justificación "razones muy serias" o "razones particularmente

serias".

Cabe resaltar que el Tribunal Europeo ha precisado que existe un margen de apreciación limitado en casos de discriminación orientación sexual. En el Caso E.B. Vs. Francia, ante un trato discriminatorio de personas homosexuales respecto al régimen legal de adopciones, la Corte Europea reiteró que:

> [w]here sexual orientation is in issue, there is a need for particularly convincing and weighty reasons to justify a difference in treatment⁴⁷.

Recientemente, en el Caso Kozak Vs. Polonia y el Caso Alekseyev Vs. Russia, la Corte Europea resumió el test de igualdad en casos de diferencia de trato basada en la orientación sexual:

> When the distinction in question operates in this intimate and vulnerable sphere of an individual's private life, particularly weighty reasons need to be advanced before the Court to justify the measure complained of. Where a difference of treatment is based on sex or sexual orientation the margin of appreciation afforded to the State is narrow, and in such situations principle the proportionality does not merely require the

nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri de traitements discriminatoires"), y 84 ("la nécessité de lutter contre la discrimination envers les personnes handicapées et de promouvoir leur pleine participation et intégration dans la société. Partant, la marge d'appréciation des Etats parties dans l'établissement d'un traitement juridique différent pour les personnes handicapées s'en trouve fortement réduite").

measure chosen to be suitable in general for realizing the aim sought; it must also be shown that it was necessary in the circumstances. Indeed, if the reasons advanced for a difference in treatment were based solely on the applicant's sexual orientation. this would amount to discrimination under the Convention⁴⁸

Estándares generales protección y garantía derechos de los niños, niñas y adolecentes

Las violaciones a los distintos derechos que se alegaron en el caso hipotético debían ser analizados a la luz "del corpus juris internacional de protección de los niños y las niñas". Para esto, tanto los representantes como el Estado debieron tener en cuenta los últimos estándares que sobre la materia ha desarrollado la Corte Interamericana en casos recientes, en particular lo establecido en los casos Furlan y familiares vs. Argentina, Forneron e hija vs. Argentina, Atala Riffo vs. Chile, Contreras y otros vs. El Salvador, Gelman vs. Uruguay y las medidas provisionales de L.M. respecto Paraguay. A continuación, se hace un recuento de los principales estándares que tienen un impacto directo en la forma en que los Estado deben cumplir con su obligación de respeto y garantía cuando los casos se relacionen con niños, niñas y adolescentes.

> Los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en su artículo 19, las cuales deben definidas según ser circunstancias particulares de cada caso

C.E.D.H. Caso E.B. Vs. Francia, (No. 43546/02), Sentencia de 22 de enero de 2008, párr. 91.

C.E.D.H., Caso Kozak Vs. Polonia, (No. 13102/02), Sentencia de 2 de marzo de 2010. Final, 2 de junio de 2010, párr. 92; Caso Alekseyev Vs. Russia, (No. 4916/07, 25924/08 v 14599/09), Sentencia de 21 de octubre de 2010. Final, 11 de abril de 2011, párr. 108.

concreto⁴⁹. Lo anterior constituye un avance reciente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por cuanto implica que ya no se entiende que en el artículo 19 la Convención se de encuentran consagrados los derechos de los niños y las niñas, sino que estos son titulares y, por tanto, pueden ejercer todos los derechos que se consagran en la Convención Americana, por lo que el artículo 19 contiene entonces es una obligación de protección especial, mas no un derecho subjetivo como tal.

- Toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o niña, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia⁵⁰.
- Respecto del interés superior del niño, la Corte reiteró que este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades⁵¹.
- Asimismo, la Corte reiteró que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal⁵². En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito

administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de según corresponda, éste, determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso⁵³. Los anteriores estándares señalados son una muestra de que la Corte Interamericana ha acogido e implementado en el marco de su jurisprudencia la doctrina de protección integral de la niñez.

Libertad de expresión

En el caso hipotético, uno de los principales argumentos con los que contaba el Estado para su defensa, era que había actuado de conformidad con la Convención Americana, ya que su accionar tenía la finalidad de proteger el derecho a la expresión. libertad de Efectivamente, estándares desarrollados por Corte Interamericana con relación a dicho derecho eran cruciales para la resolución del caso. continuación se realiza un recuento de los principales estándares y controversias que debían ser tenidos con cuenta por las partes.

A. Diferencias entre información y opinión

La Corte Interamericana no ha tenido oportunidad de desarrollar estándares amplios sobre el derecho a rectificación (Art. 14 de la Convención Americana), ya que no se han presentado casos contenciosos al respecto. La

Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 121, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, párr. 125

Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 65 y Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, párr. 48.

⁵¹ Cfr. Opinión Consultiva OC-17/02, párrs. 56 y 60, y Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 108.

⁵² Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 7, párr. 17.

