Asociación Costarricense de Derecho Internacional

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA TERCERA EDICIÓN

EDITORIAL: ¿CONVENIO DE CIADI INCOMPLETO? DESAFÍOS EN LA EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

LA RUTA MULTILATERAL HACIA LA PAZ Y LA SEGURIDAD: ESTRATEGIAS DE COSTA RICA EN EL SENO DE LA ONU
Eduardo Ulibarri Bilbao

LA CREACIÓN DEL CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE (CIAR) Y COSTA RICA COMO SU SEDE PRESIDENCIAL
Andrea Hulbert Volio

LA RELACION DEL PROTOCOLO DE NAGOYA CON EL TRATADO INTERNACIONAL DE RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA ALIMENTACION Y LA AGRICULTURA
Jorge Cabrera Medaglia

AVANZANDO EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO A TRAVÉS DE LA COMPETENCIA WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT COURT
José Pablo Quirós, Rocío Pérez y Viviana Méndez

ENTREVISTA: MONTSERRAT SOLANO CARBONI DEFENSORA DE LOS HABITANTES

III
EDICIÓN
I Semestre
2015

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

CONSEJO EDITORIAL

Director:

José Jaime Villalobos Ruiz

Consejo Editorial:

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

Diseño gráfico:
Valeria Tiffer Hangen

La Revista Costarricense de Derecho Internacional es una publicación semestral de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.
Puede consultar todo su contenido en: www.acodicr.org

Edición Número 3.
I Semestre 2015.
ISSN: 2215-325X

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

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 Tercera Edición.

EDITORIAL

06 **¿Convenio de CIADI incompleto? Desafíos en la ejecución de laudos.**

ARTÍCULOS

15 **La ruta multilateral hacia la paz y la seguridad: estrategias de Costa Rica en el seno de la ONU.**
Eduardo Ulibarri Bilbao

33 **La creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR) y Costa Rica como su Sede Presidencial**
Andrea Hulbert Volio

48 **La relación del Protocolo de Nagoya con el Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura: opciones y recomendaciones legales y de política para una implementación sinérgica del Derecho Internacional Ambiental**
Jorge Cabrera Medaglia

84 **Avanzando el Conocimiento del Derecho Internacional y Comparado a través de la Competencia William C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court**
José Pablo Quirós, Rocío Pérez y Viviana Méndez

ENTREVISTA

109 **Montserrat Solano Carboni**
Defensora de los Habitantes

Presentación

Tercera Edición

La Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI) aspira a la difusión del conocimiento relativo al Derecho Internacional en todas sus facetas. Con ese objetivo en mente, esta III Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional se caracteriza por su variedad en los temas abarcados por los autores. La Asociación realiza su propia contribución a esta diversidad temática en su editorial, con un análisis de los problemas que enfrentan algunos inversionistas al momento de ejecutar los laudos del CIADI en tribunales domésticos.

En cuanto a los autores, tenemos en primer lugar al señor Eduardo Ulibarri, ex representante permanente de Costa Rica ante las Naciones Unidas, quien relata las principales acciones diplomáticas de Costa Rica en torno a paz, seguridad y desarme. El autor realiza un estudio del marco jurídico relativo al desarme y no proliferación, para luego enunciar las estrategias y acciones más significativas del país al respecto, y concluye con las lecciones aprendidas por la delegación costarricense. De esta forma, Ulibarri nos abre una ventana a la labor de liderazgo que ha asumido Costa Rica en la lucha por la paz y el desarme mundiales.

Por otro lado, la señora Andrea Hulbert, como una de las principales especialistas en litigio y arbitraje en el país, introduce la constitución del Centro Iberoamericano de Arbitraje. El aporte de Hulbert es de especial importancia cuando tomamos en cuenta que Costa Rica fue elegida como sede para la Presidencia del Centro y que esto constituye una oportunidad para que los costarricenses se familiaricen con el arbitraje internacional y participen activamente en él.

Por primera vez para la Revista, el Derecho Internacional Ambiental tiene su propio espacio con la colaboración del señor Jorge Cabrera. En un elaborado estudio jurídico de la relación entre dos complejos instrumentos jurídicos en materia ambiental, Cabrera logra reconciliar las diferencias entre ambos y propone su aplicación sinérgica, utilizando las fortalezas de cada uno de ellos. Este es, sin duda, un aporte valioso tanto a nivel nacional como internacional.

Finalmente, contamos con el aporte del equipo que representó este año a la Universidad de Costa Rica en el Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. El estudiante José Pablo Quirós, junto con las entrenadoras del equipo –Rocío Pérez y Viviana Méndez–, describen su experiencia en una de las competencias de mayor trascendencia en el Derecho Internacional, realizan un análisis riguroso del caso y las reglas aplicables de este año. Esperamos que este aporte se una a la ola de entusiasmo de las nuevas generaciones por el Derecho Internacional.

En esta edición podrán encontrar también una entrevista con Montserrat Solano, actual Defensora de los Habitantes. En ella, se evidencian las bases de la nueva dirección y proyección de dicha institución bajo el liderazgo de una profesional que tiene un amplio conocimiento del Derecho Internacional y los diferentes matices de su relación con el ordenamiento jurídico costarricense. Agradecemos a la señorita Solano por habernos recibido con la transparencia y calidez de una persona que se ajusta de forma ideal a su puesto.

José Jaime Villalobos R.
Director

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

EDITORIAL

¿Convenio de CIADI incompleto? Desafíos en la ejecución de laudos

El Convenio de CIADI nació gracias al impulso otorgado por el Banco Mundial. Éste, como entidad financiera internacional, tiene por objetivo promover la inversión internacional por medio de préstamos que permiten ejecutar proyectos de gran envergadura[1]. Acuden a solicitarlos tanto inversionistas del sector privado como Estados que necesitan financiamiento para su puesta en marcha. Estas inversiones suelen ser transfronterizas y comúnmente fluyen desde los países desarrollados o sus nacionales, hacia países en vías de desarrollo en donde los gobiernos requieren de inyección de capital para la creación de proyectos.

Es así como se desarrolló el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante Convenio de CIADI o Convenio de Washington, también referido como "el Convenio"), firmado en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965. Se convirtió en una herramienta para la resolución de disputas que permite la presentación de las diferencias ante un foro neutral y despolitizado con un alto grado de experticia en temas de inversión que

[1] Banco Mundial. *¿Quiénes somos? Grupo Banco Mundial.* [en línea]. [Washington D.C.]: s.f. [citado el 01 de marzo de 2015]. Disponible de World Wide Web: http://www.bancomundial.org/es/about

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

mantiene la confianza en las inversiones internacionales[2].

Está por demás mencionar los múltiples beneficios que presenta el arbitraje sobre el procedimiento jurisdiccional, como la celeridad, la especialidad de la materia y por su puesto la libertad de las Partes para la selección del idioma, la legislación y los juzgadores, entre otros. Todos los anteriores elementos se encuentran presentes en el Convenio de CIADI y se consolidan debido al prestigio de la institución y los distinguidos árbitros que forman parte de él.

Podría decirse que el Convenio representa una garantía de doble vía[3]. Por un lado, permite al inversionista encontrarse cómodo con un método de resolución de disputas mediante conciliación o arbitraje en el que no intervengan las cortes del Estado Receptor de la inversión. En este sentido, varios autores apuntan a las deficiencias en los controles de la corrupción como uno de los principales factores para la existencia de tal reticencia a presentar la disputa ante la jurisdicción ordinaria[4].

Además, puede considerarse una garantía para el Estado pues evita la interposición de un conflicto en las cortes del Estado del que es nacional el inversionista. En este mismo sentido, la doctrina[5] es consecuente al señalar que uno de los mayores aportes que nacen a partir del Convenio es precisamente despolitizar las controversias, lo que antes no había sido posible pues los Estados con base en la reciprocidad procuraban buenos tratos para obtenerlos de vuelta o bien, protegían a sus nacionales de modo que la disputa dejaba de ser comercial para convertirse en una ruptura entre naciones[6]. Así las cosas, el artículo 27 revoluciona el modo en el que se han manejado los problemas con inversores cuando indica:

> *"Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado*

[2] Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversión. *About ICSID.* [en línea]. [Washington D.C.]: s.f. [citado el 01 de marzo de 2015]. Disponible de World Wide Web: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Pages/default.aspx

[3] Véase: Orlu Nmehielle, V. O. (2001). *Enforcing arbitration awards under the International Convention for the Settlement of Investmnt Disputes.* (G. G.University, Ed.) Annual Survert of International and Comparative Law.

[4] Véase: Antillón, W. (1995). *Jurisdicción y Resolución Alternativa de Conflictos.* En W. Antillón, Ensayos de Derecho Procesal (págs. 291-319). San José: Investigaciones jurídicas S.A.; Fernández, D. (2011). *La evolución del arbitraje en América Latina: de la supuesta hostilidad a la evidente aceptación.* In D. Fernández, & J. J. Obando, El derecho internacional privados en los procesos de integración regional (pp. 181- 224). San José: Editorial Jurídica Continental.

[5] Sommer, Ch. *El reconocimiento y la ejecución en los laudos arbitrales del CIADI: Ejecución Directa o Aplicación del Exequatur?* [en línea]. [Buenos Aires]: Universidad Nacional de Córdoba, s.f. [citado el 05 de marzo de 2015]. Disponible de World Wide Web: http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/download/270/274; Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversión, *op.cit.*

[6] Naciones Unidas. (2010) *Controversias entre Inversores y Estados: Prevención y alternativas al Arbitraje.* En Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (pág. 28) Nueva York y Ginebra: Publicaciones de las Naciones Unidas.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

Contratante hayan consentido someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo."[7]

Queda claro que se pretende dar la mayor paridad a las Partes de modo que ambos se encuentren en potestad de ejercer sus derechos según lo consideren procedente pero que esto no desencadene problemas elevados a otras esferas y los soberanos se mantengan en su calidad *iure gestionis*[8]-[9].

Siendo este un marco tan idílico, ¿por qué habría dificultades? El Convenio de CIADI presenta una gran interrogante, pues no se determina un procedimiento específico para la ejecución de sus laudos, sino que por el contrario, el artículo 54 remite a la legislación nacional, a saber:

"Artículo 54

(1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

(2) La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia

[7] Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados, artículo 27.

[8] El concepto de iure gestionis se entiende como: "El contenido de la excepción por actividades comerciales se delimita fundamentalmente en base a la aplicación de la prueba de la naturaleza de la actividad, por sí sola o en combinación con el elemento de la finalidad de la misma. Estos son los criterios mediante los que se mide de modo más frecuente en la práctica la distinción entre los actos iure imperii y iure gestionis, esto es, entre las actividades estatales inmunes y no inmunes, respectivamente." Soria, A. (1995) *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales.* Madrid, Gráficas Arias Montano S.A.

[9] Véase: Brownlie, I. (2008). *Principles of Public International Law.* Nueva York: Oxford University Press.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se, introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.

(3) El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda."[10]

Representa una contradicción a primera vista que el Convenio de CIADI determine que la ejecución se encontrará dentro de las normas del Estado en donde se pretenda dicho reconocimiento, siendo que justamente el espíritu que justificó la necesidad de un Convenio es la creación de normas de Derecho Internacional que permitan a todas las partes contar con reglas claras y objetivas que traigan confianza a la relación contractual en donde, además, se establezca una jurisdicción competente. Someter la ejecución a la ley nacional representa un desafío en la instancia final. ¿Cuál es la legislación aplicable? Esta remisión crea un desfase en cuanto a la *lex causae* o ley que rige el contrato entre las partes, porque puede que se enfrenten a una barrera adicional para el acceso a la justicia que ya se declaró. Es probable que el nacional o el Estado no tengan pleno conocimiento de todas las legislaciones que se podrían aplicar en casos de grandes dimensiones que incluyen a más de una jurisdicción. Lo anterior, tomando en cuenta que cada una de éstas respondería a legislación y cortes distintas.

Sin temor a equívocos puede apuntarse a dicha situación como la causa que genera, y de hecho ha generado[11], que a pesar de concluir con éxito un procedimiento arbitral ante CIADI, finalmente la pretensión nunca sea satisfecha o no llegue a concretarse con la celeridad y eficacia que las partes desearon cuando sometieron el contrato a tal Centro. Queda un vacío en cuanto a la fase ejecutoria en virtud de que el procedimiento se ha llevado de cierta manera y durante la fase de ejecución las circunstancias cambian, según se expondrá de seguido.

El principio de juez natural[12] es conocido como uno de los fundamentos de la jurisdicción ordinaria. Conlleva que el juzgador no sea nombrado para el caso específico y que deba encontrarse ajeno al conflicto para cumplir con el principio de imparcialidad. Estas características distan de las

[10] Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión entre Estados y Nacionales de Otros Estados, artículo 54.

[11] Véase como ejemplos de casos en los que no se ha podido ejecutar un laudo de CIADI: Caso Abaclat contra Argentina (Caso CIADI ARB/08/9), caso SOABI contra Senegal (Caso CIADI ARB/82/1), caso LETCO contra Liberia (Caso CIADI ARB/83/2), múltiples casos contra Venezuela, etc.

[12] Véase: Vargas, O. (2007). *La independencia del juez* La Independencia del Juez en Costa Rica. San José, Universidad Estatal a Distancia.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

que se encuentran recogidas por el arbitraje en donde las Partes seleccionan los árbitros de su preferencia desde una lista de elegibles, lo que permite a las Partes asegurarse de la experticia de la persona que dictará el Derecho. No es correcto considerar que el arbitraje carezca de los principios de imparcialidad o de justicia[13], pero se sopesan otras características como la especialidad que terminan identificando mejores cualificados para ciertos casos. Así las cosas, es curioso que el Convenio de Washington presente una figura que no se ha contemplado a lo largo de proceso arbitral, y esto genera un verdadero reto para el inversionista o el Estado que desea ejecutar un laudo emitido en su favor.

Pese a lo anterior, la redacción del artículo 54 no es casualidad y responde a un desafío práctico que le corresponde solucionar a los sistemas jurídicos y dimensionar a cada uno de los Estados Miembros. Así lo deja en claro el informe emitido por los Directores Ejecutivos[14] al indicar:

> *"... y el Artículo 54 exige a todos los Estados Contratantes que reconozcan el carácter vinculante del laudo y que hagan cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme de uno de sus tribunales locales. Debido a las distintas técnicas procesales seguidas en las jurisdicciones del llamado "common law" y las que se inspiran en el derecho civil de tradición romana, así como a los distintos sistemas judiciales existentes en los Estados unitarios y en los federales u otros no unitarios, el Artículo 54 no establece ningún método especial para lograr el cumplimiento interno del laudo, sino que exige a cada Estado Contratante que cumpla las disposiciones del Artículo de conformidad con su propio sistema jurídico."*[15]

[13] Fernández, D., *op. cit.*

[14] De acuerdo con la Resolución número 214 del 10 de setiembre de 1964, se estableció a los Directores Ejecutivos del Banco Mundial como el órgano encargado de la redacción del texto que hoy se conoce como Convenio de CIADO, instruyéndolo a: "(b) Solicitar de los Directores Ejecutivos que formulen un convenio que establezca mecanismos y procedimientos de los cuales se pueda disponer con carácter voluntario, para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados contratantes y Nacionales de otros Estados contratantes, mediante la conciliación y el arbitraje. (c) Al formular tal convenio, los Directores Ejecutivos tendrán en cuenta las opiniones de los gobiernos miembros y deberán tener presente la conveniencia de lograr la adopción de un texto que pueda ser aceptado por el mayor número posible de gobiernos." Banco Mundial. *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.* [en línea]. [Washington D.C.]: Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversión, abril de 2006 [citado el 03 de marzo de 2015]. Disponible de World Wide Web: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

[15] Banco Mundial. *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.* [en línea]. [Washington D.C.]: Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a Inversión, abril de 2006 [citado el 03 de marzo de 2015]. Disponible de World Wide Web: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

A pesar de que el mismo artículo 54 indica que debe ser ejecutado como una sentencia en firme emitida por sus propias cortes, esto no aleja la posibilidad de que aparezcan otros obstáculos. Podría el lector preguntarse, por ejemplo, si puede un juez negarse a la ejecución de un laudo. La respuesta deberá ser afirmativa porque la legislación interna se encuentra en constante cambio, de un modo aún más vertiginoso que los instrumentos internacionales, aunque así no lo pretenda el Convenio de Washington. La normativa interna es la que define el proceder y la poca intervención que esa legislación podría tener dependerá de la interpretación que se le de en un ámbito doméstico. Otra dificultad nace a partir de que el Estado podría acudir a la aplicación del principio de inmunidad soberana del Estado[16] para obstaculizar la ejecución, este principio protege al Soberano y sus activos de someterse y ejecutarse en cortes extranjeras. Disposiciones con estas características se encontrarían por completo fuera del alcance y revisión de CIADI.

Puede verse la confusión en la que se podría encontrar el inversionista o el Estado. Parece que en última instancia, el sistema de resolución de disputas de CIADI tiene aspectos que deben ser mejorados. Es realmente difícil enmendar esta situación mediante el Convenio porque como mencionan los Directores, debe lidiarse no solamente con jurisdicciones sino con sistemas de justicia, y la contraposición del derecho civil y el *common law*. Podría pensarse en amalgamar ambos sistemas pero ¿bajo cuáles cortes? ¿Se requiere ceder soberanía para que CIADI pueda ejecutar? Estos son temas complejos que no todos los Estados Parte estarían anuentes a atender. El pasado ha enseñado que incluso las condenas llevan a las Naciones a no creer en el sistema y a denunciar el Convenio de Washington[17].

Siguiendo con esta reflexión debemos también preguntarnos qué sucede con los laudos de carácter declarativo, que no corresponden a una indemnización sino a actuaciones u omisiones a las cua-

[16] El principio de inmunidad soberana del Estado se define como: "La expresión inmunidades jurisdiccionales" en este contexto es utilizada no solo en relación al derecho de los Estados soberanos de que se les conceda la excepción del ejercicio del uso de poder para adjudicar, posición que normalmente asumiría el juez dentro de un sistema legal en el territorio estatal, pero también en relación al no ejercicio de cualesquiera otros poderes administrativos o ejecutivos, ejercidos por medio de cualquier medida o procedimiento, y por cualquier autoridad del Estado, en relación con un proceso judicial. El concepto, por lo tanto, cubre por completo el procedimiento judicial, desde su inicio o interposición de procedimientos, escritos, investigación, examinación , juicio, órdenes que pueden constituir medidas provisionales, hasta las decisiones judiciales en distintas instancias de los procesos y la ejecución de sentencias rendidas(…) no es solo una cuestión de inmunidad estatal con respecto a la adjudicación de sentencia en las cortes de otro Estado, sino también a la inmunidad del Estado con respecto a su propiedad, evitando medidas de retención, tales como el embargo y la ejecución producto de un juicio ante la corte de otro Estado." Comisión de Derecho Internacional. (1991). *Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and their Property*. La Haya.

17 Véase: Centro de Investigaciones Jurídicas. Denuncia de Venezuela al Convenio del CIADI [en línea]. [Caracas]: Centro de Investigaciones Jurídicas, 23 de mayo de 2012[citado el 10 de marzo de 2015]. Disponible de World Wide Web:http://cij.org.ve/site/denuncia-de-venezuela-al-convenio-del-ciadi/

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

les se ha de someter el vencido. Las posibilidades de cumplimiento se ven aún más reducidas pues, especialmente cuando corresponde a Estados, es posible interponer de nuevo el principio de inmunidad soberana, limitando la posibilidad de una corte de exigir tal o cual comportamiento[18].

La regulación internacional se convierte en una forma ideal y casi utópica mediante la cual se puede resolver esta problemática, de modo que se elimine esa incertidumbre que hoy envuelve el procedimiento y el contenido de la ley interna que le será aplicable en fase ejecutoria. Sin embargo, no se puede renunciar a que finalmente tal idílico llegue a concretarse, ya que estos traerían consigo las características de homogeneidad y seguridad jurídica por las que se recurre al Derecho Internacional. Los instrumentos internacionales han sido desde antaño los bastiones que han permitido el avance del comercio internacional, permitiendo construir un marco jurídico que atienda a inversionistas y a Estados. Debe tenerse claro que ambas partes están embarcadas en una empresa que puede generar grandes beneficios y que penden de una suerte de mutualismo.

No existe una sola respuesta o propuesta al problema planteado, pero existen algunas alternativas prácticas que permitirían proteger al sistema de tales peripecias. La más básica es la vía de la interpretación, por la que iniciaremos.

La interpretación es una forma sencilla pero poco coercitiva de ejecutar sentencias. Según indica la doctrina[19], es necesario que los aplicadores del Derecho mantengan una cultura de conservación de los contratos y sus naturales consecuencias. Resulta evidente que las partes determinan los límites de su relación, lo que se espera de su actuación y las amonestaciones derivadas de comportamientos que no se ajusten a esos términos. Consecuentemente, esta misma línea de pensamiento deberá ser aplicada para aquellos casos en los que se emita una resolución en cierto sentido y se solicite su ejecución. El juez deberá entender que el proceso ya se realizó y que lo procedente es permitirle al vencedor obtener los beneficios que ahí se declaran.

En este sentido, la decisión de los arbitrajes llevados a cabo bajo la perspectiva de CIADI debe buscar una interpretación que sea acorde con los intereses internacionales de la Convención. Así se resolvió en el caso *Sempra contra Argentina* (Caso No. ARB/02/16), en donde se reconoció la importancia que la interpretación posee ante la ejecución ante cortes nacionales:

[18] Uchkunova, I., & Temnikov, O. (2014). *Enforcement of Awards under the ICSID Convention*—What Solutions to the Problem of State Immunity? ICSID Review, 187-211.

[19] Véase: Vibhute, K. (2013). *Waiver of state immunity by an agreement to arbitrate and international commercial arbitration.* (S. &. Maxwell, Ed.) Journal of Businss Law.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

> *"389. Una decisión judicial relativa al cumplimiento de los requisitos del derecho internacional en esta materia no debe entenderse como indicación de que los tribunales arbitrales desean sustituir sus puntos de vista por las funciones de los Estados soberanos. Dicha decisión responde en cambio a la obligación del Tribunal de aplicar el derecho internacional de manera tal que no deje de dar efecto a los compromisos jurídicos vinculantes para las partes, debiendo interpretar las normas en consecuencia, a menos que se haya convenido expresamente en la derogación de esos compromisos."*[20]

Debe considerarse la existencia de una lógica jurídica que influya en las decisiones que toman los operadores jurídicos y procurar la debida ejecución dentro de los límites dispuestos por la legislación interna.

Otra propuesta es la definición de Principios UNIDROIT que completen de alguna manera los vacíos que se crean a partir del artículo 54 y que permiten que por medio de ley nacional se evite la debida ejecución de un laudo en firme. Estos principios aportan mayor flexibilidad que la legislación nacional y permiten la evolución de los mismos. Son el resultado de un arduo trabajo de recopilación de bases para la fundamentación de sentencias que comparan diferentes ordenamientos pero que mantienen una teoría común[21]. Así las cosas, la incorporación de Principios UNIDROIT y la debida interpretación de principios ya existentes como el *pacta sunt servanda* pueden evitar posteriores dolores de cabeza para quien ejecuta.

Finalmente, podría decirse que siempre es viable solicitar garantías financieras que aseguren el pago en caso de incumplimiento o una ejecución de sentencia que se torna imposible. Alguna doctrina[22] señala que no existe impedimento para la solicitud de una garantía, que bajo determinadas circunstancias se convertiría en un título crediticio, asegurando futuros incidentes. Esta posición fue validada mediante la resolución del caso *Mr. Patrick Mitchell contra la República Democrática del Congo* (Caso No. ARB/99/7), en donde se indicó que la presentación de una garantía tiene por objeto prevenir el riesgo de no ejecución en el futuro.

Así las cosas, queda un marco de referencia que permite determinar las acciones a tomar en cada caso y determinar aquellos métodos que podrían tener mayor fuerza en su aplicación. Las propuestas vertidas en estas páginas si bien no solucionan los problemas de ejecución, permiten ver más allá

[20] Sempra contra Argentina, ARB/02/16 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones 2002).

[21] Bonell, M. J. (1997). *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – Why?What?When?* . Tulane Law Review.

[22] Uchkunova, I., & Temnikov, O. *op. cit.*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

de los vacíos e identificar acciones concretas a tomar pues las discusiones doctrinarias mucho aportan a la academia y poco le resuelven a un vencedor que no ha obtenido más que un laudo favorable. Se crea entonces una encrucijada entre lo que es viable para el CIADI por un lado, y por otra parte, las dificultades que esto representa para el inversionista y el Estado. ¿Podemos decir que el Convenio quedó incompleto? Parece ser que al menos es un gran vacío normativo que no viene a llenarse en forma satisfactoria por el procedimiento nacional.

El procedimiento de ejecución establecido en el Convenio deja un sinsabor que revive el gran enfrentamiento de la doctrina entre tribunales arbitrales y cortes ordinarias. El arbitraje se ha caracterizado por ser una vía célere que ha tenido gran acogida por los inversionistas, por lo que resulta entonces contradictorio que finalmente quién tendrá la potestad de otorgar una indemnización no sea el Tribunal que conoció el asunto sino que se presente a un foro con principios distintos.

En definitiva el Convenio de CIADI ha revolucionado la forma en la que se han desarrollado los negocios internacionales y la confianza en esa multilateralidad de la inversión. Estos apuntes buscan abrir la discusión para que se puedan corregir estas falencias y se estrechen los lazos de cooperación que han permitido el mejoramiento de la actividad económica. Más aún, el Derecho debe seguir cambiando y buscando crear puentes para que el desarrollo se globalice, no bajo una ideología determinada, pero siempre bajo un parámetro de dignidad humana y respeto medio-ambiental.

LA RUTA MULTILATERAL HACIA LA PAZ Y LA SEGURIDAD: ESTRATEGIAS DE COSTA RICA EN EL SENO DE LA ONU

Eduardo Ulibarri Bilbao*

Resumen: *A lo largo de los años, Costa Rica ha construido una capacidad de incidencia en el sistema multilateral inusual para un país de su limitada dimensión y recursos materiales. En gran medida, es resultado de sólidos atestados en democracia, paz y respeto a los derechos humanos; una estrecha vinculación entre las realidades y prácticas nacionales y las prioridades de nuestra diplomacia; el desarrollo de una política exterior de Estado, con altos grados de estabilidad y continuidad, y un desempeño en las instancias multilaterales que, a la vez, potencia y se nutre del "poder blando" (*soft power *o poder inteligente) del país. Este ensayo explora y sistematiza la acción diplomática nacional en temas de paz, seguridad y desarme, con énfasis en el ámbito de las Naciones Unidas. Tras describir los principales rasgos de los instrumentos e institucionalidad de la ONU en la materia, analiza un conjunto de exitosas iniciativas de Costa Rica a partir de 1980, y resume ocho lecciones aprendidas de su desempeño.*

Abstract: *Through the years, Costa Rica has built a capacity to impact the multilateral system unusual for a country of its size and material resources. Among the elements that explain this outsized impact are its solid record on democracy, peace and respect for human rights; the close relationship between local realities and practices and its diplomatic priorities; the development of a State foreign policy with stability and continuity, and a performance in the multilateral arenas that both leverages and strengthens its soft (or intelligent) power. This essay explores and systematizes Costa Rica´s diplomatic performance on issues of peace, security and disarmament, with emphasis on the United Nations. After drafting the major features of the UN´s legal instruments and structures on the mater, the essay discusses a set of successful initiatives of Costa Rica since 1980 and summarizes eight lessons learnt.*

* Ex representante permanente de Costa Rica ante las Naciones Unidas (2010-2014), periodista, analista político, catedrático de la Universidad de Costa Rica.

Rocha (2013). *Acuerdo de desarme* [fotografía]. Recuperado de http://www.proceso.com.mx/?p=338220

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

Alcanzar un orden internacional pacífico, estable, seguro y asentado en normas de aplicación universal, es un objetivo central de la política exterior costarricense. Esta línea de acción convive con –y, además, potencia-- otros ejes fundamentales de nuestra proyección externa, como el impulso a los derechos humanos, la democracia, el estado de derecho, el desarrollo sostenible y el respeto a la integridad territorial de los estados.

Se trata de valores arraigados en nuestra historia, que alimentan la identidad, la legislación interna, el discurso público y las prácticas de convivencia. En conjunto, constituyen el "núcleo duro" y referente básico de la diplomacia costarricense y se vinculan directamente con los intereses nacionales. Como país pequeño, desarmado y organizado democráticamente, Costa Rica necesita un sistema internacional asentado en reglas comunes, que abran horizontes, definan límites y permitan evitar o resolver los conflictos sin acudir al uso de la fuerza. La existencia y buen funcionamiento de tal andamiaje es clave para nuestra seguridad. Gracias a la articulación del fundamentado idealismo y el equilibrado pragmatismo que caracterizan nuestra interacción externa, el país ha generado una política de Estado que guía nuestras relaciones internacionales, incide en estrategias de mediano y largo plazo, y le otorga razonable estabilidad y continuidad al trabajo diplomático.

El ámbito multilateral es clave para que la permanente dialéctica entre valores y realidades en el sistema internacional, a menudo resuelta desde el ejercicio del poder "duro", avance cada vez más hacia dimensiones normativas, institucionales y sistémicas. Las Naciones Unidas constituyen el corazón de esta anatomía global e institucional en permanente ajuste y, también, el terreno más fértil para que los estados pequeños, como Costa Rica, traten de maximizar su capacidad de incidencia.

Este ensayo explora un conjunto de experiencias y estrategias de la diplomacia costarricense en el seno de la ONU, orientadas a impulsar la paz, la seguridad y el desarme, mediante iniciativas que combinan lo normativo y lo simbólico, la visión de largo plazo y el sentido de oportunidad, y una acción centrada en la dimensión interestatal, pero también cercana a actores no gubernamentales.

El texto se enfoca en tres conjuntos de elementos:

I. La arquitectura y principales instrumentos legales de desarme y no proliferación de las Naciones Unidas, o directamente vinculados con ella.

II. Las estrategias y acciones más destacadas en la materia, emprendidas por Costa Rica a partir de 1980 y hasta 2014.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

III. Algunas lecciones aprendidas, las cuales, a la vez, abren posibilidades para acciones futuras y pueden servir de guía a otros países pequeños.

I. La arquitectura de desarme y no proliferación de las Naciones Unidas

Durante sus siete décadas de existencia, las Naciones Unidas ha desarrollado un amplio andamiaje de paz, seguridad y desarme, al que se han unido, como complemento, iniciativas nacionales, plurinacionales o regionales de impacto diverso. Los componentes de esta estructura, siempre inconclusa, son múltiples; su interacción, sumamente compleja. Es posible organizarlos en tres grandes grupos:

A. Los instrumentos jurídicos –esencialmente tratados– que establecen normas y generan compromisos para prohibir el uso de determinados armamentos, controlar su proliferación, acotar su impacto o neutralizar su desarrollo.

B. La maquinaria institucional –conferencias, comisiones, grupos de trabajo, oficinas, secretarías– que velan por la aplicación de esos instrumentos, generan ideas sobre otros más y, a la vez, consideran otras posibilidades de incidir en el proceso de control y desarme.

C. Los acuerdos y entidades plurinacionales o regionales.

Existen dos grandes categorías de armas sujetas a las regulaciones y acciones de los instrumentos y la maquinaria de desarme y no proliferación: las de destrucción masiva y las convencionales.

Las armas de destrucción masiva son aquellas que arrasan y matan de forma indiscriminada, contundente y atroz; desatan el genio descontrolado de las reacciones nucleares, las emanaciones químicas o los agentes biológicos. Su capacidad apocalíptica es tal, que su uso ha pertenecido, hasta ahora, al ámbito de la excepcionalidad histórica. Desde Hiroshima y Nagasaki, en 1945, ningún arma nuclear ha sido utilizada, y, si bien el empleo de gases y toxinas tiene un largo y ominoso pasado bélico, sus consecuencias, siempre atroces, no se comparan con las del perverso genio atómico.

En esencia, todas las demás armas se consideran convencionales, aunque sus consecuencias acumulativas pueden ser igualmente demoledoras. Son ellas las que apuntalan déspotas, succionan recursos de los países más pobres y otorgan poder de fuego al terrorismo y la delincuencia organizada. De este conjunto forman parte las minas antipersonales, las municiones racimo, y desde los rifles de asalto hasta los aviones o los submarinos artillados, siempre que no porten ojivas nucleares.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

A partir de su establecimiento, con el espectro de una carrera nuclear tocando a sus puertas, las Naciones Unidas se impuso como tarea la eliminación de las armas nucleares. La primera resolución que adoptó su Asamblea General, el 24 de enero de 1946, cuando Estados Unidos aún tenía el monopolio nuclear, estableció una comisión para abordar problemas relacionados con el descubrimiento de la energía atómica. Se le encomendó formular propuestas para que su uso se limitara a propósitos pacíficos, y para que se "eliminara de los arsenales nacionales" los armamentos atómicos y otros que produjeran destrucción masiva.[1] La tarea, hasta ahora, ha sido imposible; tenerla como meta, sin embargo, ha permitido construir un horizonte aspiracional que mueve a la acción. Ha contribuido a logros de menor entidad, pero esenciales para evitar un desastre universal y poner bases sobre las cuales construir el eventual –aunque, quizá, inalcanzable-- desarme nuclear.

I. A. Los instrumentos jurídicos

Tratados y convenciones sobre armas de destrucción masiva

A pesar de las dificultades para alcanzar un acuerdo global de desarme nuclear, a lo largo del camino que se comenzó a recorrer con la resolución pionera de la Asamblea General de ONU, se han producido notables avances en ámbitos más específicos relacionados con las armas de destrucción masiva y las convencionales.[2] La más reciente adición a esta lista ha sido el Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA), en vigencia desde el 24 de diciembre de 2014.

Los instrumentos de mayor importancia en materia de experimentación, regulación, prohibición de armamentos y transparentación de procedimientos sobre armas de destrucción masiva, son los siguientes:

Tratado para la Prohibición Parcial de Ensayos Nucleares.- Fue el primer instrumento multilateral de la era atómica. Prohibió todas las detonaciones nucleares, salvo aquellas que ocurrieran bajo tierra. De este modo, pretendió aplicar algunos frenos a la carrera desatada para desarrollar las nuevas armas. Fue negociado como un arreglo entre Estados Unidos, el Reino Unido y Rusia, que se convirtieron en sus "tres partes originales". China y Francia, entonces en etapas más incipientes de su desarrollo nuclear, se negaron a firmarlo, y no forman parte de los 126 es-

[1] http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/032/52/IMG/NR003252.pdf?OpenElement

[1] El sitio web de la Nuclear Threat Initiative (http://www.nti.org) ofrece una gran riqueza documental sobre los diversos esfuerzos emprendidos, y en marcha, para reducir la amenaza de las armas nucleares, químicas y biológicas.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tados que lo han ratificado hasta ahora. Entro en vigencia el 3 de octubre de 1963.[3]

Tratado de No Proliferación Nuclear (NPT, por sus siglas en inglés).- Es el instrumento clave en la materia. Está vigente desde 1970. Busca prevenir la proliferación de las armas nucleares y promover la cooperación para su uso pacífico. Define a China, Estados Unidos, Francia, el Reino Unido y Rusia como los cinco "estados nucleares", y les atribuye la obligación de no ayudar a la adquisición o desarrollo de esas armas por otros estados. Es el único instrumento global con compromisos jurídicamente vinculantes para que los estados logren el desarme nuclear. Lo han suscrito 190 países. India, Israel y Pakistán se han negado a firmarlo. Corea del Norte lo abandonó en 2003. Cada cinco años se celebra una conferencia de revisión. La más reciente tuvo lugar entre el 27 de abril y el 22 de mayo de 2015.

