

**Exp: 13-000808-0007-CO**

**Res. N° 2013002297**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas y veintisiete minutos del diecinueve de febrero del dos mil trece.**

Consulta legislativa preceptiva de constitucionalidad planteada por el Directorio de la Asamblea Legislativa, referente al proyecto denominado *“Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once”*, que se tramita en el expediente legislativo No. 18368.

**RESULTANDO:**

1.- La consulta que se formula en cumplimiento de lo que establece el artículo 96, inciso a), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, fue recibida en la Secretaría de la Sala a las 10:05 hrs. de 23 de enero de 2013, junto con una copia certificada del expediente legislativo.

2.- La Presidencia de la Sala tuvo por presentada la consulta mediante resolución de las 11:05 hrs. de 23 de enero de 2013.

3.- En la substanciación del proceso se han observado las prescripciones de ley.

Redacta el Magistrado **Armijo Sancho**; y,

**CONSIDERANDO:**

**I.- OBJETO Y ADMISIBILIDAD DE LA CONSULTA.** La presente consulta preceptiva de constitucionalidad se formula por el Directorio de la Asamblea Legislativa en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 10, inciso b), de la Constitución Política y 96, inciso a), de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, con relación al proyecto denominado

*“Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once”*, que se tramita en el expediente legislativo No. 18368. Al haber sido aprobado el citado proyecto de ley en primer debate en la Sesión Plenaria No. 117 de 20 de diciembre de 2012 (visible a folios 2547 - 2553 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368), procede su conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 98, párrafo 1º, de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

**II.- SOBRE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE NO. 18368 EN LA ASAMBLEA LEGISLATIVA.** Lo primero que debe llevarse a cabo, a efecto de evacuar la presente consulta, es verificar los trámites seguidos en este caso, en concordancia con lo que señala el artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De este modo, el proyecto denominado *“Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once”*, ha seguido el siguiente *iter*: **1) El 22 de noviembre de 2011**, la Ministra de Comercio Exterior suscribió el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala Honduras y Nicaragua (ver folio 304 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **2) El 1º de febrero de 2012**, el Ministro a.i. de la Presidencia remitió a la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley denominado *“Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala Honduras y Nicaragua”*, para que se le diera el trámite de rigor (ver folio 1 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **3) El 1º de**

**febrero de 2012**, el proyecto de Ley *“Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala Honduras y Nicaragua”*, expediente No. 18368, fue remitido a la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y de Comercio Exterior (ver folio 893 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **4) El 13 de febrero de 2012**, el Ministro de la Presidencia comunicó al Directorio de la Asamblea Legislativa que, mediante el Decreto Ejecutivo No. 36.995 – MP, se amplió la convocatoria a sesiones extraordinarias; entre los proyectos incluidos se encontraba el expediente No. 18368 (ver folio 895 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **5) El 16 de febrero de 2012**, una copia certificada del expediente No. 18368, fue remitida al Departamento de Estudios, Referencias y Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, para lo correspondiente (ver folio 896 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **6) El 8 de marzo de 2012**, el Director del Departamento de Archivo Investigación y Trámite de la Asamblea Legislativa, remitió a la Imprenta Nacional, el proyecto de Ley en cuestión, para su publicación (ver folio 897 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **7) El 21 de marzo de 2012**, en el Alcance No. 33 del Diario Oficial La Gaceta No. 58, se publicó el proyecto de Ley *“Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala Honduras y Nicaragua”*, expediente No. 18368 (ver [http://historico.gaceta.go.cr/pub/2012/03/21/ALCA33\\_21\\_03\\_2012.pdf](http://historico.gaceta.go.cr/pub/2012/03/21/ALCA33_21_03_2012.pdf) consultada el 25 de enero de 2013). **8) El 12 de abril de 2012**, varios Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa presentaron una moción para que el expediente legislativo No. 18368, fuera enviado a consulta a las siguientes instituciones: Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional, Instituto Tecnológico de Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia,

Universidad Técnica Nacional, Corte Suprema de Justicia, Procuraduría General de la República, Defensoría de los Habitantes, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Ministerio de Salud, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Ministerio de Justicia y Paz, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Migración y Extranjería, Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo, Corporación Hortícola Nacional, Corporación Bananera Nacional, Grupo ICE, Contraloría General de la República, Servicio Nacional de Salud Animal, Servicio de Protección Fitosanitaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería, Programa Integral de Mercadeo Agropecuario, Dirección General de Aduanas, Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Superintendencia de Telecomunicaciones, Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., Consejo Nacional de Concesiones, todos los Colegios Profesionales, Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial, Cámara de Exportadores de Costa Rica, Cámara de Industrias, Cámara de Agricultura, Cámara de Comercio, Cámara de la Industria Alimentaria, Cámara de Tecnología de Información y Comunicación, Corporación de Ganaderos, Cámara de Avicultores, Cámara de Porcicultores, Corporación Ganadera, Registro de Propiedad Intelectual, Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Asociación Nacional de Exportadores de la Industria Textil (ver folio 900 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **9) El 12 de abril de 2012**, en la sesión ordinaria No. 29, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, aprobó la referida moción (ver folio 902 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **10) El 18 de abril de 2012**, varias Diputadas y Diputados a la Asamblea Legislativa, presentaron una moción (a la cual se

le asignó el número 2 – 30) para que el expediente No. 18368, fuera enviado a consulta a: la Asociación Bancaria Costarricense, a la Banca Nacional, así como a la Cámara de Industria y Comercio Costa Rica – México (ver folio 1066 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **11) El 18 de abril de 2012**, varias Diputadas y Diputados a la Asamblea Legislativa, presentaron una moción (a la cual se le asignó el número 3 – 3), para que se convocara a audiencias a jefes y representantes de las siguientes instituciones: Ministerio de Economía, Industria, Comercio, Ministerio de Salud, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Migración y Extranjería, Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo, Corporación Hortícola Nacional, Servicio Nacional de Salud Animal, Servicio de Protección Fitosanitaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería, Dirección General de Aduanas, Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial, Cámara de Exportadores de Costa Rica, Cámara de Industrias, Cámara de Agricultura, Cámara de Comercio, Cámara de la Industria Alimentaria, Cámara de Tecnologías de Información y Comunicación, Cámara de Comercio Exterior y de Representantes de Casas Extranjeras, Corporación Nacional de Ganaderos, Cámara de Avicultores, Cámara de Porcicultores, Cámara de Industria y Comercio Costa Rica – México, Asociación Costarricense de Registradores Sanitarios, Asociación de Zonas Francas de Costa Rica, Cooperativa Agroindustrial de Palma Aceitera “Coopegropal R.L.” (ver folio 1068 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **12) El 19 de abril de 2012**, en la sesión ordinaria No. 30, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, aprobó la moción 2 – 30 y rechazó la 3 – 30 (ver folio 1069 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **13) El 5 de junio de 2012**, varios Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa presentaron una moción (a la que se le asignó el número 12 – 01), para que

se recibiera en audiencia al Ministerio de Comercio Exterior (ver folio 1193 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **14)** El **5 de junio de 2012**, varios Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa presentaron una moción (a la que se le asignó el número 14 – 01), para que se recibiera en audiencia a representantes de la Cámara Nacional de Agricultura y Agroindustria, la Cámara de Exportadores de Costa Rica, la Cámara de Comercio, la Cámara de la Industria Alimentaria, la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial (ver folio 1195 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **15)** El **7 de junio de 2012**, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior aprobó la moción 12 – 01 y rechazó la 14 – 01 (ver folio 1196 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **16)** El **5 de junio de 2012**, varios Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa presentaron una moción (a la que se le asignó el número 01 - 02), para que se recibiera en audiencia a representantes de la Cámara de Industrias, Cámara de Exportadores de Costa Rica, Cámara de Comercio y la Cámara de Agricultura (ver folio 1210 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **17)** El **14 de junio de 2012**, en la sesión ordinaria No. 2, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, aprobó la moción No. 01 – 02 (ver folio 1211 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **18)** La Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, recibió respuesta de los siguientes consultados: la Dirección General de Migración y Extranjería, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, el Servicio Fitosanitario del Estado, el Ministerio de Ambiente y Energía, la Coalición de Iniciativas para el Desarrollo, el Grupo ICE, la Asociación Nacional de Exportadores de la Industria Textil, el Banco Nacional, la Cámara de

