



ACODI ASOCIACIÓN COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL

**REVISTA COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL**

XI EDICIÓN

II SEMESTRE 2023



**REVISTA COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL**

CONSEJO EDITORIAL

Dirección General

Édgar Eduardo Méndez Zamora
Felipe Volio Soley

Consejo Editorial

Sebastian Sauter Odio
Denise Lelchuck
Jimena Zamora

Diseño y diagramación

Sarah Fage Hay

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 11
II Semestre 2023
Fecha de publicación: 20 de agosto de 2023
San José, Costa Rica
ISSN: 2215-325X



**REVISTA COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL**

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



Tabla de contenidos

Presentación	6
Editorial	10
Ciberseguridad en arbitrajes digitalizados: riesgos, responsabilidades y respuestas	
Artículo I	41
Human Rights Implications of Face Recognition and Other Biometric Technologies	
<i>Valentina Vera-Quiroz</i>	
Artículo II	54
Challenges and Opportunities Originated from the Incorporation of Basel III in the Development of Public Infrastructure in Costa Rica and Latin America	
<i>Alejandro Muñoz Thuel</i>	
Artículo III	81
The Straight Bill of Lading: A Straight Document in Rough Waters	
<i>Stefan Haeussler Vesco</i>	
Artículo IV	93
Subjetividad internacional de los estados: el caso de Palestina, entre la autodeterminación y el reconocimiento	
<i>Juan Carlos Caíta-Moreno</i>	
Entrevista	128
Entrevista con la profesora Gabriella Blum sobre la influencia de los derechos humanos y la tecnología en los conflictos armados	
Interview with Professor Gabriella Blum on the Influence of Human Rights and Technology on Armed Conflicts	
<i>Entrevistadores:</i>	
<i>Édgar Eduardo Méndez Zamora</i>	
<i>Sebastian Sauter Odio</i>	



Presentación

Undécima Edición

La XI Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional, que estrena un renovado diseño gráfico, aborda una gama de temas que exploran la intersección de la tecnología, la regulación y los derechos humanos en el mundo contemporáneo. Su contenido se adentra en diversas áreas tanto del derecho internacional público como del privado, proporcionando una visión multidisciplinaria de los desafíos y oportunidades que presenta el siglo XXI.

Iniciamos con la nota editorial, que aborda los riesgos de ciberseguridad en el arbitraje internacional. Hace un repaso de las mejores prácticas para mitigarlos, de la responsabilidad de los árbitros, las instituciones y las partes en la supervisión de la ciberseguridad y de la admisibilidad de la evidencia obtenida a través de un ataque cibernético.

De seguido, Valentina Vera-Quiroz discute el uso controvertido de la tecnología de reconocimiento facial para fines de vigilancia, su impacto en la privacidad y el potencial de mal uso debido a los sesgos raciales inherentes en la tecnología, destacando también el papel de las organizaciones de la sociedad civil y los periodistas en la sensibilización sobre estos problemas.

Alejandro Muñoz Thuel explora los desafíos y consecuencias del marco regulatorio de Basilea III en la capacidad de los bancos comerciales para financiar proyectos de infraestructura pública en América Latina y Costa Rica. Destaca las dificultades que esto presenta para las economías



emergentes y en desarrollo (EMDEs) y discute posibles mecanismos de financiación alternativos.

Stefan Haeussler Vesco profundiza en las complejidades y problemas de interpretación en torno al conocimiento de embarque directo, un documento utilizado en el transporte de mercancías por mar, con un enfoque particular en su naturaleza debatida como un documento de título debido a su no negociabilidad, y proporciona un análisis de varias doctrinas y jurisprudencia para ofrecer una opinión sobre su estado doctrinal actual.

Por otro lado, Juan Carlos Caita Moreno examina el conflicto palestino-israelí, centrándose en la decisión de la Fiscal Principal de la CPI, Fatou Bensouda, de acusar a altos responsables políticos y militares israelíes por crímenes de guerra en Cisjordania y Gaza, y analiza los argumentos de Israel contra esta decisión, así como la historia y las complejidades de la disputa.

Finalmente, la entrevista a la destacada profesora de Harvard Law School, Gabriella Blum, aborda temas como el uso de la tecnología en conflictos armados, la justificación de la guerra y la intersección de los derechos humanos y el derecho internacional en el contexto de la guerra, proporcionando una perspectiva personal y profesional sobre estos temas complejos y su impacto en la sociedad y los individuos.

Los directores y el Consejo Editorial agradecen a los autores y a la entrevistada por sus valiosas contribuciones a la revista, así como a los miembros del Consejo Asesor por su apoyo incondicional en la realización de este proyecto.

A handwritten signature in black ink that reads "E Méndez Zamora". The signature is fluid and cursive, with a large initial "E" and "M".

Édgar Eduardo Méndez Zamora
Director General

PRESENTACIÓN DE LOS DIRECTORES



Édgar Eduardo Méndez Zamora

Édgar Eduardo Méndez Zamora es abogado dedicado a la práctica del arbitraje internacional. Cuenta con un Master of Laws (LL.M.) de Harvard Law School y una Licenciatura en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Está autorizado para ejercer el derecho en Costa Rica y está pendiente su juramentación para ejercer en el estado de Nueva York. Actualmente, se desempeña como Foreign Associate (Asociado Extranjero) en la práctica de arbitraje internacional de Chaffetz Lindsey LLP, en Nueva York, Estados Unidos.

Ha ocupado el cargo de vicepresidente en Harvard International Arbitration Law Students Association (HIALSA) y en la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI). Cuenta con más de veinte publicaciones académicas, incluyendo artículos, entrevistas, estudios y un capítulo de un libro. Es bilingüe en inglés y español, tiene un manejo avanzado del idioma francés y un manejo intermedio del idioma alemán. Su perfil de LinkedIn está disponible en este [enlace](#).

PRESENTACIÓN DE LOS DIRECTORES



Felipe Volio Soley

Felipe Volio Soley es abogado costarricense con experiencia internacional. Representa a clientes en arbitrajes relacionados con disputas comerciales transfronterizas.