Convención sobre Armas Biológicas.- Al entrar en vigencia, en 1975, se convirtió en el primer tratado internacional en prohibir una categoría completa de armas. Al momento de escribir este ensayo la han ratificado 170 estados; otros diez la han suscrito, pero tienen pendiente la ratificación.[4]

Convención sobre Armas Químicas.- Entró en vigencia en 1997. Hasta ahora la han ratificado 190 países. El uso de estas armas por el régimen de Bashar Al-Assad y, quizá, también por grupos rebeldes en Siria, indica lo vulnerable que aún es su aplicación. Sin embargo, la acción desplegada en el caso sirio por la comunidad internacional y el eficaz desempeño de la Organización para la Prohibición de Armas Químicas, encargada de su aplicación, demuestran también la eficacia del instrumento. Su acción le valió a la Organización el Premio Nobel de la Paz en 2013.[5]

Tratado para la Prohibición Completa de Ensayos Nucleares.- Prohíbe todas las explosiones nucleares de prueba, por lo cual es un gran avance en relación con el de prohibición parcial. Se abrió a firma en 1996. A la fecha lo han suscrito 183 estados y ratificado 162. Sin embargo, no ha podido entrar en vigencia. Para que esto ocurra, deben pratificarlo los 44 estados listados en su "Anexo B", pero ocho no lo han hecho y mantienen el instrumento en neutro. Se trata de China, Corea del Norte, Egipto, Estados Unidos, India, Irán, Israel y Pakistán.

[3] La información en detalle sobre los instrumentos en materia nuclear mencionados en este ensayo puede encontrarse en: http://www.un.org/es/disarmament/wmd/nuclear/index.shtml

[4] http://www.un.org/es/disarmament/wmd/biological/index.shtml

[5] http://www.un.org/es/disarmament/wmd/chemical/index.shtml

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

El lento avance en relación con las armas nucleares se explica, pero no justifica, tanto por su desarrollo relativamente reciente, como porque se han convertido en piezas clave –indispensables, por ahora— de las doctrinas y planes de seguridad y defensa de los estados que las poseen, incluidos los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Incluso, están incorporadas a las estrategias de algunos que, sin disponer de ellas, forman parte de alianzas que los colocan bajo las "sombrillas" de sus poseedores. Mientras la discusión y las iniciativas sobre las armas nucleares se centren en las dimensiones militares de la seguridad, será muy difícil dar pasos significativos hacia su reducción significativa o –más difícil aún-- eliminación. Por esto es necesario replantear los términos para su discusión, algo en lo que Costa Rica ha desplegado grandes iniciativas (ver adelante).

Tratados y convenciones sobre armas convencionales

Hasta la entrada en vigencia del TCA, solo existían tres instrumentos multilaterales, jurídicamente vinculantes para sus adherentes, destinados a prohibir, limitar o regular el uso de ciertas armas convencionales. La vigencia de uno de ellos data de 1983, pero los otros dos se adoptaron con posterioridad a las convenciones o tratados sobre las armas de destrucción masiva. Este retraso en el avance es un hecho muy curioso, que demuestra cómo la falta de voluntad a favor del desarme y el control de armamentos trasciende cualquier categoría en que se les encasille. Los cuatro instrumentos vigentes hasta la fecha son los siguientes:

Convención sobre Ciertas Armas Convencionales.- Prohíbe o restringe, según el caso, el uso de armamentos convencionales que generen sufrimientos innecesarios o que tengan efectos indiscriminados. Se le conoce como una convención "sombrilla". Entró en vigencia en 1983. Cuatro de sus cinco protocolos restringen el uso de ciertas categorías de armas: las que incluyen fragmentos no detectables en el cuerpo humano mediante rayos X; las minas y trampas personales; las armas incendiarias, y las que emplean rayos láser cegadores. El quinto protocolo establece obligaciones y "buenas prácticas" para la eliminación de explosivos sobrantes de guerra.[6]

Convención sobre Minas Antipersonales.- Se propone eliminar las minas antipersonales aún dispersas por el mundo. Prohíbe su uso, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento y trasferencia. La iniciativa para impulsar este tratado se tomó fuera de las Naciones Unidas. El texto fue acordado el 18 de septiembre de 1997, tras una conferencia en Oslo, pero se le conoce

[6] http://www.un.org/es/disarmament/conventionalarms/convention/certainconventionalweapons.shtml

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

como Convención de Ottawa, porque fue abierto a firmas, en diciembre siguiente, en la capital canadiense. Entró en vigencia el 1° de marzo de 1999. Según los datos más recientes de la Oficina de Desarme de las Naciones Unidas, 162 estados se han adherido al instrumento.[7]

Convención sobre Municiones en Racimo.- Su vigencia apenas se remonta al 1° de agosto de 2010. Al igual que ocurre con las minas, prohíbe el uso, desarrollo, producción, adquisición, almacenamiento y trasferencia de estas municiones. A los ocho años de suscribir la convención, los países deben haber eliminado cualquier inventario de ellas. Solo 86 estados la han ratificado, según la información disponible al momento de escribir este ensayo.[8]

Tratado sobre Comercio de Armas.- Se trata del instrumento en que el liderazgo de Costa Rica ha sido más notorio y eficaz, y en cuya gestación, negociación y aprobación se reflejaron múltiples facetas de nuestra estrategia diplomática en paz, seguridad y desarme.

A diferencia de las tres convenciones sobre armas convencionales, el TCA no pretende eliminar o prohibir el uso de armamentos; tampoco, impedir su adquisición por parte de gobiernos. Lo que se propone es hacer transparente y regular su comercio, y prohibir la transferencia de armas convencionales en las siguientes circunstancias, que establece su artículo 6:

- Si "supone una violación de las obligaciones" establecidas por decisiones del Consejo de Seguridad.
- Si implica una violación de obligaciones del Estado exportador que sean "pertinentes en virtud de acuerdos internacionales en los que es parte".
- Si, al momento de decidir sobre una transferencia, el Estado respectivo "tiene conocimiento de que las armas o los elementos podrían utilizarse para cometer genocidio, crímenes de lesa humanidad, infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949, ataques dirigidos contra bienes y personas de civiles, y otros crímenes de guerra tipificados en los acuerdos internacionales" de los que sea parte dicho estado.

El Tratado prevé que, en caso de que la transferencia no esté prohibida, antes de autorizar alguna exportarción cada gobierno deberá evaluar "de manera objetiva y no discriminatoria" factores como los siguientes: si las armas que exporte podrán "contribuir a la paz y la seguridad o menoscabarlas"; si hay posibilidades de que se les

[7] http://www.un.org/es/disarmament/instruments/convention_landmines.shtml
[8] http://www.un.org/es/disarmament/conventionalarms/convention/clustermunitions.shtml

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

utilice para cometer "una violación grave al derecho humanitario" o al "derecho internacional de los derechos humanos", o para realizar o facilitar actos violatorios de acuerdos internacionales sobre terrorismo o delincuencia transnacional organizada. Además, cada uno de los estados parte del TCA deberá establecer y mantener "un sistema nacional de control" para regular su exportación. Las municiones no están en la lista de posibles prohibiciones contenida en el artículo 6; sin embargo, las mantiene sujetas a las mismas consideraciones que se aplican a las armas en ese artículo, solo que bajo responsabilidad individual de cada gobierno.[9]

Todos los anteriores instrumentos fueron precedidos por otros acuerdos de enorme importancia, encaminados a limitar los efectos de las guerras, tanto para las partes directamente beligerantes como para los civiles.

Aunque existen algunos textos sobre la materia que datan de la segunda mitad del siglo XIX, el referente más directo de los acuerdos ya mencionados es el "Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos", conocido como Protocolo de Ginebra. Se remonta a la época de la Liga de las Naciones, y fue resultado, en gran medida, de la barbarie de la Primera Guerra Mundial. Prohíbe el uso de armas químicas y biológicas en los conflictos armados; sin embargo, no incluye ninguna disposición sobre su producción, almacenamiento o transferencia, algo que enmendaron las dos convenciones posteriores. Firmado en Ginebra el 17 de junio de 1925, el Protocolo entró en vigor el 8 de febrero de 1928.

El 21 de octubre de 1950 entró en vigencia un conjunto normativo de mayor importancia, al que se le considera como el eje central del derecho internacional humanitario contemporáneo. Se trata de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 (año de su aprobación). Su objetivo central no es propiciar el desarme o eliminar el uso de ciertas armas, como las convenciones posteriores. Están destinados a proteger a quienes no participan directamente en las hostilidades, como la población civil, el personal sanitario, y miembros de organizaciones humanitarias, y a quienes ya no están involucrados en ellas: heridos, enfermos, náufragos y prisioneros de guerra. Los han ratificado 194 estados, por lo cual tienen un carácter universal. Disponen que las partes en un conflicto deben tomar medidas para evitar o frenar cualquier infracción a su normativa; además,

[9] La literatura sobre el tratado es muy amplia. Véanse, entre otras fuentes: https://www.es.amnesty.org/temas/armas/tratado-internacional-sobre-el-comercio-de-armas/ http://controlarms.org/wordpress/wp-content/uploads/2011/05/Tratado-Sobre-el-Comercio-de-Armas-controles-mundiales-para-un-comercio-mundial.pdf https://www.oxfam.org/es/campaigns/tratado-internacional-sobre-el-comercio-de-armas-preguntas-y-respuestas

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

establecen la obligación de enjuiciar o extraditar a los responsables de infracciones graves, no importa su nacionalidad.

Los convenios de Ginebra se referían, originalmente, a los enfrentamientos militares entre estados. Sin embargo, el incremento de los conflictos internos reveló la necesidad de extender la normativa a estos casos, y en 1977 se aprobaron dos Protocolos adicionales a los cuatro convenios. Además de establecer nuevos límites a cómo se libran las guerras, el primero de ellos refuerza la protección que se otorga a las víctimas de los conflictos internacionales; el segundo, a las de los conflictos internos. Un tercer Protocolo, de 2005, está dedicado a regular los símbolos que se utilizan para identificar a personal que atiende a las víctimas de los conflictos.[10]

I. B. La maquinaria de paz y desarme

A la par de los instrumentos normativos, se ha desarrollado un conjunto de entidades, con distintos grados de amplitud, también dedicadas –al menos nominalmente— a impulsar la no proliferación y el desarme. Las principales son las siguientes:

Conferencia sobre Desarme (CD).- Es el referente institucional más conocido –pero cada vez menos eficaz— en materia de paz, seguridad y desarme. Hasta diciembre de 2012, cuando la Asamblea General de la ONU adoptó una resolución que transformó las reglas y ámbito del debate (ver adelante), la CD tenía un virtual monopolio sobre la discusión global en temas nucleares; por ello, tradicionalmente se le ha considerado como la pieza central del andamiaje de desarme de la ONU.

Creada en 1979, fue definida entonces como el único foro multilateral para negociaciones de tal índole. Técnicamente, no es un órgano de la ONU, pero trabaja en estrecha colaboración con ella. Comenzó con 40 estados, a los que se han incorporado 25 más por "invitación"; es decir, el foro no está abierto a todos los países interesados, y los que ya están definen quiénes más pueden integrarlo. Entre sus miembros se encuentran China, Estados Unidos, Francia, Rusia y el Reino Unido (los "cinco países nucleares", según la definición del NPT). Los restantes incluyen todos aquellos "militarmente significativos". Por esto, la CD puede definirse como un club de los países más armados, lo cual hace en extremo difícil que desde su seno puedan salir iniciativas valientes de desarme. A pesar de esto, el trabajo de la Conferencia fue esencial para el diseño y negociación de la Convención sobre Armas Químicas y del Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares, acordado en 1996. A par-

[10] https://www.icrc.org/es/guerra-y-derecho/tratados-de-dih-y-el-dih-consuetudinario/convenios-de-ginebra

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

tir de este momento, sin embargo, entró en una virtual parálisis.[11]

Comisión de Desarme.- Es otro componente de la maquinaria de desarme de la ONU que, a pesar de sus declaradas buenas intenciones, se ha tornado inoperante desde el año 2000. Fue establecida por la Asamblea General y abierta a todos los Estados en 1952, y ha tenido varias encarnaciones a lo largo del tiempo. Primero estuvo bajo la tutela del Consejo de Seguridad; luego fue convertida en órgano subsidiario de la Asamblea, con la misión de emitir recomendaciones sobre desarme. Ha podido formular algunos principios y recomendaciones sobre varios temas, pero sin impacto significativo. Hoy carece de relevancia.[12]

Oficina de Desarme.- Existe con distintos nombres desde 1988, como parte de la Secretaría General, y provee apoyo sustantivo y organizativo a todas las instancias que constituyen el andamiaje del desarme de la ONU. Sobre la base de este mandato, ha logrado una incidencia profunda en la definición de los términos del debate en materia de desarme, y ha proveído valiosa orientación a distintas iniciativas relacionadas con la materia, además de promover el establecimiento de redes informales entre sus impulsores. En la actualidad la dirige la diplomática alemana Angela Kane, experta y comprometida como pocas personas con la abolición de las armas nucleares y con el desarme en general.[13]

I. C. Acuerdos y entidades plurinacionales o regionales

Los instrumentos legales y estructuras de índole multilateral se han visto complementados por otros esfuerzos, con geometrías, grados de institucionalización y aportes variables. A continuación, algunos de los más importantes:

Zonas libres de armas nucleares.- En 1959, el Antártico fue declarado zona desmilitarizada libre de armas nucleares. Sin embargo, la primera región altamente poblada que se convirtió en zona libre de armas nucleares, en virtud del Tratado de Tlatelolco, fue América Latina y el Caribe, en 1967. La Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (OPANAL), con sede en México, vela por la aplicación de este instrumento. La embajadora y ex canciller Gioconda Ubeda, de Costa Rica, fue su secretaria general entre febrero de 2010 y julio de 2013. Otras zonas libres de armas nucleares son el Pacífico Sur (trataro de Rarotonga), el Sudeste Asiático (Tratado de Bangkok), África (Tratado de Pelindaba) Asia Central (Tratado de Semipalatinsk).

[11] http://www.genevainternational.org/navigate.php?kind=1&id=1358&lang=es&last=55&lastsub=367
[12] http://comisiondesarme.blogspot.com
[13] http://www.un.org/es/disarmament/

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Desarme unilateral.- A partir de la disolución de la Unión Soviética, en 1991, tres de sus "repúblicas", Kazajstán, Bielorrusia y Ucrania –en este orden--, renunciaron a las armas nucleares y se adhirieron al Tratado de No proliferación Nuclear y recibieron garantías en torno a su seguridad e integridad territorial. En el caso de Ucrania, Estados Unidos, Rusia y el Reino Unido firmaron, en 1994, el llamado "Memorando de Budapest", al que luego se sumaron China y Francia. Sin embargo, este documento no impidió la anexión de Crimea por parte de Rusia en marzo de 2014, en directa violación de su letra y espíritu.

Cumbres de seguridad nuclear.- Por convocatoria de Estados Unidos, el 12 y 13 de abril de 2011 se celebró en Washnigton la primera de un serie de "cumbres" destinadas a mejorar la seguridad de las armas nucleares y evitar que caigan en manos terroristas. Participaron 47 países y tres organizaciones internacionales[14]. Siguieron otras en Seúl (2012) y La Haya (2014), y está prevista una cuarta en Estados Unidos en 2016. Sin embargo, Rusia ha informado que no asistirá, y se ha abierto una gran incertidumbre sobre el proceso.[15]

Conferencias sobre el impacto humanitario de las armas nucleares.- Tres conferencias sobre el tema, celebradas en Oslo, Nayarit y Viena, han logrado ampliar significativamente la agenda sobre el impacto devastador de esas armas. En la más reciente, 44 países, entre ellos Costa Rica, manifestaron su respaldo a la prohibición de las armas nucleares.[16] El 11 de febrero de 2013, en la Universidad para la Paz, la presidenta Laura Chinchilla firmó una declaración en el mismo sentido.[17]

II. Principales estrategias y acciones emprendidas por Costa Rica

En el ámbito de las doctrinas e iniciativas de seguridad militar, Costa Rica es un *outsider* total, pero en materia humanitaria tenemos un largo récord de compromiso, emprendimientos y coordinación. Es desde esta perspectiva que, en general, el país ha articulado sus estrategias y conducido sus acciones en materia de paz, desarme y seguridad integral. De este modo, el aporte ha sido tanto conceptual como institucional. Costa Rica ha sido clave –de manera individual o, más aún, como parte de alianzas— para impulsar una creciente conciencia global contra el uso de la fuerza, sea mediante armas convencionales o de destrucción masiva, y su efecto devastador sobre las vidas humanas, el desarrollo

[14] http://www.state.gov/t/isn/nuclearsecuritysummit/2010/index.htm
[15] http://en.wikipedia.org/wiki/Nuclear_Security_Summit
[16] http://www.icanw.org/campaign-news/austria-pledges-to-work-for-a-ban-on-nuclear-weapons/
[17] http://latino.foxnews.com/latino/politics/2013/02/11/chinchilla-apoya-la-campana-internacional-para-abolir-las-armas-nucleares/

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

económico, el ambiente y la estabilidad. A la vez, el país ha puesto su liderazgo político y actividad diplomática al servicio de iniciativas con impacto directo en la arquitectura del sistema internacional. El ejemplo más saliente y reciente es el Tratado sobre Comercio de Armas (ver antes).

La estrategia nacional ha consistido en maximizar en todo lo posible nuestro *soft power* para, mediante una acción diplomática multidimensional, impulsar ideas, articular alianzas o presentar propuestas. Para hacerlo, existen sólidas bases sobre las cuales proyectarnos. Cuatro son particularmente importantes:

La abolición constitucional de las fuerzas armadas en 1949.- Al convertirse Costa Rica en el primer país del mundo que decidió prescindir de una estructura militar existente, no solo hizo una apuesta interna al desarrollo, la cohesión social, la solución pacífica de conflictos y la paz; también proyectó estos objetivos al mundo externo, y ganó un merecido reconocimiento. Esta poderosa fuente de buena voluntad –y, por ende, "poder inteligente"— mantiene su vigor.

La no pertenencia a alianzas militares o de seguridad.- Somos signatarios del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca; sin embargo, este instrumento, más que una alianza, es un mecanismo de defensa que se activa ante casos muy específicos, y previa decisión multilateral. Desde hace varios años está en un virtual desuso, pero mientras se mantuvo activo sirvió en dos oportunidades para enfrentar agresiones externas sin necesidad de acudir a las armas. Por lo demás, estamos al margen de cualquier iniciativa que implique la articulación con aparatos militares externos.

La flexibilidad y apertura para alianzas con sectores no estatales.- Debido a su trayectoria de apertura y respeto por la sociedad civil y los actores no estatales en general, Costa Rica ha podido concertar alianzas, sobre todo con organizaciones no gubernamentales (ONG) de reconocida trayectoria y legitimidad, para emprender algunas de sus iniciativas en materias de paz y seguridad (además de otras). También ha interactuado positivamente con ellas en procesos negociadores de instrumentos multilaterales, como el Tratado de Comercio de Armas. Esto nos permite acudir a un acopio de conocimientos, experiencia y capacidad de incidencia que no podríamos desarrollar a partir de nuestros limitados recursos públicos.

Una política exterior estable, con objetivos de largo plazo.- A lo largo de las décadas, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX, Costa Rica ha sido capaz de desarrollar una política de estado en materia de relaciones exteriores. Esta no solo incluye objetivos, sino estrategias, además de una creciente profesionalización

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

de nuestro servicio exterior. Tal política no ha respondido a un plan maestro deliberado, sino a una decantación de iniciativas múltiples, entre las cuales destacan el apoyo a los derechos humanos, a la democracia, al derecho internacional y, por supuesto, a la paz y el desarme como instrumentos de seguridad. Estas líneas, además, cuentan con un considerable apoyo local, y se enraízan en factores definitorios de nuestra identidad como pueblo, todo lo cual les otorga un vigor y consecuencia inusuales en otros países.

A partir de estas fortalezas "suaves" el país ha emprendido iniciativas de gran impacto simbólico, normativo y práctico. Las principales, a partir de 1980, son las siguientes:

Propuesta y establecimiento de la Universidad para la Paz.- Fue una iniciativa de la administración de don Rodrigo Carazo, aprobada el 8 de diciembre de 1980 por la Asamblea General de las Naciones Unidas[18]. La resolución incluyó, como anexo, el texto de un Convenio Internacional para su establecimiento, que se abrió a suscripción de los estados. Aunque la institución ha padecido recurrentes vulnerabilidades económicas y administrativas, ha logrado desarrollar un sustancial aporte a la educación e investigación sobre la paz, y ha contribuido a identificar a Costa Rica como bastión para su consecución.

Propuesta y establecimiento del Día Internacional de la Paz.- El tema fue introducido en la agenda de la Asamblea General a solicitud de Costa Rica, luego de que la sexta conferencia trianual de la Asociación de Presidentes de Universidades, celebrada en San José entre el 28 de junio y 3 de julio de 1981[19] diera apoyo a la iniciativa. La resolución para su establecimiento, presentada por nuestro país con 20 copatrocinios, fue aprobada el 30 de noviembre de ese año[20]. Inicialmente se fijó la celebración para el tercer martes de setiembre; sin embargo, 20 años después se optó por el 21 del mismo mes[21].

Impulso al concepto de "derecho a la paz".- El reconocimiento y desarrollo de este derecho ha sido objeto de gran debate, en el que no solo han estado de por medio diferencias conceptuales sobre su significado, sino, también, pugnas políticas e ideológicas. El 12 de noviembre de 1984, la Asamblea General adoptó una "Declaración sobre el derecho a la paz de los pueblos"[22], que contó con el copatrocinio de Costa Rica; sin embargo, el contexto de Guerra Fría no contribuyó a su adecuado desenvolvimiento. Casi desde el establecimiento del Consejo de Derechos Humanos, en 2006, la discusión se incorporó a este órgano, pero también en medio de divisiones políticas. Por ejemplo, su primera resolución

[18] A/RES/35/55

[19] http://iaup.org/official-activities/triennial-conferences
[20] A/RES/36/67
[21] A/RES/55/282
[22] A/RES/39/11

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

sobre el tema adoptada el 18 de junio de 2008, tuvo 32 votos a favor, 13 en contra y dos abstenciones. Cuando, como una forma de canalizar el proceso hacia una posible Declaración, se dispuso conformar un "grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta", el embajador Christian Guillermet, representante nacional alterno ante los organismos de Naciones Unidas en Ginebra, fue elegido por aclamación como su presidente-relator. Su liderazgo se mantuvo durante dos períodos de sesiones, tras los cuales se emitió un informe de labores en que se lograron reducir múltiples diferencias de criterio.[23] Su elección no solo fue un reconocimiento al papel constructivo de Costa Rica en la materia, sino, además, un elemento para reforzar nuestro reconocimiento internacional en ella.

Convención Modelo sobre Armas Nucleares.- En 1997, al año siguiente de que la Corte Internacional de Justicia emitiera una opinión consultiva declarando a las armas nucleares como esencialmente contrarias al derecho internacional, Costa Rica acogió una iniciativa de numerosos académicos y juristas internacionales, y sometió al Secretario General de las Naciones Unidas un proyecto de Convención Modelo sobre la materia, que fue circulado como documento de la organización[24]. El 17 de diciembre de 2007, con base en un texto elaborado por la Campaña Internacional para la Abolición de las Armas Nucleares (International Campaign to Abolish Nuclear Weapons, conocida como ICAN), Malasia y Costa Rica remitimos una nueva versión de convención al Secretario General, incluyendo "aspectos técnicos, jurídicos y políticos relevantes" que habían cambiado desde 1997[25]. La iniciativa de una convención fue incluida por el Secretario General en su plan de "cinco puntos" sobre desarme nuclear dado a conocer el 24 de octubre de 2008. La conferencia de revisión del Tratado de no Proliferación Nuclear celebrada en 2010 también consideró la idea, luego de que Costa Rica y Malasia presentáramos ante su comité preparatorio el texto de la convención modelo.

Un instrumento general destinado a prohibir la producción y uso de las armas nucleares, como la propuesta convención, no es algo factible en el horizonte. Hasta ahora, ha faltado voluntad para avanzar hacia tal fin, sobre todo de los países que disponen de esas armas, y de aquellos que, sin tenerlas, no han descartado la posibilidad de desarrollarlas. Sin embargo, la idea ha ganado considerable legitimidad, y sirve como un saludable punto de referencia u objetivo maximalista en las discusiones sobre la materia.

[23] A/HRC/27/63
[24] A/C.1/52/7
[25] A/62/650.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

El código y el Tratado de Comercio de Armas.- Costa Rica fue un jugador clave en el proceso de sensibilización, propuesta, negociaciones y adopción del Tratado sobre Comercio de Armas (TCA)[26], aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de abril de 2013 y vigente desde el 24 de diciembre de 2014. La idea para establecer un código internacional de conducta para regular el comercio bélico, gestada por un grupo de académicos y organizaciones no gubernamentales, adquirió un gran impulso cuando, en 1995, el ex presidente y Premio Nobel de la Paz, Óscar Arias Sánchez, convocó a todos los receptores de ese premio a establecer criterios que dieran base a un documento en tal sentido. El texto fue divulgado en 1997, con la firma de 18 galardonados. Tras una intensa campaña en varios frentes –en la cual la iniciativa de los Nobel fue un factor clave--, el 12 de diciembre 2006, la Asamblea General aprobó la resolución que abrió las puertas de la Organización a un complejo proceso de negociaciones en torno a un posible tratado[27]. La propuesta fue presentada por Argentina, Australia, Costa Rica, Finlandia, Japón, Kenia y el Reino Unido, desde entonces conocidos como sus "coautores".[28]

A partir de ese momento, nuestro país se incorporó activamente en todos los procesos internos de la ONU en torno a la iniciativa, incluyendo las dos fallidas conferencias diplomáticas "finales": la primera se celebró entre el 2 y 27 de julio de 2012; la segunda, del 18 al 28 de marzo de 2013. Al no lograrse consenso durante esta última, el texto del TCA fue presentado a la Asamblea, que lo aprobó por 154 votos a favor, 3 en contra, 23 abstenciones y 13 ausencias. El Embajador de Costa Rica ante la ONU fue el encargado tanto de introducir la resolución, como de presentar la explicación de voto de los 7 coautores en la sesión plenaria del 2 de abril, un claro reconocimiento del papel jugado por el país en todo el proceso. Costa Rica fue el primer país de América Latina y el quinto del mundo en ratificarlo.

Iniciativa en el Consejo de Seguridad.- Cuando, en noviembre de 2008, a Costa Rica le tocó ocupar la presidencia rotativa del Consejo de Seguridad (había sido elegida para el período 2008-2009), logró que se introdujera en su agenda, en el punto general denominado "Mantenimiento de la paz y seguridad internacionales", un nuevo subtema: "Refuerzo de la seguridad colectiva mediante la reglamentación y reducción generales de los armamentos." El 19 de ese mes,

[26] Texto completo en https://unoda-web.s3.amazonaws.com/wp-content/uploads/2013/06/Español1.pdf
[27] A/RES/61/89
[28] Para detalles, véase, entre otros, http://www.reachingcriticalwill.org/disarmament-fora/att y https://www.amnesty.org/es/search/?q=tratado+sobre+comercio+de+armas

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tras un debate abierto organizado por el país, se aprobó una declaración presidencial, en la cual el Consejo reiteró su convencimiento sobre "la necesidad de fortalecer la paz y la seguridad internacionales, entre otras cosas mediante el desarme, la no proliferación y el control de armamento," así como la importancia "de la regulación y reducción de los armamentos y de las fuerzas armadas… para promover la paz y seguridad internacionales, con la menor desviación posible de los recursos humanos y económicos de mundo.[29] De este modo, Costa Rica logró elevar el nivel de la discusión sobre un tema que prácticamente había desaparecido de la agenda del Consejo.[30] Muestra de esto fue que el 24 de setiembre de 2009, al término de un debate presidencial sobre no proliferación nuclear y desarme al que convocó Estados Unidos durante el ejercicio de su presidencia, el Consejo aprobó una resolución[31] que citó en su preámbulo la declaración presidencial impulsada por Costa Rica.

Liderazgo en discusiones multilaterales sobre desarme.- El 3 de diciembre de 2012, en buena medida como reacción ante la inoperancia de la Conferencia sobre Desarme, la Asamblea General adoptó una resolución innovadora, que transformó las reglas y ámbito del debate sobre la materia. Entre sus cláusulas estuvo la creación de un grupo de trabajo de composición abierta –es decir tanto de representantes estatales como no estatales--, al que le encomendó, entre otras cosas, elaborar "propuestas para hacer avanzar las negociaciones multilaterales de desarme nuclear a fin de establecer y mantener un mundo sin armas nucleares". El grupo se reunió en Ginebra, bajo la presidencia del representante permanente de Costa Rica ante los organismos de la ONU en esa ciudad, embajador Manuel Dengo. Gracias a su reconocido liderazgo y al compromiso de gran cantidad de delegados, el grupo no solo abrió la discusión nuclear a una enorme gama de partes interesadas; también la amplió hacia una agenda que contempla temas como el derecho internacional, la educación, los derechos humanos, el derecho humanitario y el desarrollo. Es decir, sacó el debate del coto cerrado de las doctrinas militares donde permanecía encerrado. El potencial de esta iniciativa es evidente, y ha sido potenciado por las tres reuniones celebradas hasta ahora sobre el impacto humanitario de las armas nucleares, en Oslo, Nayarit y Viena.

Las iniciativas reseñadas, sumadas a una permanente atención a temas de paz, seguridad y desarme en otras instancias de las Naciones Unidas, no solo son claro ejemplo del compromiso de la política exterior costarricense con el tema. También reflejan la construcción y ejecución de una estrategia, la capacidad de un país pequeño de incidir, al menos, en la normativa, la arquitec-

[29] S/PRST/2008/43
[30] http://www.rree.go.cr/?sec=relaciones%20multilaterales&cat=organizaciones%20internacionales&cont=528
[31] S/RES/1887

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tura institucional y los términos de discusión de un tema de tanta trascendencia, y, como resultado, de fortalecer su *soft power*, lo cual, a su vez, genera mayor capacidad de incidencia. Estamos, así, ante un círculo virtuoso de orientación y quehacer diplomático.

III. Algunas lecciones aprendidas

La experiencia costarricense en asuntos de paz, seguridad y desarme, así como en otros ejes de nuestra política exterior, permite extraer algunas posibles "lecciones" o prácticas eficaces, de particular interés para países con limitados recursos diplomáticos o poder "duro". No se pueden considerar como un prontuario para la acción generalizada, sino como puntos de referencia que, ya sea de forma singular o en conjunto con otros, han permitido a nuestro país ampliar la huella de su impacto en el ámbito multilateral. Si analizamos con cuidado lo que se ha presentado hasta ahora en este ensayo, podremos destilar ocho "lecciones" principales, y convertirlas en referentes para la acción:

1. Aprovechar coyunturas que surgen u oportunidades que se abren, utilizarlas para potenciar elementos clave de nuestra agenda y, a partir de ellas, impulsar iniciativas. Nuestro liderazgo en relación con el Tratado sobre Comercio de Armas, por ejemplo, nos abrió foros para amplificar nuestra voz, presencia y prestigio nacional, en relación con esa y otras iniciativas.

2. Utilizar las oportunidades existentes en el sistema de las Naciones Unidas: elección a ciertos órganos, como el Consejo de Seguridad; coordinación de grupos de trabajo; comisiones plenas, o conferencias especializadas. Una vez en ellos, impulsar con claridad y alianzas inteligentes los valores y prioridades nacionales.

3. Construir alianzas orgánicas o *ad hoc*; por ejemplo, con Malasia para presentar la Convención Modelo, o con otros seis países para impulsar la resolución que abrió el proceso negociador del TCA. También, por ejemplo, Costa Rica forma parte del Grupo de Amigos de la Mediación, en el seno de la ONU, que ha tenido una gran influencia en promover la solución pacífica de conflictos.

4. Mantener los principios, pero cambiar las estrategias y su aplicación de acuerdo con las circunstancias. Esto se puso de manifiesto, particularmente, en el proceso hacia el TCA. Fallaron las dos conferencias diplomáticas destinadas a su aprobación, pero existía un "plan B", en

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

el seno de la Asamblea General, que condujo a su aplicación.

5. Presentar ideas valientes, no solo para impulsar determinados proyectos, sino para replantear los términos del debate. La convención sobre eliminación de armas nucleares surge de nuevo como ejemplo. Pero también se pueden mencionar la creación de una Universidad para la Paz, o la insistencia, junto a otros países, en que las consideraciones humanitarias se incorporen plenamente al debate nuclear.

6. Generar alianzas y alimentarse con ideas y trabajos técnicos de organizaciones no gubernamentales legítimas y de primer nivel. Lo hemos hecho, por ejemplo, en relación con el TCA, la Convención Modelo y el debate multilateral sobre desarme nuclear.

7. Mantener el movimiento de los procesos y las iniciativas; no dejar que languidezcan o mueran, sea por inercia o por oposición de otros actores.

8. Potenciar el liderazgo nacional y personal. El país, sus estrategias, sus estructuras políticas y su servicio exterior cuentan mucho, como un todo. Generan una base de buena voluntad sobre la cual asentar iniciativas y generar alianzas. A esta capacidad deben añadirse los liderazgos y compromisos personales, capaces de multiplicar las fortalezas estructurales.

Si algo nos dice esta experiencia nacional, más allá de la solidez que, casi de forma orgánica, ha alcanzado nuestra política exterior y su proyección diplomática, es que los países pequeños no estamos condenados a un papel marginal en el ámbito multilateral. Al contrario, desde la pequeñez y los limitados recursos podremos desarrollar un tipo de iniciativas y vigor que a menudo escapan a los más grandes. Costa Rica lo ha demostrado.

Referencias

Todas las referencias utilizadas en este ensayo provienen de fuentes autorizadas accesibles mediante internet. En el caso de las resoluciones de las Naciones Unidas, se indican las respectivas claves de identificación. Para leer los textos, basta entrar al sitio web de la Organización (un.org), dirigirse a su sección “Documentos” y colocar la respectiva identificación en el cuadro “Búsqueda por signatura”. El acceso directo se puede lograr desde la siguiente dirección: http://www.un.org/es/documents/.