Industria y Comercio Costa Rica – México, el Registro Nacional, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado, el Consejo Nacional de Concesiones, el Consejo Universitario de la Universidad Estatal a Distancia, Bancrédito, el Banco de Costa Rica, el Ministerio de Hacienda, la Contraloría General de la República, COMEX, y la Superintendencia de Telecomunicaciones (ver folio 1401 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **19)** La Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, recibió en audiencia a: el Ministerio de Comercio Exterior, la Cámara de Industrias, la Cámara de Exportadores de Costa Rica, la Cámara de Comercio, así como la Cámara Nacional de Agricultura y Agroindustria (ver folio 1401 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **20)** El **9 de agosto de 2012**, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, dictaminó afirmativamente y de forma unánime el proyecto de Ley denominado “*Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala Honduras y Nicaragua*”, expediente legislativo No. 18368 (ver folio 1401 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **21)** El **24 de agosto de 2012**, se entregó al Plenario Legislativo el dictamen unánime afirmativo de la Comisión Especial Permanente de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior (ver folio 2309 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **22)** El **6 de setiembre de 2012**, la Directora del Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, remitió el informe integrado (jurídico – económico) del expediente No. 18368 (ver folio 2311 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **23)** El **29 de noviembre de 2012**, el Ministro de la

Presidencia comunicó al Directorio de la Asamblea Legislativa que, mediante el Decreto Ejecutivo No. 37411 – MP, se convocó a sesiones extraordinarias; entre los proyectos incluidos se encontraba el expediente No. 18.368, *“Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once”* (ver folio 2429 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **24) El 4 de diciembre de 2012**, en la sesión No. 108, el Plenario Legislativo inició la discusión por el fondo del expediente No. 18368 (ver folio 2438 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **25) El 4 de diciembre de 2012**, en la sesión No. 108, varios Diputados y Diputadas a la Asamblea Legislativa, presentaron 11 mociones al proyecto de Ley (ver folio 2446 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **26) El 6 de diciembre de 2012**, en la sesión ordinaria No. 22 de la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, se discutieron las mociones formuladas y, finalmente, fueron desechadas (ver folio 2466 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **27) El 11 de diciembre de 2012**, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, entregó al Directorio Legislativo, el primer informe de las mociones remitidas (ver folio 2451 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **28) El 11 de diciembre de 2012**, en la sesión No. 111, el Plenario Legislativo continuó con la discusión por el fondo (ver folio 2489 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **29) El 11 de diciembre de 2012**, en la sesión No. 111, el Diputado Villalta Flórez - Estrada planteó 17 mociones más al proyecto de Ley en cuestión (ver folio 2493 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **30) El 13 de diciembre de 2012**, en la sesión ordinaria No. 24, la Comisión Permanente



Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, discutió las mociones formuladas y, finalmente, las desechó (ver folio 2521 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **31) El 18 de diciembre de 2012**, la Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, entregó el segundo informe de mociones remitidas por el Plenario Legislativo (ver folio 2500 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **32) El 20 de diciembre de 2012**, en la sesión plenaria No. 117, el Plenario Legislativo continuó con la discusión por el fondo del proyecto *“Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once”*, expediente No. 18368, el cual fue votado en primer debate, por treinta y seis Diputados a favor y, cuatro en contra (ver folio 2551 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **33) El 20 de diciembre de 2012**, en la sesión plenaria No. 117, se presentó una moción de revisión de la votación, la cual fue rechazada por treinta y ocho diputados (ver folio 2552 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368). **34) El 21 de enero de 2013**, en la sesión ordinaria No. 31, la Comisión Permanente Especial de Redacción aprobó la redacción final del proyecto (ver folio 2559 de la copia certificada del expediente legislativo No. 18368).

**III.- SOBRE EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO EN EL CASO CONCRETO.** De conformidad con lo establecido en el artículo 98 de la ley que rige esta Jurisdicción, este Tribunal revisó el procedimiento legislativo para la tramitación del proyecto denominado *“Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día*

*veintidós del mes de noviembre del año dos mil once*”. Así, es importante indicar que el acuerdo bajo estudio fue suscrito por la Ministra de Comercio Exterior Anabel González Campabadal, quien se encontraba legitimada para proceder de tal forma, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2º, incisos b) y d), de la Ley No. 7638 de 30 de octubre de 1996, por la cual se crea el Ministerio de Comercio Exterior y Promotora de Comercio Exterior y lo señalado por el Tribunal Constitucional en el Voto No. 8190-2002 de las 11:12 hrs. de 23 de agosto de 2002:

*“(…) IV.- **Suscripción del Tratado.** Esta Sala estima que la firma del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y Canadá por parte del Ministro de Comercio Exterior, sin el concurso del Presidente de la República, no es contrario al Derecho de la Constitución. De la lectura del artículo 140 inciso 10) se desprende que la firma de los tratados internacionales es una atribución del Poder Ejecutivo, entendido como el órgano colegiado compuesto por el Presidente y el Ministro del Ramo. No obstante, la misma Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aprobada mediante Ley número 7615 de veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y seis, en su artículo 7º dispone en lo conducente:*

*“ARTICULO 7.- Plenos poderes. 1.- Para la adopción o la autenticación del texto de un tratado, o para manifestar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, se considerará que una persona representa a un Estado: a) Si se presentan los adecuados plenos poderes, o b) Si se deduce de la práctica seguida por los Estados interesados, o de otras circunstancias, que la intención de esos Estados ha sido considerar a esa persona representante del Estado para esos efectos y prescindir de la presentación de plenos poderes.(…)”*

*En el presente caso, estamos ante la situación descrita en el inciso b) del párrafo 2º antes transcrito, al referirse a “otras circunstancias” que demuestren la voluntad del Estado de hacerse representar por un determinado funcionario. Ello por cuanto la Ley número 7638 de treinta de octubre de mil novecientos noventa y seis da al Ministro de Comercio Exterior la competencia suficiente para negociar y suscribir sin el concurso de quien ejerza la*

**Presidencia de la República, convenios como el traído en consulta, aun sin contar con una carta de plenos poderes.**

*En lo que interesa, dicta el artículo 2º: “ARTICULO 2.- Atribuciones Las atribuciones del Ministerio de Comercio Exterior serán:(...) b) Dirigir las negociaciones comerciales y de inversión, bilaterales y multilaterales, incluido lo relacionado con Centroamérica, y suscribir tratados y convenios sobre esas materias. Mediante acuerdo, el Poder Ejecutivo, podrá autorizar que los tratados y convenios, así como sus modificaciones, sean firmados por los jefes de otros ministerios o entidades públicas del Estado que tengan competencia legal específica sobre la materia objeto del tratado o convenio. (...)*

*d) Representar al país en la Organización Mundial del Comercio y en los demás foros comerciales internacionales donde se discutan tratados, convenios y, en general, temas de comercio e inversión.(...)”*

*Por otra parte, en sentencia número 6224-94, de las nueve horas del once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, esta Sala consideró que el hecho de que el Presidente de la República participe con su voluntad de etapas procedimentales posteriores: sanción y depósito del Tratado, permite subsanar cualquier vicio que existiese en la efectiva representación que haya ostentado el Ministro. A lo anterior podemos agregar que el Presidente tiene otras dos oportunidades más para invocar su eventual disconformidad con el proyecto: en el momento de su presentación a la Asamblea Legislativa y en la convocatoria a sesiones extraordinarias, momentos en los cuáles podría hacer valer sus atribuciones constitucionales. Si en la especie fue el Ministro de Comercio Exterior quien suscribió el convenio cuya aprobación se discute, ello no implica cualquier vicio de inconstitucionalidad (...)” (el énfasis no pertenece al original).*

Tomando en consideración lo expuesto, esta Sala no observa ningún vicio en relación a la suscripción del acuerdo *sub examine*.

IV.- En lo tocante al trámite posterior, se constató que el proyecto de ley fue publicado en el Alcance No. 33 del Diario Oficial La Gaceta No. 58 de 21 de marzo de 2012. Ulteriormente, el texto del proyecto fue remitido ante la Comisión Especial Permanente de Relaciones Internacionales y

Comercio Exterior, rindiéndose el respectivo dictamen afirmativo unánime. Asimismo, no debe perderse de vista que el referido proyecto de ley fue enviado a consulta a las siguientes instituciones: Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional, Instituto Tecnológico de Costa Rica, Universidad Estatal a Distancia, Universidad Técnica Nacional, Corte Suprema de Justicia, Procuraduría General de la República, Defensoría de los Habitantes, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Ministerio de Ambiente, Energía y Telecomunicaciones, Ministerio de Salud, Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, Ministerio de Justicia y Paz, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Dirección General de Migración y Extranjería, Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo, Corporación Hortícola Nacional, Corporación Bananera Nacional, Grupo ICE, Contraloría General de la República, Servicio Nacional de Salud Animal, Servicio de Protección Fitosanitaria del Ministerio de Agricultura y Ganadería, Programa Integral de Mercadeo Agropecuario, Dirección General de Aduanas, Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, Superintendencia de Telecomunicaciones, Refinadora Costarricense de Petróleo S.A., Consejo Nacional de Concesiones, todos los Colegios Profesionales, Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial, Cámara de Exportadores de Costa Rica, Cámara de Industrias, Cámara de Agricultura, Cámara de Comercio, Cámara de la Industria Alimentaria, Cámara de Tecnología de Información y Comunicación, Corporación de Ganaderos, Cámara de Avicultores, Cámara de Porcicultores, Corporación Ganadera, Registro de Propiedad Intelectual, Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Asociación Nacional de Exportadores de la Industria Textil, la Asociación Bancaria Costarricense, a la Banca Nacional, así como a la Cámara de Industria y