Actualmente, cursa un Master of Laws (LL.M.) en Stanford Law School, en California, Estados Unidos. De 2020 a 2023, trabajó como abogado extranjero en el despacho Busse Disputes, en Frankfurt, Alemania. Anteriormente, trabajó en las áreas de arbitraje internacional y banca y finanzas de firmas estadounidenses y centroamericanas. También realizó una práctica en el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong.

Publica regularmente artículos académicos y se especializa en litigios contractuales, a menudo relacionados con el derecho internacional privado. Es bilingüe en español e inglés y domina el alemán. Su perfil de LinkedIn está disponible en este [enlace](#).



Editorial

Ciberseguridad en arbitrajes digitalizados: riesgos, responsabilidades y respuestas¹

Felipe Volio Soley²

Édgar Eduardo Méndez Zamora³

¹Agradecimiento: Los autores agradecen a Fabiola Ramírez por sus valiosos aportes a este artículo.

² Abogado; candidato a Master of Laws (LL.M.) por Stanford Law School; Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; contacto: fvolio@stanford.edu

³ Abogado; Master of Laws (LL.M.) por Harvard Law School; Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica; Foreign Associate en Chaffetz Lindsey LLP, New York, New York, Estados Unidos de América; contacto: emendezzamora@llm22.law.harvard.edu



Resumen

El arbitraje internacional suele implicar el intercambio de información altamente confidencial y sensible que es atractiva para terceros no autorizados y cuya divulgación puede ser perjudicial para sus dueños. Paralelamente, la incidencia de ciberataques en firmas legales y centros arbitrales ha incrementado, especialmente porque las medidas de ciberseguridad que estos toman no siempre son adecuadas.

En este artículo, los autores recuentan los riesgos de ciberseguridad más frecuentes en un proceso arbitral, así como algunas medidas que pueden adoptarse para mitigarlos. Además, se propone que la ciberseguridad es una responsabilidad compartida por el tribunal, los centros arbitrales y los abogados de parte, de forma tal que su implementación no puede ser encargada a uno solo de ellos. Finalmente, se hace un análisis sobre la admisibilidad de evidencia obtenida ilegalmente en procesos arbitrales internacionales.

Palabras clave: ciberseguridad; arbitraje internacional; medidas de mitigación; admisibilidad de evidencia; hacking; protección de datos.

Abstract

International arbitration often involves the exchange of highly confidential and sensitive information that may be attractive to unauthorized third parties and whose disclosure may be detrimental to its owners. At the same time, the incidence of cyber-attacks on law firms and arbitration centers has increased due to the lack of adequate cybersecurity measures.

In this article, the authors review the most frequent cybersecurity risks in arbitration proceedings and analyze some measures that could be implemented to mitigate such risks. In addition, the authors propose that cybersecurity is a shared responsibility by arbitral tribunals, arbitration centers and counsels. Thus, its implementation cannot be entrusted to just one of them. Finally, an analysis is made of the admissibility of illegally obtained evidence in international arbitration proceedings.

Keywords: cybersecurity; international arbitration; mitigation measures; admissibility of evidence; hacking; data protection.



I. INTRODUCCIÓN

Los ataques cibernéticos representan una amenaza grave y actual para los usuarios del arbitraje internacional. La información intercambiada en estos procesos es un blanco atractivo para ciberataques, especialmente porque el procedimiento arbitral ahora es altamente digitalizado (ICCA, NYC Bar y CPR, 2019)¹. Dependiendo de las medidas de seguridad que se adopten, un ataque digital puede ser perpetrado sin mayor dificultad. La confidencialidad es percibida como una de las principales ventajas del arbitraje frente a otros medios de resolución alternativa de disputas (Queen-Mary, 2018)². Por ello, el adecuado manejo de información confidencial resulta esencial dentro de estos procesos (C & A, 2007). Esto ocurre tanto en el arbitraje comercial como en el arbitraje de inversión, en el cual puede haber información sensible o protegida que no se encuentra destinada a la disposición del público³. Todos los participantes de un arbitraje internacional deben prestarle atención a este tema para no convertirse en el “eslabón más débil” por el cual sea posible sustraer información (Claire, 2019).

La comunidad arbitral está comenzando a reaccionar frente a esta problemática. La nueva versión de las Reglas de la IBA (International Bar Association) de 2020 sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional Comercial, por ejemplo, expresamente invita a las partes y al arbitral a considerar, lo antes posible, el manejo que se le va a dar a la ciberseguridad dentro del proceso arbitral bajo el Artículo 2(2)(e).

En este sentido, el robo de datos “*data theft*” es una preocupación creciente en el arbitraje internacional y ha afectado a instituciones arbitrales, tribunales y partes por igual (Cohen & Morril, 2017). En 2015, la página web de la Corte Permanente de Arbitraje sufrió un ataque

¹ Ver la iniciativa Virtual Arbitration (<https://virtualarbitration.info>) y Remote Courts WorldWide (<https://remotecourts.org>) en donde se recopila información reciente sobre arbitrajes digitalizados.

² Ochenta y siete por ciento de los usuarios entrevistados consideraron importante la confidencialidad dentro del arbitraje internacional comercial. Los términos privacidad y confidencialidad son distintos. La confidencialidad se refiere a la obligación de las partes y de los árbitros de no divulgar la información dentro del arbitraje, mientras que la privacidad alude a que ningún tercero (distinto de las partes) tenga acceso a ni las audiencias ni al proceso arbitral. Al respecto, ver (Collins, 1995).

³ Artículo 7 del Reglamento de 2014 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) Sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“La información confidencial o protegida, como se define en el párrafo 2 y se determina en cumplimiento de las disposiciones a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4, no se pondrá a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6.”).



cibernético en el tercer día de la audiencia del arbitraje entre las Filipinas y China (Ross, 2015). El fin de los agresores era obtener información sobre una frontera marítima. Dicho ciberataque llamó fuertemente la atención de los usuarios del arbitraje internacional, pues puso en evidencia que lo mismo puede ocurrir en otros procesos. Asimismo, es cada vez más frecuente que se intente introducir como evidencia información obtenida ilegalmente por medio de ataques cibernéticos (Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, 2017). Sin duda, este tipo de situaciones van a aumentar en el futuro. La problemática se acentuará conforme los ciberataques devengan en más sofisticados.