LA CREACIÓN DEL CENTRO IBEROAMERICANO DE ARBITRAJE (CIAR) Y COSTA RICA COMO SU SEDE PRESIDENCIAL

Andrea Hulbert Volio*

Resumen: *El pasado 19 de marzo del 2015, se constituyó el Centro Iberoamericano de Arbitraje (en adelante CIAR). Se trata de un novedoso instituto que esperamos maximice el uso de la resolución alterna de conflictos en toda Iberoamérica. Aplaudimos con gran entusiasmo la creación del CIAR en este momento histórico, en que para nadie es un secreto que existe una seria crisis de confianza en los sistemas judiciales de la región; lo cual afecta de manera frontal a la seguridad jurídica, uno de los valores más importantes para el sano funcionamiento de las relaciones sociales, tanto personales como comerciales, y que es pilar fundamental del desarrollo comercial de nuestros países. La comunidad iberoamericana llegó a la conclusión de que quienes resuelven sus conflictos comerciales deben tener, no sólo el conocimiento sobre el fondo del derecho, de la materia propia del negocio y la controversia, sino también de la cultura, costumbres y comportamientos de los "jugadores del partido".*

Abstract: *The Ibero-american Arbitration Center (hereinafter CIAR) was constituted on March 19, 2015. It is a big innovation for the Region and we hope it maximizes the use of alternative dispute resolution instruments. We must applaud enthusiastically the creation of CIAR in this historical moment when, it is not a secret that we are going thru a serious crisis of confidence in the judicial systems of the Region; which affects directly the principle of legal certainty, one of the most important values for the healthy functioning of both personal and business social relationships, and the cornerstone of the commercial development of our countries. The Ibero-american community reached a very important conclusion: those in charge of the region's conflict resolution must certainly know about the law and about conflict, resolution: but moreover, about the culture, customs and normal behavior of our societies.*

* Socia Fundadora y Directora de la firma Hulbert Volio & Parajeles. Para más información ver http://hulbertvolio.com/curriculum-de-andrea-hulbert-volio/

Marco Trade Newa (2015). [fotografía]. Recuperado de http://marcotradenews.com/noticias/centro-iberoamericano-de-arbitraje-iniciara-sus-actividades-con-mira-a-facilitar-el-proceso-comercial-de-las-pymes-34212

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

El pasado 19 de marzo del 2015, se constituyó el Centro Iberoamericano de Arbitraje (en adelante CIAR). Se trata de un novedoso instituto que esperamos maximice el uso de la resolución alterna de conflictos en toda Iberoamérica.

Aplaudimos con gran entusiasmo la creación del CIAR en este momento histórico, en que para nadie es un secreto que existe una seria crisis de confianza en los sistemas judiciales de la región; lo cual afecta de manera frontal la seguridad jurídica, uno de los valores más importantes para el sano funcionamiento de las relaciones sociales, tanto personales como comerciales, y que es pilar fundamental del desarrollo comercial de nuestros países.

En un mundo cada vez más globalizado, donde se rompen las fronteras y se abren las puertas para que hayan mucho más jugadores en el mercado, es necesario tener la certeza de que un conflicto, cualquiera que sea, pequeño o grande, será resuelto de manera económica, rápida y eficaz, en un procedimiento que respete la autonomía de la voluntad, la igualdad entre las partes y, sobre todo, la garantía fundamental del debido proceso. Ahora bien, el CIAR agrega unos interesantes ingredientes a dicha fórmula: la certeza de que el conflicto será resuelto por un neutral (árbitro), que está inmerso en la realidad socioeconómica de la región, y por ello comprende de los negocios y de sus formas de ejecución en los países Iberoamericanos; y en un arbitraje celebrado en la región y en uno de nuestros idiomas principales, el español o el portugués. El objetivo final de incluir estos nuevos ingredientes es garantizar a las partes el acceso al arbitraje y la entrega de una mejor justicia. ¡Amamos esta fórmula! Esperamos, y haremos, todo lo que podamos para que funcione.

La comunidad iberoamericana llegó a la conclusión que quienes resuelven los conflictos deben tener, no sólo el conocimiento sobre el fondo del derecho, de la materia propia del negocio y la controversia, sino también de la cultura, costumbres y comportamientos de los "jugadores del partido".

El Centro Iberoamericano de Arbitraje.

A continuación analizaremos la historia de la creación del CIAR, la conformación que tendrá el Centro y las ventajas que éste representa, tanto para Iberoamérica como para Costa Rica, que es su Sede Presidencial.

El CIAR es una asociación de carácter privado e independiente, constituida con el fin de brindar a Iberoamérica una institución de arbitraje específicamente diseñada para atender las necesidades comerciales, culturales, idiomáticas y de accesibilidad para la resolución alterna de conflictos (RAC) del área.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

La necesidad de contar con una institución RAC, específicamente diseñada para las necesidades propias de la cultura Iberoamericana, comenzó a visibilizarse en los últimos años, principalmente en el sector empresarial privado de la pequeña y la mediana empresa, para quienes los costos de realizar un arbitraje en instituciones como el CIADI o la CCI son sumamente elevados o inviables, considerando que, además de los gastos de traslado, deben contratarse especialistas en derecho interno y traductores, firmas extranjeras que los representen, para que árbitros, que son mayoritariamente europeos o norteamericanos, entiendan nuestro sistema jurídico y la interpretación que debe darse a nuestras normativas y relaciones contractuales. Debo aclarar, que la autora es fiel seguidora de los sistemas que hasta ahora predominan, entre ellos las reglas de la CCI, ICDR, AAA, JAMS, etc., y no tengo críticas sobre la resolución dada a los conflictos que he podido conocer y analizar. No obstante, creo que Iberoamérica creció y que este es su tiempo de tomar decisiones y desarrollar su propia personalidad por medio de sus iniciativas, como lo es la creación del CIAR.

Entendemos que la barrera económica, legal, idiomática y territorial, fueron cada vez más evidentes, y es así como se origina la necesidad de contar con una **institución que facilite el acceso al arbitraje en la zona** para resolver los conflictos que se suscitan en el giro comercial propio de las empresas, de manera rápida y eficaz.

La historia de la creación del CIAR puede dividirse en tres etapas: i) la idea con los planteamientos y gestación de la propuesta para la creación de un nuevo centro de arbitraje para Iberoamérica; ii) la reunión de Brasilia del 3 de octubre del 2012, donde se firmó del *Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje (Brasilia)*; iii) la etapa de la creación del CIAR con la emisión del Estatuto Fundacional.

Primera etapa: nacimiento de la propuesta para la creación de un centro de arbitraje para Iberoamérica y actos preliminares.

La idea de la creación de un nuevo centro de arbitraje comenzó a gestarse cuando se detectó que en Iberoamérica existía una necesidad, cada vez más evidente, de contar con una institución de resolución de conflictos enfocada al sector privado comercial, y con conocimiento especializado de las características propias de la zona. Esta necesidad fue expresada, principalmente, por los comerciantes de pequeñas y medianas empresas, para quienes, como se dijo antes, es casi imposible costear un arbitraje internacional en las sedes internacionales existentes.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

Una vez detectada la necesidad, la **Secretaría General Iberoamericana (SEGIB)** tomó un rol pionero y muy admirable en la gestión de creación y desarrollo del CIAR. Posteriormente, en la reunión de representantes de las Cámaras empresariales y de los Colegios de Abogados, celebrada en Montevideo en el 2009, se creó una Comisión de Seguimiento del tema:

> "*Ante el interés en la creación de este mecanismo, suscitado en el sector empresarial iberoamericano y en algunos de los gobiernos de la región, la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), en colaboración con la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP) y la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay (CNCS), inició en 2009 la convocatoria de diversas reuniones entre el mundo de la abogacía, el sector empresarial y las Cámaras de Comercio*"[1].

Un año después, en la XX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada los días 3 y 4 de diciembre del 2010, en Mar del Plata, Argentina, se tomó la decisión de pedir la ayuda a la Conferencia de Ministros de Justicia Iberoamericanos (COMJIB) en el área de resolución de conflictos:

> "*La Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) comenzó a trabajar en la temática referida al arbitraje en Iberoamérica, en razón de las inquietudes que le manifestaran una serie de instituciones del sector privado y algunos gobiernos de países iberoamericanos.*
>
> *A partir de ello, se convocó a una* ***reunión celebrada en Montevideo*** *(República Oriental del Uruguay) el 27 de octubre de 2009. (...) En dicha reunión se verificó el consenso existente entre las organizaciones participantes para avanzar en la formulación de una propuesta de creación de un mecanismo específicamente iberoamericano de arbitraje internacional a cuyos efectos, entre otras tareas, se elaboraría un documento base en el que se analizaría la posibilidad de constituir un mecanismo iberoamericano de arbitraje internacional.*
>
> *(...) Toda esta labor y promoción desde la SEGIB, impulsada por los Colegios de Abogados, las Cámaras Empresariales y la COMJIB, hicie-*

[1] Secretaría General Iberoamericana (2015). "Proceso de Creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.ceoe.es/resources/image/Proceso_de_creacion_del_CIAR_feb2015.pdf

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

ron posible que se incorporara el tema en los debates de la XX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, los días 3 y 4 de diciembre de 2010" [2].

Segunda etapa. Firma del Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje (Brasilia)

En fecha 3 de octubre del 2012, se celebró la gran reunión de Brasilia, y allí se firmó el "*Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje (Brasilia)*".

El Acuerdo de Brasilia fue suscrito por treinta y cinco instituciones (Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio e Industria y Organizaciones empresariales), por dos organismos iberoamericanos como testigos de honor: la SEGIB y COMJIB, y por las adhesiones previas de otras siete instituciones, por lo que se completaron un total de cuarenta y cuatro firmas para al Acuerdo.[3] El acuerdo establece abiertamente que podrían adherirse instituciones gubernamentales, organizaciones públicas o privadas, así como organismos internacionales y multilaterales.

En los considerandos de dicho Acuerdo Marco, se dice que **Iberoamérica es un espacio multinacional fundamentado en principios y valores, y en una identidad cultural, histórica y lingüística compartida**. Se trata de un espacio con crecientes bases económicas y sociales e inversiones (no sólo transatlánticas), de comercio, migración, remesas y cooperación. Además, en la zona existen múltiples programas de cooperación (por ejemplo, energética, económica, educativa, sanitaria, etc.), y se han relanzado los programas de **integración regional y subregional**. Aunado a lo anterior, el acuerdo exalta que en Iberoamérica existe una **tradición y una cultura jurídica también compartidas**, que nos distingue de otras regiones.

Entre otras cosas, el acuerdo analiza las ventajas de la implementación del arbitraje internacional en Iberoamérica: (i) se trata de un mecanismo de resolución de conflictos, amigable con el comercio internacional, por la rapidez y facilidad con la cual se obtienen resoluciones; (ii) Iberoamérica y el Caribe han experimentado un crecimiento en el número de arbitrajes internacionales, por lo que ya se cuenta con personas capacitadas para dirigir los procesos arbitrales; (iii) los Gobiernos

[2] Kawabata, Alejandro (SEGIB). "Informe sobre el Acto de Firma del Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje". Brasilia, 3 de octubre del 2012.

[3] Secretaría General Iberoamericana (2015). "Proceso de Creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.ceoe.es/resources/image/Proceso_de_creacion_del_CIAR_feb2015.pdf

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

de la zona han apostado por el arbitraje internacional, por medio de las numerosas ratificaciones de instrumentos internacionales que facilitan los arbitrajes internacionales y su posterior ejecución, nos referimos al Convenio de Nueva York, a la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, la creciente aceptación por parte de los países de la Ley Modelo de CNUDMI y su incorporación a muchas legislaciones de la región (caso de Costa Rica), y el Convenio de Washington, con la creación del CIADI, el cual ha sido adoptado por la mayor parte de los países iberoamericanos.

Desde que esos primeros participantes expresan la importancia y la necesidad de crear una institución arbitral de carácter regional, vemos la importancia que se da a la unión y cohesión de grupo:

> "*17. Asimismo, resulta importante impulsar mecanismos de coordinación entre los países iberoamericanos en materia de arbitraje que, más allá de sentar las bases para la conformación de una* ***cultura arbitral común****, permitan* ***compartir experiencias****, propiciar una cierta* ***unificación de las reglas y legislaciones existentes*** *y* ***promover cambios en los tratados internacionales de los que son partes****, así como adoptar posiciones y estrategias comunes en la celebración de nuevos acuerdos con terceros*" (la negrita no es del original).

El Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje (Brasilia) logra un consenso significativo en diversas áreas, por lo que nos permitimos resumir los acuerdos más importantes[4]:

- Constituir un Centro Iberoamericano de Arbitraje para que atienda y resuelva controversias internacionales, tanto de carácter comercial como de inversiones.
- Designar una Comisión de Seguimiento del acuerdo; para que se elabore el Estatuto y un Reglamento del mencionado Centro.
- El Centro a crear tendría las siguientes funciones:
  - Administrar los arbitrajes que le sean sometidos.
  - Designar árbitros en los procedimientos arbitrales que administre.
  - Asesorar y asistir a las partes y a los árbitros en la promoción, iniciación y desarrollo de los arbitrajes.
  - Organizar su propio funcionamiento.

[4] Tomado del Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

- Atender a su propia financiación independiente, allegando los medios necesarios para ello.
- Formar y publicar las listas de árbitros de excelencia, integrada por aquellos que sean designados cumpliendo con exigencias de calidad, especialidad, idoneidad y trasparencia. Se reglamentará a esos efectos un proceso abierto y trasparente.
- Formular y aplicar las reglas y pautas de comportamiento exigibles al Centro, a los árbitros y a los operadores, en lo que concierne a su deontología y régimen de incompatibilidades.
- Contribuir a la coordinación de las iniciativas de los países iberoamericanos en materia de arbitraje, incluidas las de carácter legislativo.

- Se determinó que el nuevo Centro sería específicamente Iberoamericano; orientado a la resolución de conflictos que involucren a los operadores de cualquiera de los veintidós países que integran la Conferencia Iberoamericana y sus idiomas de trabajo serían el español y el portugués; pero, no se excluye que esté abierto a conflictos que involucren a personas o entidades otros países.
- Se determina que el Centro será de carácter privado.

Una vez firmado el acuerdo de Brasilia, el cual representó un serio compromiso por parte de los países para la conformación del nuevo Centro, la creación del CIAR se vio sólida y cercana. A partir de éste momento, las reuniones y negociaciones conformaban acercamientos plausibles para crear el centro.

Tercera etapa. La fundación del CIAR.

La creación del nuevo Centro Iberoamericano de Arbitraje contó con el apoyo de la comunidad empresarial y de la comunidad jurídica de la región. Es así como, la iniciativa fue propuesta en el VIII Encuentro Empresarial Iberoamericano, del año 2012, y en la Conferencia de Ministros de Justicia de Viña del Mar, en el 2013; en donde, el Acuerdo Marco propuesto en Brasilia contó con el apoyo de ambos encuentros, y fue debidamente suscrito tanto en el Encuentro Empresarial como en la Conferencia de Ministros.

Todo lo anterior provocó que el pasado 19 de marzo del 2015, se llevara a cabo la reunión constitutiva del Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR), en Buenos Aires, Argentina; en donde se aprobó el **Estatuto Fundacional del CIAR,** el cual, fue firmado por 63 instituciones, representando a 18 países iberoamericanos y a más de un millón de abogados y empresarios de la zona.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

El artículo dos del estatuto fundacional del CIAR, reconoce el esfuerzo de quienes hicieron posible este sueño, y reza:

> *"ORIGEN. El Centro nace del acuerdo de las Cámaras y Organizaciones Empresariales, de Comercio e Industria, así como de los Colegio, Ordenes y principales asociaciones de Abogados de Iberoamérica impulsados por los mandatos de la Asamblea Plenaria de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos celebrada en el año 2010 y 2013 y las XX y XXII Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno celebradas en diciembre del 2010 en la República de Argentina y noviembre del 2012 en Cádiz, España, respectivamente. El papel desempeñado por la Secretaría General Iberoamericana en el impulso y acompañamiento de esta iniciativa resultó de vital importancia para la creación del Centro."* [5]

El citado Estatuto dispone con absoluta claridad, en su artículo tres, que *"Son fines del CIAR administrar los arbitrajes, conciliaciones y mediaciones internacionales, comerciales y de inversiones, que se le requieran. Asimismo, difundir y promover la cultura y la práctica del arbitraje, así como el empleo de la conciliación y mediación como métodos de solución de disputas, controversias o conflictos…" (...) "…tiene como* ***misión principal*** *ofrecer un procedimiento arbitral de alta calidad, dinámico, poco burocratizado, rápido y lo menos costoso para las partes y* ***fundado en la cultura jurídica común*** *de los países iberoamericanos, atendiendo muy especialmente las necesidades de las PYMES en la materia…".*[6] (Lo resaltado no es del original).

La importancia del CIAR, como institución que promueve la integración de la Región Iberoamericana.

Como se mencionó previamente, con la creación del CIAR se busca tener un mecanismo de integración de la región iberoamericana, que se adapte a las necesidades propias del sector comercial privado del área.

> "*A pesar de los problemas geográficos, América Latina y la Península Ibérica hoy están más cerca que nunca, y la creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje supone un*

[5] Estatuto Fundacional del Centro Iberoamericano de Arbitraje – CIAR. Firmado en Buenos Aires el 19 de marzo del 2015. Facilitado por Alejandro Kawabata, Asesor en Políticas Públicas y Fortalecimiento Institucional de la SEGIB.

[6] Estatuto Fundacional del Centro Iberoamericano de Arbitraje – CIAR. Firmado en Buenos Aires el 19 de marzo del 2015. Facilitado por Alejandro Kawabata, Asesor en Políticas Públicas y Fortalecimiento Institucional de la SEGIB.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

paso más ***para que todos estos países estrechen lazos****. En un mundo tan global como el actual este tipo de iniciativas ofrecen unas* ***garantías y una seguridad jurídica absolutamente necesarias para que las relaciones profesionales cada vez sean más importantes****. Los conflictos dentro del mundo empresarial y laboral siempre van a existir, lo importante es tener las herramientas necesarias para solucionarlos*".[7] (El resaltado no es del original).

El sector empresarial y el sector legal, están satisfechos con la creación de éste centro especializado, y existen ya grandes expectativas. Se siente la ansiedad en el medio, pues el CIAR puede cambiar por completo la perspectiva que existe del arbitraje internacional.

> *"El Centro Iberoamericano de Arbitraje ofrece a los empresarios la gran ventaja de poder resolver los conflictos que puedan llegar a ocurrir en su propio idioma y teniendo por seguro que la interpretación del derecho se va a realizar de una forma mucho más cercana a la cultura iberoamericana*".[8]

Sobre la importancia y necesidad de la creación del Centro, deseamos citar a Javier Iscar de Hoyos, quien ha resumido perfectamente la razón de ser del CIAR:

> "*… 3. Éste Centro Arbitral nace con el objetivo de dar respuesta a una necesidad comúnmente sentida en Iberoamérica. Hay demasiadas operaciones del comercio y la actividad económica internacional, que no tienen acceso al arbitraje: y carecemos de un referente arbitral que, teniendo eficiencia y calidad, funcione en nuestras lenguas y esté impregnado de nuestro propio sentido del derecho*". [9]

Por otro lado, paralelo a brindar la resolución alterna de conflictos, se busca implementar programas de capacitación de alto nivel, para garantizar que quienes participen en el Centro, ya sea como árbitros o como abogados de parte, brinden el mejor servicio posible, garantizando una me-

[7] FORJIB (2014). "Centro Iberoamericano de Arbitraje: Una nueva solución a los conflictos en la comunidad iberoamericana". Revista "Foro Jurídico Iberoamericano". Año III, número 20. Pág. 30. Disponible en: http://www.forjib.org/centro-iberoamericano-de-arbitraje

[8] Ídem. Pág. 31.

[9] Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "NOTA. Estado fundación CIAR". Disponible en: file:///C:/Users/Andrea/Downloads/02a.-%20NOTA.%20Estado%20fundaci%C3%B3n%20CIAR%20(02-02-2015)%20(2).pdf

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

jor justica, que sea accesible, y brinde seguridad jurídica a las partes.

Ahora bien, para que el CIAR pueda funcionar y dar los esperados frutos, se debe contar con el compromiso y la disposición de las Cámaras de Comercio, así como de las empresas privadas de la región, para que empiecen a incluir en todas las cláusulas arbitrales de sus contratos al CIAR, como institución administradora del arbitraje, pues de los contrario no podremos ver materializado el sueño.

> "*Las Cámaras de Comercio saben lo que ofrecerá CIAR: Calidad de los árbitros, gracias a un centro de garantías, de designación y de capacitación de árbitros que elimina las dudas sobre la designación del árbitro idóneo. Arbitraje tecnológico, lo que permitirá acceder a todo tipo de relaciones comerciales ofreciendo rapidez y economía. Seguridad jurídica a todas las empresas iberoamericanas que inviertan en otro país iberoamericano, elemento imprescindible para cualquier inversión, tanto en arbitraje comercial como en arbitraje de inversiones*"[10].

Es importante mencionar que el CIAR tiene una marcada finalidad social y de difusión del arbitraje y los otros mecanismos de resolución alterna de conflictos. Vale la pena resaltar que el Estatuto Fundacional dispone que en caso de disolución, el remanente de los bienes de la institución –una vez pagadas las deudas de la misma- será destinado a fines sociales vinculados con la difusión del arbitraje.

La Conformación del CIAR.

Como se ha mencionado previamente, el CIAR fue conformado con una visión muy clara del enfoque y objetivos que tendrá la entidad. El Centro será específicamente iberoamericano, integrado por los países parte de la Conferencia Iberoamericana, los idiomas oficiales serán el español y el portugués y estará conformado por socios exclusivamente provenientes de países Iberoamericanos.

En cuanto a la estructura orgánica del Centro, éste se compone de 6 órganos, a saber: **(i) La Asamblea:** compuesta por la totalidad de los asociados, encargada de la toma de decisiones muy importantes elegir a los miembros de los órganos sociales; aprobar el presupuesto del CIAR; establecer los importes de las cuotas para el funcionamiento de la entidad; revisar las san-

[10] Iscar de Hoyos, Javier (2014). "CIAR. Centro Iberoamericano de Arbitraje. Una realidad de éxito que nace desde la generosidad". Revista "Foro Jurídico Iberoamericano". Año III, número 20. Pág. 37. Disponible en: http://www.forjib.org/ciar-centro-iberoamericano-de-arbitraje

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

ciones o medidas adoptadas por la Secretaría General; crear comisiones para el seguimiento de las labores del Centro; modificaciones del Estatuto y elección del Presidente y del Secretario General del Centro; adoptar y reformar el Reglamento de procedimiento de mediación y arbitraje del Centro; aprobar el Código de Ética; Aprobar los reglamentos de funcionamiento de los distintos órganos y aprobar la admisión y/o expulsión de asociados. **(ii) La Presidencia:** órgano encargado de ejercer la representación del CIAR. Deberá velar por la buena marcha y administración del Centro, por preservar la identidad iberoamericana del Centro, diseñará las orientaciones generales de la presencia institucional del Centro y deberá suscribir convenios y acuerdos para fortalecer la presencia institucional del Centro. **(iii) La Secretaría General:** es el órgano ejecutivo permanente, que debe, entre otras cosas; llevar la gestión ordinaria de la Secretaría y proponer la estructura funcional, el sistema retributivo y el presupuesto del CIAR y gestionar y administrar el CIAR. **(iv) El Órgano de Supervisión de la Función Arbitral:** cuya integración y funcionamiento serán definidas mediante el Reglamento de funcionamiento que adopte el Centro. Deberá componer y mantener actualizada la lista de árbitros; deberá proponer árbitros a la Secretaría, para que ésta proceda a nombrarlos; tramitará los expedientes relacionados con irregularidades y/o quejas formuladas respecto de los árbitros; propondrá a la Asamblea los requisitos exigibles para la integración de árbitros en la lista del CIAR. **(v) La Comisión de Fiscalización:** encargada de fiscalizar la gestión administrativo-financiera de la entidad. **(vi) La Comisión Directiva:** integrada por el Presidente, el Vicepresidente y el Secretario General, cuya misión es supervisar a la Secretaría General, proponer el nombramiento de socios de honor y dictaminar sobre los informes elaborados por la Secretaría General.

El 19 de marzo del 2015, a menos de un mes de escrito este pequeño artículo, se fundó el CIAR y se fijaron las tres sedes del Centro, que serán:

- La Secretaria General, en Madrid en el lustre Colegio de Abogados de Madrid;
- La Presidencia, en Costa Rica, en el Colegio de Abogados de Costa Rica; y
- El Órgano de supervisión de la función arbitral, en São Paulo, en la OAB - Ordem dos Advogados do Brasil.

Asimismo, se nombró como Presidente al español Luis Martí Mingarro, actual Presidente de la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados, y como Vicepresidente, al costarricense Rodrigo Oreamuno Blanco, ex Vicepresidente de la República de Costa Rica y reconocido árbitro internacional.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Costa Rica como Sede Presidencial.

Los costarricenses agradecemos a la comunidad Iberoamericana la designación de Costa Rica como Sede Presidencial, es una muestra de la confianza que hay en el país, cuyo sistema social y jurídico han demostrado gran respeto por la resolución alterna de los conflictos. Costa Rica fue elegida como Sede Presidencial por unanimidad, por las 63 instituciones iberoamericanas y los 18 países participantes de la reunión constitutiva del pasado 19 de marzo del 2015.

Costa Rica es un país amigable con el arbitraje doméstico y me atrevo a decir, que lo será con el arbitraje internacional en el CIAR y con cualquier otra institución. Como se dijo al inicio del artículo, existen amplias ventajas normativas, judiciales, políticas y económicas, que colocan al país en una posición privilegiada; entre ellas el manifiesto respeto de las autoridades judiciales por la autonomía arbitral, la estabilidad política y económica del país y el sistema normativo, el cual se acopla y fue desarrollado con base en los estándares internacionales de la materia.

En este momento, Costa Rica, representada por el Colegio de Abogados, tiene un papel de suma importancia en el CIAR, frente a nuestros hermanos iberoamericanos y a los costarricenses, que estamos deseosos de honrar ese nombramiento. Siendo el Vicepresidente un costarricense, tendremos una participación significativa en 3 de los 6 órganos del Centro, a saber: la Presidencia, la Asamblea y la Comisión Directiva.

Esta situación conlleva grandes beneficios para el país, posicionándolo en el ámbito internacional como una excelente sede para arbitrajes; el mensaje enviado a la comunidad internacional es muy positivo para nuestro país.

Lo que queda pendiente.

Ya constituido el CIAR, queda pendiente la reglamentación del Centro, para determinar el procedimiento exacto y las reglas propias para llevar a cabo la implementación de todos los mecanismos de resolución alterna de conflictos, entre ellos el arbitraje.

El desarrollo y la puesta en marcha de las reglas operativas es, sin duda alguna, un gran reto, y no obstante, que uno de los objetivos es mantener la idiosincrasia de la región, hay que aprovechar y no perder de vista, todo la experiencia, la normativa y conocimiento que, a lo largo de muchos años, han obtenido los otros centros de arbitraje internacional.

Esperamos, que los ahora encargados del efectivo desarrollo del CIAR, logren cumplir con todos los objetivos y fines que ha perseguido la comunidad Iberoamericana, desde la creación de un centro accesible y económico, hasta la promoción y efectiva realización de programas de

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

capacitación para árbitros y abogados de parte, con miras a la excelencia y la obtención de una mejor Justicia.

Referencias.

Acuerdo Marco de Colaboración para promover la conformación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje, firmado en la reunión de Brasilia, Brasil. 3 de octubre del 2012. Disponible en: file:///C:/Users/Andrea/Downloads/00.-%20ACUERDO%20MARCO%20CENTRO%20IB.%20ARBITRAJE%20(Brasilia%2003-10-2012)%20(1).pdf

Cámara Argentina de Comercio (2015). "En una ceremonia realizada en la CAC, se creó el Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.cac.com.ar/noticia/EN_UNA_CEREMONIA_REALIZADA_EN_LA_CAC,_SE_CREO_EL_CENTRO_IBEROAMERICANO_DE_ARBITRAJE_5772

Carmiol, Laura. "¿POR QUÉ COSTA RICA? NUEVO CENTRO DE ARBITRAJE DE LAS AMÉRICAS". Revista Foro Jurídico Iberoamericano. Disponible en: http://www.forjib.org/costa-rica-nuevo-centro-de-arbitraje

Colegio de Abogados de Madrid (2015). "El Colegio de Abogados de Madrid albergará la Secretaría General del Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://web.icam.es/actualidad/noticia/1713/El_Colegio_de_Abogados_de_Madrid_albergar%C3%A1_la_Secretar%C3%ADa_General_del_Centro_Iberoamericano_de_Arbitraje

El Financiero (2015). "Costa Rica será sede presidencial del Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/Costa-Rica-Centro-Iberoamericano-Arbitraje_0_706129390.html

Entorno inteligente (2015). "COSTA RICA: Costa Rica será sede presidencial del Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.entornointeligente.com/articulo/5413595/COSTA-RICA-Costa-Rica-seraacute;-sede-presidencial-del-Centro-Iberoamericano-de-Arbitraje-24032015

Estatuto del Centro Iberoamericano de Arbitraje – CIAR. Firmado en Buenos Aires el 19 de marzo del 2015. Facilitado por Alejandro Kawabata, Asesor en Políticas Públicas y Fortalecimiento Institucional de la SEGIB.

Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) (2015). "Se constituirá en Buenos Aires el Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.faca.org.ar/index.php/component/con

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tent/article/11-uiba/874-se-constituira-en-buenos-aires-el-centro-iberoamericano-de-arbitraje-.html

Fernández, Alejandra (2015). "18 países eligen a Costa Rica como sede de nuevo Centro Iberoamericano de Arbitraje Legal". Disponible en: http://www.ameliarueda.com/nota/18-paises-eligen-a-costa-rica-como-sede-de-nuevo-centro-iberoamericano-de-a

FORJIB (2014). "Centro Iberoamericano de Arbitraje: Una nueva solución a los conflictos en la comunidad iberoamericana". Revista "Foro Jurídico Iberoamericano". Año III, número 20. Pág. 30. Disponible en: http://www.forjib.org/centro-iberoamericano-de-arbitraje

Fox News Latino (2015). "Costa Rica obtiene la sede presidencial del Centro Iberoamericano Arbitraje". Disponible en: http://latino.foxnews.com/latino/espanol/2015/03/23/costa-rica-obtiene-la-sede-presidencial-del-centro-iberoamericano-arbitraje/

Iscar de Hoyos, Javier (2014). "CIAR. Centro Iberoamericano de Arbitraje. Una realidad de éxito que nace desde la generosidad". Revista "Foro Jurídico Iberoamericano". Año III, número 20. Pág. 37. Disponible en: http://www.forjib.org/ciar-centro-iberoamericano-de-arbitraje

Lawyer Press (2015). Entrevista a Luis Martí Mingarro, Presidente Electo del CIAR y de la UIBA: "La comunidad iberoamericana impulsa con CIAR su propio foro arbitral". Disponible en: http://www.lawyerpress.com/news/2015_03/2603_15_001.html

Marco Trade News (2015). "Centro Iberoamericano de Arbitraje iniciará sus actividades con mira a facilitar el proceso comercial de las pymes". Disponible en: http://www.marcotradenews.com/noticias/centro-iberoamericano-de-arbitraje-iniciara-sus-actividades-con-mira-a-facilitar-el-proceso-comercial-de-las-pymes-34212

Noticias de América Latina y el Caribe (NODAL) (2015). "Costa Rica obtiene la sede presidencial del nuevo Centro Iberoamericano de Arbitraje Legal". Disponible en: http://www.nodal.am/2015/03/costa-rica-obtiene-la-sede-presidencial-del-nuevo-centro-iberoamericano-de-arbitraje-legal/

Secretaría General Iberoamericana (2015). "Proceso de Creación del Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.ceoe.es/resources/image/Proceso_de_creacion_del_CIAR_feb2015.pdf

Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) (2015). "Firma del Acuerdo Marco para la creación de un Centro Iberoamericano de Arbitraje".

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Disponible en: http://www.segib.org/es/node/8077

Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) (2015). "Se constituye el Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR)". Disponible en: http://segib.org/es/node/10349

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "NOTA. Estado fundación CIAR". Disponible en: file:///C:/Users/Andrea/Downloads/02a.-%20NOTA.%20Estado%20fundaci%C3%B3n%20CIAR%20(02-02-2015)%20(2).pdf

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "Entrevista al titular de la Unión Iberoamericana de Colegios de Abogados". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=149:entrevista-al-titular-de-la-union-iberoamericana-de-colegios-de-abogados&catid=60:general&Itemid=50

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "En Buenos Aires se constituyó el CIAR y se eligieron sedes y autoridades". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=144:en-buenos-aires-se-constituyo-el-ciar-y-se-eligieron-sedes-y-autoridades&catid=60:general&Itemid=50

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "Entrevista a la Decana del Colegio de Abogados de Madrid". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=148:entrevista-a-la-decana-del-colegio-de-abogados-de-madrid&catid=60:general&Itemid=50

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "Empresarios y juristas crean el Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=147:empresarios-y-juristas-crean-el-centro-iberoamericano-de-arbitraje&catid=60:general&Itemid=50

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "CEOE suscribe acuerdo de colaboración para crear el Centro Iberoamericano de Arbitraje- CIAR". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=146:ceoe-suscribe-acuerdo-de-colaboracion-para-crear-el-centro-iberoamericano-de-arbitraje-ciar&catid=60:general&Itemid=50

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "Crean un centro de resolución de controversias para Pymes". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=145:crean-un-centro-de-resolucion-de-controversias-para-pymes&catid=60:general&Itemid=50

Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados (UIBA) (2015). "Empresarios y juristas crean el Centro Iberoamericano de Arbitraje". Disponible en: http://www.uiba.org/index.php?option=com_content&view=article&id=143:empresarios-y-juristas-crean-el-centro-iberoamericano-de-arbitraje&catid=63:general&Itemid=78

LA RELACIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA CON EL TRATADO INTERNACIONAL DE RECURSOS FITOGENÉTICOS PARA LA ALIMENTACION Y LA AGRICULTURA:

OPCIONES Y RECOMENDACIONES LEGALES Y DE POLÍTICA PARA UNA IMPLEMENTACIÓN SINÉRGICA DEL DERECHO INTERNACIONAL AMBIENTAL*

Jorge Cabrera Medaglia**

Resumen: *El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios derivados de su Utilización y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura son dos de los principales instrumentos jurídicamente vinculantes que regulan el acceso a los recursos genéticos y la justa y equitativa distribución de beneficios derivados de la utilización de estos. Sin embargo, presentan enfoques diversos y su aplicación a nivel nacional ha conllevado algunas dificultades conceptuales, legales y prácticas que es preciso abordar para lograr una implementación de los mismos con miras a que se apoyen recíprocamente.*

Abstract: *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization and the International Treaty on Plant Genetic Resource for Food and Agriculture are two of the main legal binding instruments which deal with the access to genetic resources and the fair and equitable distribution of the benefits derived from their use. However, they have different views and their application at a national level has had some conceptual, legal and practical difficulties which must be studied in order to achieve their implementation in a way in which they support each other reciprocally.*

* Este artículo está basado en un documento técnico preparado para el proyecto de Construcción de Capacidades y Marcos Normativos de Acceso a Recursos Genéticos ejecutado por la Oficina Regional Sur de la UICN y financiado por el GEF.