⁵³ Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, párr. 199, y Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 102

única oportunidad en que se ha pronunciado al respecto fue en la Opinión Consultiva No. 7 de 1986 sobre la "Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta". En dicha opinión, la Corte manifestó que:

El hecho de que los Estados Partes puedan fijar las Respecto al tipo de expresión que puede ser condiciones del ejercicio del derecho de rectificación o rectificado, la Corte no se ha manifestado sobre respuesta, no impide la exigibilidad conforme al este punto. Sin embargo, el Tribunal ha indicado derecho internacional de las obligaciones que aquéllos que las opiniones emitidas por una persona no han contraído según el artículo 1.1, que establece el "pueden considerarse ni verdaderas ni falsa", por compromiso de los propios Estados Partes de "respetar lo que "la verdad o falsedad se predica sólo los derechos y libertades" reconocidos en la respecto a hechos. De allí que no puede ser Convención y de "garantizar su libre y pleno ejercicio a sometida a requisitos de veracidad la prueba toda persona que esté sujeta a su jurisdicción..." En respecto de juicios de valor" 56. consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por Por otra parte, la Relatoría Especial para la "toda persona" sujeta a la jurisdicción de un Estado libertad de expresión ha indicado que: Parte, ello constituiría una violación de la Convención, susceptible de ser denunciada ante los órganos de protección por ella previstos⁵⁴.

Asimismo, el Tribunal señaló que:

Si se leen conjuntamente los artículos 14.1, 1.1 y 2 de la Convención, todo Estado Parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta, está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin. Este criterio justifica la conclusión de que el concepto de "ley", tal como lo utiliza el artículo 14.1, comprende todas las medidas dirigidas a regular el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta. Pero si se tratara de restringir el

Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 28

derecho de rectificación o respuesta u otro cualquiera, sería siempre necesaria la existencia de una ley formal, cumpliera con todos los extremos señalados en el artículo 30 de la Convención⁵⁵.

En particular, el test estricto de necesidad a ser aplicado exige que, en todo caso, el Estado escoja para reparar el daño los medios menos costosos para la libertad de expresión. En tal medida, en primer lugar, se debe apelar al derecho de rectificación o respuesta consagrado expresamente en el artículo 14 de la Convención Americana. Sólo en caso de que ello sea insuficiente para reparar el daño que se ha causado, podrá apelarse a imposición de responsabilidades jurídicas más costosas para quien abusó de su derecho a la libertad de expresión, y con ello generó un daño cierto y grave sobre derechos de otras personas o bienes

Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 32

Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 93.

jurídicos especialmente tutelados por la Convención Americana⁵⁷.

B. Limites libertad de expresión vs. Discriminación

Tanto la Corte Interamericana como la Comisión han manifestado que: "la libertad de expresión debe garantizarse no sólo en cuanto a la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también en cuanto a las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población"⁵⁸.

Sin embargo, el artículo 13.5 de la Convención establece que "[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". Hasta el momento, la Corte Interamericana no ha tenido la oportunidad de desarrollar este tema.

57 Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos de 2009, párr. 109.

Se entiende que una de las limitaciones validas al derecho a la libertad de expresión es el denominado "discurso de odio", el cual no necesariamente puede ser discriminatorio pero genera discriminación a un grupo determinado de personas. No obstante, el nivel de prueba que es necesario para fundamentar que se está frente a este tipo de discursos, es alto. Al respecto, la Relatoría Especial para la libertad de expresión ha señalado que:

La CIDH ha indicado, siguiendo reiterada doctrina y jurisprudencia internacional en la materia, que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos⁵⁹. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento u expresión crítica de las autoridades que, como el anarquismo o las opiniones radicalmente contrarias al establecido, cuestionan incluso, la propia existencia de las instituciones vigentes.

Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 32. Además, Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 113; Caso de "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, párr. 69; Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, párr.105; Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 116; CIDH. Informe Anual 1994. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título III. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. 17 de febrero de 1995.

Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 59. Al respecto, ver los siguientes casos del Tribunal Europeo: Karatas v. Turquía [GC], no. 23168/94. ECHR 1999-IV; Gerger v.Turquía [GC], no. 24919/94, 8 de julio de 1999; Okçuoglu v. Turquía [GC], no. 24246/94, 8 de julio de 1999; Arslan v. Turquía [GC], no. 23462/94, 8 de julio de 1999; Erdogdu v. Tuquía, no. 25723/94, § 69, ECHR 2000 – VI. Asimismo: Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 77.

INTERNACIONAL

Asimismo, en la ponderación entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la no discriminación, también es necesario tener en cuenta que discursos como el religioso y aquellas que expresan la propia orientación sexual y la identidad de género, "han de gozar de un especial nivel de protección por expresar un elemento integral de la identidad y dignidad personales"⁶⁰.

C. Proporcionalidad de la decisión del Tribunal Constitucional

La Corte Interamericana ha reiterado que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto⁶¹. Por ello, la Corte ha indicado que:

El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa⁶².

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la Relatoría Especial ha establecido que los tres requisitos que se deben observar con el fin de establecer si una limitación a la libertad de expresión es acorde con la Convención o no, son los siguientes:

(1) la limitación debe haber sido definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material, (2) la limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, y (3) la limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. 63

Interpretación más favorable del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos respecto a la Convención Americana

En el caso hipotético se planteó una discusión sobre si la forma en que se encuentra establecido el derecho a la libertad de expresión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sería más favorable a la Convención Americana, por cuanto en esta última se indica que no se permite la censura previa, mientras que en el pacto no se hace referencia sobre algún tipo de censura.

Respecto a la comparación que es posible realizar tanto del Pacto Internacional como del Convenio Europeo con la Convención Americana en materia de libertad de expresión, la Corte Interamericana ha establecido que:

La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de

Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 57

Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 43

Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párr. 43 y Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 120.