En general, los datos sustraídos de un arbitraje pueden contener información sensible que viole el deber de confidencialidad entre el abogado y su cliente; por ejemplo, sus secretos empresariales. Una fuga de información privilegiada incluso puede afectar mercados financieros a corto y largo plazo si, como ejemplo, se revela que una compañía que cotiza en bolsa figura como demandada en un arbitraje (Bischoff, 2020). De igual manera, las deliberaciones del tribunal arbitral pueden ser interceptadas. Dicha intromisión podría acarrear problemas serios dentro del proceso y hasta poner en peligro la validez del laudo arbitral. En ciertos casos, los clientes han formulado demandas en contra de sus abogados por supuesta negligencia al no proteger su información de manera adecuada (Sedgwick, 2017).

A pesar del aumento generalizado en el número de ataques de ciberseguridad y del riesgo que estos representan en un proceso arbitral, en la práctica, a pesar de los esfuerzos mencionados anteriormente, muchos usuarios del arbitraje internacional todavía se muestran indiferentes ante ellos u optan por preferir la conveniencia ante la seguridad (ICC Commission Report on Information Technologies, 2017, para. 3.5). Los participantes siguen comunicándose por medio de correos electrónicos y archivos no encriptados a pesar del riesgo de que sus comunicaciones sean interceptadas.

Si el arbitraje internacional pretende seguir siendo un método más confidencial y sofisticado que el litigio transfronterizo para resolver disputas comerciales complejas, sus participantes deben tomar una actitud proactiva en torno a la mitigación de riesgos de ciberseguridad



(Cohen & Morril, 2019). Como una respuesta a ello y a raíz de la creciente dependencia de la comunidad arbitral en tecnologías de información, durante los últimos años se han emitido una serie de protocolos y enunciados de buenas prácticas relacionados con la ciberseguridad dentro del proceso arbitral. Este artículo pretende fomentar consciencia sobre esta problemática y proporcionar un marco general de la ciberseguridad en el arbitraje internacional.

En esta nota, se expondrán (i) los riesgos de ciberseguridad en el arbitraje internacional y buenas prácticas para mitigarlos. Asimismo, se examinará (ii) si la ciberseguridad del arbitraje es un tema procesal cuya supervisión es responsabilidad de los árbitros. Es un tema administrativo, el cual se encuentra bajo cargo de la institución arbitral o un asunto del cual deben ocuparse las partes y sus representantes. De seguido, se analizará (iii) la admisibilidad de evidencia obtenida por medio de un ataque cibernético dentro del arbitraje internacional. Finalmente, se expondrán (iv) las conclusiones.

II. RIESGOS DE CIBERSEGURIDAD EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y BUENAS PRÁCTICAS PARA MITIGARLOS

Existe una amplísima gama de riesgos de ciberseguridad que pueden acechar a las partes, al tribunal, a las instituciones y a otros participantes en un arbitraje internacional. Así, también, hay múltiples formas de mitigarlos. No hay una solución aplicable para todos los casos (“*one-size-fits-all solution*”) sobre cómo abordar el tema. Sin embargo, hay lineamientos básicos y aspectos generales por tomar en consideración. Esta nota examinará (i) los riesgos más frecuentes y relevantes; (ii) las correspondientes medidas de mitigación frente a los riesgos frecuentes en materia de ciberseguridad; y, finalmente, (iii) los más notables esfuerzos de la comunidad arbitral en materia de ciberseguridad.

A. RIESGOS MÁS FRECUENTES Y RELEVANTES EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD

La ciberseguridad es la actividad, proceso, habilidad, capacidad o estado bajo el cual información y sistemas de comunicación son protegidos en



contra de daños no autorizados o de su modificación o explotación (Vocabulary, 2020). Las firmas legales son frecuentemente consideradas como blancos vulnerables por parte de agresores cibernéticos, puesto que resguardan grandes cantidades de información confidencial y sensible, incluyendo transacciones comerciales, litigios, información financiera, y datos sobre fusiones y adquisiciones (BCLP, 2019).

En 2016, el ciberataque en contra de la firma de abogados panameña Mossack Fonseca, conocido como el incidente de los “Panama Papers” dio acceso a periodistas de todo el mundo a 11,5 millones de documentos. Este acontecimiento es considerado como uno de los ciberataques más grandes de la historia (Cat & Barney, 2018). En atentados como este, grandes firmas y centros de alcance internacional han sido víctimas de *hackers* que pretenden lucrar con la información obtenida o simplemente divulgarla. Los incidentes se han dado a pesar de los altos niveles de seguridad implementados por las firmas legales para proteger la información de sus clientes (Ross, 2015).

Las firmas y centros arbitrales más pequeños y domésticos no deben bajar la guardia, ya que estos, por contar con sistemas de protección menos sofisticados o incluso inexistentes, son –precisamente– el blanco más fácil. La falta de cuidado de los participantes de un arbitraje también los convierte en un blanco atractivo. Esto sucede, por ejemplo, cuando se dejan aparatos electrónicos o dispositivos de almacenamiento USB con información importante sin supervisión en sitios públicos (Sanderson, 2019). Los ciberataques seguirán incrementando en cantidad y sofisticación, por lo que toda firma de abogados debe tener políticas y procedimientos para combatirlos (International Bar Association, 2018). Asimismo, es importante que las firmas consideren contratar pólizas de ciberseguridad que cubran estos ataques.

El arbitraje internacional suele involucrar información clave de sus participantes. Esta incluye, entre otros, (i) información en industrias altamente sensibles como salud, banca, defensa y educación; (ii) información comercialmente valiosa, por ejemplo, fusiones y adquisiciones, diseños industriales, secretos comerciales y otros tipos de propiedad intelectual; (iii) información que puede ser monetizada con facilidad como los detalles en masa de clientes, datos de salud y crédito e información personal de los árbitros, abogados de las partes y demás



involucrados; e (4) información sensible relativa a empleo y derecho laboral. Las personas que tienen interés en obtener estos activos por medio de ciberataques se clasifican –generalmente– en dos grupos: activistas cibernéticos piratas o “hacktivistas” (*hacktivists*). Estos son agentes pagados por un Estado y criminales motivados por un beneficio patrimonial (Thomson Reuters, 2019) (Pastore, 2017, pág. 1024).