** Máster en Derecho Agrario y Ambiental por la Universidad de Costa Rica, Máster en Derecho Económico por la Universidad Estatal a Distancia y profesor del Énfasis de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Para más información ver http://cisdl.org/people/governors-director/prof-jorge-cabrera

Eco Portal (2011). [fotografía]. Recuperado de http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Biodiversidad/Bali_declaracion_sobre_semillas

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

I. Introducción y objetivos del documento.

Existen en la actualidad tres instrumentos jurídicamente vinculantes que regulan el acceso a los recursos genéticos y la justa y equitativa distribución de beneficios derivados de la utilización de estos: se trata del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CBD); el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a Recursos Genéticos y la Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios derivados de su Utilización (PN)[1] y el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura (TI).[2] A la fecha 134 países son miembros del TI[3], 193 del CBD[4] y 60 países han ratificado el PN que cuenta con 92 firmantes.[5]

El Tratado Internacional, como se explica más adelante con detalle, establece un Sistema Multilateral de Acceso (SML) para determinados cultivos (establecidos en el Anexo I del mismo y a condición de cumplir ciertos requerimientos) y para propósitos específicos (alimentación y agricultura únicamente). El mismo pretende brindar un acceso facilitado a estos recursos, minimizando los costos de transacción asociados al acceso y creando un esquema multilateral de distribución de beneficios (básicamente consistente en el intercambio de información; creación de capacidades; acceso y transferencia de tecnologías; y beneficios monetarios derivados de la comercialización) desvinculado del origen de los materiales genéticos que son transferidos a los usuarios. Este abordaje particular se realiza, entre otros motivos, en consideración de la importancia de los recursos genéticos para la seguridad alimentaria y su interdependencia.[6]

Este enfoque multilateral y facilitado difiere del mecanismo bilateral del CBD y del Protocolo de Nagoya. En estos dos instrumentos se requiere obtener el consentimiento informado previo y de negociar términos mutuamente acordados, incluyendo distribución de beneficios, que usualmente involucran la negociación de contratos o arreglos similares. Normalmente- sujeto a

[1] Sobre el Protocolo véase la *Guía explicativa del Protocolo de Nagoya* preparada por el Centro de Derecho Ambiental de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza, Grieber, Thomas et al, 2011.
[2] Sobre el Tratado y sus avances en las diferentes reuniones del Organo Gubernativo (a la fecha se han realizado cinco reuniones) y de sus distintos Grupos de Trabajo y similares cfr el sitio web del mismo www.planttreaty.org
[3] www.planttreaty.org
[4] www.cbd.int
[5] www.cbd.int

[6] Los países aportan y reciben recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura que resultan críticos para la seguridad alimentaria. Existen numerosos estudios que reafirman tal interdependencia. Algunos de ellos fueron específicamente generados para apoyar el proceso de negociación del TI. Véase Flores Palacio, Ximena *Contribution to the estimation of Countries interdepende in the area of plant genetic resources*, Report No. 7, Rev 1, Comité de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO, Roma 1998 y Ramírez, Marleni, et al *Demonstrating interdependence on plant genetic resources for food and agriculture* en Crop Genetic Resources s Global Commons. Challenges in international law and governance, Halewood, Michael, et al (eds), Earthscan and Bioversity International, 2013.Aún países con una gran diversidad biológica, dependen de la introducción y el uso de germoplasma vegetal de otras fuentes, en ocasiones Centros Internacionales de Investigación Agrícola.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

las disposiciones específicas del marco legal y ahora lo establecido por el PN- tal negociación podría ser necesaria con diversos proveedores (comunidades locales e indígenas; áreas protegidas, etc.) y con una autoridad nacional competente.

En conclusión, tanto el CBD y como el PN (con la notable excepción de lo dispuesto en el artículo 10 del mismo aspecto que aún se encuentra sujeto a discusiones en cuanto a la necesidad y posibles modalidades de operación de un mecanismo global de distribución de beneficios[7]) parten de la premisa de un enfoque bilateral para cada una de las transacciones de ABS, lo cual supone una negociación de los términos y condiciones del acceso a los recursos genéticos o al conocimiento tradicional asociado.[8] Usualmente estos términos quedarán comprendidos en un contrato u Acuerdo de Transferencia de Materiales de diversa naturaleza. De allí que no sorprenda que una importante cantidad de la literatura en materia de ABS se haya dedicado al tema de arreglos contractuales u otros instrumentos afines[9].

Estos enfoques diversos, y la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales que los contemplan a nivel nacional, ha presentado algunas dificultades conceptuales, legales y prácticas que es preciso abordar para lograr una implementación de los mismos con miras a que se apoyen recíprocamente.

Así por ejemplo, la implementación de las disposiciones del TI en aquellos países que cuentan con normativa específica de acceso a recursos genéticos y distribución de beneficios, no ha estado exenta de problemas e inquietudes respecto a la manera de cumplir con dichas obligaciones de una manera armónica con los marcos

[7] Para tal efecto la COP XI adoptó un proceso que consiste en una consulta pública sobre la base un una serie de preguntas y inquietudes y la posterior reunión de un grupo de expertos que, entre otros aspectos, considerará la síntesis de la consulta y realizará las recomendaciones pertinentes, incluyendo la necesidad de ulteriores estudios. Adicionalmente, este constituye uno de los puntos de la Agenda de la Tercera Reunión del Comité Intergubernamental del Protocolo de Nagoya. Cfr Decisión XI/1punto B. Los resultados de la consulta en línea y de la reunión de expertos se encuentran disponibles en la página web del CBD (www.cbd.int). Cfr además sobre posibles opciones para el Mecanismo FNI, *A report from the first reflection meeting on the Global Multilateral Benefit-sharing Mecanism;* FNI Report No. 10/2011, Oslo.

[8] Algunas legislaciones de ABS han tratado de facilitar estos procesos mediante la firma de acuerdos marco con universidades y centros de investigación, tal y como se prevé en la normativa Andina (artículo 36 y en los desarrollos respectivos de los Estados Miembros) y la Ley Biodiversidad de Costa Rica (artículo 74), entre otros.

[9] Cfr particularmente el estudio Bhatti, Shakeel et al (eds) *Contracting ABS: the legal and scientific implications of bioprospectng contrats*, IUCN, ABS Series No 4, Bonn, 2005. En general sobre la doctrina en materia de contratos véase Downes, D. et al. A Biodiversity Prospecting Contract, en Reid, W. et al. (eds.). *Biodiversity Prospecting.Sustainable Use of Genetic Resources.* Estados Unidos, World Resources Institute. 1994; Gollin, M., Elements of Commercial Biodiversity Prospecting Contracts, en Laird, S. (ed.) *Biodiversity and Traditional Knowledge. Equitable partnerships in practice*. Reino Unido y Estados Unidos, Earthscan, 2002; Cabrera Medaglia, Jorge *Elementos básicos para la negociación de contratos de bioprospección*, Documento inédito, 2004; Laird, S Biodiversity Prospecting Contract, en Reid, W. et al. (eds.). *Biodiversity Prospecting.Sustainable Use of Genetic Resources*. Estados Unidos, World Resources Institute. 1994.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

legales de ABS- creados bajo el CBD- aplicados por las autoridades nacionales competentes en la materia. La explicación de las dificultades encontradas es compleja pero puede tratarse de falta de información y de una adecuada comprensión de los alcances del TI (que además resulta poco claro en ciertos temas claves) y de la forma de operación práctica del SML y la limitada coordinación entre las autoridades ambientales (encargadas normalmente de aplicar los marcos de ABS bajo el CBD) y las autoridades nacionales y puntos focales del TI, mismos que provienen de Ministerios de Agricultura y similares (entidades de investigación agrícola, bancos de germoplasma u oficinas se semillas, entre otros). Aún en países que no cuentan con legislación de ABS el tema no ha estado libre de complejidades[10].

En este sentido un reciente estudio de Halewood et al[11] indica que en la mayoría de los países donde se han registrado progresos importantes en el funcionamiento del SML se han constatado dos particularidades: a) no poseen legislación de ABS; b) la legislación existente expresamente excluye del ámbito de aplicación de la misma al SML del TI. En general, en algunas naciones la ausencia de un impedimento legal para proveer materiales utilizando el Sistema del TI ha sido considerada suficiente para la implementación del mismo, es decir no se ha requerido la promulgación de normas jurídicas específicas para regular la operación del SML del Tratado.[12] No se conoce de ningún país que haya desarrollado reglas particulares para normar el funcionamiento del SML y el uso del ANTM.[13]

En todo caso, tratándose de dos instrumentos legalmente vinculantes que establecen normas sobre acceso a recursos genéticos que parten de enfoques diferentes, asegurar la adecuada implementación de estos deviene crítico para las autoridades competentes, los actores involucrados y para alcanzar los objetivos perseguidos por dichos convenios.[14] Por tal motivo, resulta

[10] Cfr Halewood, Michael et al (a), *National level of implementation of the multilateral system of access and benefit sharing: notes on progress and points of intersection with the Convention on Biological Diversit*y; discussion paper presented to the workshop on the Interface between the International Treaty and the Nagoya Protocol on ABS; GiZ Capacity Development Initiative, Rome, January, 2013. Para ejemplos de la implementación nacional del SML veáse López Noriega, Isabel et al, *Assessment of progress to make the multilateral system functional: incentives and challenges at the country level*, in Crop Genetic Resources s Global Commons. Challenges in international law and governance, Halewood, Michael, et al (b) (eds), Earthscan and Bioversity International, 2013.

[11] Halewood et al, *op cit*, (a) 2013

[12] Ello puede tener relación como se indica más adelante con la forma como el derecho internacional es aceptado en cada Estado. En la mayoría de los sistemas de América Latina, se trata de una recepción automática, por lo tanto las disposiciones de un instrumento internacional una vez ratificado son aplicables directa e inmediatamente a menos que por su naturaleza requieran de normativa secundaria que los desarrolle.

[13] Halewood, et al *op cit*, (a) 2013

[14] Debe recordarse que en apego a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, estándar universal aceptado por los órganos de solución de controversias internacionales aún en el supuesto de países que no la han ratificado, en caso de conflicto o contradicción entre dos instrumentos internacionales, prevalece aquél cuya

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

imprescindible contar con políticas, y eventualmente legislación, claras que faciliten el funcionamiento armonioso de ambos instrumentos a nivel nacional.

Precisamente, este artículo pretende responder a las necesidades identificadas de brindar un análisis legal de los respectivos ámbitos de aplicación y puntos de conexión de estos dos instrumentos y presentar algunas recomendaciones con el propósito de promover y facilitar la aplicación nacional. Para tal efecto, se han seleccionado un conjunto de tópicos de manera que sea posible identificar las áreas de confluencia de las obligaciones internacionales y la manera de implementarlas sinérgicamente.

Debe indicarse que igualmente han existido dudas sobre la forma de aplicar el TI, en particular su SML y el ANTM, pero las mismas no corresponde abordarlas aquí[15].

Este documento se ha estructurado de la siguiente forma. Primero se presenta una breve descripción de los principales aspectos del TI relacionados con ABS y se indican algunas de las áreas en las cuales no existe claridad respecto al alcance de sus disposiciones. En segundo lugar, se realiza un análisis del articulado del PN que representa puntos de conexión con el TI y que deben ser necesariamente consideradas por los tomadores de decisiones al momento de implementar el TI y el PN aunque el texto no contiene una explicación detallada de los elementos del PN bajo estudio. Finalmente, se indican algunas recomendaciones para mejorar la aplicación sinérgica de ambos instrumentos, tanto desde el punto de vista sustantivo, como de colaboración y coordinación entre instituciones a nivel nacional.

En síntesis este artículo posee los siguientes objetivos básicos:

- Identificar las áreas o puntos de contacto más relevantes entre el Protocolo de Nagoya y el Tratado Internacional. Se enfatiza que no es el propósito del documento describir ni

vigencia sea posterior (artículo. 30 de la Convención). Igualmente, en este orden de ideas, de conformidad con el derecho internacional un Estado se encuentra obligado a cumplir con todos los tratados de los cuales sea Parte, en el tanto las disposiciones de estos no sean contradictorias (principio de acumulación de las obligaciones internacionales).

[15] Al respecto atendiendo a una solicitud del Organo Gubernativo en su Tercera Reunión del 2009 (Resolución 4/2009) se constituyó Grupo o Comité Ad Hoc de Asesores Técnicos sobre el SML y el ANTM que se ha reunido en 4 oportunidades. El Grupo ha respondido consultas formuladas por Partes y otros interesados (Bancos de Germoplasma, etc) sobre el funcionamiento práctico de algunos aspectos del Sistema y del ANTM. cfr www.planttreaty.org/inter-sessional. Asimismo, como parte de las labores de apoyo de la Secretaría se ha preparado un Borrador de Manual para la Implementación del SML del 2012. Véase además sobre el SML y el ANTM López Noriega, Isabel, Halewood, Michael y Lapeña, Isabel; *The Multilateral System of Access and Benefit Sharing. Case Studies on implementation in Kenya, Morocco, Philippines and Perú*, Biodiversity International, Rome, 2012 y el studio de Halewood, López Noriega y Loaufi, *op cit*, (b) 2013.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

estudiar cómo funciona el sistema de ABS del TI en cuanto tal.

- Proponer algunas opciones de política a nivel nacional para la implementación sinérgica de ambos instrumentos, tomando en consideración algunas experiencias de derecho comparado relevantes. En este orden de ideas, el documento no pretende realizar recomendaciones sobre sinergias a nivel de los propios Tratados (entre las Secretarías, Conferencias de las Partes u otros), sino que se enfoca exclusivamente en la implementación nacional a efectos de presentar alternativas de política como insumos para las autoridades respectivas de cada país.

I. El Tratado Sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y sus disposiciones y componentes de ABS relevantes para la implementación del PN[16].

El Compromiso Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos fue adoptado por la Comisión de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), en 1983. El principal objetivo de este instrumento, jurídicamente no vinculante consistía en "…asegurar que los recursos fitogenéticos de interés económico o social, particularmente para la agricultura, sean explorados, preservados, evaluados y hechos disponibles para el mejoramiento y propósitos científicos". El Compromiso Internacional declaraba de libre acceso y Patrimonio Común de la Humanidad a los recursos genéticos vegetales. Sin embargo, este instrumento consideraba dentro de la misma categoría a las líneas de élite y las variedades mejoradas, estas últimas objeto de protección mediante derechos de propiedad intelectual. En razón del potencial conflicto con algunas legislaciones de DPI- fundamentalmente de países desarrollados- un total de ocho naciones registraron sus reservas al Compromiso.

En cuanto a los países en desarrollo, algunos comenzaron a cuestionar el paradigma del libre acceso y la ausencia de distribución de beneficios derivados del uso de sus recursos fitogenéticos. Ello condujo a la aprobación de clarifica-

[16]Véase, además otras fuentes anteriormente indicadas, sobre el Tratado en general: Gerald Moore and Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, International Union for the Conservation of Nature and Natural Resources (IUCN), Gland, Switzerland, 2005; Mohamed Ali Mekour, *A global instrument on agrobiodiversity: the international treaty on plant genetic resources for food and agriculture*, Environmental Law and Policy, FAO, 2002, Cooper, David, The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, RECIEL, London, 11(1), 2002 y la Revista Recursos Naturales y Ambiente, *El Sistema Multilateral de acceso y distribución de beneficios del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, No 53, abril del 2008, CATIE, Turrialba.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

ciones del alcance del Compromiso. La Resolución 4-89 (denominada "la Interpretación Acordada"), estableció que los derechos de obtención vegetal establecidos por la UPOV no eran incompatibles con el Compromiso y, además, dispuso que los Estados deberían imponer únicamente las restricciones mínimas para el libre intercambio de materiales con el fin de cumplir con sus obligaciones nacionales e internacionales. Esta Resolución reconoció la enorme contribución de los agricultores de todas las regiones a la conservación y al desarrollo de los recursos genéticos.

La "Interpretación Acordada" aclaró que el término "libre acceso" no significa libre de costo y que los beneficios bajo el Compromiso son parte de un sistema recíproco. El mismo año, y como contraparte al reconocimiento de los derechos de obtención vegetal, se adopta la Resolución 5-89 (sobre "Derechos de los Agricultores"). Se afirma que "…en la historia de la humanidad innumerables generaciones de agricultores han conservado, mejorado y hecho disponibles los recursos fitogenéticos, sin que se haya reconocido la contribución de esos agricultores. Se arriba al concepto de los derechos del agricultor definiéndolos como los "derechos que surgen de la contribución pasada, presente y futura de generaciones de agricultores en la conservación, mejoramiento y disponibilidad de los recursos genéticos vegetales". Tales derechos eran atribuidos a la comunidad internacional (*Trustee*) para las generaciones presentes y futuras de agricultores con el fin de asegurar beneficios. No obstante, en la práctica, no hubo un reconocimiento a los agricultores por sus labores de conservación y mejoramiento.

Pese a los nuevos enfoques, el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad continuaba vigente. Por lo anterior, en 1991 la Resolución 3-91 de la Conferencia de la FAO reconoció que los RFAA se encuentran sujetos a los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos fitogenéticos. La Resolución estipuló que las condiciones de acceso a los recursos requerían ulterior clarificación, que las líneas mejoradas y el material de mejoramiento de los agricultores estarían disponibles a discreción de sus creadores durante el tiempo de desarrollo y, por último, que los derechos de los agricultores se implementarían por medio de un Fondo Internacional, el cual no la práctica no funcionó.

Por su parte, la Resolución Número 3 del Acta de Nairobi que adoptó el CBD en 1992, establecía la necesidad de resolver, en el marco de la FAO, el acceso a las colecciones *ex situ* no cubiertas por el Convenio y la cuestión de los derechos de los agricultores. La Resolución 7-93 de la Conferencia de la FAO solicitó al Director General proveer un Foro de Negociaciones entre los gobiernos para adaptar el Com-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

promiso a la Convención sobre la Diversidad Biológica[17], para considerar los temas del acceso en términos mutuamente convenidos a los recursos fitogenéticos, que incluyen el caso de las colecciones *ex situ* y la manera de concretar los derechos de los agricultores.

La Comisión de Recursos Genéticos asumió la tarea de revisar el Compromiso y servir de foro para las negociaciones que concluyeron con el Tratado sobre los Recursos Fitogenéticos para la para Alimentación y la Agricultura[18]. Debe indicarse que la Comisión ha venido realizando diversos trabajos y preparando diversos documentos técnicos en materia de recursos genéticos con un enfoque sectorial[19]: animales, forestales, acuáticos, microbianos, etc. incluyendo temas de ABS. Igualmente, en el 2011 ésta decidió la creación de un Grupo de Trabajo sobre ABS cuya reunión tuvo lugar en Noruega en setiembre del 2012.[20] A pesar de que el análisis de las labores de la Comisión escapa a los objetivos de este Trabajo, es importante de considerar las mismas especialmente en el contexto de las previsiones del artículo 4 Protocolo de Nagoya que se explicarán posteriormente.

Respecto al TI[21] éste tiene como ámbito todos los recursos fitogenéticos para la alimentación y

[17] La Decisión II-7 de la Segunda Conferencia de las Partes en 1995 ya había reconocido las características diferenciales de los Recursos Genéticos Agrícolas. Otras resoluciones posteriores reiteran tal reconocimiento.

[18] El Tratado entró en vigencia el día 29 de julio del 2004 al recibir la ratificación número 50.

[19] La Comisión preparó diferentes estudios técnicos sobre el acceso y uso de recursos genéticos en distintos sectores (animal, acuático, forestal, etc) los cuales fueron suministrados como documentos informativos al GTABS del CBD. Estos se encuentran disponibles en www.fao.org/nr/cgrfa/es/. Véase además el Background Document No. 59 *Access and Benefit Sharing for Genetic Resources for Food and Agriculture: current use and Exchange practices, commonalities, differences and user community needs*. Report from a Multi-stakeholder Expert Dialogue, Julio del 2011 disponible en el sitio web referido. Igualmente, la reunión de la Comisión celebrada en abril del 2013 acordó la conformación de un Grupo de Expertos en materia de ABS para asesorar a los diferentes Comités cfr www. crgaa.org Se consideró además que sería prematura la negociación de instrumentos jurídicamente vinculantes para otros subsectores de los RFAA.

[20] Ver Informe Final del Grupo, documento CGRFA/WG-ABS-1/12/ report disponible en el sitio indicado.

[21] Cfr. el texto y las Decisiones de la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Reunión del Órgano Gubernativo en <http://www.planttreaty.org>. En la segunda Reunión, el Órgano Gubernativo decidió sobre temas como el reglamento financiero del Órgano, la estrategia de financiamiento y su implementación; la relación del Órgano Rector con el Global Crop Diversity Trust; la implementación del sistema multilateral de acceso (mayormente mediante muestras enviadas por Centros Internacionales); la aceptación del Director de la FAO del carácter de Tercera Parte Beneficiaria; el uso sostenible de los recursos filogenéticos, la utilización del Acuerdo de Transferencia de Materiales por parte de los Centros Internacionales para cultivos no incluidos en el Anexo I y colectados antes de la vigencia del Tratado, la realización del derecho del agricultor; la relación con otras organizaciones internacionales y el tema del presupuesto. La Tercera Reunión, entre otros aspectos, consideró los primeros proyectos financiados por el Fondo constituido para distribuir beneficios (con aportes voluntarios de algunos países) y una resolución sobre los derechos del agricultor, entre otros de interés para este documento. La Cuarta reunión aprobó además los términos de referencia para el funcionamiento del Comité de Cumplimiento y creó un Grupo de Trabajo en materia de Uso Sostenible, entre otros. La Quinta Reunión no estaban disponibles aprobó resoluciones de importancia sobre los derechos de los agricultores; la implementación del SML, incluyendo la creación de un Grupo ad Hoc para mejorar su operación; un programa de trabajo sobre Uso Sostenible según lo dispuesto en el artículo 6; un plan para el desarrollo del Sistema Global de Información; y reglas y procedimientos operativos para la promoción del cumplimiento y abordar incumplimientos, entre otros. Cfr. además sobre la evolución del Tratado, Halewood, Michael y Nadozie, Kent, Living Priority to the Commons; the International

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

la agricultura (artículo 3). Se contemplan disposiciones importantes en materia de conservación y uso sostenible (artículos 5 y 6) entre otros aspectos y se establece claramente que cada Parte del mismo debe garantizar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos nacionales con sus obligaciones bajo el TI (artículo 4).[22]

En particular, son de interés dos aspectos del TI por su relación con el Protocolo de Nagoya: el SML (y el ANTM) y los Derechos de los Agricultores (DA).

1. El Sistema Multilateral de Acceso

Respecto al acceso a los recursos genéticos y la distribución de beneficios, se crea un Sistema Multilateral para las especies cubiertas (unos 35 cultivos y 29 especies forrajeras contenidas en el Anexo I)[23], "…eficaz, efectivo y transparente para facilitar el acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y compartir, de manera justa y equitativa, los beneficios que se deriven de la utilización de tales recursos" (artículo 10).

El Sistema Multilateral deberá incluir todos los recursos del Anexo I que se encuentren bajo la **Administración y el Control de las Partes Contratantes y son del dominio público** (artículo 11). El acceso se realizará en las condiciones facilitadas indicadas en el artículo 12[24] y con arreglo a un modelo de Acuerdo de Transferencia de Material que deberá contener las disposiciones del artículo 12.3 a,d y g, las relativas a la distribución de beneficios que figuran en el artículo 13.2d ii), otras pertinentes del TI y la disposición en virtud de la cual el receptor de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura deberá exigir que las condiciones del Acuerdo se apliquen a transferencias posteriores de RFAA (artículo 12.4).

La distribución de los beneficios en el Sistema Multilateral incluye el intercambio de información, el acceso a la tecnología y su transferen-

Treaty on Plant Genetic for Food and Agricultura (ITPGRFA), en Tansey, Geoff y Rajotte, Tasmin (eds.), *The Future Control of Food; Earthscan, United Kingdom, 2008.*

[22] Como se indicó anteriormente, a la fecha no se conoce de un país que haya emitido regulaciones específicas para normar el funcionamiento del TI aunque se mencionan borradores en Perú. Algunos países como Costa de Marfil, Madagascar y Bután, como parte de la legislación de ABS que implementaría el PN, están considerando desarrollar también disposiciones relativas al funcionamiento y operación del TI.

[23] No obstante, debe indicarse que el Órgano Gubernativo en su Segunda Reunión determinó que los materiales no contemplados en el Anexo I mantenidos por los Centros Internacionales de Investigación Agrícola (CGIAR) y otras entidades consideradas en el artículo 15.5 del Tratado, se deben distribuir siguiendo el Acuerdo de Transferencia de Materiales utilizado para los recursos genéticos incluidos en el Sistema Multilateral. Esta interpretación amplia ostensiblemente el ámbito de aplicación del Sistema o al menos sujetaría a las mismas reglas de acceso a los materiales no Anexo I de estos Centros. Cfr. Secretariat of the CGIAR System Wide Genetic Resources Programa (SGRP), *The Scope of access and benefit sharing under the International Treaty* Roma, May, 2008. Este tópico se explora más adelante.

[24] El artículo 12 inciso 3 (a-h) establece cuáles son las condiciones bajo las cuales debe darse el acceso.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

cia[25], el fomento de la capacidad y la distribución de beneficios monetarios y de otro tipo derivados de la comercialización (artículo 13). En este sentido, cuando el producto incorpore material al que ha tenido acceso al amparo del Sistema Multilateral deberá pagar una parte "equitativa" de los beneficios al Fondo creado, excepto en los casos en los cuales el producto esté a disposición de otras personas sin restricciones, para investigación y mejoramiento ulteriores, en cuyo caso deberá alentarse al receptor a que efectúe dicho pago (de manera voluntaria).

La cuantía, forma y modalidad de pago de acuerdo con la práctica comercial han sido definidas por el Órgano Rector del Tratado (según lo establece el artículo 13) y se encuentran establecidas en el ANTM (Anexos 1 y 2 según el usuario decida acogerse a uno de los dos esquemas de pago previstos).

Los beneficios derivados de la utilización de RFAA comprendidos en el SML debe ir fundamentalmente, de manera directa o indirecta, a los agricultores de todos los países, especialmente los países en desarrollo y los países con economías en transición, que conservan y utilizan de manera sostenible los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura (artículo 13.3).

El artículo 12.3.d establece que los receptores no reclamarán ningún derecho de propiedad intelectual o de otra índole, que limite el acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura o sus partes o componentes genéticos en la forma recibida del sistema multilateral (artículo 12.3.d). Esta disposición se repite en el texto del ANTM

La Comisión de Recursos Genéticos, actuando como Órgano Interino del TI, avanzó en la redacción del Acuerdo Normalizado de Transferencia de Materiales, por medio de un Grupo de Contacto establecido para tal efecto. Dicho Acuerdo contiene los términos estándares, que regirán la transferencia de recursos genéticos que se realicen mediante el Sistema Multilateral de Acceso y fue finalmente aprobado en la primera reunión del Órgano Gubernativo realizada en Madrid, en el 2006[26]. No es el propósito explicar los términos y condiciones del acuerdo[27], sin embargo, resulta importante enfatizar que las transferencias se rigen por los términos estipulados en el texto del ANTM, las cuales no es posible negociar ni modificar. Entre los as-

[25] Con respecto a la transferencia de tecnología existe una iniciativa de la Secretaria del TI para crear y operativizar una plataforma de transferencia de tecnología que devendría en otra forma concreta de distribuir beneficios. Cfr www.planttreaty.org

[26] Sobre el ANTM véase Lim Eng Sung, *El proceso de elaboración del acuerdo normalizado de transferencia de material*, en Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

[27] Cfr Lim Eng Sung, *op cit* y Manzella, Daniele, The design and mechanics of the Multilateral System of Access and Benefit Sharing, en Halewood et al, *op cit*, 2013

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

pectos regulados en el ANTM se encuentran disposiciones sobre: las partes del acuerdo; definiciones; objeto; disposiciones generales; derechos y obligaciones del proveedor; derechos y obligaciones del receptor; ley aplicable; solución de controversias (incluyendo el derecho de la Tercera Parte Beneficiaria, la FAO, de iniciar cualquier procedimiento); cuestiones adicionales; firma y aceptación y Anexos (lista de materiales transferidos; tasas y modalidades de pago).

Con el propósito de mejorar la implementación del Sistema Multilateral de Acceso, el Organo Rector del TI (equivalente a la conferencia de las Partes del CBD) estableció un Grupo o Comité ad hoc de Asesoría Técnica sobre el SML y el AETM (CAT) que ha brindado importantes opiniones y conclusiones sobre el funcionamiento del sistema. Aunque no todas de ellas relevantes con respecto al Protocolo de Nagoya, algunas son de particular interés (ver Cuadro 1).

Cuadro 1. Principales aspectos abordados y respondidos por el CAT de interés para la implementación del PN.

- Creación de espacio legal para implementar el TI en el contexto de ABS incluyendo una recomendación de la cláusula (excepción) a ser redactada en las normas de ABS. La redacción concreta indica que " De conformidad con las obligaciones establecidas por el TI, el acceso y la transferencia de recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura cubiertos por el Tratado y la distribución de beneficios derivados de su utilización, debería estar únicamente sujeta a las condiciones del Tratado, según sea aplicable".
- Identificación de los RFAA bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el Dominio Público
- Implicaciones prácticas de personas físicas o jurídicas que incluyen materiales en el SML
- El caso de recursos genéticos in situ incluidos en el SML
- Usos de RFAA para fines que no sean de alimentación y agricultura

Debe indicarse que estas interpretaciones son jurídicamente no vinculantes. No obstante, pueden servir de insumo para la toma de decisiones por parte de las autoridades nacionales.

A la fecha aunque no se han generado beneficios comerciales del funcionamiento del SML si se han realizado contribuciones voluntarias de ciertos países (Noruega, España y otros) que han ingresado al Fondo de Distribución de Beneficios creado al amparo del TI. De esta forma se han financiado dos rondas o ciclos de proyectos- con beneficiarios de países en desarrollo- para la conservación y el uso sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura seleccionados sobre una base competitiva. La Estrategia de Financiamiento del Fondo preten-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

de- en un horizonte temporal de cinco años- recaudar 116 millones de dólares.[28]

En general, el componente de ABS del TI se refiere al Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de Beneficios y comprendería lo siguiente:

- Los recursos genéticos del Anexo I (en condiciones ex situ e in situ- tema que se abordará posteriormente) bajo la **administración y el control** de las Partes Contratantes y en **dominio público**[29]. Este primer elemento requiere de algunas precisiones de importancia. Primero es claro que no todos los recursos genéticos de cultivos y forrajes del Anexo I se encuentran en el Sistema Multilateral. Este cubre únicamente a los recursos genéticos que estén en poder de las Partes Contratantes (bajo su administración y control), es decir se trataría fundamentalmente de los bancos de germoplasma de entidades adscritas el gobierno, tales como instituciones públicas de investigación o ministerios de agricultura y similares. Ello excluye, por ejemplo, colecciones privadas, recursos en bancos comunitarios, colecciones de entidades que no sean estrictamente consideradas bajo el control del gobierno, tales como municipalidades, eventualmente Universidades Públicas (según su régimen constitucional y legal) y otros. Puntualmente podrían surgir algunas dudas relacionadas con el caso de entidades paraestatales, entes públicos no estatales o empresas públicas lo cual solo puede dilucidarse según cada caso concreto de acuerdo a la legislación y jurisprudencia nacionales.[30] Esta determinación es actualmente objeto de análisis en diversos países y resulta crítica para entender los recursos comprendidos en el Sistema. Debe enfatizarse que estos recursos se incluyeron automáticamente en el SML sin que las Partes tuvieran discreción (una vez determinado el cumplimiento de los anteriores requisitos) para seleccionar cuáles materiales se transferirán siguiendo las reglas del SML y mediante el ANTM. Sin embargo, para mejorar la aplicación práctica del mismo, el OR ha solicitado a las Par-

[28] www.plantreaty. com

[29] Sobre estos conceptos se recomienda el estudio de Correa, Carlos, *Recursos Fitogenéticos bajo la administración y el control de las Partes Contratantes y en el Dominio Público. Cuán rica es la canasta del Sistema Multilateral de Acceso del Tratado Internacional*; Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

[30] El Proyecto de Bioversity Internacional denominado "Fortalecimiento de las Capacidades Nacionales para implementar el TI" financiado por Holanda, pretende, entre otros aspectos, realizar esta determinación inicial de los recursos cubiertos por el SML. Este Proyecto incluye 8 países y tuvo como antecedente una iniciativa similar que incluyo Kenya, Perú, Marruecos y Filipinas cfr López Noriega, *op cit*, 2012

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tes que notifiquen cuáles de sus colecciones (y las respectivas accesiones) se encuentran en dichas circunstancias. A la fecha se han recibido aproximadamente 35 notificaciones de países, tratándose en todos los casos de recursos genéticos en condiciones ex situ[31].

El CAT[32] respecto al concepto bajo la administración y control ha indicado que se trata del poder de disposición de los materiales más que la propiedad de los mismos. Por ejemplo, no estarían bajo el control de una Parte materiales que estuvieren en un Banco de Germoplasma estatal por contratos de investigación que no permitan su transferencia o si fueron depositados por un tercero para su conservación únicamente (Black Box). Tampoco estarían cubiertos los materiales que se encuentren en manos de terceras partes, por diferentes motivos, aunque la propiedad de estos sea de una entidad estatal.

Finalmente, aunque el término dominio público[33] puede tener diversas acepciones en derecho, una tesis mayoritaria indica que se trataría de recursos genéticos que no estén sujetos a propiedad intelectual y por ende pueden ser transferidos libremente[34]. Aceptándose la conclusión respecto al alcance de dominio público se trataría de aquellos recursos que no tienen derechos de propiedad intelectual por no haberse solicitado nunca; haber renunciado a los mismos; o por la anulación, cancelación o extinción del derecho.

Estas tres características deben concurrir simultáneamente para ser considerados bajo el SML.

- Los recursos deben ser utilizados para la alimentación y la agricultura y no para otros propósitos diferentes. En este sentido usos farmacéuticos, industriales, químicos, etc. no estarían comprendidos dentro del SML y en principio su acceso y uso estarían regidos por la legislación nacional en esta materia- si existiere- diseñada de conformidad con las reglas y principios del CBD/PN.
- Debido a que por las cualificaciones anteriores se reduce sustancialmente la " canasta o pool" de recursos del SML, el TI prevé que terceros (personas físicas y jurídicas) pueden voluntariamente in-

[31] Para ver la lista véase wwwplanttreaty.org
[32] Cfr el Reporte de la Primera Reunión del GAE IT/AC-SMTA-MLS 1/10/Report de enero del 2010.
[33] Cfr para otras posibilidades el estudio de Cabrera Medaglia Jorge et al, *The Interface between the Nagoya Protocolo on ABS and the ITPGRFA at the international level*, FNI Report 1/2013, Norway 2013.