Comercio Costa Rica – México. La Comisión Permanente Especial de Relaciones Internacionales y Comercio Exterior, recibió respuesta de los siguientes consultados: la Dirección General de Migración y Extranjería, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, el Servicio Fitosanitario del Estado, el Ministerio de Ambiente y Energía, la Coalición de Iniciativas para el Desarrollo, el Grupo ICE, la Asociación Nacional de Exportadores de la Industria Textil, el Banco Nacional, la Cámara de Industria y Comercio Costa Rica – México, el Registro Nacional, el Ministerio de Gobernación, Policía y Seguridad Pública, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado, el Consejo Nacional de Concesiones, el Consejo Universitario de la Universidad Estatal a Distancia, Bancrédito, el Banco de Costa Rica, el Ministerio de Hacienda, la Contraloría General de la República, COMEX, y la Superintendencia de Telecomunicaciones. Aunado a esto, la citada Comisión recibió en audiencia a: el Ministerio de Comercio Exterior, la Cámara de Industrias, Cámara de Exportadores de Costa Rica, la Cámara de Comercio, así como la Cámara Nacional de Agricultura y Agroindustria. Con lo cual se constata que el proyecto fue puesto en conocimiento de una amplia gama de actores sociales involucrados en los efectos que el mismo, eventualmente, pueda generar. Además nótese que, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 190 de la Constitución Política, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos fue consultada y contestó la audiencia conferida. Igualmente, no se observa infracción a los derechos y potestades de los legisladores, siendo que el proyecto de ley fue conocido por el Plenario Legislativo como correspondía, por tratarse de un tratado internacional y, en esa medida, no podía ser delegado en una Comisión

Legislativa con Potestad Plena, según lo establece el artículo 124, párrafo 3º, de la Constitución Política, en relación con el 121, inciso 4º), ibídem. Asimismo, el proyecto de ley en consulta fue convocado por el Poder Ejecutivo para ser conocido en sesiones extraordinarias, respetándose lo dispuesto en el artículo 118 de la Constitución Política. Finalmente, el proyecto de ley contó, para su aprobación en primer debate, con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea (36 Diputados y Diputadas). En consecuencia, este Tribunal Constitucional no advierte que en el trámite de aprobación del proyecto denominado “*Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once*”, se haya producido algún vicio sustancial o de trascendencia, capaz de invalidarlo por quebranto a principios esenciales, tales como el democrático, de participación, de representación política, respeto de las minorías o de publicidad y transparencia.

**V.- EN CUANTO AL FONDO DEL PROYECTO.** De previo a realizar algunas observaciones en cuanto al fondo del proyecto de ley consultado, debe subrayarse que, de acuerdo a lo establecido en el citado artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el dictamen de esta Sala sólo será vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales.

**VI.-** El Convenio Internacional bajo consulta pretende sustituir el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de Costa Rica y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de abril de 1994, aprobado por la Asamblea Legislativa mediante la Ley No. 7474 de 20 de diciembre de 1994. Aunque el mismo fue negociado en forma multilateral, su aplicación es de forma bilateral, es decir, aplica entre México y cada uno de los

Estados centroamericanos por aparte; se pretende con él, modernizar el instrumento vigente, implementando mejoras, ampliando la zona de libre comercio, incorporando el componente de servicios, además del trasiego de bienes o mercancías. Paralelamente, se busca uniformar los Tratados de Libre Comercio que México mantiene con la región, en un marco común, aunque, tal y como se subrayó, de aplicación bilateral. El Convenio mantiene la estructura tradicional de los Tratados de Libre Comercio, según los Acuerdos de Liberalización Comercial de la Organización Mundial de Comercio, dividida en veintiún capítulos y sus anexos, distribuidos de la siguiente manera: el Capítulo I contiene las disposiciones iniciales (enuncia el establecimiento de la zona de libre comercio, ámbito de aplicación, reglas de observancia y sucesión de tratados); el Capítulo II estipula las definiciones generales, en esta línea se incorpora el anexo 2.1, relativo a definiciones específicas por Estado; el Capítulo III incorpora las disposiciones relativas al trato nacional y acceso de mercancías; el Capítulo IV se refiere a las reglas de origen; el Capítulo V se refiere a los procedimientos aduaneros relacionados con el origen de mercancías; por su parte el Capítulo VI contiene las disposiciones relativas a la facilitación de comercio; el Capítulo VII se refiere a las medidas de defensa comercial (medidas de salvaguardia, antidumping, etc.); el Capítulo VIII regula las medidas sanitarias y fitosanitarias; el Capítulo IX define las normas atinentes a los obstáculos técnicos al comercio; el Capítulo X regula lo atinente a la contratación pública; el Capítulo XI versa sobre las normas de inversión; el Capítulo XII incorpora las normas sobre comercio transfronterizo de servicios; el Capítulo XIII contiene las reglas sobre servicios de telecomunicaciones; el Capítulo XIV establece las regulaciones sobre la entrada temporal de personas de negocios; el Capítulo XV trata sobre el comercio electrónico; el Capítulo XVI regula lo vinculado a la propiedad intelectual; el Capítulo XVII contiene las normas

sobre solución de controversias; el Capítulo XVIII se refiere a las reglas sobre transparencia; el Capítulo XIX define las reglas sobre la Administración del Tratado; el Capítulo XX estipula las excepciones y; por último, el Capítulo XXI sobre disposiciones finales. A partir del hecho de que este tipo de instrumentos contienen una gran cantidad de disposiciones que se han convertido en usuales, algunos de los temas que en otro momento fueron objeto de cuestionamiento en otros instrumentos internacionales han sido ya aclarados de modo que no encuentra este Tribunal que, en cuanto al fondo del tratado, existan –a nivel general– cuestiones que puedan entenderse como lesivas de la Constitución Política. Lo anterior, sin perder de vista que, pese a existir un criterio de mayoría, en relación con los aludidos temas, cada uno de nosotros mantenemos nuestras posiciones externadas en la sentencia No. 2007 – 09469 de las 10:00 hrs. de 3 de julio de 2007.

**VII.- COROLARIO.** En mérito de lo expuesto, este Tribunal Constitucional concluye que el proyecto denominado “*Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once*”, carece de roces de constitucionalidad.

**POR TANTO:**

Se evacua la consulta en el sentido que el proyecto denominado “*Ley de Aprobación del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, suscrito en San Salvador, El Salvador, el día veintidós del mes de noviembre del año dos mil once*” (expediente legislativo No. 18368), no contiene vicios esenciales de procedimiento o disposiciones inconstitucionales. Los Magistrados Armijo Sancho y Cruz Castro ponen nota, en lo que respecta al fondo del proyecto consultado. Los



Magistrados Rueda Leal y Castillo Viquez dan razones diferentes en lo que respecta a las normas que regulan la solución de controversias entre los inversionistas y los Estados parte. Los Magistrados Jinesta, Salazar y Hernández ponen nota. El Magistrado Hernández pone nota.

Gilbert Armijo S.  
Presidente a.i.

Ernesto Jinesta L.  
Cruz C.

Fernando

Fernando Castillo V.  
L.

Paul Rueda

Roxana Salazar C.  
Hernández G.

José Paulino

**NOTA DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y CRUZ  
CASTRO, CON REDACCIÓN DEL PRIMERO.**

En cuanto al fondo del convenio consultado, los suscritos Magistrados deseamos dejar constancia de que mantenemos la posición que expresamos en la sentencia No. 2007 – 09469 de las 10:00 hrs. de 3 de julio de 2007, en el tanto consideramos inconstitucional el mecanismo de solución de controversias entre los inversionistas y los Estados parte, instaurado en el

Capítulo XI del Tratado, básicamente porque en el artículo 11.21.1 se estipula un consentimiento estatal genérico para someter la controversia a arbitraje, en cuanto a una gama indeterminada de materias; además, el numeral 11.20.1.a) hace depender el arbitraje, única y exclusivamente de la voluntad del inversionista, al disponer que: “(...) *el demandante, por cuenta propia, podrá someter a arbitraje una reclamación (...)*” (el énfasis no pertenece al original). Es decir, la decisión de acudir a la sede jurisdiccional interna o bien al mecanismo en cuestión, es potestativa solo para el demandante y, una vez que éste se decante por una u otra opción, la decisión se torna irrevocable, lo que es ilegítimo, por contrariar lo dispuesto en el artículo 43 constitucional. De otra parte, también estimamos contrarias a nuestro supremo cuerpo normativo, las normas que otorgan potestades a la Comisión Administradora, regulan lo relativo a la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como lo referente a las patentes sobre obtenciones vegetales, puntos respecto de los cuales mantenemos nuestra posición externada en el pronunciamiento *supra* mencionado.