Informe Anual de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2009, párr. 68.

expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimum las restricciones a la libre circulación de las ideas⁶⁴.

Asimismo, la Corte ha indicado que:

El artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa⁶⁵.

Debates en torno a la justiciabilidad del derecho a la educación en el Sistema Interamericano⁶⁶

En el caso hipotético se podía alegar la violación del derecho a la educación a la luz de lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana y el artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante "Protocolo de San Salvador"). Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General 13, ha establecido diversas obligaciones en cabeza del Estado, particularmente respecto a la salvaguarda

de algunos elementos esenciales de este derecho: Disponibilidad, Accesibilidad, Aceptabilidad y Adaptabilidad.

En el caso se debatía sobre la permanencia en el sistema educativo y la obligación de inspección, vigilancia y control de las instituciones educativas privadas. Entre los problemas jurídicos a analizar se encontraban: ¿el derecho a la permanencia en el sistema educativo se relaciona con obligaciones de medio u obligaciones de resultado? El sólo hecho de que X saliera del sistema educativo ¿vulnera el derecho a la permanencia?

Estos son aspectos que también se relacionaban con los otros derechos en controversia. El caso hipotético se relacionaba con obligaciones con efecto inmediato frente al derecho a la educación. En efecto, la obligación de inspección, vigilancia y control es de exigibilidad inmediata, dado que hace parte de las obligación de adoptar medidas frente a este derecho, sin que pare ello importen los problemas de carácter presupuestal u otro tipo de obstáculos que enfrente un determinado Estado. Según las diversas Observaciones Generales del Comité DESC, constituyen obligaciones inmediatas, entre otras, la obligación de adecuar el marco legal, la obligación de producir y publicitar información y la obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos.

Ni la Comisión ni la Corte han declarado una violación directa del derecho a la educación en el marco de un caso contencioso. La jurisprudencia interamericana ha involucrado el derecho a la educación como parte del contenido normativo de derechos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad, los derechos del niño, entre otros. Asimismo, construcciones jurisprudenciales sobre el proyecto de vida de las víctimas han permitido reivindicar el derecho a la educación en diversos casos sobre reparaciones.

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 50

La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 45

⁶⁶ Algunos apartados de este segmento son tomados de ver Oscar Parra Vera, María Aránzazu Villanueva Hermida y Agustín Enrique Martin, *Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sistema Universal y Sistema Interamericano*, San José, IIDH/UNFPA, 2008. También se puede consultar este libro para un mayor desarrollo sobre estas temáticas.

INTERNACIONAL

La Comisión ha declarado la admisibilidad de casos relacionados con el derecho a la educación consagrado en el Protocolo de San Salvador⁶⁷, ha impulsado soluciones amistosas⁶⁸ y ha proferido medidas cautelares en amparo de este derecho⁶⁹. Además, en sus Informes sobre países, la Comisión ha recomendado la adopción de ajustes en la política educativa de los Estados Partes⁷⁰ y interdependencia reivindicado la ha indivisibilidad entre derechos civiles y derechos sociales⁷¹.

Por su parte, la Corte Interamericana se ha referido al derecho a la educación en casos relacionados con menores de edad y en diversas sentencias sobre reparaciones. En el Caso de los Niños de la Calle, la Corte señaló que subyace a los artículos 4 y 19 de la Convención la protección del acceso a condiciones de vida que garanticen una existencia digna, lo cual incluye el acceso a la educación para las niñas y los niños⁷².

En su Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, la Corte analizó la educación como parte del derecho a una vida digna de los niños, de tal forma que la realización del derecho a la educación hace parte de las medidas especiales de protección de los niños y se encuentra entre los derechos reconocidos a éstos en el Artículo 19, toda vez que esto "favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad"73.

Una línea de argumentación similar se encuentra en el Caso del Instituto de Reeducación del Menor, donde la Corte analizó la situación de un centro que albergaba, en condiciones inhumanas, a niños infractores de la ley. La Corte declaró que el Estado paraguayo era responsable internacionalmente por la violación a los derechos a la vida y a la dignidad personal en relación con los artículos 1.1 y 19, entre otras violaciones. Es relevante señalar que la Corte consideró que una correcta interpretación de los artículos 4 y 19 de la Convención, debía hacerse a la luz de las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño y del Protocolo de San Salvador, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un

⁶⁷ En una denuncia sobre la situación de adolescentes encarcelados en Sao Paulo, la Comisión profirió un informe de admisibilidad donde se admitió el caso por la violación del artículo 19 de la Convención y el artículo 13 del Protocolo de San Salvador. CIDH, Informe No 39/02, Admisibilidad, Petición 12.328, Adolescentes en Custodia de la FEBEM, Brasil, 9 de octubre de 2002.

⁶⁸ CIDH, Informe No. 32/02, Petición 12.046, Mónica Carabaotes Galleguillos, Solución Amistosa, Chile, 12 de marzo de 2002. Cabe anotar que en este caso no se invocó directamente el derecho a la educación, sin embargo, se relacionaba con la expulsión de una estudiante debido a su condición de embarazo. En la solución amistosa se acordó la concesión de una beca para cursar educación superior.