[34] Cfr Correa, *op cit*.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

cluir recursos genéticos del Anexo I y establece que las Partes deben alentar o proveer incentivos- sin precisar cuáles-[35] para tal efecto (artículo 11.3). En el caso de inclusiones voluntarias se reportan en el web del TI cinco de estas (febrero del 2013), entre ellos el Parque de la Papa del Cuzco (específicamente tratándose de recursos in situ) y un Centro de Investigación de la Universidad de Costa Rica. La forma como se realiza la inclusión no está completamente determinada. En principio bastaría la notificación al Secretariado del TI o una declaración similar (existe un modelo disponible en línea en la página del mismo para realizar dicha notificación) indicando tal decisión. En este supuesto, sería legalmente viable considerar que estos terceros podrían firmar directamente los ANTM. Alternativamente se ha sugerido que podrían depositar sus recursos en colecciones (nacionales o de centros internacionales) que estén previamente incluidos en el SML.[36]

- El TI también menciona la posibilidad de que las Partes Contratantes puedan invitar a otros terceros para que incluyan los RFAA del Anexo I en el SML. Si bien el alcance de esta disposición (artículo 11.2) no es del todo clara parece se refiere a centros o terceros de Partes no Contratantes cuyos recursos se consideran de importancia para ser integrados en el SML (sujeto a que la legislación nacional del país lo permita y en ese caso a la decisión del tercero de responder positivamente a tal invitación).[37]

- Específicamente el artículo 11.5 establece que el SML también comprende los recursos enumerados del Anexo I mantenidos en las colecciones ex situ de los Centros Internacionales de Investigación Agrícola (CIAA) y otras instituciones o centros de investigación, según lo dispone el artículo 15.5. En el 2006, 11 centros de CGIAR firmaron acuerdos con el OR poniendo las colecciones de RFAA bajo el SML. No obstante, en el caso de los CIAA y de otros Centros Internacionales estos se encuentran también referidos en el artículo 15 (Bajo el Título de "Componentes de Apoyo" del TI) donde se establece que los RFAA distintos a los enumerados en el Anexo I, recolectados antes de la entrada en vigor del TI, se pondrán a disposición de conformidad con las disposiciones del ANTM utiliza-

[35] Cfr ejemplos de incentivos en Halewood, *op cit (a),* 2013 y en el Borrador de Manual para la Implementación del SML citado anteriormente

[36] Cfr Halewood et al, *op cit,(a)2013 y* el Reporte del CAT IT/AC-SMTA.MLS 2/10 Report

[37] See Correa Carlos, *op cit*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

do actualmente en cumplimiento del Acuerdo entre los CIAA y la FAO. El OR modificará este Acuerdo de Transferencia de Materiales a más tardar en su segunda reunión, en consulta con los CIAA y de conformidad con ciertas condiciones establecidas en el artículo 15 b. No obstante, en la Segunda Reunión del OR se determinó que para estos casos se utilizara el mismo ANTM que regula las transferencias de materiales del Anexo I. Si bien es cierto en sentido estricto ello no implicaría su inclusión bajo el SML, en la práctica, la principal consecuencia radica en sujetar estas transferencias exactamente a las mismas reglas que para los recursos del Anexo 1.[38] Tal es el caso de muchos materiales no incluidos en el Anexo I de los CIAA y de otros Centros como el CATIE. El punto es importante pues en ciertos casos (por ejemplo Perú), las exclusiones del ámbito de la legislación de acceso se refieren únicamente a las especies alimenticias y forrajes del Anexo I (artículo 5 del reglamento peruano de ABS del 2009). El transitorio quinto del reglamento citado indica expresamente que los recursos originarios del Perú que se encuentren en centros ex situ y no incluidos en el Anexo quedarán sujetos a las disposiciones del reglamento.[39] Esto puede crear alguna incertidumbre respecto al alcance de la exclusión de las reglas de acceso y los cultivos no Anexo I especialmente en los casos de países con CIAA u otros centros que han firmado acuerdos con el OR bajo el artículo 15.5 (tal es el caso de Costa Rica y Perú. Colombia tiene la sede del Centro Internacional de Agricultura Tropical o CIAT Y México del Centro de Maíz y Trigo pero no han ratificado el TI).

- El caso de recursos genéticos in situ. El punto acá es mucho más complejo por varias razones. Primero, no es claro el alcance del artículo 12.3. h aunque el mismo ha sido objeto de opiniones por parte del CAT (en general se ha sugerido que los recursos genéticos in situ que se encuentren bajo la administración y control de las Partes y en dominio público quedarían igualmente comprendidos

[38] El OR sin embargo, en su Cuarta Reunión acordó que en el caso de transferencias de materiales No Anexo I, la Tercera Parte Beneficia establecida en el ANTM no debería ejercitar las atribuciones y mecanismos en casos de posibles incumplimientos, debilitando el sistema establecido de seguimiento, monitoreo y posterior inicio de acciones legales en casos de violación a los términos del ANTM.

[39] Cfr Lapeña, Isabel et al, *Incentivos y desincentivos para la participación del Perú en el Sistema Multilateral del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*; (Bioversity, Rome, 2010). En sentido similar, el Reglamento Nacional de ABS del Ecuador del 2011, artículo 2.3.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

en el SML y que no es requisito contar con legislación específica sobre acceso a recursos en condiciones in situ, dado que esta hipótesis puede ser cubierta por la normativa nacional sobre recolecta de recursos biológicos para investigación u otra similar). En todo caso, la referencia a la legislación nacional o en su ausencia a los estándares que establezca el OR (los cuales no han sido dictados) no resulta del todo precisa. En principio, la misma debería ser compatible con el esquema del SML (por ello el inciso inicia con la frase "sin perjuicio") pero es factible que tales disposiciones no sean sencillas de aplicar jurídicamente dado que se trataría de un acceso a recursos genéticos, usualmente excluido de las normativa que gobierna la recolecta de recursos biológicos. En algunos países se ha sugerido que los recursos genéticos in situ de especies del Anexo I, por ejemplo, de un parque nacional, no estarían cubiertos por el SML, tal es el caso de Brasil[40]. Una segunda interpretación es que estos recursos del Anexo I (y parientes silvestres) en tanto se encuentren bajo el control y administración de las Partes (típicamente el caso de terrenos del Estado o áreas protegidas públicas) están automáticamente en el SML.[41] Se excluirían claro los casos en que se trate de tierras en manos de privados o comunidades, etc. Adicionalmente a la clarificación del punto es importante, si la decisión es positiva, considerar la necesaria coordinación con las autoridades ambientales usualmente a cargo de las áreas protegidas en tanto terrenos estatales para facilitar la implementación del TI. De lo contrario el "miedo a lo desconocido" (y las consiguientes responsabilidades legales) podría dificultar las actuaciones de los funcionarios encargados de otorgar los permisos de recolecta en estos sitios.[42]

- Únicamente quedaría a discreción de la Parte- una vez determinado que se trata de recursos genéticos del Anexo I y bajo su control y la administración y en dominio público o bien en los otros supuestos antes explicados de materiales incluidos en el SML- considerar lo siguiente:
- Si existiere material disponible en las cantidades solicitadas. En principio una solicitud de grandes cantidades o la cual

[40] See Santilli, Juliana, comunicación personal y Santilli, Juliana, *Agrobiodiversity and the Law: regulating genetic resourcs, food security and cultural diversity*; Earthscan, USA y Canadá; 2012.

[41] Halewood et al *op cit. (a) 2013*

[42] See Halewood at al *op cit (a). 2013*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

no es posible satisfacer podría ser válidamente rechazada.

- El costo que pueda cobrarse por la transferencia, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 12.3.b (esta tarifa no debe superar los costos mínimos correspondientes).
- Si la solicitud proviene de un país que no es parte contratante del TI. Las autoridades no están obligadas a brindar acceso a solicitantes de países que no sean Partes Contratantes, pero tampoco están impedidos para otorgarlo, sujeto a lo que pueda disponer la normativa nacional correspondiente.
- Qué tipo de información no confidencial puede acompañar a la entrega del material, tales como datos de pasaporte y otros no confidenciales de interés.
- Finalmente, el CAT [43] ha además indicado que un proveedor no está obligado a determinar la veracidad del posible uso para alimentación y agricultura, pero si existe conocimiento de que el acceso no será para fines de alimentación y agricultura, esta podría constituir una causa justificada para no firmar el ANTM.

[43] Véase el Reporte IT/AC-SMTA-MLS 4/12.

2. Los derechos del agricultor (DA)

Un segundo punto de conexión entre el TI y el CBD/PB radica en el derecho del agricultor y la protección de conocimientos tradicionales.

Durante la negociación del TI con respecto al concepto de derechos de los agricultores, hubo controversias sobre la naturaleza de ellos: sea como un mero concepto abstracto o bien, como un derecho concreto por realizar. En definitiva, pese a las discrepancias sobre los alcances y naturaleza de estos derechos, se acordó que la responsabilidad de hacer realidad los mismos incumbe a los gobiernos nacionales[44].

Según el TI, cada Parte, conforme su legislación nacional, deberá adoptar en particular las

[44] Según un estudio, aunque existen diferentes enfoques con respecto al contenido de los derechos de los agricultores, pueden ubicarse en dos grandes categorías: el "enfoque de la propiedad" y el del "manejo o custodia". De conformidad con el primero, se trataría del derecho de los agricultores de ser compensados por los materiales genéticos que poseen y que son utilizados en la generación de variedades comerciales. En cambio, para el segundo se conceptualizaría como el derecho que les permita a los agricultores continuar custodiando e innovando sobre los recursos genéticos. El estudio además identifica tres retos principales para la realización del derecho del agricultor: a) mantener el espacio legal para el desarrollo de las prácticas tradicionales de los agricultores; b) crear mecanismos de apoyo a las contribuciones de los agricultores al "pool" global de recursos genéticos; c) habilitar la participación de estos en los procesos de toma de decisiones. Cfr. Andersen, Regine, *Protecting Farmer´s Rights in the global IPR Regime, Policy Brief*, SAWTEE, 2007. Ejemplos prácticos de la realización de los derechos del agricultor pueden encontrarse en el sito web del Farmer´s Rights Project <http://www.fni.no/farmers>. y Andersen, Regine y Winge, Tone, *Sucess Stories from the realization of Farmer´s Rights related to plant genetic resources for food and agric*ulture, Background Study N.º.7, Noruega, 2008.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

siguientes medidas: la protección de los conocimientos tradicionales de interés para los recursos fitogenéticos, el derecho a participar equitativamente en la distribución de beneficios, el derecho a participar en la adopción de decisiones. Nada de lo anterior se interpretará en el sentido de limitar cualquier derecho que tengan los agricultores a conservar, utilizar, intercambiar y vender material de siembra o propagación conservado en las fincas, con arreglo a la legislación nacional y, según proceda (art. 9) [45].

Como se observa, el TI se refiere expresamente a dos aspectos relacionados con el concepto de CT bajo el CBD y el PN: la protección de los CT de interés para los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y el derecho a participar equitativamente en la distribución de beneficios que se deriven de la utilización de RFAA.

II. EL PN y su relación con el TI

1. Disposiciones del Protocolo de Nagoya relevantes para considerar en la implementación sinérgica con el TI

Aunque existen diversas disposiciones del Protocolo de Nagoya que son relevantes al momento de abordar el tema de la implementación de las disposiciones del TI antes indicadas, al menos las siguientes se han considerado de particular interés, reconociendo que existen otros puntos de conexión entre ambos instrumentos:[46]

- Preámbulo
- Objetivos
- Artículo 4
- Artículo 8
- Artículo 17
- Disposiciones sobre CT (utilización y acceso a recursos genéticos de conformidad con el Protocolo de Nagoya).

Estas normas poseen implicaciones, por ejemplo, sobre la manera como un país pueda regular el consentimiento informado previo de conformidad con su marco regulatorio nacional (artículo 6) e inclusive como implementará las medidas para asegurar el cumplimiento con las legislaciones de ABS de otros países (arts. 15 y 16).

[45] El Preámbulo estipula que los derechos reconocidos en el presente Tratado para conservar, utilizar, intercambiar y vender semillas y otro material de propagación conservados en las fincas es fundamental para la aplicación de los derechos de los agricultores.

[46] Igualmente el TI puede informar el desarrollo e implementación de otras normas del PN, tales como el mecanismo multilateral de distribución de beneficios (artículo 10); las cláusulas modelo y contratos modelo (artículo 19); y el sistema de cumplimiento (artículo 27), entre otros. También se ha indicado que la figura de la Tercera Parte Beneficiaria podría ser de utilidad para enfrentar los problemas asociados al acceso a la justicia en casos de incumplimiento de los contratos de acceso u acuerdos similares.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

Preámbulo

Es importante reconocer que el PN reconoce desde el preámbulo la existencia del TI, de su SML y en general el valor de los RFAA. Lo mismo ocurre en el caso de la Decisión que adoptó este instrumento internacional.

Particularmente, la Decisión X/1 indica que el " … Régimen Internacional está constituido por el Convenio sobre la Diversidad Biológica, el Protocolo sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, así como por instrumentos complementarios, que incluyen el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y las Directrices de Bonn sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Distribución Justa y Equitativa de los Beneficios Provenientes de su Utilización" . Adicionalmente, reconoce que los objetivos del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura son la conservación y la utilización sostenible de los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el Convenio sobre la Diversidad Biológica, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria y toma nota de la resolución 18/2009 de la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación sobre políticas y mecanismos para el acceso y la distribución de beneficios en relación

Cuadro 2. Párrafos del preámbulo del PN referidos al TI o sus componentes.

Reconociendo la importancia de los recursos genéticos para **la seguridad alimentaria,** la salud pública, la conservación de la diversidad biológica y la mitigación del cambio climático y la adaptación a este,

Reconociendo **la naturaleza especial de la diversidad biológica agrícola**, sus características y problemas distintivos, que requieren soluciones específicas,

Reconociendo la interdependencia de todos los países respecto a los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura, así como su naturaleza especial e importancia para lograr la seguridad alimentaria en todo el mundo y para el desarrollo sostenible de la agricultura en el contexto de la reducción de la pobreza y el cambio climático, **y *reconociendo* el rol fundamental del Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura y la Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura** de la FAO al respecto,

Reconociendo la labor en curso en otros foros internacionales en relación con el acceso y la participación en los beneficios,

Recordando **el Sistema Multilateral de Acceso y Distribución de los Beneficios** establecido en el marco del Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura desarrollado en armonía con el Convenio,

Reconociendo **que los instrumentos internacionales relacionados con el acceso y la participación en los beneficios deben apoyarse mutuamente con miras a alcanzar los objetivos del Convenio**.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

con los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura.

Por su parte el Preámbulo contiene la única mención que se realiza al TI pero que resulta de particular valor desde el punto de vista de la orientación de cualquier interpretación legal de las normas del PN en caso de existir falta de claridad o ambigüedad (ver Cuadro 2).

Objetivos

Estos resultan importantes de tener en cuenta, debido a la referencia que el artículo 4 del PN realiza de los objetivos del mismo y del CBD.

Según el artículo 1, el objetivo del Protocolo **es la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos**, incluso por medio del acceso apropiado a los recursos genéticos y por medio de la transferencia apropiada de tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre dichos recursos y tecnologías y por medio de la financiación apropiada, contribuyendo por ende a la conservación de la diversidad biológica y la utilización sostenible de sus componentes.

Por su parte, el objetivo del TI **consiste en la conservación y utilización sostenible de los RFAA y la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de su utilización en armonía con el CBD**, para una agricultura sostenible y la seguridad alimentaria. Estos objetivos se obtendrán vinculando estrechamente el TI a la FAO y el CBD (artículo 1).

Relación con otros instrumentos internacionales

Es particularmente relevante el artículo 4 que contempla la relación con otros acuerdos e instrumentos internacionales. Este resulta clave para entender la relación del Protocolo de Nagoya con el TI (y con el Derecho Internacional en su conjunto).

Del mismo son relevantes para el análisis que acá se presenta los párrafos 3 y 4, pero se transcribe textualmente el artículo para facilitar la comprensión del estudio:

"1. Las disposiciones de este Protocolo no afectarán los derechos y obligaciones de toda Parte derivados de cualquier acuerdo internacional existente, excepto cuando el ejercicio de dichos derechos y el cumplimiento de esas obligaciones pueda causar graves daños a la diversidad biológica o ponerla en peligro. Este párrafo no tiene por intención crear una jerarquía entre el presente Protocolo y otros instrumentos internacionales.

2. Nada de lo dispuesto en el presente Protocolo impedirá a las Partes el desarrollo y la aplicación de otros acuerdos internacionales pertinentes, incluidos otros acuerdos especializados de acceso y participación en los benefi-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

cios, a condición de que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo.

3. El presente Protocolo se aplicará de manera que se apoye mutuamente con otros instrumentos internacionales pertinentes al presente Protocolo. Se deberá prestar debida atención a la labor o las prácticas en curso útil y pertinente con arreglo a dichos instrumentos internacionales y organizaciones internacionales pertinentes, a condición de que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del presente Protocolo.

4. Este Protocolo es el instrumento para la aplicación de las disposiciones sobre acceso y participación en los beneficios del Convenio. En aquellos casos en que se aplique un instrumento internacional especializado de acceso y participación en los beneficios que esté en consonancia con y no se oponga a los objetivos del Convenio y de este Protocolo, el presente Protocolo no se aplica para la Parte o las Partes en el instrumento especializado respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo."

La relación entre el Protocolo de Nagoya y el TI fue fundamentalmente abordada durante las negociaciones del RI de ABS en el contexto del ámbito del Protocolo[47] y finalmente respecto al contenido del artículo 4. Igualmente fue objeto de estudios específicos de naturaleza académica[48] y para apoyar las negociaciones mismas[49].

No obstante, en las fases finales de la negociación (especialmente a partir de la reunión del Grupo de Trabajo de ABS No. 9), su tratamiento fue remitido al articulado referente a la relación del PN con otros instrumentos y acuerdos internacionales.[50]

Uno de los problemas identificados en la implementación de regímenes de ABS se debe al hecho de que intentan tratar a los diferentes sectores y tipos de recursos por igual.[51] Ciertamente el Convenio sobre la Diversidad Biológica no distingue entre diferentes categorías de recursos genéticos cuya conservación y uso sostenible

[47] Cfr par aver la historia de las negociaciones, Greiber, Thomas, et al; *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Traditional Knowledge*; IUCN, Environmental Law and Policy Paper No. 83, Bonn, 2012.

[48] Fridtjof Nansen Institute, *International Agreements and Processes affecting the International Regimen on ABS under the Convention on Biological Diversity. Implications for its scope and possibilities of a sectoral approach*, FNI Report 3/2010, 2010.

[49] Cfr Jane Bulmer, *Study on the relationship between an international regimen on ABS and other international instruments and which govern the use of genetic resources. The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture and the Food and Agriculture Organization´s Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture*; UNEP/CBD/WG-ABS/7/INF/3/Part 1, 2009.

[50] Cfr Morguera Elisa, et al, *Draft Commentary on the Nagoya Protocol*, versión 2011 en manos del autor.

[51] Correa, Carlos *Implications for National Access Legislation for Germplasm Flows.*Documento de antecedentes preparado para el Foro Global sobre Investigación Agrícola, Dresden, Alemania, mayo de 2000.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

varía (dependiendo si son silvestres, domesticados, microbianos, etc.).[52] Sin embargo, el intercambio y las prácticas de apropiación de recursos agrícolas difieren en términos de su distribución y disponibilidad, el nivel de dificultad para reproducirlos y la existencia o no de mecanismos de mercado para su intercambio (entre otros factores).[53] De la misma forma, estos recursos pueden ser conservados tanto *in situ* como *ex situ*, con particularidades técnicas, económicas y jurídicas para cada caso.

En este sentido, la noción de que "la misma talla no sirve para todos" fue parte de las negociaciones del RI. De esta manera, uno de los Grupos Técnicos y Legales creados como parte del proceso del RI, tuvo entre su mandato el analizar posibles enfoques sectoriales de ABS. Algunos países incluso fueron de la idea de que el PN incluyera una cláusula que permitiera el reconocimiento de acuerdos especializados de ABS y que estos acuerdos prevalecieran sobre el PN, al menos bajo ciertos supuestos.[54]

El Grupo de Expertos Técnicos y Legales arribó a algunas opciones y alternativas de interés[55] comprendiendo la posibilidad de que el RI (hoy PN) contuviere una disposición sombrilla permitiendo la coexistencia de otros regímenes sectoriales (por ejemplo el sector agrícola o de salud) que prevalecerían sobre el RI, de manera que éste último funcionaria en ausencia de regulaciones específicas de ABS. Se sugirió que el PN podría además funcionar como una especie de "sombrilla" estableciendo requerimientos generales que posteriormente serían complementados por enfoques sectoriales a ser desarrollados por cada uno de estos debido a que cada sector contaría con el conocimiento y experiencia necesaria para poder normar el funcionamiento de un ABS en su respectivo campo de acción.

En definitiva, el texto del artículo 4[56] fue sujeto de arduas discusiones entre quienes consideraron que el PN debía ser el instrumento principal de ABS y quienes conceptualizaban al PN como uno más de los mecanismos integrantes de un RI y de la gobernanza del ABS.

Respecto al contenido del artículo, el primer párrafo desarrolla la relación entre el PN y otros acuerdos internacionales existentes y no resulta particularmente de interés acá.

El segundo párrafo prevé la posibilidad de desarrollar e implementar otros acuerdos internacionales pertinentes en general y en particular

[52] Correa, *op cit*.
[53] Correa, *op cit*.
[54] Greiber et al, *op cit*
[55] UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, 12 December 2008.

[56] Debe indicarse que el CBD no contiene una cláusula como el artículo 4. La única referencia a la relación con otros instrumentos internacionales se encuentra en el artículo 22, con una redacción similar el primer párrafo del artículo 4 del PN.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

acuerdos de ABS (por ejemplo un nuevo tratado en materia de recursos genéticos animales o forestales, etc.), siempre y cuando apoyen y no se apongan a los objetivos del CBD y el Protocolo.

Por su parte, el párrafo tercero contempla varios conceptos relevantes:

- Que el PN se aplicará de manera que se apoye recíprocamente con otros acuerdos internacionales pertinentes. Este apoyo recíproco de instrumentos internacionales se encuentra además recogido en el texto o el preámbulo de diversos acuerdos multilaterales ambientales, incluyendo el preámbulo del propio TI.

- Que debe prestarse atención a las labores o prácticas útiles y pertinentes de otros instrumentos u organizaciones internacionales. Esta disposición es particularmente ambigua dado que hace referencia a lo que algunos han denominado un "objetivo en movimiento" (moving target): las labores o prácticas, disposición sumamente rara en derecho internacional[57]. El artículo no indica cuáles serían estos instrumentos o instituciones ni a que prácticas se refiere lo cual resulta en un amplio margen de interpretación y crea incertidumbre jurídica respecto al alcance del término. Por ejemplo, se podrían incluir prácticas de la Organización Mundial de la Salud y o de la misma Comisión de Recursos Genéticos de la FAO?. No obstante, las Partes solo deben prestar "debida atención" -que no exige jurídicamente considerar como obligatoria las mismas- y en todo caso, la misma está condicionada a que estos apoyen y no se opongan a los objetivos del Convenio y del Protocolo.[58]

Finalmente, la hipótesis de los esquemas legales vigentes de ABS (el único a la fecha sería el TI aunque no se mencione expresamente) se regula en el párrafo 4 del artículo 4.

Existen tres aspectos de interés acá:

- Primero, se aclara que el PN es el instrumento para aplicar las disposiciones sobre ABS del Convenio, otorgándosele un papel central y preponderante.

- En segundo lugar, a diferencia de los párrafos anteriores se establece que el

[57] Cfr FNI, *op cit.* Report 3/2010. Tampoco están incluidas en las fuentes legales de conformidad con el Estatuto de la Corte de Justicia Internacional (artículo 38).

[58] Cfr Buck M and Hamilton, C., *The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising out of Their Utilization Under the Convention on Biological Diversity,* en Review of European and International Environmental Law, 20 (1), London, 2011, quienes indicant que Decisión del OR del TI de transferir los materiales no Anexo I utilizando el mismo ANTM constituiría una de esas prácticas.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

instrumento especializado de ABS debe estar en consonancia con (y no apoyar al) y no oponerse a los objetivos del CBD y del Protocolo (la justa y equitativa distribución de beneficios siendo el principal de ellos). Este puede constituir un claro indicativo de que el acuerdo especializado- en este caso el TI- puede contener enfoques diferentes al del PN, los cuales deben ser al menos consistentes con él.

- Finalmente, en dichos casos el Protocolo no aplicará a la Parte que también sea miembro del instrumento especializado[59], pero únicamente respecto a los recursos genéticos específicos cubiertos por el instrumento especializado y para los fines del mismo (en este caso la alimentación y la agricultura). De esta manera no se trata de una excepción irrestricta, sino que encuentra acotaciones para ser utilizada por los países.

De cualquier forma, sujeto a algunas precisiones conceptuales y legales, resulta evidente de la lectura del PN que este permite sustentar el funcionamiento del SML del TI y conllevaría para los países que sean miembros de ambos instrumentos proceder a crear o otorgar el suficiente "espacio legal" para el funcionamiento de este régimen especial de ABS, a condición de respetar las consideraciones puntuales del propio artículo 4.4.

En resumen, el artículo 4 inciso 4 estable la prevalencia del TI entre países que sean Parte de este y del PN, bajo ciertas condiciones y limitaciones:

a) para los recursos cubiertos por el instrumento especializado (este tema fue abordado líneas atrás y cubriría en principio el SML).

b) para las Partes de ambos instrumentos (por ejemplo, un país no parte del TI aplicará las reglas del CBD y del PN a menos que el diseño nacional de sus medidas de ABS brinde un tratamiento para los RFAA diferente basado una valoración propia)

c) para el propósito del citado instrumento (alimentación y agricultura en este caso)

Por ende son críticos para la adecuada implementación del TI en armonía con el PN los siguientes aspectos:

a) Determinar con precisión los recursos genéticos cubiertos por el TI (en su con-

[59] El punto deviene particularmente relevante pues el TI tiene 134 partes y el CBD 193. Por lo tanto un conjunto de países (entre ellos, China, México, Colombia, Sudáfrica, etc) no son partes del TI. En principio ellos aplicarían el régimen y enfoque bilateral del PN y del CBD, a menos que hayan decidido- por una consideración estrictamente nacional, sin estar obligados a ello- dar un tratamiento diferente a los RFAA.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

dición de instrumento especializado de ABS).

b) Determinar y entender el significado de alimentación y agricultura así como de utilización y conservación para investigación, mejoramiento y capacitación para investigación y agricultura (artículos 10, 11 y especialmente el 12.3.a del TI).

c) Determinar las autoridades nacionales/entidades responsables de firmar los ANTM que en la práctica serán quienes otorguen el acceso facilitado y transfieran los recursos genéticos con el propósito de mejorar el intercambio de información, la colaboración y cooperación con las autoridades de ABS del país y para facilitar la creación de un clima de confianza entre los respectivos encargados de la operación nacional del ABS.[60]

d) Desarrollar disposiciones adecuadas en las medidas nacionales a ser puestas en práctica para implementar Nagoya para dotar de "espacio legal" al correcto funcionamiento del TI (mediante excepciones u otras formas). La manera como este espacio legal ha funcionado ha sido mayoritariamente mediante el establecimiento de excepciones al marco jurídico de ABS de distinto alcance (Perú, Ecuador, Bután, Australia y Uganda son ejemplos de ello); previendo la emisión de futuras regulaciones específicas (Noruega y Costa Rica[61]); y aplicando en general, las disposiciones del TI de manera directa en el ordenamiento legal a ser automáticamente recibidas del derecho internacional, al menos mientras no exista un impedimento legal para hacerlo.

e) Prestar atención a las prácticas y labores útiles y pertinentes de instrumentos y organizaciones, como por ejemplo, aquellas desarrolladas para implementar el SML. En todo caso la obligación de

[60] Hallewood et al *op cit,(a)* 2013 presentan el ejemplo de Canadá donde una sola instancia sería la encargada de tramitar las solicitudes y firmar los ANTM. No obstante, en este caso debe indicarse que en dicho país este constituye la única instancia que posee RG que cumplen los requisitos de estar bajo la administración y el control de las Partes.

[61] Por ejemplo, el transitorio II del reglamento de acceso a recursos genéticos en condiciones ex situ de Costa Rica (Decreto 33697 del 2007), Acceso a recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura en condiciones ex situ establece que en tanto no exista una normativa jurídica específica para la implementación del Tratado Internacional de Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura ratificado mediante Ley Nº 8539 del 17 de julio del 2006 publicada en La Gaceta Nº 185 del 25 de setiembre del 2006, que pudiera establecer otra disposición al respecto, la Autoridad Nacional para la aplicación de dicho Tratado en el tema de acceso a los recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura, será la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad (CONAGEBIO) y su Oficina Técnica, de conformidad con la Ley de Biodiversidad Nº 7788 y el Decreto Ejecutivo MINAE- Nº 31514, para lo cual la CONAGEBIO y su Oficina Técnica utilizarán como órgano de consulta a la Comisión Nacional de Recursos Fitogenéticos (CONAREFI).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

prestar atención no conlleva ejecutar ninguna acción legal particular o integrarlas en las medidas nacionales de ABS.

f) Finalmente cualquier interpretación normativa debe realizarse con el fin de que ambos instrumentos se apoyen recíprocamente.

Consideraciones especiales: los RFAA

El artículo 8 inciso c establece la necesidad de que las Partes, al elaborar y aplicar su legislación o requisitos reglamentarios sobre acceso y participación en los beneficios, consideren la importancia de los recursos genéticos para la alimentación y la agricultura y el rol especial que cumplen para la seguridad alimentaria.

Este artículo no prevé la obligación de tomar ninguna medida en particular. Solo reconoce dicha importancia de cara a la seguridad alimentaria. Ello podría justificar procedimientos o mecanismos diferenciados o expeditos pero no existen una obligación concreta al respecto. De ninguna manera este artículo representa una exclusión del ámbito del Protocolo de estos recursos dado que este aspecto fue fuertemente opuesto por algunos de los negociadores durante el proceso del RI[62].

Conocimientos tradicionales y su relación con el DA.

Respecto al tema de los conocimientos tradicionales es importante rescatar varios aspectos del PN y de la evolución de este tema en el CBD.

En primer lugar, el artículo 8 inciso J y disposiciones conexas del CBD (especialmente el artículo 10) resultan suficientemente amplios para comprender los CT relativos a la materia agrícola y a los RFAA. Los enfoques y discusiones del Grupo de Trabajo sobre el Artículo 8 J y disposiciones conexas han enfatizado este enfoque amplio y comprensivo.[63]

En segundo lugar, el PN establece en esta materia fundamentalmente las siguientes disposiciones:

1. El artículo 5 (participación de beneficios) prevé que Cada Parte adopte medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, con miras a asegurar que los beneficios que se deriven de la **utilización de recursos genéticos** que están en posesión de comunidades indígenas y locales, de conformidad con las leyes nacionales respecto a los derechos establecidos de dichas comunida-

[62] Cfr Morguera, Elisa, et al, *op cit.* El Grupo de Expertos Técnicos y Legales creado por la Comisión se encuentra preparando los " Elementos para el diseño de medidas relacionadas con el acceso a los recursos genéticos para la alimentación y la gricultura" que una vez adoptados pueden servir de guía a los países en la implementación de este inciso del artículo 8.

[63] Cfr en www.cbd.int

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

des indígenas y locales sobre estos recursos genéticos, se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades en cuestión, sobre la base de condiciones mutuamente acordadas. Igualmente deben adoptarse medidas legislativas, administrativas o de política, según proceda, para asegurar que los beneficios que se deriven de **la utilización de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos** se compartan de manera justa y equitativa con las comunidades indígenas y locales poseedoras de dichos conocimientos. Esa participación se llevará a cabo en condiciones mutuamente acordadas.

2. Respecto al acceso a los recursos genéticos (artículo 6), conforme a las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se obtenga el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de las comunidades indígenas y locales para el acceso a los recursos genéticos cuando estas tengan el derecho establecido a otorgar acceso a dichos recursos. En el caso de conocimientos tradicionales asociados de conformidad con las leyes nacionales, cada Parte adoptará medidas, según proceda, con miras a asegurar que se acceda a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos que están en posesión de comunidades indígenas y locales con el consentimiento fundamentado previo o la aprobación y participación de dichas comunidades indígenas y locales, y que se hayan establecido condiciones mutuamente acordadas (artículo 7).

3. Respecto a los conocimientos tradicionales como tales (artículo 12), se indica que en el cumplimento de sus obligaciones en virtud del Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. Las Partes procurarán apoyar, según proceda, el desarrollo, por parte de las comunidades indígenas y locales, incluidas las mujeres de dichas comunidades, de: protocolo comunitarios; requisitos mínimos en las condiciones mutuamente acordadas; y cláusulas contractuales modelo para la participación en los beneficios que se deriven de la utilización de los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. Las Partes, al aplicar el Protocolo, no restringirán, en la medida de lo posible, el uso e intercambio

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

consuetudinario de recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados dentro de las comunidades indígenas y locales y entre las mismas de conformidad con los objetivos del Convenio.

Es evidente que uno de los vínculos entre el TI y el PN radica en el tratamiento de los CT y la justa y equitativa distribución de beneficios tratándose de RFAA.

En este sentido aunque se carece de una definición internacionalmente acordada de CT, es importante traer a colación los trabajos realizados por parte del Comité Intergubernamental de la OMPI sobre Recursos Genéticos y Propiedad Intelectual, Conocimientos Tradicionales y Expresiones Culturales Tradicionales.

En general se ha avanzado hacia una definición de los CT, que apunta a conceptualizar estos como conocimientos, destrezas, innovaciones, practicas, enseñanzas y aprendizajes que son resultado de la actividad intelectual y desarrollados en un contexto tradicional. Se trataría de un conocimiento que es dinámico y evoluciona y que es transmitido de generación en generación. Se manifiesta que el CT incluye aquel asociado con la biodiversidad y los recursos naturales, incluyendo la agricultura[64]. Igualmente congruentes resultan las definiciones contempladas en el Glosario de los Términos más Importantes Relacionados con la Propiedad Intelectual y los Recursos Genéticos, los Conocimientos Tradicionales y las Expresiones Culturales Tradicionales.[65]

Debe, sin embargo, enfatizarse que la formulación del derecho del agricultor bajo el TI emplea el verbo debería (should) mientras que las disposiciones del PN respecto a los conocimientos tradicionales se han planteado como una obligación (shall). En este sentido, la formulación del PN puede considerarse más fuerte desde el punto de vista legal.

Algunos países han establecido legislación específica en esta materia tal y como sucede con Portugal, que mediante el decreto Ley No. 118 de abril del 2002, establece un régimen legal para la protección de variedades locales y conocimiento tradicional asociado.[66] Igualmente, la re revisión de las disposiciones de otros países en materia de CT usualmente incluyen a comunidades locales campesinas (afrocaribeñas, quilombos, etc.) que posiblemente sean detentadores de conocimientos relacionados con la agricultura/los recursos fitogenéticos.

En el artículo 1 de la Decisión 391 de la Comunidad Andina acerca de un Régimen Común sobre Acceso a

[64] WIPO, The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles, WIPO/GRTKF/IC/21/4 (2012), disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_21/wipo_grtkf_ic_21_4.pdf.

[65] Documento WIPO/GRTKF/IC/23/INF/8 de noviembre del 2012

[66] Portugal, Decreto- Ley No.118/2002 del 20 de Abril del 2002, disponible en http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-pt-en.pdf.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

los Recursos Genéticos se define "comunidad indígena, afroamericana o local" como "grupo humano cuyas condiciones sociales, culturales y económicas lo distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, que está regido total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y que, cualquiera sea su situación jurídica, conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas."

En el artículo 7.III de la Ley provisional del Brasil Nº2, 18616, con fecha 23 de agosto de 2001, se define "comunidad local" como "grupo humano, incluidos los grupos remanentes de las comunidades de los Quilombos, que se distinga por sus condiciones culturales, que esté organizado de forma tradicional por las sucesivas generaciones y costumbres propias, y que haya conservado sus instituciones sociales y económicas".

En conclusión la conceptualización de los CT y de los potenciales beneficiarios de esquemas de protección- como se ha desarrollado en el CBD y la OMPI- resulta suficientemente amplio para integrar dentro de la regulación legal que se establezca para tutelarlos, la realización del DA (al menos de algunos de sus principales componentes.)