Los “hacktivistas” o activistas cibernéticos piratas son aquellos que utilizan las herramientas digitales de manera usualmente ilegal con fines políticos (Carracosca, 2016) tal como sucedió con los casos de Wikileaks y Panama Papers, entre otros (ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. Venezuela, 2013). Los agentes pagados por un Estado buscan información para una agenda política como en el caso de Libanaco contra Turquía, el cual es analizado más adelante (Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, 2011).

Los criminales motivados por un beneficio patrimonial buscan lucrar con la información para extorsionar al dueño de la información o vendérsela a terceras partes. Un ejemplo de ello sucedió en 2016 cuando se sospechó que un activista ruso buscó robar información relacionada con fusiones y adquisiciones de cuarenta y ocho firmas legales norteamericanas (Smith, 2016).

La información objeto de ciberataques puede estar almacenada en dispositivos de las personas involucradas como servidores, computadoras de escritorio o portátiles, discos duros externos, dispositivos de almacenamiento USB, teléfonos celulares o servicios de almacenamiento en la nube. Un tercero no autorizado puede tener dicha información por acceder presencial o remotamente por medio de redes locales o de internet. También puede ser interceptada durante el intercambio de correos electrónicos o durante audiencias que se celebren remotamente por teléfono o videoconferencia.

Asimismo, los usuarios pueden conectarse a redes de internet públicas y abiertas. Estas últimas –usualmente– son un blanco de ataque más fácil que las privadas. Otras formas de ataque pueden ser el acceso a sitios web falsos (*phishing*) y la instalación de software o aplicaciones maliciosas en dispositivos personales (Charlotte, 2018). De no adoptarse



medidas de ciberseguridad adecuadas, existe un riesgo importante de fuga de información sensible que ocasione daños potencialmente irreparables para cualquiera de los involucrados (Sanderson, 2019). Un ciberataque puede tener efectos nocivos sobre su salud financiera y comercial, su reputación y credibilidad, y –en casos de alto perfil– el balance mercantil y político nacional e internacional (Cohen & Morril, 2019). También podrían activarse sanciones regulatorias y reclamos por negligencia (Cohen & Morril, 2017, pág. 989).

Lamentablemente, las vulneraciones de ciberseguridad en arbitrajes rara vez son divulgadas al público general, debido a que (i) a las partes les interesa mantenerlo en secreto para evitar daños a su imagen y (ii) las partes no siempre se percatan de que sus datos han sido vulnerados (Malone, 2020). Esto alimenta la falsa impresión de que los ciberataques son infrecuentes y socava la importancia que la comunidad arbitral decide darle a la ciberseguridad.

Las obligaciones que adquieren los sujetos dentro de un arbitraje con respecto a la seguridad de la información se encuentran entrelazadas con obligaciones de protección de datos. Un ataque cibernético podría tener repercusiones legales. Las leyes de protección de datos usualmente contienen normas que determinan las situaciones a las que aplican. En tal sentido, en algunas jurisdicciones, los árbitros y las partes pueden estar obligados a tomar ciertas medidas con respecto al tratamiento de información confidencial sensible.

Como ejemplo tenemos al Reglamento General de Protección de Datos (en adelante GDPR), el cual regula la protección de datos dentro de la Unión Europea. Multas multimillonarias se han impuesto a compañías que violentan dichas regulaciones (Sweeney, 2019). El GDPR podría aplicar en un arbitraje internacional (Rosenthal, 2019) y las partes no tienen que consentir su aplicación dado su carácter de orden público (Zahariev, 2019).

Cuando el GDPR aplica a datos personales procesados en un arbitraje internacional es obligatorio implementar medidas de seguridad adecuadas (Reglamento General de Protección de Datos, Artículo 32). Bajo el GDPR, existe la posibilidad de que los participantes en un arbitraje –incluidas las partes, los árbitros y las instituciones arbitrales–



puedan ser considerados como sujetos “responsables del tratamiento” de datos personales⁴. El Artículo 32 GDPR obliga al responsable y al encargado del tratamiento de datos a aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas “para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo”.

El GDPR (y otro tipo de regulaciones obligatorias análogas) podrían aplicar entonces dentro de un arbitraje internacional⁵. Sin embargo, tribunales arbitrales han rechazado la aplicación del GDPR a arbitrajes de inversión bajo el Capítulo 11 de NAFTA, del cual ningún miembro de la Unión Europea es parte (Tennant Energy c. Canada, 2019) (Hay, 2019). Esta regulación también podría aplicarse en arbitrajes internacionales comerciales y debería realizarse un análisis cuidadoso en cada caso para determinar si los árbitros y las partes deben tomar ciertas precauciones al respecto (Paisley, 2017).

Sobre el tema, el Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (conocido como ICCA, por sus siglas en inglés) y el IBA establecieron un grupo de trabajo conjunto (*task force*) sobre Protección de Datos en el Arbitraje Internacional, cuyo trabajo no se ha publicado a la fecha redacción de este artículo.

En conclusión, los sujetos involucrados en un arbitraje internacional se ven expuestos a diferentes riesgos relacionados con ciberataques. Las firmas legales y los centros de arbitrales son blancos atractivos para los hackers y, si no toman las medidas adecuadas, podrían incumplir con disposiciones legales. Asimismo, las leyes de protección de datos pueden exigirle a los árbitros y a las partes a tomar ciertas medidas de ciberseguridad con respecto al tratamiento de información digital sensible.

⁴ Ver Reglamento General de Protección de Datos, Artículo 4(7). Responsable del tratamiento o responsable: “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros.”

⁵ Ver Regulación 20, Reglamento General de Protección de Datos: “Aunque el presente Reglamento se aplica, entre otras, a las actividades de los tribunales y otras autoridades judiciales, en virtud del Derecho de la Unión o de los Estados miembros pueden especificarse las operaciones de tratamiento y los procedimientos de tratamiento en relación con el tratamiento de datos personales por los tribunales y otras autoridades judiciales.”
Ver también Regulación 91.