Gilbert Armijo S.

Fernando Cruz C.

#### **NOTA DE LOS MAGISTRADOS JINESTA, SALAZAR Y HERNÁNDEZ**

En el voto No. 2007-9469, el magistrado Jinesta consideró lo que se expone a continuación y que ahora comparten los magistrados Salazar y Hernández:

***“ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO. En criterio de los consultantes el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, establece, en los artículos 10.16, 10.17, 10.22 y 10.28, un arbitraje que califican***

*de “obligatorio” y “vinculante” para el Estado costarricense. Bajo esta inteligencia, los puntos medulares de este extremo de las consultas, consisten en determinar si (A) el arbitraje para solucionar las controversias Estado-inversionista resulta forzoso o vinculante para el Estado costarricense y si (B) el referido Tratado de Libre Comercio contiene o no una cláusula compromisoria incondicional, anticipada e irrestricta.*

***A.- CARÁCTER FORZOSO O FACULTATIVO DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.***

***1) Fases de la solución de controversias Estado-inversionista en el Tratado de Libre Comercio.***

*El Capítulo X ‘Inversión’ en la Sección B ‘Solución de controversias Inversionista-Estado’ establece las siguientes fases en la resolución de tales conflictos de interés: a) Etapa de consultas y negociación, b) arbitraje y c) cumplimiento del laudo arbitral. Agotada la primera fase de consultas y negociación sin haber obtenido un resultado, se inicia la segunda etapa que es la del arbitraje propiamente dicho.*

***2) Fase de arbitraje para solución de controversias Inversionista-Estado en el TLC. Remisión al Convenio del CIADI.***

*El artículo 10.16 ‘Sometimiento de una reclamación a Arbitraje’, dispone en el punto 3 lo siguiente:*

*‘Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:*

*de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para procedimientos arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;*

*de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; o*

*de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.’*

*De esta norma del Tratado de Libre Comercio resulta, a todas luces, claro que el demandante, esto es, el inversionista, debe someterse a lo establecido por el Convenio del CIADI, se produce, así, una remisión expresa, explícita e inequívoca a ese instrumento del Derecho Internacional, de modo que resulta absolutamente indispensable clarificar lo que se establece en ese Convenio en lo que atañe al arbitraje.*

**3) Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado de 18 de marzo de 1965. Artículo 26 otorga facultad al Estado para exigir como condición para dar consentimiento para arbitraje agotar previamente vía administrativa o judicial interna.**

*Este Convenio de 18 de marzo de 1965 fue aprobado por la Asamblea Legislativa, en aplicación del artículo 7° de la Constitución Política, mediante la Ley No. 7332 de 30 de marzo de 1993. Este instrumento del Derecho Internacional en su Capítulo II, artículo 26 establece, expresamente, lo siguiente “(...) Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Esta norma del Convenio del CIADI es lo suficientemente clara y contundente para aclarar que el arbitraje para resolver un conflicto entre un inversionista y el Estado costarricense no es obligatorio, por el contrario le otorga una clara facultad al Estado demandado por el inversionista para exigir que, previamente, se discuta el diferendo surgido en la sede administrativa o en la vía jurisdiccional interna. Es menester resaltar que al momento de la aprobación legislativa del Convenio del CIADI por la Asamblea Legislativa se introdujo la siguiente cláusula interpretativa al numeral 26: “Que solo se podrá recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio para la Solución de controversias relativas a inversiones, cuando previamente se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes ya sean de tipo administrativo o judicial”. Por su parte, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 1079-93 de las 14:48 hrs. de 2 de marzo de 1993, al evacuar la consulta preceptiva sobre el proyecto de ley que aprobaría el Convenio del CIADI, estimó en la parte dispositiva que ‘(...) no se encuentran vicios de inconstitucionalidad en su contenido ni en la declaración interpretativa sobre el artículo 26 (...)’. Cabe agregar que aunque podría dudarse de la constitucionalidad de la cláusula interpretativa introducida por la Asamblea Legislativa, en cuanto, prácticamente, le impone la obligación al Estado de discutir el asunto en las vías internas, es lo cierto que el artículo 26 del Convenio del CIADI, resulta absolutamente constitucional, puesto que, le concede al Estado una facultad al señalar que “Un Estado Contratante podrá exigir (...)’, con lo cual le deja abierta la opción de acudir a las vías internas – administrativas y jurisdiccionales- o al arbitraje internacional.*

#### **4) Imposibilidad constitucional de reabrir una controversia fenecida con autoridad de cosa juzgada en la vía judicial interna.**

*Si el Estado demandado en una controversia con un inversionista, establece, facultativamente, como condición acudir a la sede jurisdiccional interna y en ésta se dicta una sentencia con autoridad de cosa juzgada material no podrá acudir a la sede arbitral, por cuanto el artículo 42, párrafo 2º, de la Constitución Política que está por sobre el Tratado de Libre Comercio, dispone que 'Se prohíbe reabrir (...) juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión'. Consecuentemente, en tal hipótesis el único escenario de discusión entre el inversionista y el Estado costarricense lo constituye el recurso extraordinario interno de revisión, según las causales que pauta el ordenamiento jurídico. Distinto sería cuando, el Estado costarricense decide, facultativamente, discutir solo el asunto en la vía administrativa o bien en la judicial pero estando en esta última decide libremente otorgar su consentimiento para acudir a un panel arbitral, puesto que, en tales supuestos no existe aún sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y el artículo 43 constitucional habilita a cualquier persona –incluido el Estado– para terminar sus diferencias patrimoniales mediante árbitros '(...) aún habiendo litigio pendiente'.*

#### **5) Conclusión**

*El arbitraje inversionista-Estado no resulta forzoso u obligatorio para el Estado costarricense, por cuanto, el artículo 26 del Convenio del CIADI, lo faculta, expresamente, para exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales internas, como condición para otorgar su consentimiento al arbitraje. La aplicación de esa norma del Convenio del CIADI resulta de la remisión expresa que formulan los artículos 10.16.3, inciso a), y el 10.17.2, inciso a), del propio Tratado a ese instrumento del Derecho Internacional, siendo que, en ningún momento, se indicó o se convino que ese numeral no sería de aplicación. En todo caso, cabe advertir que el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 26 del Convenio del CIADI por el Estado costarricense debe ser congruente y conforme con la seguridad y certeza que ofrecen a la inversión extranjera los mecanismos alternos de solución de conflictos.*

**B.- CLAUSULA COMPROMISORIA  
INCONDICIONAL Y GENÉRICA O ACUERDO ARBITRAL**

## **ESPECÍFICO PARA CADA AUTORIZACIÓN O ACUERDO DE INVERSIÓN.**

### **1) Consentimiento de las partes para someter una controversia al arbitraje (artículo 10.17 del Tratado de Libre Comercio).**

*El Tratado de Libre Comercio no le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco o irrestricto para solventar cualquier diferendo con un inversionista ante un panel arbitral. Primero, por la remisión expresa que hace el artículo 10.16.3, (a) y (b), al Convenio del CIADI o al Mecanismo Complementario del CIADI, con lo cual rige el artículo 26 de ese instrumento del Derecho Internacional en los términos ya expuestos y segundo por cuanto el artículo 10.17 establece claramente las reglas de ‘Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje’.*

*En efecto el artículo 10.17 dispone lo siguiente:*

*‘1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.*

*2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:*

*(a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;*

*(b) el Artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”; y*

*(c) el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.’*

### **2) Remisión al Capítulo II del Convenio del CIADI (artículo 10.17.2. a).**

*El artículo 25, párrafo 1º, del Convenio del CIADI, emplazado en el Capítulo II (Jurisdicción del Centro), dispone que la jurisdicción de ese Centro se extiende a las diferencias jurídicas surgidas entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante cuando hayan ‘(...) consentido por escrito (...)’. De este precepto del Convenio del CIADI queda suficientemente claro que el Estado, a través de la simple aprobación del Tratado de Libre Comercio, no manifiesta un consentimiento genérico y abierto para someter los diferendos al arbitraje, sino que, por el contrario, para cada controversia, diferencia o conflicto surgido con un inversionista se precisa,*

*necesariamente, de una manifestación específica de consentimiento, sea de un acuerdo arbitral. A mayor abundamiento, tal y como fue apuntado el artículo 26 –también emplazado en el Capítulo II del Convenio del CIADI- le concede al Estado Contratante la facultad de poder exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales como condición para manifestar su consentimiento al arbitraje. Es menester agregar que no puede confundirse un consentimiento irrestricto o genérico –que no le impone el Tratado de Libre Comercio al Estado costarricense- con la cláusula compromisoria que pueden convenir las partes de modo accesorio con motivo de una relación jurídico-sustancial para someter cualquier diferencia futura, no surgida o potencial a un arbitraje. De otra parte, el arbitraje puede tener por sustento un compromiso arbitral que es el cual suscriben las partes para dirimir una o varias controversias actuales o ya surgidas. Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral son denominados genéricamente como acuerdo arbitral.*

***3) Remisión al artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras - Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 (artículo 10.17.2. b).***

*La necesidad de que exista un acuerdo arbitral por escrito, de cara a cada acto o autorización de inversión para someter las diferencias potenciales (cláusula compromisoria) o actuales (compromiso) al arbitraje, queda plenamente ratificada por la remisión que efectúa el artículo 10.17.2 (b), a la Convención de Nueva York (Reconocimiento y Ejecución Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958), aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6157 de 2 de diciembre de 1977. En efecto ese instrumento del Derecho Internacional dispone en su artículo II lo siguiente:*

*‘Artículo II. 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*

*2. La expresión "acuerdo por escrito" denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

(...)'