El certificado de cumplimiento y la trazabilidad y el monitoreo

Finalmente, un punto de conexión radicaría en el artículo 17 del PN respecto a la vigilancia en la utilización de recursos genéticos. El certificado de cumplimiento y su relación con el TI merecen explorarse. Debe indicarse que en algunos países el registro de variedades vegetales puede ser un punto de verificación (Costa Rica, Ecuador, Noruega e India constituyen ejemplos del mismo) con lo cual eventualmente podría requerirse presentar evidencia de la legalidad del acceso (en el lenguaje del artículo 17 aquella relativa al consentimiento fundamentado previo, la fuente del recurso genético, el establecimiento de condiciones mutuamente acordadas y/o la utilización de RG). El papel que jugaría en ANTM (como evidencia de la legalidad del acceso), especialmente si los puntos de chequeo consisten en Oficinas de Variedades Vegetales o incluso Patentes, es un aspecto que debe ser tomado en consideración al implementar nacionalmente el PN.

En esta tesis una dificultad para conceptualizar el ANTM como un certificado de cumplimiento internacionalmente reconocido se deriva del contenido mínimo del artículo 17 párrafo 4, aunque eventualmente una Decisión de la COP/MOP podría clarificar el punto. En segundo lugar, en la mayoría de los casos analizados en derecho comparado la emisión/firma del ANTM no requiere- ni constituyen en sentido estricto- de un permiso por parte de una autori-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

dad nacional competente, dado que estos acuerdos podrían ser firmados directamente por encargados de colecciones, centros u otros responsables, sin intervención de otra autoridad nacional. No obstante, algunos han sostenido que el ANTM puede funcionar como un certificado de la fuente[67] (siendo en este caso el SML la misma).[68] Otros han indicado que el sistema de certificados debe considerar el caso específico del acceso realizado bajo el SML y el papel del ANTM. [69]

Esta relación entre la verificación de la legalidad del acceso y uso de material importado y el ANTM se encuentra contempladas en la Ley de Diversidad Natural de Noruega del 2009; con respecto a los puntos de chequeo (la revelación del origen del material genético en solicitudes de propiedad intelectual) el ANTM se menciona en las disposiciones respectivas de la Ley de Patentes[70] y de Obtenciones Vegetales[71]; y se refleja en la propuesta de dicho país ante la OMC respecto a este tema[72].

Por ejemplo, la Ley de Diversidad Natural de Noruega [73] contiene un número de disposiciones relacionadas con ABS. La sección 59 regula el material genético en colecciones públicas e incluye la prohibición de toda persona que reciba materiales de tales colecciones de solicitar- en Noruega o fuera- derechos de propiedad intelectual u otros derechos que pudieran limitar el uso del material para alimentación y agricultura, a menos que sea modificado sustancialmente. Si DPI fueren solicitados contrario a lo anteriormente dispuesto, las autoridades competentes deben considerar el tomar medidas, incluyendo acciones legales. Regulaciones deben ser promulgadas con respecto a las transferencias o accesos de tales colecciones, incluyendo aquellas regidas por el TI.

La Ley establece la exigencia de que la importación para utilización de material genético en Noruega de un país que requiere el consentimiento para la recolecta o exportación de tal

[67] La propuesta es anterior a la conclusión del RI y se produjo cuando aún se discutía la terminología de los certificados (fuente, origen, legal procedencia).

[68] Chiarolla, Claudio, The question of minimum standards of access and benefit sharing under the CBD International Regime: lessons from the International Treaty on Plant Genetic Resources from Food and Agriculture, in *Asian Biotechnology and Development Review*, Vol 10, No. 3 July 2008, India and CGIAR Submission by the International Agriculture Research Centres of the CGIAR to the Group on Technical Experts on an internationally recognized certificate of origin/source/legal provenance. *Compilation of submissions provided by the parties, governments, indigenous and local communities, international organizations and relevant stakeholders, UNEP/CBD/GTE-ABS/1/3/add2.*

[69] Kathryn Garforth and Christine Frison, *Key Issues for the relationship between the Convention on Biological Diversity & the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Quaker International Affairs Programme: Ottawa Canada, 2007.

[70] *The Norwegian Patents Act*, online: http://www.patentstyret.no/en/english/Legal_texts/The-Norwegian-Patents-Act/#chapter%203.

[71] Section 4(3)

[72] Communication de Norway, *The Relationship Between the TRIPS Agreement, the Convention on Biological Diversity and the Protection of Traditional Knowledge*, IP/C/W/473, Junio 14 del 2006.

[73] Norway, *Act relating to the management of biological, geological and landscape diversity , 2009* .

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

material solo puede tomar lugar de conformidad con dicho consentimiento. La persona que tiene control del material está vinculada por los términos del mismo. El Estado puede hacer cumplir las condiciones mediante acciones legales contra la persona.

Cuando el material genético de otro país es utilizado en Noruega para investigación o para propósitos comerciales, debe ser acompañado de información del país del cual ha sido recibido (país proveedor). Si la legislación nacional requiere el consentimiento para la recolecta del material debe ser acompañada información de que tal consentimiento ha sido obtenido. Si el país proveedor es diferente al país de origen del recurso tal situación debe ser declarada (país de origen significa el país del cual el material fue colectado in situ). Si la ley del país de origen requiere consentimiento para la recolecta del material debe acompañarse o proveerse información sobre la misma o si tal información no es conocida tal circunstancia debe ser declarada.

Cuando el material genético este cubierto por al TI y es utilizado en Noruega para investigación o propósitos comerciales debe ser acompañada de información para tal efecto en el sentido de que el material ha sido adquirido de conformidad con el ANTM.

III. Aspectos críticos para una implementación sinérgica entre el TI y el PN: recomendaciones y opciones legales y de política

En consideración de análisis realizado líneas atrás, en esta sección se presentan algunas recomendaciones preliminares de política para una implementación armónica de ambos instrumentos a nivel nacional.

- **Crear espacio legal para implementar el TI en la normativa de ABS.**

Las legislaciones de acceso que desarrollan el artículo 15 del CBD en ciertos casos preceden a la vigencia del TI (2004) y a la ratificación nacional del mismo. Tal es el caso de países como India, Costa Rica, Filipinas y otros. En algunos supuestos, la ausencia de normas excepcionando la aplicación de disposiciones generales de ABS ha creado dificultades para poder aplicar el TI (y su enfoque multilateral y facilitado). La literatura presenta como ejemplos, la India y Kenia.[74] En ambos países la falta de una excepción expresa o de regulaciones para la implementación del TI han traído consigo incertidumbre y posiciones diversas respecto a la necesidad de modificar la normativa vigente para dar "espacio legal" al funcionamiento del SML.

Un primer aspecto que es importante clarificar en las legislaciones nacionales radica en la ma-

[74] Cfr sobre estos casos Halewood et al *op cit*, (a) 2013.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

nera como el derecho internacional es recibido directamente en el orden interno por cada país y en algunas regiones por el derecho comunitario si este existiere. [75]

Una primera pregunta clave que debe ser respondida es la siguiente: ¿devienen las disposiciones del SML directamente aplicables en el país?. Si la respuesta es positiva, lo anterior podría implicar el que- sin necesidad de una disposición legal expresa o de modificar legislación preexistente que puede tener contenido diferente (en aplicación del principio de ley posterior)- exista una inmediata obligación de aplicar las reglas del SML. Esta conclusión podría conllevar que no sea estrictamente necesario modificar las normas de ABS para introducir una excepción o desarrollar alguna reglamentación específica para implementar el TI. [76]

En segundo lugar, los países que no cuentan con excepciones en su normativa de acceso que se refieran la operación del SML, podrían modificar la legislación nacional para constituir el espacio legal para la misma. La redacción concreta de esta cláusula debe pasar por un claro entendimiento de los alcances del SML tal y como se explicaron y de aquellos aspectos que aún no resulta completamente claros.

En tercer lugar, los países Partes del PN deben considerar al momento de desarrollar/modificar normas de ABS, lo dispuesto en el artículo 4. Este como se explicó claramente dispone la base legal para apoyar el funcionamiento del SML de TI (como un instrumento jurídicamente especializado), el cual tomará precedencia sobre el PN siempre que se cumplan los requisitos indicados (para los recursos y propósitos del instrumento especializado).

- **Recursos genéticos en condiciones in situ**

Un tema más complejo es la regulación del acceso en condiciones ex situ indicado en el artículo 12.3.h. El significado y alcance de esta disposición no ha sido objeto de una decisión específica por parte del OR (aunque ha sido objeto de análisis y opinión por parte del CAT).

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica es importante que los países clarifiquen si:

a) Los recursos genéticos en condiciones in situ bajo administración y control de la

[75] Sobre la relación entre la normativa comunitaria andina y el TI cfr Ruiz, Manuel, *Una lectura crítica de la Decisión 391 de la Comunidad Andina y su puesta en práctica en relación con el Tratado Internacional*, en Revista de Recursos Naturales y Ambiente, CATIE; No 53, abril del 2008.

[76] De hecho, varios países han indicado que no es necesario modificar o introducir normas jurídicas para implementar las disposiciones del TI, tal es el caso de España y Alemania, entre otros. López Noriega et al en Halewood et al op cit (a) 2013

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Parte contratante y en dominio público se encuentran automáticamente incluidos en el SML (aunque en principio la notificación de cuáles son estas áreas puede ser un paso posterior)

b) Ante la ausencia de estándares emitidos por el OR, clarificar (por ejemplo, mediante una directriz o acción semejante) cuál es la normativa que regirá tales recolectas y transferencias (por ejemplo aquella relativa a la recolección de recursos biológicos u otras[77]) y en caso de no poder utilizar alguna previamente existente, proceder a considerar la emisión de reglas específicas o medidas administrativas si procede. Aplicar la legislación nacional de ABS conllevaría la exigencia de requisitos que no son compatibles con lo dispuesto en el artículo 12 del TI (recuérdese además que este inciso h comienza con la frase "sin perjuicio de").

c) Informar e involucrar a las autoridades ambientales que normalmente estarán a cargo de áreas protegidas estatales u otras áreas que estarían consideradas bajo la administración y control de las Partes, con el fin de facilitar la implementación del sistema seleccionado. Falta de conocimiento e información pueden- en la práctica- dificultar la aplicación de las disposiciones del TI (dependiendo de la interpretación final que sobre el alcance del artículo 12.3.h tengan las autoridades nacionales).

- **Identificación de los responsables de firmar los ANTM y mejora en la coordinación, colaboración y flujo de información con las autoridades responsables de ABS.**

Un aspecto crítico para la implementación del TI resulta en la determinación de los recursos comprendidos y de las instituciones que tendrá la potestad legal de firmar los respectivos ANTM.

Esta identificación de los centros, colecciones, ministerios u otros que al final del día serán los que realicen la transferencia de los RFAA y de la información conexa no confidencial permitiría conocer con certeza los actores involucrados en la operación del SML y la firma del ANTM. Este aspecto transciende la mera existencia de Puntos Focales del TI. Dado que en la mayoría de las experiencias conocidas de implementa-

[77] Algunos han sugerido que se trataría de reglas similares a las encontradas en el Código de Conducta de la FAO sobre Recolección de Germoplasma.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

ción del SML, no existe un procedimiento o autoridad nacional única que reciba las solicitudes (con la excepción de Canadá y algún otro), estas se dirigen directamente al Centro/Institución encargado de tomar decisiones sobre las colecciones y firmas acuerdos legales en general.

El propósito de lograr esta clara identificación es establecer mecanismos de colaboración e intercambio de información entre los responsables de firmar los ANTM y las autoridades de ABS. Una mejor coordinación redundaría en la creación de un clima de confianza entre quienes- al final- están autorizando la transferencia y uso de recursos genéticos del país. Debe indicarse que los mecanismos creados para el reporte del cumplimiento de las obligaciones del ANTM (que han sido facilitados mediante recursos informáticos), resultan en la producción de datos que son mantenidos confidenciales para terceros.[78] Adicionalmente, conocer mejor la manera como en la práctica se aplica el SML permitiría a las autoridades de ABS adquirir mayor seguridad de que las transferencias de RFAA se realizan en el marco de lo autorizado por el TI o las respectivas excepciones de las leyes de ABS en los casos en qué estas existan.

- **Sanciones por acceso ilegal y el ANTM**

Asimismo, desde la perspectiva del derecho nacional (no únicamente contractual), la violación de los términos del Acuerdo Normalizado por un usuario, podría a la vez constituirse en una transgresión a la legislación de ABS, especialmente en los casos en que la aplicación del SML se permite mediante el establecimiento de una excepción. En estos casos, y como parte de las actividades de mejora en la comunicación anteriormente sugerida, sería recomendable establecer procedimientos de comunicación. Lo anterior sin perjuicio de reconocer que las partes de la relación contractual son el proveedor y el usuario (y la FAO como Tercera Parte Beneficiaria).

- **Derechos del Agricultor y CT**

Otro aspecto de interés a ser considerado es el desarrollo de procesos nacionales para la tutela de los CT bajo el PN/CBD que al mismo tiempo se conviertan en un canal para la realización práctica del derecho del agricultor. Nada impide emprender un ejercicio que sea suficientemente comprensivo, como lo demuestra la experiencia comparada.[79]

[78] Esta información sirve a varios propósitos entre ellos para que la Tercera Parte Beneficiaria pueda iniciar acciones legales si es procedente.

[79] Este el enfoque que además recoge la Ley de Biodiversidad de Costa Rica al estipular que los derechos intelectual comunitarios sui generis serán impulsados por la

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

- **Inclusión voluntaria de cultivos del Anexo I por parte de personas físicas y jurídicas.**

El TI permite a las personas físicas y jurídicas incluir voluntariamente en el SML RFAA del Anexo 1 (artículo 11.3). El lenguaje utilizado por el TI se refiere a la posesión de RFAA y no a la propiedad y en definitiva, la inclusión dentro del SML no modifica el régimen jurídico respecto a la titularidad. No obstante, es importante indicar que en algunos países (Costa Rica, Comunidad Andina, etc.). Los recursos genéticos (y bioquímicos) son propiedad estatal, por lo cual podrían surgir algunas dudas con relación a la legitimación de personas físicas y jurídicas detentadores de RFAA para incorporarlos al SML sin el consentimiento de las autoridades nacionales. Aunque en principio, dado que la fuente jurídica que permite (e incluso requiere a las Parte a alentar tal inclusión) es el propio TI y a que no existe ninguna implicación sobre la propiedad de los RFAA, este proceder por parte de personas físicas y jurídicas debería considerarse congruente con el ordenamiento jurídico del país. Pese a ello, es conveniente considerar jurídicamente este aspecto.

- **El certificado de cumplimiento, los puntos de verificación y el ANTM**

En el caso de la implementación nacional del PN un aspecto de interés al establecer los denominados puntos de chequeo o verificación (artículo 17) y las medidas para apoyar el cumplimiento de las legislaciones de ABS foráneas (artículos 15 y 16), radica en el papel que puede atribuirse al ANTM como mecanismo para: a) verificar en puntos de chequeo específicos la legalidad del acceso (en general lo dispuesto en el artículo 17.1.a(i)); y b) como parte de las exigencias legales de posibles medidas de apoyo a las medidas de ABS de otras naciones. Aunque este aspecto no está completamente claro y ciertos aspectos derivados del mismo- como por ejemplo la relación del ANTM con el certificado de cumplimiento internacionalmente reconocido- dependerían de decisiones de la CO-P/MOP del PN, es importante que los tomadores de decisiones a nivel nacional presten atención a las particularidades y opciones existentes. Experiencias de derecho comparado como la Noruega pueden merecer un estudio a efectos de determinar su efectividad y conveniencia.

- **Desarrollo de actividades conjuntas de desarrollo de capacidades/ talleres y actividades de creación de conciencia**

Oficina Técnica de la CONAGEBIO en asocio con la Mesa Campesina y la Mesa Indígena (artículo 83).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Finalmente, un aspecto crucial para lograr una interpretación sinérgica, estaría constituido por la realización conjunta por parte de los Puntos Focales y autoridades nacionales de ambos Tratados de talleres, seminarios y otras acciones de capacitación. Podrían aprovecharse las actividades que se están realizando en el marco de la ratificación del Protocolo de Nagoya o del Programa Conjunto de Creación de Capacidades entre Biodiversity y el TI (en países seleccionados) para promover este tipo de acciones. Adicionalmente, la participación conjunta en reuniones preparatorias nacionales para las COP u otras similares de los Convenios permitiría mejorar la información sobre el funcionamiento de los mismos y la creación de posiciones nacionales coherentes en los diferentes ámbitos.[80]

Acrónimos y Abreviaturas utilizados:

ABS: Acceso A Recursos Genéticos Y Distribución de Beneficios

ANTM: Acuerdo Normalizado De Transferencia de Materiales

ADPIC: Acuerdo Sobre Los Derechos De Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la OMC

CAT: Comité Asesor Técnico del SML y del ANTM

CBD: Convenio sobre la Diversidad Biológica

CIAA: Centros Internacionales de Investigación Agrícola

COP: Conferencia de las Partes del CBD

CIPN: Comité Intergubernamental del Protocolo de Nagoya

CT: Conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos

CRGAA: Comisión de Recursos Genéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO

DA: Derechos del Agricultor

DPI: Derechos de Propiedad Intelectual

GTABS: Grupo de Trabajo sobre Acceso a Recursos Genéticos y Distribución de Beneficios

GETL: Grupo de Expertos Técnicos y Legales del CBD

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

OR: Órgano Rector del Tratado Internacional

PIC: Consentimiento informado previo

PN: Protocolo de Nagoya

RG: Recursos genéticos

RFAA: Recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura

TMA: Términos mutuamente acordados

RI: Régimen Internacional

SML: Sistema Multilateral de Acceso del Tratado International de la FAO

TI: Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la FAO

UPOV: Unión para la Protección de las Nuevas Variedades de Plantas.

[80] Por ejemplo en Ruanda se ha propuesto la constitución de un Comité Interministerial de Coordinación para los temas de ABS (tanto bajo el CBD y el PN como del TI), integrado por diversos actores del sector agrícola, ambiental, ciencia y tecnología, áreas protegidas, entre otros. Cfr Halewood et al *op cit* (a) 2013

AVANZANDO EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO A TRAVÉS DE LA COMPETENCIA WILLEM C. VIS INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION MOOT

José Pablo Quirós*

Rocío Pérez** y

Viviana Méndez***

Resumen: *Durante un poco más de dos décadas, la competencia Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot ha fomentado la promoción y la práctica del Derecho internacional comercial y comparado, mediante la participación de estudiantes alrededor del mundo en la resolución y argumentación de una disputa de arbitraje internacional. Mientras que el propósito principal de la competencia ha sido equipar a los estudiantes con las herramientas necesarias para convertirse en exitosos abogados internacionales, la actividad también ha promovido la creación de amistades y conexiones longevas que trascienden los límites de las jurisdicciones. En un intento de transmitir el espíritu de la competencia, la complejidad de la misma, y las lecciones que nos ha inculcado, escribimos el presente artículo compartiendo nuestro análisis de los temas sustantivos legales en controversia en este caso. De esta manera, esperamos contribuir a la academia y compartir el conocimiento que adquirimos durante el Moot, con la aspiración que inspiremos a otros a participar en esta actividad y a gozar de los extraordinarios beneficios que otorga.*

Abstract: *For over two decades, the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot has fostered the development and practice of international commercial and comparative law by drawing students from around the world to resolve and argue a commercial dispute through arbitration. While the Moot has primarily helped equip students with the tools necessary to become successful international practitioners, it has also promoted the creation of long-lasting friendships and connections that transcend the limits of jurisdictions. In an attempt to convey the spirit of the Moot, the complexity of the work it entails, and the lessons it has imbibed in us, we write the following article sharing our analysis of the substantive legal issues in controversy of the case. In this sense, we hope to advance scholarship and share the understanding that we gained during the Moot, with the aspiration that it will inspire others to participate in this activity and benefit from its extraordinary opportunities.*

*Participante en el equipo de Willem C. Vis de la Universidad de Costa Rica en el año 2014-2015 y estudiante de la facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

**Entrenadora ("coach") de los equipos Willem C. Vis de la Universidad de Costa Rica en los años 2011-2012, 2013-2014, y 2014-2015; J.D. de Duke University School of Law y gerente del departamento de Global Legal Skills en Arias & Muñoz, Costa Rica.

***Co-Entrenadora ("student-coach") del equipo Willem C Vis. De la UCR del año 2014-2015, organizadora y participante en los equipos Willem C. Vis en los años 2011-2012 y 2013-2014; y estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

La competencia Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot Court (en adelante "Vis Moot") es la competencia más grande a nivel mundial de arbitraje internacional comercial. Durante los últimos veintidós años se ha convertido en un evento educativo que reúne a estudiantes y profesionales de todas partes del mundo en Viena, Austria, para debatir y resolver una disputa derivada de un contrato de venta comercial a la luz de la Convención de Viena sobre la Compraventa Comercial Internacional ("CISG" por sus siglas en inglés), los Principios UNIDROIT 2010, y la ley modelo de arbitraje internacional comercial de CNUDMI.[1]

Este artículo es posible gracias a la dedicación y el trabajo de los miembros del equipo de Willem C. Vis 2014-2015 de la Universidad de Costa Rica: Alejandra Fernández, Ericka Unfried, Fabiola Madrigal, Felipe Volio Soley, José Pablo Quirós y María Lucía Torrealba, los cuales han consentido a su publicación y mantienen todos los derechos de autor del mismo.

Cada año, los organizadores del Vis Moot crean un caso que implica los temas más recientes y complejos en la práctica del arbitraje internacional con el objetivo de que los estudiantes preparen dos memorandos escritos, así como argumentos orales defendiendo a ambas partes, frente a verdaderos árbitros de talla internacional.[2] De esta forma, el problema, y el trabajo que le precede, están diseñados para preparar a estudiantes de diversas jurisdicciones a trabajar en el escenario internacional mediante el desarrollo de métodos y estándares internacionales de redacción y análisis legal, investigación legal de derecho comparado,[3] oralidad,[4] y trabajo en equipo.[5] Las implicaciones de este fenómeno

[1] Para mayor información sobre la competencia, puede visitar el sitio de la misma disponible en: https://vismoot.pace.edu

[2] Eric E. Bergsten, *Teaching about International Commercial Law and Arbitration: the Eighth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot,* Vindobona Journal of Arbitration, 18 VJ, No. 4 (2001) 481-486.

[3] Para leer más sobre el desarrollo de técnicas de investigación de derecho comparado en la competencia ver: Jeff Waincymer, *International and Comparative Legal Education through the Willem C. Vis Moot Program: A Personal Reflection,* Vindobona Journal of Arbitration, 5 VJ 251, (2001), 251-283.

[4] Para leer más sobre el desarrollo de técnicas de oralidad en la competencia ver: Leonila Guglya, *Oral Advocacy training: A beginners looks at the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot from a coaching perspective,* Vindobona Journal of Arbitration, 12 VJ (2008) 125-138.

[5] En este sentido ver: Mark R. Schulman, Making Progress: How Eric Bergsten and the Vis Moot Advance the Enterprise of Universal Peace, Pace International Law Review, 24, No. 1 (2012), 1-20, manifestando que: "[*t]he thrilling week of Vis competition may overshadow an equally important educational function that the Moot performs even before people travel to Vienna: teaching substantive law through the process of writing briefs. As Pace Professor and current Dean of the Law School, Michelle Simon, noted twenty years ago, just as the Vis Moot was being launched: "the benefits of teaching substance through the process of writing are extraordinary." Law students benefit greatly from the kind of active learning they experience while conducting research and writing their moot court briefs. This benefit is particularly*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

son incontables: permiten la internacionalización de abogados de jurisdicciones pequeñas; equiparan a abogados de Azerbaiyán o Costa Rica a brindar servicios legales de igual calidad a los de las grandes firmas en Nueva York;[6] y brindan igualdad de oportunidades a hombres y mujeres para adentrarse en la profesión y la práctica del derecho internacional.[7]

Este año, fuimos parte del grupo que representó a la Universidad de Costa Rica en la vigésimo segunda edición de la Competencia Willem C. Vis, en donde tuvimos el privilegio de presentar nuestros argumentos ante árbitros de la más alta categoría, muchos de la Cámara de Comercio Internacional, y otros que provienen de diversas jurisdicciones. Durante este tiempo pudimos conocer y trabajar con cientos de estudiantes de facultades de Derecho de todas partes del mundo por medio de sesiones Skype de preparación con otros equipos, pre-competencias ("pre-moots") en países diversos (en nuestro caso, asistimos a los pre-moots en Budapest y Serbia), y asimismo pudimos asistir a eventos sociales planeados por el Vis Moot Alumni Association, los cuales se aseguran que se dé un intercambio cultural y se creen amistades con estudiantes de todo el mundo.

Esta experiencia, más allá de ser sumamente enriquecedora en el ámbito personal, nos ha brindado un entendimiento amplio del arbitraje internacional comercial. Mediante este artículo pretendemos explicar **(I)** una breve reseña del caso de la vigésima segunda edición del Moot, así como **(II)** los temas principales abordados por el caso de esta edición de la competencia, con la intención de transmitir la importancia educativa de esta actividad, y la oportunidad para que los estudiantes costarricenses puedan conocer más a fondo lo que es el arbitraje internacional y con ello llegar a ser mejores profesionales en el futuro. Finalmente **(III)** brindaremos nuestras conclusiones al respecto de la experiencia educativa y el caso; con la conclusión que valió la pena todo el esfuerzo que representó la preparación para la competencia–.

I. EL CASO DE LA VIGÉSIMA SEGUNDA EDICIÓN DEL VIS MOOT

El caso del Vis Moot se ha diseñado durante casi veintidós años como un expediente que simula una disputa de arbitraje internacional comercial. En este sentido, el caso típico contiene un requerimiento arbitral, una contestación o contrademanda, la estructuración de términos de referencia, la designación y aceptación de

notable for the Vis participants because so many come from countries that offer few of such opportunities—in contrast to the United States, where law students have many opportunities to participate in moot courts (…)".

[6] Mark R. Schulman, Making Progress: How Eric Bergsten and the Vis Moot Advance the Enterprise of Universal Peace, Pace International Law Review, 24, No. 1 (2012), 1-20.

[7] Arbitral Women, *Reflections on the Vis Moot,* Arbitral Women Newsletter, No. 3 (Mayo 2011), 1-19.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

árbitros, y la comunicación entre partes que fijan la fecha de las audiencias orales.[8] Asimismo, el caso generalmente versa sobre la compraventa de bienes que pueden rondar desde la compraventa internacional de calamares, hasta la compraventa internacional de equipo médico sofisticado.[9]

El caso de la vigésima segunda edición giró en torno a la compraventa de un mineral llamado coltán.[10] Dicho mineral es utilizado en la mayoría de los aparatos electrónicos, y una gran parte de las reservas se encuentran en la República Democrática del Congo. La explotación del mismo ha causado grandes problemas en el tema de abusos de derechos humanos.[11] Su alto valor comercial en conjunto con su gran costo humano ha hecho del coltán un mineral cuyo valor en el mercado es sumamente volátil.

"Mediterraneo Mining" (parte demandada) era la única compañía en el mundo que producía el coltán en una zona libre de conflicto. Dicha compañía fue contactada por "Vulcan Coltan" (parte actora) para la compraventa de cien toneladas métricas del producto. Tras una serie de negociaciones entre los representantes de ambas empresas y el de la casa matriz de la parte actora, "Global Minerals", (que había tenido una relación contractual previa con Mediterraneo Mining), se firmó un contrato con una cláusula arbitral entre la parte demandada y la actora, junto con un "*endorsement*" de Global Minerals, por 30 toneladas métricas de coltán, con un valor de 1,35 millones de dólares; y con CIF INCOTERMS. Mediterraneo Mining se negó a firmar el contrato por una cantidad mayor, puesto que ya tenía otros contratos con otros clientes.

A las dos semanas, el representante de Mediterraneo Mining le comunicó al gerente de Vulcan Coltan que estaba "complacido de informarle" que iban a poder entregarles las 30 toneladas métricas de coltán antes de lo previsto, y que en virtud de que uno de sus clientes principales había caído en quiebra, contaban con 150 toneladas métricas adicionales de coltán de las que se querían deshacer lo más pronto posible. Mediterraneo Mining también hizo envío del conocimiento de embarque en el que se indicaban CIP INCOTERMS (distintos al acuerdo de CIF INCOTERMS). Ante esta información, el representante de Global Minerals respondió inmedia-

[8] Ver, por ejemplo, Eric E. Bergsten, *Teaching about International Commercial Law and Arbitration: the Eighth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot,* Vindobona Journal of Arbitration, 18 VJ, No. 4 (2001) 481-486.

[9] En este sentido, ver los problemas de la décimo octava y vigésimo primera edición de la competencia.

[10] Para tener acceso al caso de la vigésima segunda edición ver: https://vismoot.pace.edu/media/site/22nd-vismoot/22MootProblem.pdf

[11] Ewan Sutherland, *coltán, the Congo and your cellphone: The connection between your mobile phone and human abuses in Africa,* disponible en la página del Michigan Institute of Technology, http://web.mit.edu/12.000/www/m2016/pdf/coltan.pdf (2011) 1-26,

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

tamente que acordaba ampliar las condiciones de del contrato original a cien toneladas métricas de coltán. Adicionalmente, éste adjuntó la carta de crédito por un valor de $4.5 millones, que permitía enviar un mínimo de treinta y un máximo de cien toneladas métricas, con la cantidad de dinero correspondiente; así como con CIP INCOTERMS.

Tras un incremento posterior en el precio del coltán, el representante de Mediterraneo Mining rechazó la carta de crédito que le había sido enviada, y adujo que la misma no cumplía con los requisitos del contrato original, ya que pagaba hasta cien toneladas métricas de coltán y no exactamente treinta, además de que incluía CIP INCOTERMS, distintos de los establecidos en el contrato. A ello, el representante de la matriz contestó que la carta correspondía a la modificación del contrato según la correspondencia de las partes. No obstante, de manera preventiva, emitió otra carta de crédito, pero ésta vez por 30 toneladas métricas, y con CIF INCOTERMS. Esta carta fue nuevamente rechazada por Mediterraneo Mining, en virtud de que había sido enviada fuera del tiempo establecido por el contrato.

Ante la negativa de recibir las cartas de crédito, Vulcan Coltan presentó requerimiento arbitral en contra de Mediterraneo Mining ante la Cámara Internacional de Comercio, así como la solicitud de medidas cautelares por parte de un árbitro de emergencia, de conformidad con las Reglas CCI del 2012. En respuesta, Mediterraneo Mining contrademandó y solicitó el apersonamiento de Global Minerals al proceso.

II. TEMAS PRINCIPALES ABORDADOS POR EL CASO: JURISDICCIÓN DEL TRIBUNAL, ARBITRAJE DE EMERGENCIA Y RESOLUCIÓN CONTRACTUAL

Cada año, los casos de Willem C. Vis abordan temas controversiales en el arbitraje que generan diferencias de opinión y legislación en varios países, e incluso, dentro de las mismas jurisdicciones. Este año, los temas debatidos incluían **(A)** teorías para permitir el arbitraje multi-parte cuando una parte no ha consentido explícitamente a ser parte del arbitraje; **(B)** el otorgamiento de medidas cautelares por un árbitro de emergencia cuando existía un acuerdo otorgándole a las cortes nacionales "jurisdicción exclusiva" para otorgar dichas medidas, y **(C)** la resolución contractual bajo el CISG en el contexto de un contrato internacional por cantidades industriales de materia prima. Mediante este artículo, se presentará el análisis y fundamento legal más importante de estos temas, tomando en consideración el criterio de los árbitros profesionales durante las rondas orales.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

A. Teorías para lograr un arbitraje multi-parte cuando una parte no ha consentido explícitamente a ser parte del arbitraje

Si las partes de una relación comercial no han aceptado la jurisdicción arbitral como medio para dirimir sus controversias, cualquier laudo que se dicte no será válido o las jurisdicciones extranjeras podrán rehusarse a reconocerlo.[12]

El arbitraje es un método de resolución alternativa de conflictos en el cual las partes acuerdan resolver sus disputas ante un árbitro privado,[13] y no ante una corte nacional.[14] Sin embargo, como en la mayoría de los estados modernos se considera el derecho de acudir a la justicia nacional un derecho fundamental,[15] cualquier acuerdo privado que le quite a las partes esta posibilidad, deberá constar expresamente. [16]

Ya que la jurisdicción arbitral es creada exclusivamente por la voluntad de las partes, dicho acuerdo deberá ser comprobado mediante un acuerdo arbitral[17] el cual deberá constar por escrito,[18] para luego ser legalmente exigible.[19] El requisito de escritura se satisface cuando las partes firman un contrato que contiene una cláusula arbitral, o refieren a la existencia de una cláusula en otro documento. En esta manera, el árbitro puede asegurarse que ninguna parte sea forzada a arbitrar cuando no lo quiere.[20]

Conforme las relaciones comerciales se han tornado más complejas, y existen pluralidad de partes que intervienen en ellas, se ha tornado más difícil descifrar quién aceptó arbitrar una disputa y quién no. En este sentido, si el árbitro obliga a una de las múltiples partes a arbitrar a pesar de que no aceptó la jurisdicción arbitral, el laudo podría eventualmente ser anulado.

En nuestro caso, tres partes firmaron el contrato que contenía el acuerdo arbitral (la casa matriz, Vulcan Coltan y Mediterraneo Mining), más la casa matriz del demandado firmó el contrato únicamente como "*endorser*,"[21] un término que

[12] En este sentido ver el artículo V de la Convención de Nueva York.
[13] Mathias Collot & Laurent Debeaud, *L'arbitrage international*, available at: http://www.annales.org/ri/2000/11-2000/03-09.pdf (1991), 3.
[14] Emmanuel Fouchard, L'arbitrage commercial international, Dalloz, Paris (1965) ¶11.
[15] Adelina Villalobos López and Mauricio París Cruz, *La cláusula arbitral a partes no signatarias*, Revista de Ciencias Jurídicas, (2013), 27.
[16] Christoph Schreuer, *Consent to arbitration*, available at: http://www.univie.ac.at/intlaw/con_arbitr_89.pdf, University of Vienna (2007), 1-41.
[17] Gary Born, International Commercial Arbitration, Wolters Kluwer, The Hague, (2009), 1141.
[18] Mauro Rubino-Sammartano, International Arbitration: Law and Practice, 2nd. Ed., Kluwer Law International, The Netherlands (2001), 195; en el mismo sentido ver: Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern and Martin Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, Oxford University Press, New York (2009) ¶1-10.
[19] Emilia Onyema, International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract, Roudledge, New York (2010), 17.
[20] Ver por ejemplo los trabajos preparatorios de la preparación de la ley modelo de arbitral de CNUDMI.
[21] En el presente artículo no se traducirá el término "*endorser*" al castellano, en virtud que el problema del caso

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

no se definió en el contrato. Por consiguiente, surge la controversia de que si se puede o no obligar a la casa matriz a ser parte del proceso arbitral en virtud de dicha firma; es decir: representa dicha firma de "*endorser*" el consentimiento de la casa matriz a arbitrar las disputas que surjan entre Vulcan Coltan y Mediterraneo Mining.