⁶⁹ En el Caso de las niñas Yean y Bosico, la Comisión otorgó medidas cautelares para evitar que fueran expulsadas de Republica Dominicana y para que Violeta Bosico no fuera privada del derecho de asistir a clases y de recibir la educación que se brinda a los demás niños de nacionalidad dominicana. CIDH, Informe Anual 1999.

⁷⁰ En su Quinto Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, la Comisión recomendó, entre otras cosas, c) tomar medidas adicionales para proporcionar oportunidades educativas y laborales a las personas en prisión preventiva. Además, en este informe se analizó la disparidad en el acceso de la mujer a la educación frente a los hombres, disparidad que se vislumbra en todos los niveles.

^{71 &}quot;La violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de derechos civiles y políticos. En efecto, una persona que no recibe adecuado acceso a la educación puede ver mermada su posibilidad de participación política o su derecho a la libertad de expresión. [...] Esta situación puede darse en diferentes grados, según la medida de la violación de los derechos económicos, sociales y culturales, pudiendo sostenerse en términos generales que a menor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, habrá un menor disfrute de los derechos civiles y políticos." Ver CIDH, Informe sobre Nicaragua, 2001.

⁷² Corte I.D.H., Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C

⁷³ Corte I.D.H., Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 84.

comprensivo corpus juris internacional protección de los niños. Se concluyó entonces que el Estado tiene la obligación de proveerlos de asistencia de salud y de educación, para asegurar que la detención no destruya sus proyectos de vida. La Corte reiteró el papel del derecho a la educación como parte del derecho a un proyecto de vida.⁷⁴ Se señalaron entonces las deficiencias de maestros y recursos en los programas educativos disponibles para menores detenidos circunstancias inaceptables. Debe resaltarse que los representantes de las víctimas solicitaron que se declarara violado el artículo 26 de la Convención sobre desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte determinó que ello no era procedente y que lo pertinente había sido analizado en las violaciones declaradas.

En el Caso de las Niñas Yean y Bosico, la Corte señaló que la vulnerabilidad generada por la carencia de nacionalidad y personalidad jurídica tuvo como consecuencia que la niña Violeta Bosico, al no contar con su acta de nacimiento, tuviera que estudiar durante un tiempo en una escuela nocturna para mayores de 18 años. La Corte señaló que este hecho agravó su situación de vulnerabilidad toda vez que no recibió la protección especial a que era acreedora como niña, de estudiar en el horario que le era adecuado, en compañía de niños de su edad, y no con personas adultas. Se declaró entonces la violación de los artículos 3 y 18 en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención⁷⁵. En este, como en otros casos⁷⁶, la Corte ordenó como

⁷⁴ Corte I.D.H., Caso Instituto de Reeducación del Menor. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112.

reparación que se su ascendencia u origen.

A. Debates sobre la justiciabilidad directa a partir del artículo 26 de la Convención Americana⁷⁷

La Convención Americana está conformada por un Preámbulo y tres partes. La primera parte se titula "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos" y se divide en cinco capítulos: el primero enuncia los deberes de los Estados y el segundo refiere a derechos civiles y políticos. El tercer capítulo se titula "Derechos Económicos, Sociales y Culturales" y contiene solo un artículo, el artículo 26, al que se le tituló "Desarrollo Progresivo". Al hablar sobre DESC, el Pacto de San José hace una remisión a la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en

al señor Cantoral, quien era estudiante universitario de biología, se le otorgara una beca de estudios superiores o universitarios con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija. En el Caso Aloeboetoe y otros, la Corte ordenó a Suriname que "se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada (...). La Corte consideró que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994". En el Caso Myrna Mack Chang, la Corte ordenó al Estado el otorgamiento de una beca anual con el nombre de Myrna Mack Chang, que cubriera el costo total de un año de antropología en una universidad de prestigio nacional, la cual debe ser otorgada permanentemente todos los años. En el Caso Gómez Paquiyauri también se otorgó, como reparación, una beca de estudios universitarios a la hija del señor Gómez. En el Caso del Instituto de Reeducación del Menor, la Corte ordenó al Estado la implementación de un programa de educación y asistencia vocacional dirigido a los ex internos del centro. En el Caso de la Masacre de Plan de Sánchez, la Corte ordena la adopción de un programa de educación en favor de las víctimas y los habitantes de la aldea y de otras aldeas aledañas afectadas por los hechos, en el plazo de cinco años contados a partir de la publicación de la sentencia. En el Caso de La Cruz Flores, la Corte ordenó el otorgamiento de una beca de estudios para que la víctima, quien se desempeñaba como médica al momento de su detención, se actualizara y capacitara profesionalmente.

77 Este segmento se basa en Oscar Parra Vera, Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante el Sistema Interamericano, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 67 ps.

⁷⁵ Corte IDH. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

⁷⁶ La Corte ha adoptado medidas relacionadas con la garantía del derecho a la educación en muchas de sus órdenes sobre reparaciones. En el Caso Cantoral Benavides, al reparar pecuniariamente el daño al proyecto de vida, la Corte ordenó que

adelante "Carta de la OEA"), adoptada en 1948 y modificada en 1967. El artículo 26 consagra lo siguiente:

"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno mediante la cooperación сото internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la [OEA], reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados".