B. MEDIDAS DE MITIGACIÓN FRENTE A LOS RIESGOS FRECUENTES EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD

Aunque resulta imposible excluir completamente la posibilidad de un ciberataque, es importante tomar medidas de mitigación para proteger la información dentro del proceso arbitral (Yong, 2018). Estas medidas son prácticas que pueden adoptar los participantes de un proceso arbitral para disminuir el riesgo de ser víctimas de un ciberataque.

Para determinar la mejor estrategia de ciberseguridad, se debe tomar en consideración una serie de factores que varían según las características y circunstancias de cada caso. El factor más importante es el nivel de sensibilidad y el valor comercial de los documentos utilizados en el arbitraje (BCLP, 2019). También es importante considerar las consecuencias para las partes si un tercero obtiene acceso a los documentos o a la información (BCLP, 2019).

La implementación de un protocolo de ciberseguridad en un arbitraje paliará significativamente los riesgos asociados y garantizará dos cosas: (i) que los *hackers* inexpertos u oportunistas no lograrán vulnerar los datos del arbitraje y (ii) que los *hackers* expertos tendrán una mayor dificultad para lograr su objetivo (Malone, 2020). En esta sección, se analizará medidas de mitigación que puedan formar parte de un protocolo de ciberseguridad. Estas consisten en la protección de aparatos electrónicos que se utilizan para el intercambio de datos sensibles, la implementación de procesos internos para manejar un ciberataque y el entrenamiento en temas de ciberseguridad del equipo que participa en el arbitraje.

Existen múltiples medidas que pueden tomarse sobre los aparatos electrónicos que contienen y transmiten la información sensible de un arbitraje. Es recomendable mantener los sistemas de software actualizados de forma que siempre se utilice su versión más reciente. Esto permite incorporar todos los parches de seguridad que los desarrolladores de dicho sistema incluyen periódicamente en sus programas, lo cual elimina vulnerabilidades. Es importante asegurarse de que todos los aparatos electrónicos por los que transita la información confidencial cuenten con las más recientes actualizaciones, incluyendo



computadoras, dispositivos móviles, módems y enrutadores (International Bar Association, 2018).

Se recomienda mantener debidamente protegidos los dispositivos finales con los que se accede a la información. Esto incluye, entre otros, el uso de software de antivirus y la utilización precavida de macros en los programas de Microsoft Office, como Word, Excel y PowerPoint. Los usuarios deben comprometerse a utilizar únicamente conexiones seguras a Internet, ya que la vulnerabilidad ante un ciberataque incrementa significativamente si se utilizan conexiones abiertas como aquellas disponibles en aeropuertos, cafés y otros lugares públicos. En caso de que se navegue desde una red desconocida o sobre la cual no se tiene control total, se recomienda el uso de una red privada virtual (*virtual private network* o VPN). Esta crea un canal virtual exclusivo por el cual circula la información. Existen numerosas aplicaciones destinadas a usuarios promedio que permiten la utilización de una VPN a bajo costo (International Bar Association, 2018).

No es recomendable utilizar correos electrónicos gratuitos basados en la nube –como Gmail, Hotmail o Yahoo– para gestionar información altamente confidencial. En su lugar, se recomienda utilizar servicios web pagados que proveen mejores estándares de seguridad informática. También es aconsejable guardar copias de respaldo de la información que se almacena, puesto que ciertos ciberataques se encargan de eliminar archivos masivamente. Para ello, pueden utilizarse discos duros externos o servicios de nube como Dropbox y OneDrive. Es particularmente importante utilizar siempre el cifrado de datos y dispositivos. De esta forma, únicamente podrán acceder a los archivos quienes tengan una contraseña preestablecida (International Bar Association, 2018).

Es una buena práctica habilitar la eliminación remota de archivos en dispositivos finales, como computadoras y dispositivos móviles. Esto permite que todos los datos sensibles puedan ser borrados en caso de robo o extravío. Por otro lado, se recomienda tener un manejo estricto del acceso a las configuraciones de la red, de modo que solo administradores autorizados puedan acceder a ella (International Bar Association, 2018).



También es importante considerar las limitaciones que ciertas plataformas tecnológicas pueden tener a la hora de conducir audiencias remotas⁶. Al respecto, las instituciones arbitrales, firmas legales y otros integrantes de la comunidad arbitral han emitido una serie de lineamientos (Thomson Reuters Practical Law, 2020) (Scherer, 2020).

Sobre el uso de la plataforma de videoconferencias Zoom, en particular, los lineamientos de 2020 del American Arbitration Association – International Centre for Dispute Resolution (AAA-ICDR) recomiendan una serie de consideraciones prácticas para proteger la seguridad de la audiencia virtual (AAA-ICDR - Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties Utilizing ZOOM, p.2, 2020). Dentro de las principales recomendaciones, se menciona (i) no utilizar la identificación (ID) de la reunión personal sino aquella que se genera automáticamente para cada audiencia virtual, (ii) utilizar una conexión a internet segura –no conectarse en un lugar público–, (iii) que el anfitrión tenga una lista de todos los participantes, (iv) utilizar la función de sala de espera para habilitar el ingreso a la audiencia, (v) deshabilitar la opción del chat “privado” únicamente permitiendo que se puedan intercambiar mensajes entre todos los participantes, y (vi) que los participantes decidan si se va a grabar la audiencia (AAA-ICDR, 2020).

Una novedosa corriente propone como medida de ciberseguridad emplear sistemas de Cadena de Bloques (*Blockchain*) para el intercambio de documentos en el arbitraje internacional. Este sistema, que se popularizó a partir de la famosa criptomoneda llamada Bitcoin, es una base de datos digitales distribuida (descentralizada) y de acceso público que mantiene copias idénticas de la totalidad de sus registros en múltiples sistemas de cómputo por medio de Internet (Schatsky & Muraskin, 2015, pág. 2). Tiene la particularidad de ser más segura que los sistemas contemporáneos de almacenamiento de archivos en la nube y provee mejores estándares de confidencialidad y eficiencia en el almacenamiento e intercambio de datos (Shehata, 2018). Sin embargo, esta tecnología es aún incipiente y su comercialización es limitada, lo cual limita el acceso que pueden tener los participantes de un arbitraje a ella.