*Síguese del texto transcrito, que el Tratado de Libre Comercio, en cuanto remite a la Convención de Nueva York, no le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco, genérico o irrestricto, resulta claro que ante la formalización o establecimiento de cada acuerdo o autorización de inversión se planteará la disyuntiva de concertar una cláusula arbitral o un compromiso, esto es, para cada inversión en particular se precisará de un acuerdo arbitral escrito.*

**4) Remisión al artículo I de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975 (artículo 10.17.2.c)**

*La remisión que efectúa el artículo 10.17.2.c del Tratado de Libre Comercio a la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6165 de 2 de diciembre de 1977, demuestra, una vez más, la necesidad de un acuerdo arbitral por escrito frente a cada inversión y la ausencia de una imposición genérica por el Tratado al Estado costarricense de un consentimiento abierto. En efecto, el artículo I de la referida convención establece lo siguiente:*

*'Artículo I*

*Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.'*

**5) Conclusiones**

*En suma, el artículo 10.17.1 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, no puede ser entendido como una cláusula compromisoria genérica e incondicional, puesto que, cuando así se ha querido establecer en un Tratado de Libre Comercio o en un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones –“tratados bilaterales de inversión”-, se incluye una cláusula expresa e inequívoca en ese sentido, tal y como sucedió, en el pasado, con el Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por la Ley No. 7748 de 23 de febrero de 1998), cuyo artículo IX, párrafo 2º, dispuso, al efecto, “(...) cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser admitida a este arbitraje (...)” o*



*bien en el Acuerdo con Canadá sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por Ley No. 7870 de 5 de mayo de 1999), cuyo numeral XII.5 estipuló que “Cada Parte Contratante por medio del presente Acuerdo otorga su consentimiento incondicional para someter una diferencia a arbitraje internacional de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo”. De ninguno de los artículos de la Sección B del Capítulo X del Tratado de Libre Comercio objeto de análisis, se puede extraer que el Estado costarricense haya otorgado un consentimiento anticipado, incondicional e irrevocable con solo su suscripción y de previo al surgimiento de cualquier diferendo entre aquél y un inversionista de un Estado parte. Por el contrario, la interpretación contextual y sistemática del Tratado de Libre Comercio, permite concluir que es para cada inversión concreta y particular que el Estado puede otorgar su consentimiento –vía cláusula compromisoria o compromiso– para someter la controversia con un inversionista al arbitraje, tomando en consideración que el Estado puede exigir como condición previa el agotamiento de las vías internas administrativa y jurisdiccional, según lo establece el artículo 26 del Convenio del CIADI. Los artículos 10.16.3 y 10.17.2 no disponen que alguna de las normas del CIADI no deben ser aplicada, todo lo contrario, se trata, en el primer caso, de una remisión genérica al Convenio del CIADI y, en el segundo supuesto, de una remisión específica al Capítulo II de ese instrumento, en el cual se encuentran, precisamente, emplazados los ordinales 25 y 26 ya referidos. Consecuentemente, si se hubiere querido la no aplicación del artículo 26 del Convenio del CIADI, los negociadores de las partes debieron haberlo estipulado expresamente en el Tratado, de igual forma si se quería una cláusula compromisoria incondicional y anticipada no debió haberse efectuado una remisión al Capítulo II del Convenio del CIADI, al artículo II de la Convención de Nueva York y al artículo I de la Convención Interamericana. Es menester señalar que todo lo anteriormente apuntado no desdice o pone en tela de duda el compromiso que asumió el Estado costarricense, al suscribir el Tratado de Libre Comercio, de esforzarse, procurar y utilizar todos los medios para someter las diferencias de orden patrimonial al arbitraje internacional, todo con el fin manifiesto de crear un clima de seguridad y certeza para los inversionistas extranjeros”.*

**Ernesto Jinesta L.**

**Roxana Salazar C.**

**José Paulino Hernández G.**

**NOTA DEL MAGISTRADO HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ**

En cuanto al arbitraje como mecanismo de solución de controversias previsto en el proyecto de Ley de aprobación del Tratado, concuerdo con los argumentos que nutren las “razones diferentes en materia arbitraje inversionista-Estado” de los Magistrados Jinesta y Mora (q.d.D.g), y que constan en la sentencia de la Sala #2007-9469 de 10.00 horas de 3 de julio de 2007 (Cfr. Considerando VI). En este sentido, voto de conformidad con esas razones, las cuales prohijo, sin necesidad de transcribirlas por inconducente.

José Paulino Hernández G.

**Razones distintas de los Magistrados Castillo Viquez y Rueda Leal, con redacción conjunta, en relación con el numeral 11.21 del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.**

En el voto n.º 2007-9469, los Magistrados Mora y Jinesta, en relación con la figura del arbitraje inversionista-Estado, con redacción del segundo, expresaron lo siguiente:

*“Los sucritos Magistrados Mora y Jinesta, con redacción del segundo, coincidimos con el resto de la mayoría en el sentido que en cuanto a la figura del arbitraje inversionista-Estado - incluida en la Sección B, del Capítulo X del Tratado objeto de consulta- no se observan vicios de constitucionalidad, por las razones diferentes que se exponen a continuación:*

**ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.** *En criterio de los consultantes el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, establece, en los artículos 10.16, 10.17, 10.22 y 10.28, un arbitraje que califican de “obligatorio” y “vinculante” para el Estado costarricense. Bajo esta inteligencia, los puntos medulares de este extremo de las consultas, consisten en determinar si (A) el arbitraje para solucionar las controversias Estado-inversionista resulta forzoso o vinculante para el Estado costarricense y si (B) el referido Tratado de Libre Comercio contiene o no una cláusula compromisoria incondicional, anticipada e irrestricta.*

**A.- CARÁCTER FORZOSO O FACULTATIVO DEL ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA-ESTADO.**

**1) Fases de la solución de controversias Estado-inversionista en el Tratado de Libre Comercio.**

*El Capítulo X ‘Inversión’ en la Sección B ‘Solución de controversias Inversionista-Estado’ establece las siguientes fases en la resolución de tales conflictos de interés: a) Etapa de consultas y negociación, b) arbitraje y c) cumplimiento del laudo arbitral. Agotada la primera fase de consultas y negociación sin haber obtenido un resultado, se inicia la segunda etapa que es la del arbitraje propiamente dicho.*

**2) Fase de arbitraje para solución de controversias Inversionista-Estado en el TLC. Remisión al Convenio del CIADI.**

*El artículo 10.16 ‘Sometimiento de una reclamación a Arbitraje’, dispone en el punto 3 lo siguiente:*

*‘Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:*

*de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para procedimientos arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;*

*de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CIADI; o*

*de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.’*

*De esta norma del Tratado de Libre Comercio resulta, a todas luces, claro que el demandante, esto es, el inversionista, debe someterse a lo establecido por el Convenio del CIADI, se produce, así, una remisión expresa, explícita e inequívoca a ese instrumento del Derecho Internacional, de modo que resulta absolutamente indispensable clarificar lo que se establece en ese Convenio en lo que atañe al arbitraje.*

***3) Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estado de 18 de marzo de 1965. Artículo 26 otorga facultad al Estado para exigir como condición para dar consentimiento para arbitraje agotar previamente vía administrativa o judicial interna.***

*Este Convenio de 18 de marzo de 1965 fue aprobado por la Asamblea Legislativa, en aplicación del artículo 7° de la Constitución Política, mediante la Ley No. 7332 de 30 de marzo de 1993. Este instrumento del Derecho Internacional en su Capítulo II, artículo 26 establece, expresamente, lo siguiente “(...) Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”. Esta norma del Convenio del CIADI es lo suficientemente clara y contundente para aclarar que el arbitraje para resolver un conflicto entre un inversionista y el Estado costarricense no es obligatorio, por el contrario le otorga una clara facultad al Estado demandado por el inversionista para exigir que, previamente, se discuta el diferendo surgido en la sede administrativa o en la vía jurisdiccional interna. Es menester resaltar que al momento de la aprobación legislativa del Convenio del CIADI por la Asamblea Legislativa se introdujo la siguiente cláusula interpretativa al numeral 26: “Que solo se*