La determinación del alcance del artículo 26 ha generado diversos debates doctrinales. El más importante de ellos es si la Convención Americana permite la justiciabilidad directa de los derechos sociales. Algunas posiciones consideran que el énfasis en el desarrollo progresivo de estos derechos les priva de justiciabilidad, de tal forma que habría que entenderlos exclusivamente como objetivos programáticos. Posiciones consideran que el artículo 26 no incluye derechos sociales, hacen énfasis en el proyecto presentado Comisión Interamericana por Conferencia Interamericana especializada de 1969 -que no incluía estos derechos-78 y en el entendimiento de la cláusula de progresividad como "estándar de no justiciabilidad"79.

Es posible rechazar estos argumentos al señalar que todos los derechos, sean civiles y políticos o

sociales, son prestacionales –en el sentido de que involucran obligaciones de hacer -obligaciones positivas- y que todos son programáticos – dependen de políticas públicas que los desarrollan –por ejemplo las políticas relacionadas con administración de justicia –hacer tribunales, etc., en cuanto al debido proceso. En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia⁸⁰ ha precisado que "la condición de 'prestacional' no se predica de la categoría 'derecho', sino de la 'faceta de un derecho'. Es un error categorial hablar de 'derechos prestacionales', pues, [...] todo derecho tiene facetas prestacionales y facetas no prestacionales." Al respecto, dicho Tribunal Constitucional señaló que:

3.3.6. Algunas de las obligaciones que se derivan de un derecho fundamental y que tienen un carácter prestacional, son de cumplimiento inmediato, bien sea porque se trata de una acción simple del Estado, que no requiere mayores recursos (por ejemplo, la obligación de suministrar la información de cuáles son sus derechos a los pacientes, antes de ser sometidos a un tratamiento médico), o porque a pesar de la movilización de recursos que la labor implica, la gravedad y urgencia del asunto demandan una acción estatal inmediata (por ejemplo, la obligación de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar la atención en salud de todo bebé durante su primer año de vida -art. 50, CP-). Otras de las obligaciones de carácter prestacional derivadas de un derecho fundamental son de cumplimiento progresivo, por la complejidad de las acciones y los recursos que se requieren para garantizar efectivamente el goce efectivo de estas facetas de protección de un derecho. [...]

80 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷⁸ Craven, Mattew, "Economic, Social and Cultural Rights" en Harris, David y Livingstone, Stephen, The Inter-American System of Human Rights, Oxford University Press, 1998, pp. 297-306.

⁷⁹ Cavallaro, James y Schaffer, Emily, "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", Ibid., pp. 225 a 227 y 267 a 269.

3.3.8. La progresividad justifica la imposibilidad de exigir judicialmente en casos individuales y concretos, el inmediato cumplimiento de todas las obligaciones que se derivarían del ámbito de protección de un derecho constitucional, pero no es un permiso al Estado para que deje de adoptar las medidas adecuadas y necesarias orientadas a cumplir las obligaciones en cuestión, valga repetir, progresivamente. Para la jurisprudencia "el que una prestación amparada por un derecho sea de carácter programático no quiere decir que no sea exigible o que eternamente pueda incumplirse."

3.3.9. Para la jurisprudencia constitucional, cuando el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental depende del desarrollo progresivo, mínimo que debe hacer sla autoridad responsable] para proteger la prestación de carácter programático derivada de la dimensión positiva de sun derecho fundamental] en un Estado Social de Derecho enuna democracia participativa, es, precisamente, contar con un programa o con un plan encaminado a asegurar el goce efectivo de sus derechos. Por ello, al considerar un caso al respecto, la Corte señaló que si bien el accionante 'no tiene derecho a gozar de manera inmediata e individualizada de las prestaciones por él pedidas, sí tiene derecho a que por lo menos exista un plan'."

La obligación de desarrollo progresivo es entonces aplicable tanto a derechos civiles como a derechos sociales y, tal como lo han señalado Cass Sunstein y Stephen Holmes, todos los derechos y libertades generan importantes costos presupuestarios⁸¹.

Asimismo, a través del Caso Acevedo Buendía Vs. Perú⁸², la Corte IDH precisó que el artículo 26 consagra derechos económicos, sociales v culturales exigibles a los cuales son aplicables las obligaciones de respeto y garantía (prevención, protección y cumplimiento). El énfasis en las obligaciones que se derivan de los derechos sociales será fundamental para analizar la responsabilidad internacional específica respecto a este tipo de derechos. La Corte interpretó los trabajos preparatorios de la Convención Americana y resaltó que diversos delegados pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos". Así, como parte del debate en los también trabajos preparatorios, se propuso posible [la] [de dichos "hac[er] ejecución derechos] mediante la acción de los tribunales".

B. ¿Es posible atribuir responsabilidad internacional por la violación del derecho a la educación debido a los actos de un colegio privado? Responsabilidad Internacional por actos de particulares

En el caso hipotético era pertinente argumentar que la educación debe concebirse como un servicio público esencial, razón por la cual existen fuertes argumentos para considerar que a los docentes de instituciones privadas se les puede

Stephen Holmes y Cass Sunstein, El Costo de los Derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos, Buenos Aires, Siglo XXI / Igualitaria, 2011.

Corte I.D.H., Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009. Serie C No. 198.

endilgar responsabilidad en similar forma que a los funcionarios públicos, teniendo en cuenta la naturaleza de la función que desempeñan.