⁶ Sobre el tema de audiencias virtuales en el arbitraje internacional ver (Scherer, Remote Hearings in International Arbitration: An Analytical Framework, 2020)



Existen muchas otras medidas que pueden ser adoptadas directamente sobre los sistemas tecnológicos. Para ello, es recomendable trabajar de la mano con un experto en tecnologías de la información que conozca las necesidades y riesgos de cada caso en particular. También es posible mitigar los riesgos de un ciberataque por medio de la implementación de procesos organizacionales internos en firmas legales y centros arbitrales. Esto es particularmente recomendable, puesto que se estima que un 95% (Aholá, 2019) de los ciberataques exitosos se dan como consecuencia del error humano (Cohen & Morril, 2019). Entre las medidas más populares, se encuentra implementar contraseñas seguras y métodos de autenticación en dos factores.

Lo primero puede lograrse mediante requerimientos que exijan la utilización de contraseñas que incluyan números, símbolos y letras tanto mayúsculas como minúsculas. Lo siguiente consiste en implementar un segundo mecanismo obligatorio, aparte de la contraseña, para acceder a la información sensible. Este segundo método suele ser el envío de un código aleatorio al usuario por medio de una aplicación o un mensaje de texto. También debe prohibirse la utilización de una misma contraseña en distintos sistemas o cuentas. Una forma útil de implementar y recordar contraseñas distintas y seguras es por medio de la utilización de administradores de contraseñas (International Bar Association, 2018) tales como 1Password y LastPass.

Se recomienda adjudicar roles y responsabilidades a las personas con quienes se trabaja, tales como personal administrativo, técnico y legal, de modo que cada cual se asegure de cumplir con sus obligaciones de ciberseguridad. Incluso puede designarse a una persona específica encargada de hacer cumplir los estándares de ciberseguridad existentes. Es importante identificar la información sensible e implementar protocolos de protección que tomen en consideración de dónde vienen estos datos, dónde son almacenados y con quién se comparten. Esto va de la mano con evaluaciones y pruebas periódicas de los sistemas y protocolos implementados (International Bar Association, 2018).

Una medida organizacional indispensable es desarrollar y ensayar un plan de respuesta a incidentes de ciberseguridad. Por lo general, este tipo de planes se dividen en seis fases: preparación, identificación, contingencia, erradicación, recuperación y lección aprendida. Además,



puede considerarse contratar una póliza de seguros que cubra casos de responsabilidad derivados de ciberataques (International Bar Association, 2018).

Es importante que las personas que participan en un arbitraje internacional tengan conocimiento básico de los principios que rigen la ciberseguridad. Para ello, los centros arbitrales y las firmas legales pueden instruir a sus colaboradores en torno a temas como ¿qué es la ciberseguridad? ¿por qué es importante? ¿cuáles son algunos ejemplos de amenazas frecuentes? y ¿cuáles son las recomendaciones esenciales que deben seguirse? (International Bar Association, 2018).

Es aconsejable limitar la información sensible que se revela, de forma que únicamente se otorgue acceso a lo estrictamente necesario y a las personas que indispensablemente deben conocerla. De este modo, se reducen las probabilidades de una fuga de información (Pastore, 2017, pág. 1029). También debe eliminarse información vieja que ya no es útil para su dueño, puesto que esta puede seguir siendo atractiva para terceros malintencionados y traer consecuencias nefastas si se fuga (Pastore, 2017, pág. 1030). Finalmente, se recomienda que las partes de un arbitraje se encuentren preparadas para enfrentar una fuga de información utilizando como medio a la notificación inmediata de este evento a todos los afectados. Esto les permitirá tomar las medidas que estimen pertinentes para mitigar cualquier daño (Pastore, 2017, pág. 1030).

Si bien la aplicación de estas medidas disminuye considerablemente la probabilidad de sufrir un ciberataque, es importante que sean adoptadas por todas las personas, firmas e instituciones que participan en el arbitraje, puesto que –a fin de cuentas– la cadena de protección de información es tan fuerte como su eslabón más débil (Cohen & Morril, 2017, pág. 983). Esto involucra también a expertos o peritos, traductores, *couriers* y expertos en tecnologías de la información que tienen acceso total o parcial a la información intercambiada en el arbitraje (Cohen & Morril, 2017, pág. 987). Si algún involucrado no implementa medidas de ciberseguridad, resta valor a los esfuerzos de otros participantes.

En conclusión, los sujetos de un arbitraje internacional pueden tomar medidas de mitigación para proteger la información dentro del proceso



arbitral. Dentro de ellas destaca utilizar conexiones a internet seguras, no utilizar correos electrónicos basados en la nube, y guardar copias como un respaldo de la información. En caso de realizarse una audiencia remota, es importante seguir trabajar de la mano con un experto en tecnología y utilizar contraseñas adecuadas. Lo fundamental, es que todos los sujetos involucrados tengan un conocimiento básico de ciberseguridad para que no se conviertan en el eslabón más débil.

C. ESFUERZOS DE LA COMUNIDAD ARBITRAL EN MATERIA DE CIBERSEGURIDAD

La importancia de prever los riesgos en el entorno digital y la necesidad de mitigarlos ha calado en la comunidad arbitral. Prueba de ello son los múltiples protocolos y recopilaciones de buenas prácticas que se han publicado para divulgar la problemática y proponer soluciones efectivas. Estos protocolos sirven como lineamientos que pueden ser incorporados por las partes y los tribunales arbitrales como *soft law*.

En primera instancia, se encuentran los Lineamientos de Ciberseguridad de la International Bar Association (IBA). Fueron creados en el año 2018 por el Grupo de Trabajo Presidencial en Ciberseguridad de la IBA (IBA Presidential Task Force on Cyber Security), cuyo objetivo es producir un conjunto de buenas prácticas para ayudar a las firmas de abogados a protegerse de fallas en seguridad de datos, a seguir operando en caso de que un ataque ocurra, a ofrecerle a sus clientes la tranquilidad de que sus datos están seguros y a proteger la reputación de la profesión legal. Estos lineamientos están destinados particularmente para profesionales independientes y firmas pequeñas, medianas y grandes (International Bar Association, 2018). Son especialmente valiosos, ya que dan instrucciones detalladas de las medidas que pueden adoptarse en varios ámbitos.