*podrá recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio para la Solución de controversias relativas a inversiones, cuando previamente se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes ya sean de tipo administrativo o judicial”. Por su parte, este Tribunal Constitucional en el Voto No. 1079-93 de las 14:48 hrs. de 2 de marzo de 1993, al evacuar la consulta preceptiva sobre el proyecto de ley que aprobaría el Convenio del CIADI, estimó en la parte dispositiva que ‘(...) no se encuentran vicios de inconstitucionalidad en su contenido ni en la declaración interpretativa sobre el artículo 26 (...)’. Cabe agregar que aunque podría dudarse de la constitucionalidad de la cláusula interpretativa introducida por la Asamblea Legislativa, en cuanto, prácticamente, le impone la obligación al Estado de discutir el asunto en las vías internas, es lo cierto que el artículo 26 del Convenio del CIADI, resulta absolutamente constitucional, puesto que, le concede al Estado una facultad al señalar que “Un Estado Contratante podrá exigir (...)’, con lo cual le deja abierta la opción de acudir a las vías internas – administrativas y jurisdiccionales- o al arbitraje internacional.*

***4) Imposibilidad constitucional de reabrir una controversia fenecida con autoridad de cosa juzgada en la vía judicial interna.***

*Si el Estado demandado en una controversia con un inversionista, establece, facultativamente, como condición acudir a la sede jurisdiccional interna y en ésta se dicta una sentencia con autoridad de cosa juzgada material no podrá acudirse a la sede arbitral, por cuanto el artículo 42, párrafo 2º, de la Constitución Política que está por sobre el Tratado de Libre Comercio, dispone que ‘Se prohíbe reabrir (...) juicios fallados con autoridad de cosa juzgada, salvo cuando proceda el recurso de revisión’. Consecuentemente, en tal hipótesis el único escenario de discusión entre el inversionista y el Estado costarricense lo constituye el recurso extraordinario interno de revisión, según las causales que pauta el ordenamiento jurídico. Distinto sería cuando, el Estado costarricense decide, facultativamente, discutir solo el asunto en la vía administrativa o bien en la judicial pero estando en esta última decide libremente otorgar su consentimiento para acudir a un panel arbitral, puesto que, en tales supuestos no existe aún sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y el artículo 43 constitucional habilita a cualquier persona –incluido el Estado–*

*para terminar sus diferencias patrimoniales mediante árbitros '(...) aún habiendo litigio pendiente'.*

### **5) Conclusión**

*El arbitraje inversionista-Estado no resulta forzoso u obligatorio para el Estado costarricense, por cuanto, el artículo 26 del Convenio del CIADI, lo faculta, expresamente, para exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales internas, como condición para otorgar su consentimiento al arbitraje. La aplicación de esa norma del Convenio del CIADI resulta de la remisión expresa que formulan los artículos 10.16.3, inciso a), y el 10.17.2, inciso a), del propio Tratado a ese instrumento del Derecho Internacional, siendo que, en ningún momento, se indicó o se convino que ese numeral no sería de aplicación. En todo caso, cabe advertir que el ejercicio de la facultad contenida en el artículo 26 del Convenio del CIADI por el Estado costarricense debe ser congruente y conforme con la seguridad y certeza que ofrecen a la inversión extranjera los mecanismos alternos de solución de conflictos.*

### **B.- CLAUSULA COMPROMISORIA INCONDICIONAL Y GENÉRICA O ACUERDO ARBITRAL ESPECÍFICO PARA CADA AUTORIZACIÓN O ACUERDO DE INVERSIÓN.**

#### **1) Consentimiento de las partes para someter una controversia al arbitraje (artículo 10.17 del Tratado de Libre Comercio).**

*El Tratado de Libre Comercio no le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco o irrestricto para solventar cualquier diferendo con un inversionista ante un panel arbitral. Primero, por la remisión expresa que hace el artículo 10.16.3, (a) y (b), al Convenio del CIADI o al Mecanismo Complementario del CIADI, con lo cual rige el artículo 26 de ese instrumento del Derecho Internacional en los términos ya expuestos y segundo por cuanto el artículo 10.17 establece claramente las reglas de 'Consentimiento de cada una de las Partes al Arbitraje'.*

*En efecto el artículo 10.17 dispone lo siguiente:*

*'1. Cada Parte consiente en someter una reclamación al arbitraje, con arreglo a esta Sección y de conformidad con este Tratado.*

*2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección cumplirá con los requisitos señalados en:*

*(a) el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia;*

*(b) el Artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”; y*

*(c) el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.*

**2) Remisión al Capítulo II del Convenio del CIADI (artículo 10.17.2. a).**

*El artículo 25, párrafo 1º, del Convenio del CIADI, emplazado en el Capítulo II (Jurisdicción del Centro), dispone que la jurisdicción de ese Centro se extiende a las diferencias jurídicas surgidas entre un Estado Contratante y el nacional de otro Estado Contratante cuando hayan ‘(...) consentido por escrito (...)’. De este precepto del Convenio del CIADI queda suficientemente claro que el Estado, a través de la simple aprobación del Tratado de Libre Comercio, no manifiesta un consentimiento genérico y abierto para someter los diferendos al arbitraje, sino que, por el contrario, para cada controversia, diferencia o conflicto surgido con un inversionista se precisa, necesariamente, de una manifestación específica de consentimiento, sea de un acuerdo arbitral. A mayor abundamiento, tal y como fue apuntado el artículo 26 –también emplazado en el Capítulo II del Convenio del CIADI- le concede al Estado Contratante la facultad de poder exigir el agotamiento previo de las vías administrativas o judiciales como condición para manifestar su consentimiento al arbitraje. Es menester agregar que no puede confundirse un consentimiento irrestricto o genérico –que no le impone el Tratado de Libre Comercio al Estado costarricense- con la cláusula compromisoria que pueden convenir las partes de modo accesorio con motivo de una relación jurídico-sustancial para someter cualquier diferencia futura, no surgida o potencial a un arbitraje. De otra parte, el arbitraje puede tener por sustento un compromiso arbitral que es el cual suscriben las partes para dirimir una o varias controversias actuales o ya surgidas. Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral son denominados genéricamente como acuerdo arbitral.*

**3) Remisión al artículo II de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras - Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 (artículo 10.17.2. b).**

*La necesidad de que exista un acuerdo arbitral por escrito, de cara a cada acto o autorización de inversión para someter las diferencias potenciales (cláusula compromisoria) o actuales (compromiso) al arbitraje, queda plenamente ratificada por la remisión que efectúa el artículo 10.17.2 (b), a la Convención de Nueva York (Reconocimiento y Ejecución Sentencias Arbitrales Extranjeras de 10 de junio de 1958), aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6157 de 2 de diciembre de 1977. En efecto ese instrumento del Derecho Internacional dispone en su artículo II lo siguiente:*

*‘Artículo II. 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*

*2. La expresión "acuerdo por escrito" denotara una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.*

*(...)*

*Síguese del texto transcrito, que el Tratado de Libre Comercio, en cuanto remite a la Convención de Nueva York, no le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco, genérico o irrestricto, resulta claro que ante la formalización o establecimiento de cada acuerdo o autorización de inversión se planteará la disyuntiva de concertar una cláusula arbitral o un compromiso, esto es, para cada inversión en particular se precisará de un acuerdo arbitral escrito.*

#### ***4) Remisión al artículo I de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975 (artículo 10.17.2.c)***

*La remisión que efectúa el artículo 10.17.2.c del Tratado de Libre Comercio a la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 30 de enero de 1975, aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley No. 6165 de 2 de diciembre de 1977, demuestra, una vez más, la necesidad de un acuerdo arbitral por escrito frente a cada inversión y la ausencia de una imposición genérica por el Tratado al Estado costarricense de un consentimiento abierto. En efecto, el artículo I de la referida convención establece lo siguiente:*

*‘Artículo I*



*Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.'*

### **5) Conclusiones**

*En suma, el artículo 10.17.1 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, no puede ser entendido como una cláusula compromisoria genérica e incondicional, puesto que, cuando así se ha querido establecer en un Tratado de Libre Comercio o en un Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones –“tratados bilaterales de inversión”-, se incluye una cláusula expresa e inequívoca en ese sentido, tal y como sucedió, en el pasado, con el Acuerdo entre la República de Chile y la República de Costa Rica para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por la Ley No. 7748 de 23 de febrero de 1998), cuyo artículo IX, párrafo 2º, dispuso, al efecto, “(...) cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser admitida a este arbitraje (...)” o bien en el Acuerdo con Canadá sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (aprobado por Ley No. 7870 de 5 de mayo de 1999), cuyo numeral XII.5 estipuló que “Cada Parte Contratante por medio del presente Acuerdo otorga su consentimiento incondicional para someter una diferencia a arbitraje internacional de acuerdo con lo dispuesto en este Artículo”. De ninguno de los artículos de la Sección B del Capítulo X del Tratado de Libre Comercio objeto de análisis, se puede extraer que el Estado costarricense haya otorgado un consentimiento anticipado, incondicional e irrevocable con solo su suscripción y de previo al surgimiento de cualquier diferendo entre aquél y un inversionista de un Estado parte. Por el contrario, la interpretación contextual y sistemática del Tratado de Libre Comercio, permite concluir que es para cada inversión concreta y particular que el Estado puede otorgar su consentimiento –vía cláusula compromisoria o compromiso- para someter la controversia con un inversionista al arbitraje, tomando en consideración que el Estado puede exigir como condición previa el agotamiento de las vías internas administrativa y jurisdiccional, según lo establece el artículo 26 del Convenio del CIADI. Los artículos 10.16.3 y 10.17.2 no disponen que alguna de las normas del CIADI no deben ser*