El artículo 1.1 de la Convención impone una obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos por convención. La Corte ha interpretado que la primera de estas obligaciones se refiere al deber estatal de abstenerse de violar derechos humanos⁸³, mientras que la obligación de garantizar se refiere al "deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos"84.

Por lo tanto, en el marco de esta segunda obligación un Estado puede llegar a ser internacionalmente responsable por un acto inicialmente realizado por particulares. En este sentido, la Corte también ha establecido que los Estados deben asegurarse que los particulares actúen acorde a la Convención85, sin que esto signifique que cada vez que un particular actúe de otra manera el acto sería imputable al Estado. Por el contrario, para que un acto sea imputable es necesario que el Estado haya incumplido con su

obligación de tomar acciones para prevenir, investigar, sancionar y, de ser posible, reparar el daño causado. Estas obligaciones son de medio y no de resultado, por lo que se le exige al Estado es actuar con debida diligencia. La Corte ha utilizado esta interpretación como base al analizar casos donde las acciones fueron inicialmente cometidas particulares. A continuación se resumirá, a modo de ejemplo, la forma como la Corte ha puesto en práctica esta interpretación en algunos casos.

1. <u>Caso Perozo y otros Vs. Venezuela</u>

La Corte determinó que el Estado había incumplido con su deber de prevenir hechos de violencia de particulares en contra de periodistas y trabajadores del canal Globovisión, ya que, estando las victimas en una situación vulnerable, funcionarios públicos realizaron pronunciamientos reiterados donde caracterizaban a los trabajadores de Globovisión como enemigos de la revolución, del pueblo venezolano, entre Corte determinó "dichos otros. La que pronunciamientos de altos funcionarios públicos propiciaron, o al menos contribuyeron a acentuar o exacerbar, situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de sectores de la población hacia las personas vinculadas con ese medio de comunicación", lo cual implicaba una omisión en el deber del Estado de prevenir los hechos de violencia⁸⁶.

2. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia

La Corte consideró que el Estado había incumplido con su obligación de garantizar por la

⁸³ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 165.

Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 166.

Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 140.

Cfr. Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 160.

falta de prevención de la masacre cometida por grupos paramilitares, sobre los cuales el Estado responsabilidad de supervisión tenía una acentuada por haberlos creado inicialmente. Para analizar dicho deber de prevención la Corte consideró que, a pesar de no estar probado que el Estado tenía conocimiento previo del día y hora que se realizaría el ataque a la población de Pueblo Bello, si el Estado hubiese estado adoptando las previsiones razonables en la zona, que había sido declarada de emergencia, hubiese tenido que darse cuenta del movimiento de los grupos paramilitares hacia y desde la población de Pueblo Bello⁸⁷. La Corte además tomó en cuenta la existencia de un retén militar en la zona.

3. <u>Caso Pueblo Indígena Kicha de Sarayaku</u> Vs. Ecuador

La Corte consideró que el Estado incumplió con su deber de garantizar el derecho a la vida al poner en riesgo la vida del Pueblo Indígena Kicha de Sarayaku por permitir que una empresa colocara explosivos en la zona. Al analizar dicha obligación, la Corte estableció que "deb[ía] establecerse que al momento de los hechos las autoridades sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones que razonablemente podían esperarse para prevenir o evitar ese riesgo". La Corte analizó que el Estado conocía el riesgo en que se encontraban las víctimas, entre otros, porque se habían dictado medidas provisionales al respecto⁸⁸.

4. <u>Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México</u>

La Corte consideró que el Estado incumplió su deber de garantizar el derecho a la vida e integridad, al no prevenir el maltrato y muerte de tres mujeres denunciadas como desaparecidas en Ciudad Juárez, dentro de un contexto de violencia contra la mujer, desapariciones y posteriores muertes de mujeres jóvenes, como la victimas del caso. Al analizar el deber de prevención, la Corte estableció que los deberes del Estado "de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo". En este sentido, la Corte consideró que, a pesar del riesgo en el que se encontraban las mujeres jóvenes de Ciudad Juárez, no era exigible para el Estado la prevención del secuestro de las tres víctimas del caso puesto que no eran lo suficientemente determinables. No obstante, la Corte estimó que al momento en que se denuncia la desaparición de las tres víctimas, tomando el cuenta el contexto existente, surgió un deber de debida diligencia estricta frente a las víctimas ya que se encontraban en un riesgo real inmediato y suficientemente determinado⁸⁹.

=

⁶⁷ Cfr. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Reparaciones de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párrs. 138 a 141.

Recuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, párrs. 244 a 249.

Réxico. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No, 205, párrs. 280 a 283.

C. ¿Existe violación de la obligación de inspección, vigilancia y control respecto a la prestación del servicio público de educación?

En el Caso Ximenes Lopes contra Brasil⁹⁰, relacionado con la muerte de una persona con discapacidad mental mientras permanecía bajo cuidado de una casa de reposo, la Corte IDH analizó, inter alia, la obligación de asegurar una inspección, vigilancia y control en la prestación del servicio de salud. Al respecto, luego de precisar que es posible atribuir la responsabilidad internacional estatal por los actos de terceros que públicos, servicios tribunal prestan interamericano resaltó "el deber de los Estados de regular y fiscalizar las instituciones que prestan servicios de salud, como medida necesaria para la debida protección de la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción", deber que "abarca tanto a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos de salud, como aquellas instituciones que se dedican exclusivamente a servicios privados de salud" (párr. 141).