Paralelamente, las Reglas de la IBA de 2020 sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional Comercial, aunque tratan el tema de las pruebas en el arbitraje en general, expresamente contemplan en su Artículo 2(2)(e) que las partes y el tribunal arbitral deben considerar lo antes posible el manejo que se le va a dar a la ciberseguridad y a la protección de datos dentro del proceso arbitral. Este artículo refleja uno de los principales cambios frente a la versión del 2010 y demuestra la



importancia que ostenta la ciberseguridad dentro del arbitraje internacional.

También se ha publicado los Protocolos de Seúl en Videoconferencia en Arbitraje Internacional y el Protocolo ICCA-NYC Bar-CPR en Ciberseguridad en Arbitraje Internacional. El primero –presentado el 5 de noviembre de 2018– es una compilación de buenas prácticas para planear, ensayar y realizar videoconferencias en arbitrajes internacionales. Luego de su presentación inicial, ha sido modificado para incorporar comentarios del Centro Internacional de Resolución de Disputas de Seúl (Kim, Tay, & Lee, 2018). Este protocolo incluye disposiciones sobre el interrogatorio virtual de testigos; los requerimientos del sitio de la videoconferencia; los observadores; la examinación de documentos durante la videoconferencia; los requerimientos técnicos mínimos de la conexión y los dispositivos utilizados; la participación de intérpretes; la grabación de la sesión; y los preparativos (Kim, Tay, & Lee, 2018). Las recomendaciones anteriores permiten a las partes sostener videoconferencias con estándares de calidad aceptables con resguardo de los principios procesales y la ciberseguridad correspondientes.

El segundo –publicado en 2019– es un esfuerzo conjunto del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial (ICCA por sus siglas en inglés), la barra de la ciudad de Nueva York y el Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos (CPR por sus siglas en inglés) con asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje. Tiene dos objetivos principales, los cuales son:

- Proporcionar un marco que determine medidas de seguridad de la información razonables para asuntos individuales de arbitraje. Para ello, incluye una guía procesal y práctica de evaluación de riesgos de seguridad e identificación de medidas disponibles que pueden ser implementadas;
- Incrementar la consciencia en torno a la seguridad de la información en arbitrajes internacionales.

Se divide en cuatro secciones principales relacionadas con su ámbito de aplicación, el estándar aplicable, la determinación de medidas de



ciberseguridad razonables y el proceso para establecerlas. Cada una de estas secciones se rige por uno o más principios y sus respectivos comentarios oficiales (ICCA, NYC Bar y CPR, 2019).

A diferencia de los Lineamientos de Ciberseguridad de la IBA, este protocolo no determina ni enlista las medidas concretas que deben tomarse, sino que se limita a delinear máximas o ideales por cumplir. Ante la naturaleza cambiante de los riesgos y las regulaciones en materia de ciberseguridad, tal vaguedad probablemente ralentizará su obsolescencia y contribuirá a su consolidación como código de conducta de referencia en esta materia (Fernández-Samaniego & Hierro, 2019).

Más recientemente –en julio de 2020– las firmas legales Ashurst, DLA Piper, Herbert Smith Freehills, Hogan Lovells y Latham & Watkins publicaron el primer borrador de un protocolo para facilitar la transferencia efectiva y eficiente de documentos por medio de herramientas virtuales para el manejo de casos conocido como el “Draft Protocol for Online Case Management in International Arbitration” (Ashurst, DLA Piper, Herbert Smith Freehills, Hogan Lovells y Latham & Watkins, 2020). En el protocolo se menciona que guardar la información de manera consistente en un repositorio seguro puede ayudar a minimizar los riesgos de ciberseguridad.

Sin embargo, se afirma que sería contraproducente crear una sola plataforma para toda la comunidad arbitral, pues esta sería un blanco atractivo para los *hackers*. Por ende, es preferible que se utilicen diversas plataformas que cumplan con los estándares de ciberseguridad más estrictos (Ashurst, DLA Piper, Herbert Smith Freehills, Hogan Lovells y Latham & Watkins, 2020). Asimismo, el protocolo recomienda que las plataformas cuenten con estándares de ciberseguridad como la certificación ISO 27001 (Ashurst, DLA Piper, Herbert Smith Freehills, Hogan Lovells y Latham & Watkins, 2020).

Las instituciones arbitrales también han colaborado con la ciberseguridad de los arbitrajes por medio de plataformas que ofrecen servicios de intercambio y almacenamiento de datos, archivos y expedientes digitales (*virtual data room* y *online file repository*). En el mercado existen diversas plataformas de este tipo como CASE ANYWHERE y eJust Arbitration Platform, entre otras (Samodelkina & Lange, 2019).



De igual manera, la Comisión de Arbitraje y el Grupo de Trabajo sobre el Uso de la Tecnología de la Información en el Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI) recientemente publicaron el informe “Information Technology in International Arbitration” mediante el cual se analiza el uso de las tecnologías de la información en las etapas del arbitraje internacional bajo las reglas CCI.

Anteriormente, la CCI ofrecía la plataforma NetCase, la cual podía ser utilizada gratuitamente por los participantes de arbitrajes administrados por este centro. NetCase permitía conducir arbitrajes en un ambiente en línea seguro. Esta plataforma fue desarrollada con el fin de satisfacer las necesidades particulares de los usuarios de arbitrajes de esta cámara de modo que les ofrecía servicios de comunicación eficiente, confidencialidad, y manejo y almacenamiento de documentos. Además, la CCI ofrecía soporte operativo vía correo electrónico. Para utilizar este servicio, bastaba que las partes estuvieran de acuerdo y lo solicitaran al centro arbitral (International Chamber of Commerce, 2016). Lamentablemente, la utilización de la plataforma fue escasa, por lo que la CCI dejó de ofrecerla a sus usuarios (Samodelkina & Lange, 2019).

Por su parte la American Arbitration Association (en adelante AAA) pone a disposición de las partes y los árbitros una plataforma de almacenamiento en línea de expediente electrónico llamada AAA WebFile and Panelist eCentre, la cual no tiene ningún costo adicional para el usuario. Este sistema permite a los abogados de parte y a los árbitros tener todos sus casos de la AAA y del International Centre for Dispute Resolution –la división internacional de la AAA– en un solo sitio electrónico seguro (American Arbitration Association, 2020).