Para solucionar dicha controversia se presentan tres argumentos como parte actora y demandada: (**1**) que la firma era (o no) prueba del consentimiento explícito de la casa matriz a ser parte del arbitraje; (**2**), que podía obligarse (o no) a la casa matriz a arbitrar con base en la doctrina del Grupo de Compañías; y (**3**) que debía obligarse (o no) a la casa matriz a arbitrar mediante la doctrina de la buena fe mediante la figura de la doctrina de los actos propios (*estoppel*).

Estos tres argumentos se explicarán a continuación, mas es importante rescatar que durante la competencia los árbitros confirmaron algo esencial: lo más importante para comenzar un proceso arbitral contra una parte sigue siendo la existencia de su consentimiento explícito. En el caso de que ese consentimiento explícito no se pueda establecer, se podrán acudir a doctrinas de consentimiento implícito solamente en casos muy específicos. Así se asegura que la institución del arbitraje internacional se mantenga fiel a su "*raison d'être*" –ser una manera de resolución de conflictos entre partes que así lo hayan acordado.

1. *La posibilidad de establecer jurisdicción sobre una parte por medio de su firma como "endorser"*

Cuando las partes firman contratos que contienen acuerdos arbitrales, se presume que han aceptado arbitrar.[22] ¿Sin embargo, qué pasa cuando una parte firma un contrato y se denomina un "*endorser*" del mismo, sin definir este término? ¿Se encuentra esta parte también obligada a arbitrar? Los árbitros centraron su atención durante las rondas orales en este tema, ya que lo determinante en el contexto del comercio internacional, es poder definir si realmente hubo consentimiento explícito.

Dado que el texto del contrato no era lo suficientemente claro para responder estas preguntas, los árbitros tuvieron que acudir a las reglas de interpretación contractual que regían la cláusula arbitral. En nuestro caso, estas eran las leyes de "Danubia," un país ficticio, cuya ley comercial era una adopción textual de los Principios UNIDROIT (2010) para contratos comerciales, redactados y publicados por el Instituto

estableció claramente que el concepto era desconocido para todas las partes, y que no podía equipararse con el término de avalista, o garante.

[22] Laudo CCI No. 1434. 1976. Disponible en: http://www.trans-lex.org/201434; Laudo CCI No.2321. 1976. Disponible en: http://www.trans-lex.org/202321

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado (UNIDROIT). Los Principios UNIDROIT se crearon para proveer un cuerpo normativo uniforme que recogiera principios generales de la *lex mercatoria* y que pudieran ser de adopción por las partes para evitar que alguna se viera beneficiada injustamente por leyes nacionales proteccionistas.[23]

El artículo 4.1 de los Principios UNIDROIT[24] establece que la intención común de las partes deberá prevalecer en cuanto a la determinación de los términos de un contrato. Por ende, esto le permitiría a un árbitro analizar el comportamiento relevante de las partes, no solamente el texto contractual. Adicionalmente, el artículo 4.3 de los Principios UNIDROIT guía a los árbitros con respecto a las circunstancias que pueden comprobar esta "intención común" – las cuales serían las negociaciones previas entre las partes, las practicas establecidas entre las mismas, y la conducta de las partes después de la conclusión del contrato.

Para explicar de manera práctica el alcance de las reglas de UNIDROIT, así como para poder establecer analogías a nuestros hechos, también se citaron y analizaron casos en los cuales el significado de la firma de un "*endorser*" era el tema principal. En mucho des estos casos, se llegó a determinar que la firma en el contrato no implicaba una aceptación del acuerdo arbitral, debido a que la parte no ha aceptado realizar todas las obligaciones contractuales.[25] Por ejemplo, en el caso CCI No. 6769, cuando el sub-contratante Z firmó un contrato entre las partes X y Y, para reconocer que entendía los requisitos técnicos de un anexo al contrato, se entendió que Z no era parte del contrato porque no llevaría a cabo ninguna de las obligaciones.

El análisis jurisprudencial establecía que generalmente los garantes o fiadores no son considerados parte de un acuerdo arbitral, incluso si firmaron un contrato que contenía tal acuerdo.[26] Por ejemplo, en el caso 4A_128/2008,[27] un contratista catarí acordó llevar a cabo trabajos de excavación con un sub-contratista chipriota. La casa matriz del contratista catarí firmó una letra de garantía en favor del sub-contratista. Tras una disputa, la empresa chipriota presentó requerimiento arbitral en contra de la empresa catarí y su casa matriz. No obstante, el Tribunal determinó que la casa matriz italiana, siendo el

[23] Sural, Ceyda. Respecting the Rules of Law: the UNIDROIT Principles in National Courts and International Arbitration. 14 VJ 249 - 266 (2010) http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sural.pdf

[24] UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts. 2004

[25] Laudo CCI No. 6769. 1991. Disponible en: Savage, John and Gaillard Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 1999

[26] Laudo parcial No. 8910. 1998. Disponible en: Hanotiau, Bernard. *Complex Arbitrations*. Kluwer Law International, 2005.

[27] 4A_128/2008. Primera División de Derecho Civil, Suiza. 19 Agosto, 2008. Caso No. 4A_128/2008.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

fiador, no era un signatario de la cláusula arbitral, puesto que se estableció que garantizar una obligación es radicalmente distinto de asumirla, por lo cual los fiadores se mantienen como sujetos accesorios a la obligación, a pesar de haber estampado su rúbrica en la garantía.

Sin duda alguna, el caso más relevante para el debate sobre el significado de la firma como "endorser" sería el caso Stellar Shipping.[28] En este, la cláusula arbitral sí fue extendida a una casa matriz (Stellar Shipping) al encontrarse que esta había firmado un contrato de garantía, y así había aceptado asumir las obligaciones de su subsidiaria (Phiniqia International) en la relación contractual, si esta última no podía cumplir. Por tanto, se establecía que con su firma, Stellar Shipping había "*endorsed*" cada uno de los términos del contrato, los cuales incluían una cláusula arbitral.

En este contexto, la corte inglesa afirmó que la forma natural y comercialmente razonable de entender la firma en el contrato de garantía, y con ella el "*endorsement*" de Stellar Shipping, era de ligarlos al acuerdo arbitral, puesto que era esperable que Stellar quisiera lidiar de la misma forma con todas las disputas que surgieran por ese contrato que había garantizado al estampar su rúbrica. Así, no se podía pensar, según estableció la corte, que Stellar querría llevar algunas de las disputas de ese contrato a arbitraje, y otras las llevaría por vía ordinaria.

Durante el Vis Moot, los estudiantes argumentaron ambas posiciones usando los hechos del caso para comprobar esta "intención común" de arbitrar o no. La parte actora argumentó que el Tribunal no tenía jurisdicción sobre Global Minerals, ya que el alcance de la firma de Global Minerals, como "*endorser*," se limitaba a una mera garantía financiera y no una aceptación del acuerdo arbitral. Por su parte, Mediterraneo Mining alegó que el tribunal tenía jurisdicción sobre Global Minerals por virtud de su firma. No obstante, lo que resultó de crucial importancia fue lograr determinar los alcances de la firma y el contenido que fuera proporcionado al término "*endorser*", pues si se lograba probar el consentimiento al arbitraje el Tribunal tendría automáticamente jurisdicción sobre la casa matriz.

Por lo tanto, se logró concluir que un árbitro comercial no podrá trazar conclusiones de forma inmediata, al observar una firma en el contrato que contiene una cláusula arbitral. Por el contrario, se esperará que él realice un análisis exhaustivo de la intención que subyace a la firma, así como de los elementos de facto que se derivan de dicha acción.

[28] Stellar Shipping Co Llc v. Hudson Shipping Line. High Court of Justice – Queen's Bench Division, Commercial Court. 18 Noviembre 2010. Caso No. [2010] EWHC 2985 (Comm).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

2. ***La posibilidad de establecer jurisdicción, por medio de la doctrina de "Grupo de Compañías" (en inglés, "Group of Companies Doctrine"), sobre una parte que no ha firmado la cláusula arbitral***

En el caso que el árbitro no aceptase el argumento previo para fundamentar su jurisdicción sobre Global Minerals, el demandante también estableció un argumento alternativo invocando la doctrina del Grupo de Compañías. Esta Doctrina fue desarrollada en Francia a finales del siglo XX en el Caso Dow Chemical[29] y estableció que se podría extender la cláusula arbitral a un tercero no-signatario siempre y cuando hubiera: una misma realidad económica entre el no-signatario y el signatario; un rol activo del no-signatario en la formación, ejecución y terminación del acuerdo arbitral y una intención común de incluir al no signatario como parte del acuerdo.[30] En un principio, el debate del caso versaba sobre dos elementos principales: **a)** si el Tribunal debía aplicar la Doctrina del Grupo de Compañías; y **b)** si los tres requisitos citados *supra* se cumplían.

a. *La aplicación por parte del Tribunal de la Doctrina del Grupo de Compañías para extender la cláusula arbitral*

La aplicación de la doctrina del grupo de compañías ha sido sumamente polémica a nivel internacional, tanto por los requisitos sustantivos que la integran, como por la contravención de principios esenciales del arbitraje que su aplicación puede significar. No obstante, existen argumentos sustanciales a favor de su aplicación.

El motivo por el cual la Doctrina resulta tan controversial, versa sobre los aspectos relativos al consentimiento del no-signatario, los cuales fueron subrayados por la parte actora en sus argumentos. En relación con dicho punto, se adujo que la doctrina no debía ser aplicada para extender la cláusula arbitral a Global Minerals pues, en primer lugar, se ha alegado que ésta ignora y contraviene la regla uniforme en arbitraje: que los no-signatarios sólo pueden unirse a un procedimiento arbitral si ellos lo consienten.[31]

Según este principio, a los no-signatarios no debería extendérseles la cláusula arbitral meramente por pertenecer a un grupo comercial, en el que una parte firmó la cláusula arbitral; sino más bien porque su intención fue unirse al pro-

[29] Laudo ICC No. 4504. 1993. Caso No. 4504. Disponible en: http://www.trans-lex.org/116200/

[30] *Ibid.*

[31] Park, William C. *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*. Oxford, 2009, ¶1.76

Maxson, Johanna. *Binding Non-Signatories to Arbitration Agreements The Issue of Consent in International Commercial Arbitration*. Disponible en: https://gupea.ub.gu.se/bitstream/2077/35239/1/gupea_2077_35239_1.pdf, 7

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

cedimiento arbitral.[32] Además, se ha argüido que se ha brindado la posibilidad de crear compañías con personalidades jurídicas separadas, las cuales deben ser respetadas en momentos de conflicto, incluso si la casa matriz controla completamente a la subsidiaria.[33][34] Es por ello que jurisdicciones como Inglaterra, Estados Unidos y Suiza la han rechazado.[35]

Por su parte, Mediterrano Mining alegó que sí era válido utilizar la Doctrina del Grupo de Compañías para extender la cláusula arbitral a la casa matriz por dos razones. Primero, pues la Doctrina no contraviene principios del arbitraje como el consentimiento. De manera contraria, la aplicabilidad de la Doctrina gira en torno a que esta reconoce la necesidad de traspasar las formalidades legales para buscar el consentimiento de las partes para arbitrar aun cuando no hayan firmado una cláusula.[36] Para aplicar esta Doctrina, el escrutinio y la evidencia del consentimiento tienen que estar presentes.[37] Así, se afirma que la Doctrina en mención define los parámetros necesarios para determinar cuándo un no-signatario ha actuado en una forma que demuestra suficientemente su consentimiento para arbitrar,[38] por lo cual no contraviene principios propios del arbitraje. Es por ello que jurisdicciones como Francia y Canadá han aceptado la Doctrina.[39] La segunda razón para aplicar la Doctrina se basa en que la ley aplicable al procedimiento (las Reglas de 2012 de la CCI) permitía unir a terceros sin que estos necesaria-

[32] Rubino-Sammartano, Mauro. *International Arbitration Law and Practice.* JurisNet LLC, 3ra Edición, Enero 2014, 34; Savage, John and Gaillard Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 1999, 283.

[33] Tweeddale, Andrew. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice.* Oxford, 2005.

[34] En igual sentido ver Sarhank Group v. Oracle Corporation. Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Segundo Circuito. 14 Abril 2005. Caso No. 02-9383, en la cual la compañía Systems -una subsidiaria de Oracle- contrató con Sarhank. Sarhank presentó un requerimiento arbitral en contra de Oracle y Systems, con base en la Doctrina del Grupo de Compañías. La Corte negó la aplicación de la Doctrina y no trajo a Oracle al procedimiento arbitral, porque determinó que las partes solo podían ser compelidas a arbitrar si había hechos que comprobaran que había consentimiento para hacerlo. También, la Corte afirmó que la aplicación de la Doctrina en mención iría en contra de las expectativas ordinarias y usuales de comerciantes experimentados. El Tribunal señaló que el proceso de hacer negocios a través de una subsidiaria es completamente apropiado en las jurisdicciones modernas, dado que la razón principal que tenían las corporaciones para formar subsidiarias, es para desligarse de la posible responsabilidad contractual y extracontractual de la subsidiaria.

[35] Hunter, J. Martin and Redfern, Alan. *Redfern and Hunter on International Arbitration.* Oxford University Press, 2009, ¶2.45

[36] Savage, John and Gaillard Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 1999, ¶500; Pryles, Michael and Waincymer, Jeffrey. *Multiple Claims in Arbitrations Between the Same Parties.* Disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/0/12223886747020/multiple_claims_in_arbitrations_between_the_same_parties.pdf

[37] Park, William C. *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*. Oxford, 2009, ¶1.78

[38] Hanotiau, Bernard. *Complex Arbitrations*. Kluwer Law International, 2005, ¶466

[39] Townsend, John. *Non-Signatories in International Arbitration: An 55 American Perspective.* Kluwer International, 2005, 359; Blumberg, Phillip. *The Law of Corporate Groups.* Little, Brown and Company, 1983, 67

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

mente hayan plasmado su consentimiento firmando una cláusula arbitral.[40]

Estas dos posturas representan, a grandes rasgos, los argumentos principales sobre la aplicabilidad de la Doctrina del Grupo de Compañías. Como se dijo, la atención y las inquietudes de los árbitros se centraron esencialmente en estos aspectos problemáticos. Por lo tanto, resulta imporante lograr acreditar la aplicabilidad de dicha Doctrina en el ámbito internacional, antes de proceder a discutir sus requisitos sustantivos.

b. La determinación del cumplimiento de los requisitos de la doctrina del Grupo de Compañías

Para aplicar la doctrina del Grupo de Compañías la parte que solicita su aplicación debe de comprobar que existe i) una misma realidad económica entre el no signatario y el signatario ii) un rol activo del no-signatario en la formación, desarrollo y terminación del acuerdo arbitral y iii) una intención común de incluir al no signatario como parte del acuerdo. Estos elementos se deben acreditar por medio de juicios de subsunción fáctica, que permitan evidenciar que la conducta del no-signatario representó una demostración de consentimiento.[41]

Sobre el elemento de la misma realidad económica entre el no signatario y el signatario, dos o más empresas forman una misma realidad económica cuando poseen vínculos corporativos y son sustancialmente idénticas.[42] Adicionalmente, deben constituir entre sí una unidad organizativa de personal y poseer elementos tangibles e intangibles que persigan un mismo objeto económico a largo plazo.[43] En este caso, Global Minerals había creado a Vulcan Coltan como una subsidiaria para coordinar sus actividades en el mercado del coltán. Asimismo, los asesores corporativos de la subsidiaria constantemente buscaban asistencia de la matriz.

Con respecto al requisito del rol activo en la formación, desarrollo y terminación del acuerdo arbitral, se ha considerado que un tercero no signatario juega ese rol siempre y cuando se encuentre en el "corazón" de todas las negociaciones.[44] Es comprensible la generalidad de este

[40] Schwarz, Eric and Derains, Yves. *Guide to the New ICC Rules of Arbitration.*Kluwer Law International, 2005, 89-90

[41]Laudo CCI No. 1434. 1976. Caso No. 1434. Disponible en: http://www.trans-lex.org/201434

[42] Ver más en: Kim, Keechang and Mitchenson, Jason.*Voluntary Third-Party Intervention in International Arbitration for Construction Disputes.* Journal of International Arbitration, 2013; J.J Ryan & Sons, INC. v. Rhone Poulenc Textile, S.A. Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito, Estados Unidos. 13 de Diciembre 1988. Caso No. 55 863 F.2d 315

[43] Shell International Chemical Company Ltd v Commission of the European Communities . Sixth Chamber. 8 Julio 1999. Caso No. C-234/92 P

[44] Caso CCI No. 5103. 1989. Caso No. 5103. Disponible en: Hanotiau, Bernard. *Complex Arbitrations*, Kluwer Law International, 2005; Laudo CCI No. 6519. 1991. Caso No. 6519. Disponible en: http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5414892-07.pdf; Gravel, Serge and Peterson, Patricia. *French Law*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

requisito puesto que va a variar casuísticamente con respecto a los hechos del caso. En el caso, Global Minerals había negociado en nombre de la subsidiaria, emitió las cartas de crédito, participó directamente en todas las comunicaciones con Mediterraneo Mining y había escrito en un correo que se encontraban determinados a ejercer "nuestros" derechos por medio del arbitraje (haciendo referencia a sus derechos y a los de su subsidiaria).

No obstante lo anterior, los hechos especifican que la mayoría de los correos electrónicos que envió Global Minerals habían sido previamente discutidos con el representante de la subsidiaria. Asimismo, Global Minerals manifestó de manera expresa su intención de no ser una parte en el contrato por lo que solo intervino para ayudar a su subsidiaria lo cual es muy común en las relaciones entre empresas.

Finalmente, sobre la intención común de las partes, se establece que cuando un no-signatario era consciente de la existencia de una cláusula arbitral que podría involucrarlo, y aun así interfirió voluntariamente en la ejecución del contrato, se tendrá que el no-signatario tuvo la intención de ser unido a su grupo económico.[45] Vale la pena destacar que los requisitos del caso variaban significativamente del Caso Dow.[46] En el caso ficticio, Global Minerals no quería formar parte del acuerdo arbitral, mientras que en el caso Dow, Dow USA, entre otros miembros del grupo de los terceros no signatarios, sí querían formar parte del acuerdo arbitral.

Se colige que en el ámbito del arbitraje internacional, resulta necesario el análisis de los elementos fácticos del caso para poder establecer si se cumplen los requisitos de la Doctrina.

3. *La posibilidad de establecer jurisdicción, por medio de la doctrina de la buena fe, sobre una parte que no ha firmado la cláusula arbitral*

El demandante estableció un tercer argumento alternativo en el caso que el árbitro no aceptase los dos argumentos previos: la doctrina de la buena fe. La doctrina de la buena fe es un principio reconocido en el Derecho Internacional[47] y ha sido ligada al principio de "*estoppel*"[48]

and Arbitration Clauses-Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519. Law Journal Mc Gill, (1992) 515.

[45] Gravel, Serge and Peterson, Patricia. *French Law and Arbitration Clauses-Distinguishing Scope from Validity: Comment on ICC Case No. 6519*. Law Journal Mc Gill, 1992, 525; Korsnas Marma v. Durand-Auzias. Corte de Apelaciones de París. 20 Noviembre 1988. Caso No. Rev. Arb. 697

[46] Laudo ICC No. 4504. 1993. Caso No. 4504. Disponible en: http://www.trans-lex.org/116200/

[47] Bin Cheng. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals.* Compact Shelves, Reserve, Circ. 1987

[48] Cremades, Bernardo. *Good Faith in International Law.* Disponible en: http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1783&context=auilr, 769
Bowett, Derek W. *Estoppel Before International Tribunals and its Relation to acquiescense.* Disponible en:

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

(doctrina de los actos propios), según el cual una parte no puede contradecir con acciones posteriores, los entendimientos que hubiera suscitado en su contraparte previamente.[49] Dicha Doctrina se ha utilizado para unir a un no-signatario, cuando el no-signatario ha creado una impresión en su contraparte y esta actuó en su detrimento con base en dicha impresión.[50] Dicha doctrina ha sido principalmente utilizada en Estados Unidos bajo el nombre "*promissory estoppel*".[51]

En su aplicación, se ha determinado que el requisito de que se haya suscitado una impresión en la contraparte, se establece cuando se promete un beneficio a cambio de una acción o comportamiento específico por parte de la parte potencialmente beneficiada.[52]Ahora bien, respecto del supuesto de que la parte actuara en su detrimento con base en dicha impresión, se indica que una parte denota que actuó con base en una impresión suscitada, cuando realiza un gasto económico o incurre en responsabilidades legales, basada en la promesa.[53]

En el caso concreto, Mediterraneo Mining alegaba que Global Minerals (la casa matriz) había creado una impresión en ellos de que participaría en el contrato y lo apoyaría en todo momento, con lo cual entendía Mediterraneo Mining que ellos también arbitrarían cualquier disputa. Por ende, consideraban que la cláusula arbitral debía ser extendida a Global Minerals. Aún más, alegaban que habían actuado con base en esa impresión creada, y debido a ello habían sufrido agravios, por lo que resultaba injusto no incluir a Global Minerals al arbitraje.

No obstante, los árbitros de la competencia tuvieron dificultad en aceptar este principio como uno válido para extender la cláusula. Si bien no parecía haber duda entre los árbitros en que el principio de la buena fe era válido y esencial para la compraventa de bienes a nivel internacional, y también en lo relativo al arbitraje internacional comercial, su aplicación era dudosa en cuanto a traer a un no-signatario a un procedimiento arbitral sin su consentimiento.

B. La posibilidad del árbitro de emergencia para dictar medidas cautelares bajo las reglas CCI cuando las partes

http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/byrint33&div=10&id=&page=, 1

[49] UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts. 2004

[50] Ibid.; Langford v. Ferrera. Corte de Apelaciones de Florida, Primer Distrito. 16 Noviembre 2001. Caso No. 1D00-3129; Caso CCI No. 3879. 5 Marzo, 1984. Caso No. 3879. Disponible en: Savage, John and Gaillard Emmanuel. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 1999

[51] Cooper Petroleum Co. v. La Gloria Oil and Gas Co. Corte Suprema de Texas. 22 Enero 1969. Caso No. - 95

[52] Newton Tractor Sales, Inc v. Kubota Tractor Corporation. Corte Suprema de Illinois. 2 Abril, 2009. Caso No. 106798; Hoffman v. Red Owl Stores. Corte Suprema de Wisconsin. 1965. Caso No. 133 N.W.2d 267

[53] Ibid.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

han acordado que las cortes estatales tendrán jurisdicción exclusiva para otorgar las mismas

El caso del Vis Moot se debía resolver por medio de un arbitraje institucional bajo reglas CCI, ya que así fue establecido en la cláusula arbitral del contrato en disputa. La parte actora había solicitado que un árbitro de emergencia dictara una medida cautelar bajo las reglas CCI, la cual fue otorgada. La parte demandada entonces impugnó la validez de esta medida cautelar, alegando falta de aplicabilidad del Reglamento del árbitro de emergencia bajo las reglas CCI, ya que las cláusulas de resolución de disputa del contrato establecían que las cortes nacionales tenían "jurisdicción exclusiva" para brindar medidas cautelares. Como argumento alternativo, se alegó que no se cumplieron los requisitos materiales para otorgar una medida cautelar bajo el artículo 17A de la *lex loci arbitri*.[54]

El árbitro de emergencia es una figura nueva en el arbitraje internacional que fue implementada por primera vez en los reglamentos de la Cámara de Comercio de Suecia, y que se aprobó con las reglas CCI del 2012, para ofrecerle a las partes un mecanismo rápido de obtener medidas cautelares sin tener que solicitar las mismas de una corte estatal.[55] En muchos países, todavía no se ha logrado establecer una clara relación entre las cortes estatales y estos nuevos árbitros de emergencia.[56] Por ende, el caso también brindó ciertas luces sobre el rol que poseen las cortes y los árbitros a la hora de brindar medidas de emergencia.

En virtud del enfoque de este artículo, se analizará **(1)** la aplicabilidad de las reglas de arbitraje de emergencia de la CCI cuando se le otorga "jurisdicción exclusiva" a una corte nacional para otorgar medidas cautelares; y **(2)** la dinámica y posible traslape entre el árbitro de emergencia y las cortes nacionales con respecto al otorgamiento de medidas cautelares.

1. ***La aplicabilidad de las reglas de arbitraje de emergencia de la CCI cuando se le otorga "jurisdicción exclusiva" a una corte nacional para otorgar medidas cautelares***

Cuando las partes deciden acudir a arbitraje institucional, también acuerdan apegarse a las reglas de dicha institución.[57] En consecuencia,

[54] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, con enmiendas del 2006

[55] Voser, Nathalie and Boog, Christopher. *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, (2011); Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012

[56] Carlevaris, Andrea and Feris, José Ricardo. *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 25, No. 1, (2014), 27.

[57] Rubino-Sammartano, Mauro. *International Arbitration Law and Practice.* JurisNet LLC, 3ra Edición, Enero 2014,4; Emanuele, Ferdinando and Molfa, Milo. *Challenge of Arbitral Awards: The Italian Perspective.* The European, Middle Eastern and African Arbitration Review, 2013, 1.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

si las partes deciden acudir a las Reglas CCI, estarán acordando apegarse a las disposiciones relativas a medidas cautelares que establecen dichas reglas.[58] La única excepción a ello se contempla bajo el artículo 29 (6) de las reglas CCI,[59] que establece que las órdenes de Árbitro de Emergencia aplican salvo que a) el acuerdo arbitral fuera concluida antes de la fecha en la cual las reglas entraron en vigencia; b) las partes hubieran rechazado la aplicación de las medidas de emergencia; o c) las partes hubieran hecho otros acuerdos pre-arbitrales que proveen medidas cautelares.[60]

La CCI tomó la decisión de obligar a las partes a expresamente optar fuera de la aplicación del árbitro de emergencia con base en su previa experiencia con una institución que se conocía como el"pre-arbitral referee." Para utilizar el mismo, las partes debían optar por su aplicación.[61] Dicha figura fue utilizada solo catorce veces en veinticuatro años, por lo que ante tal fracaso se discutió en la redacción de las reglas CCI del 2012 que debía de existir una figura procesal efectiva para que las partes que quisieran un método alterno al de la jurisdicción ordinaria pudieran buscar una justicia cautelar pronta y cumplida.[62] Es por ello que se recomienda entonces optar fuera de la aplicación de las medidas de emergencia, incluyendo la frase "las disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables"[63] o utilizando lenguaje "claro e indicativo" [64] que las partes no querían utilizar dicha figura.

Así, en el caso, la parte demandada solicitaba que se anulara la medida de emergencia ya que

[58] Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012, Art. 6 (1); Ehle, Bernd. *Emergency Arbitrator in Practice.* Schulthess, (2013),90; Reiner, Andreas and Aschauer, Christian. *Institutional Arbitration.* Hart Publishing, (2013),144-145

[59] Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012

[60] Bjorkquist, Sonia and Morgan, Erick. The New Emergency Arbitrator Rules of the ICC. Disponible en: http://www.osler.com/uploadedFiles/Our_People/Profiles/M/TheNewEmergencyArbitrationRulesoftheICC.pdf, 3
Palay, Marc S. and Landon, Tanya. *A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risk.* The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration, (Agosto 2012), 2
Para más sobre los tipos de acuerdo que pueden considerarse como "acuerdos pre-arbitrales", consultar: Gaillard, Emmanuel and Pinsolle, Phillipe. *The ICC Pre-Arbitral Referee: First Practical Experiences.* Arbitration International, Vol. 20 No. 1. LCIA, 2004; Meredith, Ian and Birch, Marcus. *The ICC Pre-Arbitral Procedure: How valuable is it?*. Legal & Commercial Publishing Limited, (Noviembre 2007), 53

[61] Carlevaris, Andrea and Feris, José Ricardo. *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 25, No. 1, 2014, 27

[62] Ibid.; Voser, Nathalie and Boog, Christopher. *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2011, 82; Palay, Marc S. and Landon, Tanya. *A Comparative Review of Emergency Arbitrator Provisions: Opportunities and Risk.* The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration, Agosto 2012, 2; Slaoui, Fatima-Zahra. *Emergency Arbitrator The Proposed New Procedure of the SCC Rules.* (Junio 2009)

[63] Grierson, Jacob and Michelli, Stefano. *The new Emergency Arbitrator Provisions in the 2012 ICC Arbitration Rules.* Mc Dermott Will & Emery, International News, Issue No. 1, (2012), 3.

[64] *Ibid.*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

el árbitro de emergencia no tenía jurisdicción puesto que las partes habían decidio que este no tuviera jurisdicción por medio de haber incluido lenguaje "claro e indicativo" en el contrato, dándole a las cortes nacionales "jurisdicción exclusiva" para brindar medidas cautelares (referencia al artículo 29 (6) (b) del Reglamento CCI).[65] Después de escuchar decenas de argumentos, no se logró identificar uno que fuese definitivamente convincente. Sin embargo, esta discusión trajo a la luz otro punto sin resolver, el cual se explora a continuación.

2. *La dinámica y posible traslapo entre el árbitro de emergencia y las cortes nacionales con respecto al otorgamiento de medidas cautelares*

Uno de los tópicos que resultó central para los árbitros de la competencia fue el hecho de que en el contrato, se establecía que las cortes nacionales del país de establecimiento de la parte demandada tendrían "jurisdicción exclusiva" para dictar medidas cautelares. Más allá de la discusión que se suscitó en la competencia sobre si el término "jurisdicción exclusiva"[66] representaba una forma de optar fuera de las disposiciones sobre el árbitro de emergencia, resulta relevante para este artículo el referirse a la situación que ha existido respecto de las cortes nacionales en lo atinente a las medidas cautelares.

Consideramos que el caso resalta uno de los temas que subyacen la aplicación de las reglas CCI, como lo es el delimitar claramente cuál es el rol que deben cumplir las cortes estatales en relación con las medidas cautelares.[67] En otras palabras, resulta necesario definir si en la práctica las cortes y los tribunales arbitrales deberán tomar una posición activa en cuanto a establecer que poseen jurisdicción para brindar medidas.

Para ello, es interesante lo que establece el artículo (29) (7) de las reglas CCI sobre la jurisdicción concurrente entre el arbitraje y los tribunales ordinarios.[68] Dicho numeral explica que las medidas del árbitro de emergencia no son mutuamente excluyentes con los procedimientos cautelares de las autoridades judiciales compe-

[65] Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012, Art. 29 (6) (b).

[66] A pesar de que no hay casos de la CCI que involucren el término "jurisdicción exclusiva", se puede leer más sobre dicha frase en el desarrollo jurisprudencial relativo a la jurisdicción de un Tribunal en: Caresse Navigation Ltd v. Office National De L'electricite & Ors. England and Wales High Court. 14 Octubre 2013. Caso No. 2011 Folio 668, que estableció que al brindarle jurisdicción exclusiva a las cortes inglesas, solo estas podrían conocer del asunto; Channel Tunnel Group v. France Marche S.A. High Court of England. 1993. Caso No. [1993] Adj. L.R. 01/21, en el que se determinó que brindarle jurisdicción exclusiva a una corte estatal no era suficiente para excluir la jurisdicción de un tribunal arbitral.

[67] Carlevaris, Andrea and Feris, José Ricardo. *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 25, No. 1, 2014, 33

[68] Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, 2012

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

tentes.[69] Así, se ha dicho que el propósito principal de los procedimientos del árbitro de emergencia es ofrecerle a las partes una alternativa distinta de las cortes estatales, mas no reemplazar a dichas instancias.[70]

Resulta claro que se deben evitar interpretaciones demasiado agresivas a favor de una de las posibles alternativas, ya que la práctica ha demostrado que interpretaciones así de extremas a favor de, por ejemplo, los tribunales arbitrales, podría desalentar a las cortes de determinar que poseen jurisdicción sobre el asunto, incluso cuando aquello es lo deseado por las partes.[71] Es por ello que, sin duda alguna, será el desarrollo jurisprudencial y doctrinario el encargado de establecer los parámetros que deberán tomar en cuenta las cortes y los tribunales arbitrales, en aras de determinar claramente cuándo poseen jurisdicción sobre un determinado caso.[72]

[69] Carlevaris, Andrea and Feris, José Ricardo. *Running in the ICC Emergency Arbitrator Rules: The First Ten Cases.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 25, No. 1, 2014, 33

[70] Voser, Nathalie and Boog, Christopher. *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, 2011, 87

[71] UNCITRAL Secretariat. *UNCITRAL Digest of Case Law on the United States Convention on Contracts for the International Sale of Goods.* United Nations, 2012; Sri Kirshan v. Anad. Delhi High Court. 18 Agosto 2009. Caso No. OMP No. 597/2008.

[72] Voser, Nathalie and Boog, Christopher. *ICC Emergency Arbitrator Proceedings: An Overview.* ICC International Court of Arbitration Bulletin, (2011), 87

C. Resolución Contractual – Entendiendo su aplicación en el contexto del comercio internacional

En vista que el caso hizo relucir problemas reales de la práctica comercial internacional, más allá de efectuar un análisis detallado la manera de resolver el caso, estableceremos ciertos principios que rigen en el ámbito global los temas que se trataron en el prblema. En este sentido, el tema principal que se debía discutir era si Mediterraneo Mining (el vendedor) había resuelto el contrato de forma justificada, tanto la primera, como la segunda vez de conformidad con los lineamientos de la CISG, [73] en especial, el artículo 64 (1) que dice:

> *"El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato."*[74]

Para determinar ello, era importante entender lo que representa un incumplimiento esencial del contrato; ello se encuentra establecido en el ordinal 25 de la Convención que indica:

[73] United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna, (1980).

[74] *Ibid.*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

> *"El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación."*[75]

El elemento central que interesó a los árbitros sobre el término incumplimiento esencial fue determinar qué elementos representaban realmente un incumplimiento esencial.[76] En nuestro caso, el debate se podría resumir con la siguiente interrogante: ¿Qué tan estricto se puede ser para dar por terminado un contrato debido a incumplimientos que se cometen en relaciones contractuales regidas por el CISG, bajo el contexto del mercado de materia prima?

Así, el caso ficticio delineaba tres discrepancias entre lo establecido en el contrato y las actuaciones materiales de la parte demandante, las cuales llevaron a la parte demandada a resolver el contrato; discrepancias que poseen gran relevancia en el comercio internacional real.

Primero, se presentan las diferencias en el monto disponible en las cartas de crédito; segundo, se produjo una discusión respecto de qué sucede cuando se produce un cambio en los INCOTERMS acordados en el contrato y lo dispuesto en la carta de crédito. Por último, se presentó la problemática relativa al momento en el que se entrega una carta de crédito y su respectivo cómputo de plazos.

En términos generales, se debe establecer que la doctrina ha indicado que, si bien es cierto que la Convención le permite a las partes resolver contratos cuando sufren daños por incumplimientos contractuales,[77] esta acción solo puede ser invocada en circunstancias extremas, cuando no existe otra acción posible,[78] es decir, que el

[75] *Ibid.*

[76] Ver un análisis más detallado sobre qué representa -en términos generales- un incumplimiento esencial en: Liu, Chengwei. *The concept of fundamental breach. Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law.* 2nd edition: Case annotated update, Mayo 2005; Schwenzer, Ingeborg. *The right to avoid the contract.* Annals FLB– Belgrade Law Review,Year LX,2012,No. 3.