Estas consideraciones fueron reiteradas en el Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador⁹¹, relacionado con un caso de la mala praxis médica. En este fallo el Tribunal señaló que "cuando se trata de competencias esenciales relacionadas con la supervisión y fiscalización de la prestación de servicios de interés público, como la salud, sea por entidades públicas o privadas (como es el caso de privado)" hospital la atribución responsabilidad puede surgir "por la omisión en el del deber de supervisar la cumplimiento prestación del servicio para proteger el bien respectivo" (párr. 119). Además, la Corte señaló

que "al médico le concierne la preservación de valores fundamentales del individuo y de la humanidad en su conjunto" (párr. 133) y que la legislación aplicable a la mala praxis médica tenía que satisfacer la debida realización de la justicia en el caso concreto.

En 2013 la Corte IDH adoptó una importante decisión en estos temas de inspección, vigilancia y control en materia de derechos económicos, sociales y culturales. En el caso Suárez Peralta Vs. Ecuador se analizó un caso de mala praxis médica. La Corte observó que la normativa ecuatoriana al momento de los hechos instituía un marco regulatorio para el ejercicio de las prestaciones médicas, otorgando a las autoridades estatales correspondientes las competencias necesarias para realizar el control de las mismas, tanto en lo que se refiere a la supervisión y fiscalización de los establecimientos públicos o privados, como en la supervisión del ejercicio de la profesión de médico. En razón de lo anterior, la Corte estimó que la autoridad sanitaria nacional poseía ciertas atribuciones administrativas, a través del Código de Salud, para fiscalizar a los prestadores y, en su caso, sancionar las afectaciones derivadas de la práctica médica irregular. No obstante, la Corte consideró que una convocatoria realizada por parte del Estado, mediante la orden General en la que promovió servicios médicos, entre otros, por parte de un médico que atendió a la señora Suárez, generó una situación de riesgo que el propio Estado debía haber conocido. Sobre esta situación, se demostró que se prestó atención médica en un centro de salud público por parte de quien no acreditó estar certificado para el ejercicio de su profesión y que, frente a ello, el Estado no solo permitió sino que además promovió la misma.

Asimismo, la Corte señaló que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios

⁹⁰ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

⁹¹ Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Serie C No. 171.

prestados por el Estado, directa o indirectamente,

como a los ofrecidos por particulares. Abarca, por tanto, las situaciones en las que se ha delegado el servicio, en las que los particulares brindan el mismo por cuenta y orden del Estado, como también la supervisión de servicios privados relativos a bienes del más alto interés social, cuya vigilancia también compete al poder público. En el caso, la fiscalización y supervisión de la clínica privada no fue realizada con anterioridad a los hechos por las autoridades estatales competentes, lo cual implicó el incumplimiento estatal del deber de prevenir la vulneración del derecho a la integridad personal de la víctima. Respecto de la calidad del servicio, el Estado posee el deber de regular, supervisar y fiscalizar las prestaciones de salud, asegurando, entre otros aspectos, que las condiciones sanitarias y el personal sean adecuados, que estén debidamente calificados, y se mantengan aptos para ejercer su profesión. En el caso Suárez Peralta, el Estado no acreditó la realización de un control a dicha institución privada en forma posterior a los hechos, con motivo del conocimiento de los mismos o derivado del consecuente proceso penal iniciado y las constantes solicitudes de fiscalización y clausura92.

En el caso hipotético correspondía aplicar estas obligaciones de inspección, vigilancia y control respecto al bullying. El bullying es un fenómeno emergente en las últimas décadas, que se ha acentuado con la utilización de nuevas tecnologías como el internet y, particularmente, el facebook. En diversos países ha sido verificado el riesgo asociado al bullying en algunos centros educativos y los hechos del caso involucran un patrón específico. al respecto. Es posible que el Estado controvierta si realmente es suficiente la información de los hechos como para deducir un contexto, un patrón o una situación estructural

92 Corte IDH, Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador, 2013.

problemática. Los representantes pueden insistir en que la información de antecedentes es suficiente para justificar la aplicación de las obligaciones de protección especial de los niños y las niñas.

No existen muchos desarrollos doctrinales en esta materia. La investigación que hayan desarrollado los equipos será muy valorada en este punto. Por lo pronto, cabe señalar que autores como Dayton y Proffit han señalado que la lucha contra el bullying exige desarrollar leyes que contengan una definición de bullying suficientemente abierta para no dejar por fuera ningún caso posible, pero que no sea tan abierta que limite la libertad de expresión. Las políticas que se desarrollen deben estar dirigidas a proteger la seguridad y dignidad humana de todos los niños, sin hacer ninguna distinción a la hora de aplicar esa protección. El modelo de protección debe otorgarle a los profesores y oficiales autoridad y poderes suficientes para implementar las leves anti-bullying y contar, además, con un sistema de reportes en el que sea obligatorio reportar los casos de bullying pero que se mantenga al informante protegido. Las medidas deben basarse en una cultura de acciones constructivas y prevención, enseñando a los niños la importancia del respeto y la tolerancia, al tiempo que se les debe tratar a ellos con ese mismo respeto. Además se les debe dar la seguridad de que habrá una justa y objetiva revisión de todas las disputas y conflictos⁹³.