*aplicada, todo lo contrario, se trata, en el primer caso, de una remisión genérica al Convenio del CIADI y, en el segundo supuesto, de una remisión específica al Capítulo II de ese instrumento, en el cual se encuentran, precisamente, emplazados los ordinales 25 y 26 ya referidos. Consecuentemente, si se hubiere querido la no aplicación del artículo 26 del Convenio del CIADI, los negociadores de las partes debieron haberlo estipulado expresamente en el Tratado, de igual forma si se quería una cláusula compromisoria incondicional y anticipada no debió haberse efectuado una remisión al Capítulo II del Convenio del CIADI, al artículo II de la Convención de Nueva York y al artículo I de la Convención Interamericana. Es menester señalar que todo lo anteriormente apuntado no desdice o pone en tela de duda el compromiso que asumió el Estado costarricense, al suscribir el Tratado de Libre Comercio, de esforzarse, procurar y utilizar todos los medios para someter las diferencias de orden patrimonial al arbitraje internacional, todo con el fin manifiesto de crear un clima de seguridad y certeza para los inversionistas extranjeros”.*

En el sub examine, el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua contiene normas similares a las analizadas supra, como se indica de seguido :

En relación con la remisión general para el sometimiento de una reclamación al CIADI y al CNUDMI, la Sección C) “*Solución de Controversias entre una Parte y un inversionista de la otra parte*”, artículo 11.20 inciso 3) dispone: “*Siempre que hayan transcurrido 6 meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1 de conformidad con: (a) el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio;( b) las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante, pero no ambas, sean parte del Convenio del CIADI; o (c) las reglas del Arbitraje de la CNUDMI*”

Atinente al consentimiento específico de cada una de las Partes al Arbitraje, con remisión expresa al Capítulo II del Convenio del CIADI, el artículo 11.21 inciso 2.a) del Tratado dispone: “*El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de la reclamación a arbitraje con arreglo a esta Sección, cumplirán con los requisitos señalados en: (a) el capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del centro) y las Reglas*

*del mecanismo Complementario del CIADI que exigen el consentimiento por escrito de las partes de la controversia”*

Con referencia a la remisión del Tratado a la Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras Convención de Nueva York, artículo II de dicha Convención, expresa en el artículo 11.21 inciso 2.b lo siguiente: “(b) *el artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito.”*”

Finalmente respecto de la remisión al artículo I de la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial internacional, el numeral 11.21 inciso 2.c) establece: “(c) *el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.*”

Una vez establecida la similitud regulatoria en materia de solución de controversias inversionista - Estado entre el tratado objeto de esta consulta y el Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos, nos parece oportuno hacer las siguientes consideraciones.

1) Como señalan los Magistrados Mora y Jinesta, el artículo 26 del Convenio del CIADI establece que “(…) *Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio*”.

A lo anterior se debe agregar que Costa Rica, el momento de aprobar tal Convenio por Ley número 7332 de 30 de marzo de 1993, determinó una declaración interpretativa al numeral 26 y una reserva al ordinal 42 del CIADI. En el *sub examine*, interesa la primera, la cual dice:

*“DECLARACION INTERPRETATIVA AL ARTICULO 26:*

*Que solo se podrá recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio para la Solución de controversias relativas a inversiones, cuando previamente se haya hecho agotamiento de todos los medios locales existentes ya sean de tipo administrativo o judicial.”*

Tales disposiciones, respecto de las cuales a la fecha no tenemos duda alguna de constitucionalidad (compartimos el criterio vertido en el voto número 1079-93 de las 14:48 horas de 2 de marzo de 1993 y en esto diferimos del criterio de los Magistrados Mora y Jinesta en cuanto que podría haber dudas de constitucionalidad), implican que Costa Rica solo podrá ir a arbitraje cuando primero se agoten las instancias internas administrativas y jurisdiccionales. Esto conlleva, para esos magistrados, otra consecuencia: si el Estado decide el agotamiento previo de la vía jurisdiccional, el resultado será la emisión de una sentencia con carácter de cosa juzgada material.

Ahora bien, contrario a la posición sostenida por los Magistrados Mora y Jinesta, estimamos que la referida declaración interpretativa al artículo 26 no implica que una vez agotada la sede jurisdiccional interna, el asunto no pueda ser sometido a arbitraje en los términos del CIADI. En realidad, en tales casos, no se estaría reabriendo una causa fallada con

autoridad de cosa juzgada, sino que la verdadera cosa juzgada no se daría sino hasta que estuviese agotada la fase del arbitraje internacional en los términos del CIADI.

En este sentido, hay que recordar el valor de las declaraciones interpretativas. Como es bien sabido, la declaración interpretativa tiene como objeto aclarar el sentido de una cláusula de un tratado internacional cuando es oscura o el texto ofrece diversas opciones posibles, siempre y cuando no desvirtúe el objeto original del convenio. La Comisión de Derecho Internacional de la Organización de Naciones Unidas las define como: *"Una declaración unilateral, cualquiera [que] sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado o por una organización internacional, con el objeto de precisar o aclarar el sentido o el alcance que ese Estado o esa organización internacional atribuye al tratado o algunas de sus disposiciones"*. (Véase Comisión de Derecho Internacional, 51 periodo de sesiones, 3 de mayo-23 de julio de 1999, Nueva York, Naciones Unidas, 1999, p. 194). Las declaraciones interpretativas de este tipo, a diferencia de las reservas, no tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de un tratado. Como bien se señala en el Manual de Tratados de la Organización de Naciones Unidas, preparado por la Sección de Tratados de su Oficina de Asuntos Jurídicos, tanto las declaraciones obligatorias como las facultativas son jurídicamente vinculantes para los sujetos de Derecho internacional declarantes. De ahí que las declaraciones interpretativas sí impongan obligaciones jurídicas a los declarantes en el ámbito internacional. Por otra parte, en este asunto no podemos dejar de lado las reglas de interpretación de los tratados internacionales. En este ámbito, este Tribunal ha expresado lo siguiente:

*"a) El Tratado debe ser interpretado de acuerdo con el sentido razonable del objeto que regula, b) El objeto, en sí mismo, debe ser igualmente razonable; es decir, que sea adecuado y no inconsistente con los principios generalmente reconocidos; c) Se presume que las partes coinciden en los efectos del Tratado, de manera que las partes coinciden en los efectos de Tratado, de manera que no es admisible la interpretación que vuelva sin sentido o ineficaz a una estipulación, o al mismo tratado, Ch) Toda interpretación debe estar dirigida a hacer la operación del Tratado, consistente con la buena fe". (El subrayado es nuestro). Voto 123-93.*

De interpretarse el convenio objeto de esta consulta en el sentido que primero deben agotarse las vías internas y que es imposible acudir al arbitraje internacional una vez que haya cosa juzgada material por un fallo de la jurisdicción nacional, simple y llanamente se estaría haciendo ineficaz no solo el convenio consultado en cuanto a este extremo, sino el propio CIADI, toda lo cual vulnera tanto las reglas de interpretación de los tratados, como principios básicos del derecho internacional público, que regentan la interpretación y aplicación de los tratados, en particular el de la buena fe.

De ahí que optamos por una interpretación diferente, en el sentido que en virtud de la cláusula interpretativa al artículo 26 del CIADI, en el subexamine, la autoridad de cosa juzgada, cuya determinación es un tema de legalidad, solo se da cuando se agota la vía del arbitraje internacional.

Al respecto, se debe advertir que el parámetro de control de constitucionalidad, según el artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no solo está compuesto por las normas de la Ley Fundamental, sino que también por “*los principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica*”. Ergo, todas las fuentes jurídicas, principios y derechos citados, que comprenden tanto principios constitucionales **como otros del Derecho Internacional o Comunitario**, en el ejercicio del control de constitucionalidad, deben aplicarse de manera armonizada, de manera que sus contenidos protectores se optimicen de la mejor manera posible y no se afecte el contenido esencial de ninguno de ellos.