[77] Magnus, Ulrich. *The Remedy of Avoidance of Contract under CISG – General Remarks and Special Cases.* Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Magnus.pdf; Graffi, Leonardo. *Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention.* International Business Law Journal No. 3, Forum Europeén de la Communication, 2003; Pauly, Clemens W. *Is Avoidance Under CISG Article 64 a Powerful Remedy? Comparison of the CISG Remedy With Third-Party Rights.* Disponible en: http://cpauly.com/wp-content/uploads/2011/12/CISG-essay-Pauly-October-2004.pdf

[78] Magnus, Ulrich. *The Remedy of Avoidance of Contract under CISG – General Remarks and Special Cases.* Disponible en:

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

término incumplimiento esencial debe ser la última ratio[79] e interpretado restrictivamente.[80] Cabe destacar que la parte interesada en resolver el contrato posee la carga de la prueba y debe demostrar que existe un incumplimiento esencial.[81] Del artículo 25 del CISG se desprende que los requisitos son: a) que el incumplimiento del contrato por una de las partes cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato,[82] y b) que la parte que incumplió haya previsto o deba haber previsto que tal incumplimiento privaría sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato.[83]

1. *Las diferencias en el monto establecido en las cartas de crédito, en el contexto de contratos de materias primas*

Lo alegado por Mediterraneo Mining se refería a que la primera carta de crédito irrevocable incluía un monto disponible que era mucho mayor de lo establecido en el contrato pues permitía una entrega de **hasta** $4.5 millones, mientras que el contrato estipulaba el pago por exactamente $1.35 millones.

Con base en ello, y al no haber en el contrato ningún documento que pudiera indicarle al banco exactamente cuánto valía cada tonelada métrica enviada, aducían que era imposible que el banco les pagara al presentar un conocimiento de embarque por 30 toneladas métricas, que era lo que ellos estaban dispuestos a vender. En otras palabras, argüían que el banco se rehusaría a entregar cualquier monto de dinero,[84] puesto que no tenía indicación relativa al precio individual, y el tope establecido en la carta de crédito irrevocable significaba una cantidad superior de la acordada. Así, al no poder recibir el pago por

http://www.uncitral.org/pdf/english/CISG25/Magnus.pdf; Schlechtriem, Peter and Schwenzer, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).* Oxford University Press, 3rd Edition, 2010, 895

[79] Schwenzer, Ingeborg. *The right to avoid the contract.* Annals FLB– Belgrade Law Review,Year LX,2012,No. 3.
Azeredo, Mercédeh. *Anticipatory Breach under the UN CISG.* Nordic Journal of Commercial Law, Issue 2005

[80] Packaging Machine Case. Corte Suprema de Suiza. 18 Mayo 2009. Caso No. 4ª_68/2009; Liu, Chengwei. *Right to Avoidance (Termination): Perspectives form the CISG, UNIDROIT Principles, PECL, and Case Law.* Second Edition: Case annotated update, Mayo 2005

[81] Rheinland Versicherungen v. Atlarex. Corte Distrital de Vigevano, Italia. 12 Julio 2000. Caso No. 405; Schlechtriem, Peter and Schwenzer, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).* Oxford University Press, 3rd Edition, 2010, 415.

[82] Mitias v. Solidea S.r.l. Corte de Distrito de Forlì, Italia. 11 Diciembre 2008. Caso No. 2280/2007; Schlechtriem, Peter and Schwenzer, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).* Oxford University Press, 3rd Edition, 2010, 895

[83] Doolim Corp. v. R Doll, LLC, et al. Corte Federal de Distrito, Nueva York. 29 Mayo 2009. Caso No. 08 Civ. 1587; Meat Case. Corte Suprema, Suiza. 28 Octubre 1998. Caso No. 4C.179/1998/odi

[84] Bijl, Maartje. *Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts. The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract.* European Journal of Commercial Contract Law, 2009

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

el coltán enviado, Mediterraneo Mining estimaba que ello constituía un incumplimiento esencial del contrato, de acuerdo con el artículo 25 del CISG,[85] por lo cual estaba legitimado para resolver el contrato.

Los árbitros enfocaron su atención en la interrogante sobre qué parámetros se deben tomar en consideración ante un cambio en el monto establecido en la carta de crédito, en relación con lo que dispone el contrato. Los artículos 4 y 14 de las reglas UCP 600 (Uniform Customs and Practice que eran aplicables a la disputa),[86] indican que el crédito es una transacción separada del contrato,[87] por lo cual el banco no podrá, ni deberá, tomar en consideración el contracto de fondo a la carta de crédito; además de que cualquier documento presentado por el beneficiario, distinto de los indicados en la carta de crédito, no debería ser tomado en cuenta por el banco.

Muchos árbitros parecieron estar de acuerdo con la postura de que, siempre y cuando el banco reciba una presentación de documentos que esté conforme a los indicados en la carta de crédito, este deberá pagar el monto que le indique el beneficiario.[88] Además, se alega que, al emitirse una carta de crédito irrevocable, se garantiza el pago al beneficiario,[89] independientemente de si hay discusiones sobre los términos de la carta.[90] Por consiguiente, dicha posición afirmaba que las acciones de Vulcan Coltan no representaban un incumplimiento esencial del contrato.

También resulta posible argumentar que el incumplimiento de una obligación en el contrato es fundamental, si un cumplimiento estricto de dicha obligación es esencial en el contrato.[91] Se aduce que la entrega correcta de documentos siempre es esencial en contratos de materias primas,[92] como el presentado en el caso concreto. De igual forma, se puede argumentar en apoyo de dicha postura, que, bajo el CISG, no

[85] Ver los requisitos indicados supra.
[86] International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007.
[87] Monaghan, Chris. *Letters of Credit and Disputes About Jurisdiction and Choice of Law.* BPP University College, Abril 2012

[88] International Chamber of Commerce Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, 2007. Art 15.
[89] Henderson, Wade. *Understanding Revocable, Irrevocable and Transferable Letters of Credit.* Disponible en: http://www.groco.com/readingroom/vc_lettersofcredit.aspx
[90] Bergami, Roberto. *What Can UCP 600 Do for You?.* Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2007
[91] Bijl, Maartje. *Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts. The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract.* European Journal of Commercial Contract Law, 2009; UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, 2004. Art. 7.3.1
[92] Schwenzer, Ingeborg. *The Danger of Domestic Pre-Conceived Views with Respect to the Uniform Interpretation of the CISG: The Question of Avoidance inthe Case of Non-Conforming Goods and Documents.* 2005. Disponible en: http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schwenzer.html; Lachmi Singh and Benjamin Leisinger. *A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge.* Pace International Law Review, 2008

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

existe posibilidad para el vendedor de enmendar errores en los documentos,[93] por lo que una falencia en los documentos terminaría siendo definitiva en la relación contractual. Se entiende, entonces, que esta postura apoyaría la tesis de Mediterraneo Mining sobre la existencia de un incumplimiento esencial por parte de la parte demandante.

Tal y como sucedió en las rondas orales del Vis Moot, se genera una fuerte discusión a nivel internacional, respecto de si debe prevalecer la razonabilidad comercial (posibilidad de recibir el pago a final de cuentas), o si deberá imponerse la doctrina del cumplimiento estricto en contratos de materias primas (entrega correcta de documentos es esencial).

2. *Las discrepancias en los términos de envío de la mercancía, en contratos de materias primas*

Mediterraneo Mining señalaba que la inclusión de los CIP INCOTERMS en la carta de crédito, en vez de los CIF INCOTERMS estipulados en el contrato, significaba un incumplimiento esencial del contrato.

Las reglas INCOTERMS se han convertido en una parte fundamental del comercio a nivel global, y han sido incorporadas en contratos para la venta de bienes por todo el mundo, ya que son aplicables tanto para contratos nacionales como internacionales.[94] Actualmente existen once modos distintos en los INCOTERMS 2010,[95] entre las cuales se encuentran las reglas CIP y CIF, que fueron las reglas en debate para el caso concreto.

Bajo los CIF INCOTERMS ("Cost, Insurance and Freight") el vendedor entrega los bienes a bordo del buque, o procura que los bienes se entregados así. El riesgo de pérdida o daño de los bienes pasa cuando los bienes están a bordo del buque. El vendedor debe contratar y pagar por los costos y transporte necesarios para llevar los bienes al puerto de destino. Asimismo, el vendedor debe adquirir un seguro que cubra el riesgo del comprador de pérdida o daño de los bienes, durante el envío.[96]Por su parte, bajo los CIP INCOTERMS ("Carriage and Insurance Paid to") el vendedor entrega los bienes al carrier u otra persona designada por el vendedor en el lugar acordado, y el vendedor debe pagar por los costos de envío necesarios para llevar

[93] Winsor, Katrina. T*he Applicability of the CISG to Govern Sales of Commodity Type Goods.* Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2010;
Schwenzer, Ingeborg. *The right to avoid the contract.* Annals FLB– Belgrade Law Review,Year LX,2012,No. 3.

[94] INCOTERMS 2010, General Secretariat of the International Chamber of Commerce. Disponible en: http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010/the-incoterms-rules/

[95] Ibid.

[96] Ibid.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

los bienes a dicho lugar de destino. Asimismo, el vendedor debe adquirir un seguro que cubra el riesgo del comprador de pérdida o daño de los bienes, durante el envío.[97]

En el caso concreto resultaba necesario, además de comprender los elementos que caracterizan a cada regla de los INCOTERMS 2010, realizar un análisis de si el cambio de CIF a CIP resultaba lesivo para el vendedor, en cuanto a temas de costos, riesgo, y logística; de forma tal que constituyera un incumplimiento esencial de contrato. Por su parte, Mediterraneo Mining alegaba que sí se configuraba el incumplimiento esencial, puesto que le representaba costos adicionales, un proceso logístico adicional y con alta complejidad y mayores plazos en los que debía llevar el riesgo sobre la mercancía. Por otro lado, Vulcan Coltan afirmaba que, si bien el cambio en INCOTERMS podía resultar en gastos extra para el vendedor, estos no alcanzaban una cuantía considerable como para resultar en un incumplimiento esencial,[98] que justificara la resolución del contrato. Por demás, la parte actora refería que ello podía haber sido subsanado por medio del pago de daños, según lo establecido en los artículos 74 y siguientes del CISG.[99]

3. El cómputo de plazos para la entrega de una carta de crédito

Respecto de la segunda resolución contractual por parte de Mediterraneo Mining, la discusión gira alrededor del momento en el que llegó la segunda carta de crédito, ya que la carta fue recibida en las instalaciones de Mediterraneo Mining cinco minutos después de lo pactado, según su forma de contar los plazos. En este sentido, el tema central fue el método para el cómputo de plazos en el comercio internacional, puesto que el contrato no incluía referencias a este tema, ni tampoco señalaba bajo cuál de las zonas horarias se regía; y lo estricto que se puede ser con una entrega tardía en la relación contractual.

La CISG no establece como han de contarse los plazos, pero los Principios UNIDROIT (2010), sí. Dichos prinicpios han servido para interpretar la Convención, y dicen en el artículo 1.12, (3):

> *El uso horario es el del lugar del establecimiento de la parte que fija el*

[97] Ibid.

[98] Sobre el incumplimiento esencial y su cuantía, ver: Liu, C. The concept of fundamental breach. Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law. [2nd edition: Case annotated update (May 2005)].

[99] United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods, Vienna, 1980.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL | ACODI - COLADIC Costa Rica

plazo, a menos que las circunstancias indiquen lo contrario. [100]

Asimismo, resulta pertinente indicar que existen principios generales, que se pueden extraer de la forma de contar los plazos por parte de las distintas jurisdicciones del mundo, como Estados Unidos, Alemania, entre otras.[101] Muchas de ellas establecen que los plazos se contarán a partir del día siguiente al evento desencadenante.

En relación con el segundo punto, es necesario indicar que en el mercado de materias prima, los estándares estrictos son de particular importancia, especialmente con respecto a entregas puntuales.[102] Sin embargo, también se ha establecido que las entregas tardías no causan normalmente una privación sustancial, a menos de que el tiempo sea crucial y ello esté estipulado en el contrato o implícito en las circunstancias.[103]

III. CONCLUSIÓN

El Vis Moot es una experiencia única: nos permitió a un grupo de estudiantes de entre dieciocho a veintiún años a estudiar y resolver problemas complejos de arbitraje internacional comercial frente a profesionales en la materia, y contra las mejores universidades y los mejores estudiantes del mundo.

Sería erróneo afirmar que la experiencia del Willem C. Vis Moot Court es un proceso fácil y tranquilo. La participación en una competencia tan exigente como esta requirió meses de preparación, decenas de reuniones interminables que se extendían hasta las madrugadas, y muchas frustraciones y correcciones de parte de nuestras entrenadoras. El trabajo en equipo siempre deviene dificultoso, y ante niveles de estrés como los que ocasiona este Moot Court, se agudizan aún más las situaciones tensas y apremiantes. Sin duda alguna, no resultó fácil ni tranquilo el prepararse para esta competencia.

Sin embargo, al mirar en retrospectiva, podemos afirmar con completa certeza que todo ese esfuerzo realizado tuvo sus frutos, y cada día de preparación valió la pena. El aprendizaje adquirido, las amistades creadas, así como los contactos realizados y las experiencias obtenidas, entre otro sinnúmero de elementos; representan elementos invaluables para un futuro ejercicio de

[100] UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts. 2004.

[101] Federal Rules of Appellate Procedure of the United States. The Committee on the Judiciary House of Representatives, 2010; Verwaltungsverfahrensgesetz (Administrative Procedure Act of Germany), 1976.

[102] Winsor, Katrina. T*he Applicability of the CISG to Govern Sales of Commodity Type Goods.* Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2010.

[103] Graffi, Leonardo. *Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention.* International Business Law Journal No. 3, Forum Europeén de la Communication, 2003; Schlechtriem, Peter. *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).* C.H. Beck, 1st Edition, 1998, 417; Automobile Case. Appellate Court of Naumburg. 27 Abril 1999. Caso No. 9 U 146/98

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

la profesión. El conocimiento sobre arbitraje que logramos alcanzar, y el aprendizaje respecto de métodos y estándares internacionales de redacción y análisis legal son definitivamente, dos de los aspectos más beneficios que nos dejó la competencia, ya que no forman parte del currículo de las universidades en Costa Rica. Así, motivamos enérgicamente a futuros estudiantes, a tomar ese reto y adquirir una visión más amplia del arbitraje internacional comercial.

ENTREVISTA

Montserrat Solano Carboni

Defensora de los Habitantes

La República (2014). [fotografía]. Recuperado de https://larepublica.net/app/cms/www/index.php?pk_articulo=533320820

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

El 9 de setiembre de 2014, la Asamblea Legislativa eligió a Montserrat Solano Carboni como Defensora de los Habitantes. Con aproximadamente un semestre a cargo de la Defensoría de los Habitantes, su perfil académico y profesional ya ha comenzado a reflejarse en la institución. Solano ha trabajado en diversos organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Penal Internacional, la Federación Internacional de Derechos Humanos, la Fundación para el Debido Proceso Legal y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Por ende, a pesar de su corta edad, Solano tiene una amplia experiencia en el Derecho Internacional y aunque esta experiencia ha girado principalmente en torno al Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional, afirma que si una persona no logra observar las violaciones a derechos humanos que están detrás de una guerra, no está entendiendo verdaderamente el problema.

Nos confesó que hasta el día de hoy no entiende cómo consiguió el puesto de Defensora, ya que nunca hizo campaña ni atacó a sus adversarios. Su candidatura fue presentada por su madre. Sin embargo, también nos comentó que en virtud de esta experiencia, hoy confía más en el sistema político de Costa Rica y sabe que es posible que un cuerpo político base una decisión en el mérito profesional de una persona y no en su esfera de influencia. Por eso, asegura que fue una sorpresa agradable y valora que se le haya dado la oportunidad a una persona sin sesgos o trayectoria política, que pudiera defender los derechos humanos desde la independencia –la única forma que conoce para realizar dicho trabajo–.

Preocupada por la necesidad de reforzar la educación en derechos humanos y en general del Derecho Internacional, Solano considera que en el país existe una falta de reconocimiento de la importancia de los derechos humanos. Tuvimos la oportunidad de conversar con ella sobre éste y otros temas en su oficina en la Defensoría de los Habitantes, donde nos recibió con una taza de té y una sonrisa.

1. **¿Si tuviera que enlistarlas, cuáles son las tres prioridades de la Defensoría en este momento?**

Las prioridades de la Defensoría nos las dan los habitantes y las circunstancias del país y lo que vemos a partir de las quejas. Lo que vemos en el patrón de quejas es que hay un problema de desigualdad importante y de exclusión. Cuando hablo de exclusión, no hablo solo de exclusión económica, sino en términos de derechos. Vemos grandes diferencias –que no es nuevo pero que se ven en el malestar de la gente– entre el Gran Área Metropolitana y las zonas periféri-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

cas. En las zonas rurales es en donde se generan más quejas a la Defensoría de los Habitantes. Además, vemos más quejas en poblaciones de un nivel educativo bajo y en mujeres entre los 25 y 44 años, lo cual nos empieza a dar una visión de dónde están las brechas en el país.

Frente a esto –que confirma ese olfato que tiene uno de defensor de derechos humanos, de por dónde venían las cosas– nosotros hemos adoptado dos ejes de acción. En primer lugar, el de combate a la discriminación, en todas sus formas, que es una exclusión de derechos por una condición. Además, el enfoque en desarrollo basado en derechos humanos, que exige procurar la igualdad en el goce de derechos, de concebir a las personas como sujetos de derechos y transparencia, rendición de cuentas y vigilancia por parte de la Defensoría de los Habitantes. Entonces bueno, esos son los dos grandes ejes que tenemos.

Adicionalmente, está el fortalecer a la Defensoría como institución nacional de derechos humanos. No sé si ustedes saben, pero la Defensoría tiene lo que se llama un Status A frente a Naciones Unidas. Esto surge de los Principios de París, que se aprobaron en el año ’93 y que da a las instituciones nacionales de derechos humanos un status ante los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas que es por debajo de los Estados obviamente, pero por encima de las ONG’s. Ante los Comités hay todo un proceso de consultas cada vez que van a analizar al país y se le hace una consulta a la Defensoría de los Habitantes. Eso implica un reto también para la Defensoría, de fortalecerla como institución nacional de derechos humanos. No digo que no hayamos venido haciéndolo, por supuesto que se ha venido haciendo, pero lo que quisiera es girar un poco –unos 10 grados nada más– para que la Defensoría aplique estándares internacionales de derechos humanos y a partir de ahí midamos el goce de derechos.

“En las zonas rurales es en donde se generan más quejas a la Defensoría de los Habitantes. Además, vemos más quejas en poblaciones de un nivel educativo bajo y en mujeres entre los 25 y 44 años, lo cual nos empieza a dar una visión de dónde están las brechas en el país.”

Entonces, hay varios temas que estamos adoptando. Por ejemplo, indicadores de derechos humanos, de acuerdo con los parámetros y la metodología del Alto Comisionado de Naciones Unidas. El país no tiene indicadores de derechos humanos. O sea, sí tiene indicadores de desarrollo sostenible y de desarrollo humano, pero eso

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

no es lo mismo que indicadores de derechos humanos. Estamos fortaleciendo el análisis a partir de las recomendaciones generales de Naciones Unidas, los comentarios generales de cada uno de los comités de tratados de Naciones Unidas, incorporando más de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y fortaleciendo esa labor de control de convencionalidad con la idea de que los derechos humanos, partiendo de la Defensoría, dejen de ser un tema de pura retórica o de un artículo que se cita como introducción a un análisis jurídico y sea verdaderamente un parámetro de medición de la acción del Estado. Así que en esas estamos.

2. **Como usted indica, en el último informe anual de la Defensoría se mencionó la generación de indicadores de derechos humanos en Costa Rica con base en el modelo del Alto Comisionado. Sabemos que es un proceso muy largo, pero ¿cómo ha avanzado?**

Efectivamente es un proceso muy largo. Estamos comenzando a elaborar la metodología. Yo llegué hace nueve meses y el primer acto administrativo que hice fue contratar a un analista, que es un ingeniero civil con estudios en estadística y en economía, que analiza datos, hace patrones y hace metodologías. El comenzó prácticamente en enero a desarrollar una metodología para los indicadores.

Los indicadores no los va a hacer la Defensoría sola. Tienen que ser indicadores país y las tenemos que hacer en conjunto con las instituciones del Estado, entonces todo eso es un proceso amplio. La idea es, bueno empezamos con los de género, y seguir con los de salud, no discriminación y transparencia o libertad de expresión–que es el más sencillo–. Por lo menos por ahí empezamos, porque es complicado. Por ejemplo, el tema de salud es sentarse con la Caja Costarricense de Seguro Social a evaluar el acceso a ciertos medicamentos. Hay que definir los medicamentos, cómo se va a definir el acceso, etc. Así que es un tema de largo plazo, pero hay que empezar en algún momento y vamos a dar el primer paso.

3. **Usted mencionó también la necesidad de comenzar a incorporar el Derecho Internacional al ordenamiento jurídico costarricense. ¿Qué tanto siente**

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

que ha avanzado la Administración Pública y el país como un todo en este aspecto, y qué necesitamos para seguir progresando?

Yo creo que eso pasa mucho por un tema de educación en derechos humanos. Costa Rica tiene una deuda en educación de derechos humanos. Acabamos de enviar una carta al CONARE, al SINAES, a la UNIRE y al CONASUP para que vigilen la incorporación de los derechos humanos en las carreras universitarias, específicamente en Derecho, Docencia y Medicina. ¿Cómo le vamos a pedir a un maestro en Derechos Humanos que enseñe esta materia si no tiene formación en derechos humanos? Y esa falta de educación en derechos humanos ha generado que, de nuevo, se use como un tema de retórica. El Plan Nacional de Desarrollo cita artículos de las convenciones sobre derechos humanos, pero no los desarrolla en estándares ni en contenidos. Entonces, no sabemos frente a esa cita cuál va a ser logro en materia de derechos humanos del Plan Nacional de Desarrollo. Por lo menos no a partir de los estándares de derechos humanos y sobre todo, porque se plantea muchas veces como una política pública opcional y es una obligación. *Esa* diferencia básica es algo que la Administración Pública costarricense tiene que entender y no ha entendido. El otro día estuve con una jerarca que me decía "yo tengo mucho respeto por los derechos humanos, pero no voy a hacer tal y tal cosa…". Entonces perdón, pero no hay respeto y es una obligación.

Así que bueno, hace falta conciencia de que se trata de obligaciones, de que hay un mínimo básico en materia de derechos humanos, sobre todo en derechos económicos, sociales y culturales, que hay contenidos mínimos, obligaciones inmediatas, que no son derechos nada más programáticos, que sí se requiere una acción programática del Estado que se debe medir y que tiene que ser firme y revelar pasos claros. Toda esa noción de obligaciones mínimas, de que se deben dar políticas públicas que estén dirigidas al pleno goce y pleno ejercicio de derechos humanos, aún en derechos económicos, sociales y culturales, eso es algo que el Estado y la función pública no han entendido.

4. **Precisamente, el año pasado –mediante la Ley 9249– la Asamblea Legislativo ratificó el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este instrumento habilita la posibilidad de presentar comunicaciones contra el Estado por violaciones al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ¿La Defensoría ha valorado la posibilidad de utilizar esta herramienta?**

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

De momento hemos tenido interacción con algunos Comités, a partir de la elaboración de informes desde la Cancillería. Nosotros queremos tener una relación directa con Cancillería, entonces estamos preparando el "Informe Sombra" para el Comité contra la Discriminación Racial y ya la Defensoría había presentado un informe ante la Corte Interamericana. Estamos siendo un poco más atrevidos en nuestra relación con los órganos internacionales. Todavía no hemos pensado en algún caso relacionado con DESC [derechos económicos, sociales y culturales] porque también hay que darle un espacio de madurar, pero hay muchísimos temas que el Estado tiene que asumir como temas de derechos humanos y que en este momento no los está asumiendo. Como sabe toda persona que tiene una formación en derechos humanos, primero se le da oportunidad al Estado de hacer lo propio, pero si no da la talla, para eso están las instancias internacionales.

"El otro día estuve con una jerarca que me decía "yo tengo mucho respeto por los derechos humanos, pero no voy a hacer tal y tal cosa…". Entonces perdón, pero no hay respeto y es una obligación."

5. ¿Está de acuerdo con el modelo actual de la Defensoría de los Habitantes? ¿Dentro del marco legislativo costarricense, cumple con todas las funciones que debería cumplir un *ombudsman*? ¿Cuáles son sus fortalezas y debilidades?

La Defensoría de los Habitantes tiene padre sueco y madre española, o al revés. En Europa hay dos figuras, el *ombudsman* sueco y las instituciones nacionales de derechos humanos, que es una figura más sencilla y muchísimo más joven, y que tiene obligaciones más clares y acordes con los tratados internacionales de derechos humanos, de vigilancia, de promoción, de interacción directa. La Defensoría de los Habitantes como institución con Status A tiene la potestad de relacionarse directamente con organismos internacionales de derechos humanos. En muchos países se dividen en una institución nacional de derechos humanos y un *ombudsman* que es un mediador. España los unió y esa fue la figura que llegó a América Latina.

La Defensoría dedica un 85% de sus recursos a la función de *ombudsman*, con la ventaja de que a partir de esa función de *ombudsman* también hacemos defensa de derechos. Entonces, si les digo que es un 85% de función de *ombudsman* y más del 50% de función de institución nacional de derechos humanos les va a sonar muy raro, pero es porque se mezclan. Sin embargo, si hace falta fortalecer un poco más la función de insti-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tución nacional de derechos humanos. Es decir, de vigilancia e incidencia y no solo de mediador. El mediador es el que antepone sus buenos oficios ante una institución para la defensa de un interés –por eso es que la Ley [de la Defensoría de los Habitantes de la República] habla de intereses de los habitantes–. La institución nacional de derechos humanos hace defensa de derechos a través de los casos, pero también se espera que haga incidencia, y esa es la parte que estamos intentando fortalecer.

¿Por qué? Porque si resolvemos treinta quejas sobre aceras, vamos a resolver treinta pedacitos de acera, pero no vamos a resolver *las* aceras. Entonces, ahí es donde entra la labor de incidencia, de como la Defensoría a través de patrones –que para eso está el analista también– va detectando problemas estructurales que inciden en el goce de derechos humanos en el país y pueden tener incidencia en la adopción de políticas públicas y en modificaciones a la Ley. En otras palabras, asegurar las obligaciones básicas del Estado, de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Es una visión que mira a resolver el problema y no a resolver el caso.

Por ende, el balance entre las funciones de *ombudsman* y de institución nacional debería ser mucho más integral. La Defensoría ha tenido la tendencia a medir en casos y yo quisiera romper esa idea para medir no en casos sino en resultados. Hay que trabajar en los protocolos para establecer una estrategia de incidencia, que son más recientes y han surgido tal vez en los últimos diez años de desarrollo de los derechos humanos.

"… si resolvemos treinta quejas sobre aceras, vamos a resolver treinta pedacitos de acera, pero no vamos a resolver las aceras."

6. ¿Cuáles son los procesos internacionales a los que la Defensoría le está dando mayor seguimiento en este momento? ¿Cuál es su papel en ellos?

Le estamos dando seguimiento al tema de los Comités. El Estado tiene que presentar el informe frente al Comité de Discriminación Racial, creo que acaba de presentar un informe al CAT (Comité contra la Tortura), tiene que presentar el informe ante el Comité CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer) y tal vez otro que se me está escapando en este momento. Los informes los estamos siguiendo muy de cerca porque para nosotros es una oportunidad para hacer incidencia directamente ante los Comités, de sacar cuerpo como Defensoría de los Habitantes y utilizar todas las herramientas que tenemos a nivel nacional. Además, lo bueno de estos sistemas es que nos pueden dar las recomendaciones para traerlas a

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC
Costa Rica

nivel local, pero eso es otro tema, que el país le de seguimiento a esas recomendaciones. Ese es otro trabajo que tenemos que hacer. Entonces, tenemos que trabajar en dos vías: fortalecer nuestra relación con los Comités, que yo creo que son importantísimos, pero también darle seguimiento a las recomendaciones. Esto, en el caso del sistema universal.

En el caso del sistema interamericano, estamos evaluando la posibilidad de solicitar algunas audiencias ante la Comisión Interamericana. No tenemos presupuesto para viajar, así que voy a viajar con presupuesto propio, pero ni modo. Creemos que es importante esa interacción con el sistema interamericano. Ya me he comunicado con el Secretario Ejecutivo de la Comisión, que está tratando de fortalecer la relación con las instituciones nacionales de derechos humanos. Tenemos contacto con las dos instancias de monitoreo, tanto regional como temático, entonces en cualquier momento en que haya algún tema que nosotros queramos alertar a la Comisión, se lo hacemos saber si se quiere de manera más informal. No es que presentamos un caso, lo sometemos para que la Comisión le de seguimiento, y esa es una manera en que las instituciones nacionales de derechos humanos podemos, de manera más informal, colaborar con el sistema interamericano.

Eventualmente, hemos hablado de la posibilidad de presentar medidas cautelares. Lo estuvimos considerando en el caso de Salitre. Lo que pasa es que les voy a ser muy sincera. Cada vez que nosotros pedíamos una intervención del Ministerio de Seguridad, éste intervenía, entonces no teníamos porqué pedir medidas cautelares. Además, con la reforma al Reglamento de la Comisión, se vuelve mucho más complejo. Estuvimos considerando medidas cautelares en el marco de toda la discusión sobre racismo, particularmente en relación con dos diputadas. Como ustedes saben, se necesita la venia de las personas interesadas y se consideró en ese momento que no eran necesarias ya las medidas cautelares. Ahí tenemos una relación con la Comisión Interamericana que nosotros buscamos y buscaremos fortalecer.

Con la Corte Interamericana de Derechos Humanos bueno, es una corte y hay que darle el respeto y la independencia que se merece una corte, y cualquier acción de la Defensoría será a través de los procedimientos que estén a la mano. La Defensoría no es parte, pero bueno, pre-

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

sentamos *amicus curiae* como cualquier otra organización y presentamos informes como amigos de la Corte en el seguimiento de *Fecundación in Vitro*. Le damos seguimiento a los casos que están en este momento ante la Comisión Interamericana, además de seguimiento a cualquier otra sentencia o jurisprudencia que sea relevante para el país. Si recuerdan, el artículo 7 del Acuerdo Marco entre la Corte Interamericana y Costa Rica –que al país se le olvida– dice que todas las sentencias de la Corte tienen carácter ejecutivo y ejecutorio en el país, y dice todas, no solo las relacionadas con Costa Rica. Yo creo que si bien la Defensoría está tratando de hacer un seguimiento de esas sentencias, sería importante que desde luego, desde el Ejecutivo exista un seguimiento a esos desarrollos en materia de derechos humanos, que son desarrollos que nosotros fomentamos en algunos casos por formar parte de Naciones Unidas y en otros casos por formar parte de la Carta de la OEA y de la Convención Americana.

Entonces bueno, esos son desarrollos que seguimos. A mí no se me quita la vena internacionalista de andar sondeando cuál es la actuación internacional del Estado en términos de establecer una conducta unilateral del Estado para saber cuáles son sus compromisos a nivel internacional. Ese es otro proceso que nosotros seguimos de las discusiones de Costa Rica ante Naciones Unidas o en la OEA y también ver cuáles son las costumbres emergentes que nosotros vamos viendo tanto a nivel internacional como nacional.

7. ¿Qué consejos le daría a aquellos costarricenses que buscan una carrera en el Derecho Internacional?

Lo primero es que lamentablemente el 70% de la información en Internet está en inglés. La mayor parte de producción de información está en inglés o en francés. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia está en inglés o en francés. Lo primero está en aprender alguno de esos dos idiomas, mejor inglés. Lo segundo es salir del país un rato y saber cuáles son las discusiones que se están dando a nivel regional, centroamericano, interamericano o universal. ¿Es fácil? No, no es fácil, pero eso lo hace madurar a uno. Bueno, yo creo que cualquier persona que quiera seguir una carrera en Derecho Internacional, sobre todo en este país, tiene que valorar dos cosas: su seguridad o seguir lo que le interesa. Muchas veces la gente tiene un interés marcadísimo en temas de Derecho Internacional, pero en Costa Rica seamos claros, las fuentes de trabajo en esta materia son muy pocas, y si además está interesado en un área específica de Derecho Internacional, son todavía más reducidas. Entonces sí, hay que hacer un balance que es muy personal entre la seguridad de tener un puesto de por vida o permanente en

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Costa Rica, o asumir los riesgos de seguir una carrera que a uno le apasiona. Solo vale la pena si a uno le apasiona. No es por un tema de salario, porque por lo menos en temas de derechos humanos nadie se hace millonario.

Resultados de la XVIII 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 26 al 31 de octubre de 2014 en San José, Costa Rica.

¡Felicitamos a todos los equipos por su excelente trabajo!

RESULTADOS:

Equipo Ganador: Universidad Católica de Santa María (Perú).

Segundo lugar: Universidad Gerardo Barrios Sede San Miguel (El Salvador).

Mejor oradora de la ronda final: Lady Carolina Guzmán Marenco (Universidad Gerardo Barrios Sede San Miguel)

Mejor orador de rondas preliminares: Ángel Martín González González (Universidad Nacional Autónoma de México)

Mejor memorial de Estado: Universidad Panamericana Campus Bonaterra (México)

Mejor memorial de presuntas víctimas: Universidad La Salle (Costa Rica)

AGRADECIMIENTOS:

Al apoyo de:
Corte Interamericana de Derechos Humanos y al

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

A las autoras del caso hipotético:

Agustín Enrique Martin (Corte IDH) y Marta Cabrera (Corte IDH)

A nuestros jueces y secretarios.

Universidades representadas:

- Universidad Católica de Santa María (Perú)
- Universidad Gerardo Barrios Sede San Miguel (El Salvador)
- Universidad de La Salle (Costa Rica)
- Corporación Universitaria de Sabaneta (Colombia)
- Universidad Sergio Arboleda (Colombia)
- Universidad Nacional Autónoma de México (México)
- Escuela Libre de Derecho (México)
- Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela)
- Universidad de Panamá (Panamá)
- Universidad del Cauca (Colombia)
- Universidad Iberoamericana de León (México)
- Universidad Panamericana Campus Bonaterra (México)
- Universidad Santa María La Antigua (Panamá)
- Universidad Militar Nueva Granada (Colombia)
- Universidad Gerardo Barrios Sede Usulutan (El Salvador)
- Universidad de San Pedro Sula (Honduras)

ceja
COMPETENCIA INTERNACIONAL
EDUARDO JIMENEZ de ARECHAGA

Actividades realizadas:

- Acto inaugural y brindis de bienvenida,
- Tres días de rondas eliminatorias,
- Rondas semifinales en el Instituto Interamericano,
- Conferencia magistral con el anterior Vicepresidente de la Corte IDH Manuel E. Ventura Robles,
- Conversatorio con los autores 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.

Para información sobre la Edición XIX de CEJA visite nuestra página www.acodicr.org o escríbanos un correo electrónico a ceja@acodicr.org

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

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

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

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

¿De qué se trata?

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

ACODI
ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

¿Cómo colaborarás con el Derecho Internacional en nuestro país?

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

¡Participar es muy sencillo!

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

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

FORMÁ PARTE DE LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Beneficios de ser asociado de ACODI:

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

ACODI
ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Escribinos a info@acodicr.org

Información para AUTORES

Sus contribuciones son bienvenidas al siguiente correo electrónico:

RevistaDerechoInternacional@acodicr.org

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

Las postulaciones deberán contener al menos los siguientes datos:

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

Consultas: revistaderechointernacional@acodicr.org