En el caso se podía alegar que el Estado había incumplido la obligación de adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas a evitar la estigmatización y situaciones que sean contrarias a la permanencia en el sistema educativo. Además, se podía alegar que el Estado no cumplió con

⁹³ John Dayton & Anne Proffit Dupre, "A Child's Right to Human Dignity: Reforming Anti-bullying Laws in the U.S. and other Nation", Irish Educational Studies, v28 n3 p333-350, Sep 2009.

obligaciones de aceptabilidad y la adaptabilidad que debieron garantizarse a la niña "X", teniendo en cuenta la alegada discriminación ocurrida. Se consideraría insuficiente la clase de "tolerancia y respeto" que fue implementada. Asimismo, los representantes pueden alegar que una debida inspección, vigilancia y control hubiera permitido conocer la grave situación mucho antes de que ocurrieran los hechos contra X.

Sin embargo, también se podía alegar que sería excesivo atribuirle responsabilidad al Estado por lo ocurrido con la niña X tomando en cuenta que no es previsible la reacción de un niño o niña a estas situaciones en las escuelas. Más aún cuando los actos de discriminación provenían de particulares. Asimismo el Estado resaltaría que reparó adecuadamente lo ocurrido a través de la sanción a los estudiantes y a la profesora, la clase "tolerancia y respeto", la falta de información sobre casos de bullyng posteriores a los hechos, y que fue la familia quien retiró a X del colegio. El Estado indicaría que en relación con terceros su obligación de vigilancia es una obligación de medio y no una obligación de resultado. En este sentido, cuando tuvieron conocimiento de graves hechos, las autoridades respectivas actuaron y sancionaron a quien correspondía. En ese sentido, el Estado podía alegar que el control fue efectivo.

Conclusiones

El caso CEJA 2012 ofrece un panorama de debates emergentes en la jurisprudencia interamericana. Apenas en 2012 la Corte Interamericana se pronunció en su primer caso sobre discriminación por orientación sexual y en ese mismo año se inició una Unidad de la Comisión Interamericana en esta materia. En similar sentido, sólo hasta 2012 la Comisión Interamericana inició una Unidad destinada a la supervisión en materia de derechos económicos

sociales y culturales. Este artículo, construido a partir de los problemas jurídicos del caso, ofrece argumentos para desarrollar una interpretación pro persona en estos temas tan polémicos.

Resultados de la XVII Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga

Luego de una etapa de presentación de argumentos escritos, los equipos latinoamericanos defendieron a las partes del caso hipotético en rondas orales que simulan una audiencia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 20 al 25 de octubre de 2013 en San José, Costa Rica.

¡Felicitamos a todos los equipos por su excelente trabajo!

RESULTADOS:

Equipo Ganador: Universidad San Martín de Porres (Perú) Segundo lugar: Universidad Libre de Bogotá (Colombia)

Mejor oradora de la ronda final: Maria Paula Lemus (Universidad Libre de Bogotá) Mejor orador de la competencia: Elar Ricardo Bolaños (Universidad San Martín de Porres).

Mejor memorial de Estado: Universidad Católica de Santa María

Mejor memorial de presuntas víctimas: Universidad San Martín de Porres (Perú)



AGRADECIMIENTOS:

Al apoyo de:

Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos

A nuestros patrocinadores:

Patrocinador oficial: BLP Abogados Otros patrocinadores: Bufete Facio v Cañas

A las autoras del caso hipotético: Mariana Clemente (Corte IDH) v Patricia Tarre (Corte IDH).

A nuestros jueces y secretarios.











Universidades representadas:

- 1. Universidad San Martín de Porres (Perú)
- 2. Universidad Libre (Colombia)
- 3. Universidad La Salle (Costa Rica)
- 4. Universidad Católica de Santa María (Perú)
- 5. Universidad Iberoamericana de León (México)
- 6. Universidad Nacional Autónoma de México (México)
- 7. Universidad Simón Bolivar (Colombia)
- 8. Escuela Libre de Derecho (México)
- 9. Universidad Americana (Nicaragua)
- 10. Universidad Escuela Libre de Derecho (Costa Rica)
- 11. Universidad de San Pedro Sula (Honduras)

Actividades realizadas:

- Acto inaugural y brindis de bienvenida,
- Tres días de rondas eliminatorias.
- Rondas semifinales en el Instituto Interameri-
- Conferencia magistral con el Vicepresidente de la Corte IDH Manuel E. Ventura Robles,
- Conversatorio con las autoras del caso hipotético,
- Tour de las instalaciones de la Corte IDH,
- Tour de San José y cena de equipos,
- Ronda final en la Sala de Audiencias de la Corte IDH, y
- Ceremonia de premiación y coctel de despedida.

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 basaría su contribución.

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

- a) Redacción en formato WORD.
- b) El título del artículo debe aparecer centrado.
- c) De seguido y al margen derecho, constará el nombre y apellidos del autor.
- d) Un resumen en español (titulado "Resumen") y otro en inglés (titulado "Abstract"). Cada uno tendrá una extensión máxima de doscientas palabras, a espacio sencillo.
- e) Después deberá aparecer el artículo cuyo contenido debe tener una extensión máxima de 7,000 palabras
- f) Las citas o referencias a documentos impresos o electrónicos que se incluyan dentro del artículo se harán utilizando un único formato de citación.
- g) El Director o el Consejo Editorial podrán 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.