Precisamente, uno de los principios fundamentales del derecho internacional consiste en que ningún Estado puede invocar su ordenamiento jurídico interno para desligarse o incumplir una obligación derivada de un convenio internacional, el cual está recogido en el numeral 27 de la Convención de Viena sobre los Tratados.

Asimismo, el principio de derecho internacional *effet utile* exige del Estado, en la interpretación y aplicación de los Tratados, y de aquellos no autoaplicables (non-self executing), la obligación de estimular a todos los órganos del aparato estatal para que se generen efectos duraderos en el orden interno de acuerdo con las obligaciones internacionales adquiridas, de modo que se deben tomar las medidas necesarias en todo su conjunto, para asegurar que los términos de un acuerdo internacional tengan efectos en armonía con el derecho interno. A esto siguen los mecanismos de cooperación entre los Estados y organizaciones internacionales, y de seguimiento sobre la compatibilidad de la legislación interna con la de los convenios internacionales.

En igual sentido, los principios de *pacta sunt servanda* y *bona fides* determinan que los tratados deben ser cumplidos tal y como se consagran de buena fe, por cuanto la obligatoriedad del tratado entre las partes les impone establecer políticas tendentes a su adecuado cumplimiento.

Los principios anteriores obligan a una interpretación del derecho interno, incluida por supuesto la Constitución y de las normas de los tratados suscritos por Costa Rica, a la luz del principio de *coherentia*, en virtud del cual, ante dos enunciados, uno de una norma de un tratado internacional y otra de una del derecho interno, en la medida de lo posible,

no debe atribuírseles un significado que produzca una incompatibilidad entre ellas. La exigencia de coherencia es una consecuencia lógica de los principios de *pacta sunt servanda*, *bona fides* y *effet utile* a los que ya hemos hecho referencia. Si los Estados se comprometen en el orden internacional es porque tienen la voluntad de cumplir las obligaciones contraídas y es obligación de los Estados y de sus órganos internos adoptar todas las medidas, incluidas aquellas de carácter interpretativo, para adaptar el ordenamiento interno de manera que el objetivo perseguido se alcance.

Así las cosas, la conclusión de que dada la declaración interpretativa al artículo 26, ningún asunto con cosa juzgada material podría ser sometido a arbitraje, implicaría, ni más ni menos, que vaciar de contenido el arbitraje internacional según los compromisos adquiridos por el país a través del CIADI y todos los tratados posteriores que a él han remitido, lo que a su vez supone una flagrante violación a los mencionados principios del derecho internacional, que forman parte del parámetro de control de constitucional y pondría al país en una situación muy comprometida frente a la comunidad internacional. Por lo demás, tal interpretación sería contraria al propio bloque de constitucionalidad, toda vez que no pondera los citados principios del derecho internacional público.

Por tales razones, el Tribunal Constitucional, en ejercicio del control de constitucionalidad, tiene la obligación de armonizar las obligaciones derivadas de la Constitución Política y el Derecho Internacional, todo ello en la medida que el razonamiento técnico jurídico preciso y fundado en el bloque de constitucionalidad así lo permita, de manera que los contenidos protectores de las diversas fuentes se optimicen de la mejor manera posible, eso sí sin que eso afecte el contenido esencial de ninguno derecho fundamental.

Ciertamente, en el plano interno, el derecho constitucional tiene prioridad sobre el internacional; sin embargo, en el plano externo, lo anterior no justifica el incumplimiento unilateral de un Estado de una obligación convencional vinculante, lo que irremediamente acarrearía responsabilidad para el Estado que incumple por tratarse de la violación del derecho internacional, y solo tendría la posibilidad complicada de proceder con la regulación de la nulidad, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados conforme a la Parte V de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969

De ahí que el juez constitucional, antes de someter al país a situaciones tan complejas, primeramente tenga el deber de interpretar de manera conciliatoria los instrumentos inmersos en un conflicto derecho interno-derecho internacional, y solo en caso de que no sea jurídicamente plausible una interpretación armoniosa o que irremediamente se vacíe de su contenido esencial a un derecho constitucional, tendría preponderancia el derecho interno, tesis que en lo fundamental es seguida

por reconocidos internacionalistas como Thomas Buergenthal, Hector Gross Espiell, Claudio Grosman y Harold G. Maier. Esta aproximación o modo de análisis a este tipo de situación se justifica aún más puesto que el parámetro de constitucionalidad incluye, según se explicó supra, los principios del derecho internacional o comunitario como dispone el artículo 1º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

A mayor abundamiento, el criterio de otros tribunales internacionales explica nuestra posición.

Por ejemplo, la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), en el caso de las “zonas francas” (CPJI, Ser. A/B, No. 46, p.167), dijo: “*Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus obligaciones internacionales*”; igualmente se pueden citar las sentencias arbitrales en los asuntos “Montijo” (26/7/1875) y “Georges Pinson” (19/10/28). Además, la CPIJ, en el caso de los nacionales polacos de Dantzig (1932) que habían pasado en este mismo carácter a Polonia, respecto a un acuerdo celebrado entre dos sujetos de Derecho Internacional (CPJI, Ser. A/B, No. 44, p. 24), dijo: “... *puede fácilmente admitirse que, según un principio bien establecido de Derecho Internacional, el acuerdo, siendo un tratado internacional, no puede, como tal, crear directamente derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un acuerdo internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes contratantes, de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los tribunales nacionales.*” En adición señaló: “*Un Estado no puede invocar contra otro su propia Constitución con miras a evadir obligaciones que le incumba por el Derecho Internacional*”. Por su parte, el CPJI en el asunto del intercambio de poblaciones griegas y turcas expresó: “*Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos*” (CPJI, Serie B, núm. 10, p. 20). En igual sentido, en el caso del estatuto jurídico de Groenlandia Oriental, la CPJI juzgó una declaración hecha por el ministro de Relaciones Exteriores al ministro de Dinamarca. La Corte dijo que dicha declaración obligaba a Noruega, a pesar de que este Estado aducía que su ministro había sobrepasado sus poderes constitucionales (CPJI, Serie A/B, núm. 46, p. 170). También la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva en el asunto “Aplicabilidad de la obligación de arbitraje en virtud de la sección 21 del acuerdo de 26 de junio de 1947 relativo a la Sede de la Organización de las Naciones Unidas (1988), dispuso: “Bastaría recordar el principio básico de que el Derecho Internacional prevalece sobre el Derecho Interno. Este principio fue avalado por decisiones tan antiguas como la sentencia arbitral de 14 de septiembre de 1872 en el

asunto Alabama entre Gran Bretaña y los EE.UU., y ha sido frecuentemente citado desde entonces, por ejemplo en el asunto de las Comunidades greco-húngaras en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional afirmó que: “es un principio de derecho internacional universalmente aceptado el que en las relaciones entre potencias que son partes de un tratado, la normas de derecho interno no pueden prevalecer sobre las del tratado” (ICJ Reports-CIJ Recueil, 1988).

La postura que estamos siguiendo tiene una ventaja adicional, en la medida que el Tribunal Constitucional ejerce una función preventiva ante eventuales responsabilidades internacionales que pudieran exigírsele al Estado costarricense por incumplir obligaciones internacionales derivadas de un instrumento internacional.

2) Amén de lo anterior, en el mismo sentido que los Magistrados Mora y Jinesta indicaron en cuanto al Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, en este Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua no se le impone al Estado costarricense un consentimiento abierto, en blanco o irrestricto para solventar cualquier diferendo con un inversionista ante un panel arbitral.

Al igual que el Tratado de Libre Comercio entre Centroamérica, República Dominicana y los Estados Unidos de América, en el caso del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, su artículo 11.21 inciso 2.a remite al Convenio del CIADI, el 2.b dispone lo siguiente: “(b) el artículo II de la Convención de Nueva York que exige un “acuerdo por escrito”, mientras que el c) señala: “el Artículo I de la Convención Interamericana que requiere un “acuerdo”.

Con base en tal referencia, se descarta que, en cuanto al tratado objeto de esta consulta, que el Estado pueda emitir un consentimiento genérico y abierto para someter cualesquiera futuros diferendos a un arbitraje. En realidad, se requiere una manifestación específica de consentimiento (ya sea un acuerdo o un compromiso arbitral) de ambas partes para someter a un proceso de arbitraje internacional una controversia individual o un grupo de controversias que hubieran surgido o pudieran surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

3) En conclusión, estimamos que el numeral 11.21 del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua no es inconstitucional siempre que se interprete 1) que **solo se podrá** recurrir al procedimiento de arbitraje dispuesto por el Convenio para la Solución de controversias relativas a inversiones, cuando previamente se haya hecho



agotamiento de todos los medios locales existentes ya sean de tipo administrativo o judicial, 2) que en relación con el tratado objeto de esta consulta, para cada controversia individual o grupo de controversias que hubieran surgido o pudieran surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se precisa, inexorablemente, de una manifestación específica de consentimiento por parte del Estado.

Fernando Castillo V.

Paul Rueda L.