El Centro de Arbitraje Ruso del Instituto Ruso Moderno de Arbitraje (RIMA) también ofrece una plataforma digital a sus usuarios desde el año 2017. Las partes tienen la posibilidad de utilizarla voluntariamente de conformidad con el Artículo 6(6) de las Reglas RIMA de 2019. La Cámara de Comercio de Estocolmo cuenta con una plataforma digital para la administración de sus arbitrajes desde setiembre de 2019 que también puede ser utilizadas para arbitrajes *ad hoc* (Cámara de Comercio de Estocolmo, 2019).



Similarmente, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong ofrece a las partes –bajo el Artículo 3.1(e) de las Reglas de 2018– la posibilidad de utilizar una plataforma segura para el almacenamiento de información en sus arbitrajes. Este tipo de plataformas ofrece una alternativa más segura que el correo electrónico para el intercambio de documentos. Su principal obstáculo es que su desarrollo, implementación y mantenimiento no es barato, pues deben cumplir con los estándares más altos de ciberseguridad (Samodelkina & Lange, 2019).

Si bien la mayoría de información en el arbitraje internacional sigue compartiéndose por métodos tradicionales y menos seguros como el correo electrónico, estos servicios institucionales ofrecen una mejor opción para las partes y el tribunal, debido a que cumplen estándares más altos en materia de ciberseguridad. Se recomienda, por tanto, su utilización como método principal de intercambio de archivos confidenciales y almacenamiento del expediente electrónico.

III. COMPETENCIA PARA DEFINIR ESTÁNDARES DE CIBERSEGURIDAD: ¿ASUNTO PROCESAL, ADMINISTRATIVO O DE LAS PARTES?

Tradicionalmente, el mensaje que ha circulado en la comunidad arbitral con respecto a la ciberseguridad ha sido la concienciación. Por ejemplo, en 2016, cuando salía a la luz el escándalo de los “Panama Papers” y la firma legal Mossack Fonseca, toda discusión sobre seguridad cibernética fomentaba la sensibilización en torno a los riesgos de una intrusión y procuraba convencer a los involucrados de que la privacidad y confidencialidad de un arbitraje los obligaba a abordar estos riesgos proactivamente. Recientemente, ante la creciente conciencia de la comunidad al respecto, el mensaje –y la controversia relacionada– ha evolucionado, pues ahora gira en torno a quién y cómo se debe implementar este abordaje (Cohen & Morril, 2019).

En la mayoría de los casos, las cláusulas arbitrales no contienen un acuerdo respecto a los estándares mínimos de confidencialidad y ciberseguridad que regirían en caso de surgir un arbitraje. La mayoría de las leyes arbitrales domésticas y reglas arbitrales institucionales tampoco regulan de forma clara o expresa el tema de la seguridad en tecnologías de la información. Ante tal laguna, queda la duda de si los asuntos de



ciberseguridad son (i) un tema procesal sobre el cual tienen competencia los árbitros, (ii) uno regulatorio-administrativo cuyo abordaje corresponde a las instituciones arbitrales o (iii) uno que debe ser tratado individualmente por cada parte y sus abogados.

Algunos alegan que es el tribunal arbitral quien tiene el deber de invitar a las partes a presentar mociones relacionadas con las medidas de ciberseguridad necesarias dentro del proceso y tomar una decisión final al respecto (Naish, 2018) (Cohen & Morril, 2017). Dicha postura se ve reforzada en los arbitrajes *ad hoc*. En estos, los árbitros son los primeros en recibir una transferencia de información proveniente de las partes.

La función principal de los árbitros implica la resolución de disputas entre las partes (Paulsson, 1992). Para ello, los tribunales tienen deberes accesorios tales como el resguardo de la confidencialidad, privacidad del procedimiento (The Rompetrol Group NV c. Romania, 2010), la protección de la integridad, legitimidad del procedimiento y el deber de ser competentes (Cohen & Morril, 2017, pág. 990). En vista de que un ciberataque podría perjudicar el procedimiento en estos aspectos puntuales y pondría en tela de duda la competencia del árbitro, podría deducirse que el tribunal arbitral tiene el deber de velar por que no ocurra un incidente de esta naturaleza.

Los promotores de dicha postura sostienen que –como consecuencia inmediata de estos deberes– los tribunales deberían emitir órdenes procesales para regular temas de ciberseguridad y protección de datos. Para hacerlo, sopesarían consideraciones de costo, celeridad, conveniencia y necesidad propias de cada proceso (Cohen & Morril, 2017, pág. 985). De esta forma, las medidas de ciberseguridad podrían considerarse en la agenda procesal inicial de cada arbitraje (Justin & Jenny, 2020).

Estas disposiciones se asemejarían a las órdenes de confidencialidad que frecuentemente dictan los tribunales arbitrales (Resolute Forest Products c. Canada, 2016) (Mercer International Inc c. Canada, 2013) (Philip Morris Asia Limited c. Australia, 2012) (Michael & Thio, 2012). El poder de los árbitros para decidir este tema podría provenir de la autoridad general que ostentan sobre el procedimiento arbitral (Michael & Thio, 2012).



A pesar de que hay una percepción mayoritaria acerca de que el tribunal arbitral debería poder imponerle sanciones a las partes que violenten medidas de ciberseguridad (BCLP, 2019), no hay claridad sobre cómo se ejecutaría dicha sanción (Claire, 2019). Asimismo, es poco probable que los árbitros estén capacitados y tengan el conocimiento técnico requerido para imponerles a las partes medidas de ciberseguridad adecuadas y suficientes para cada caso en particular (Claire, 2019).

Por otro lado, están quienes sostienen que las instituciones arbitrales se encuentran posicionadas en una situación única para tratar los riesgos de ciberseguridad y podrían implementar sistemas seguros de comunicación y almacenamiento de información (Westgaver, 2017). A final de cuentas, al recibir el Requerimiento Arbitral o una solicitud de medida de emergencia, estas suelen ser las primeras en recibir información sobre las partes en el arbitraje institucional.

Dependiendo de la dinámica de cada institución arbitral, el centro de arbitraje también puede estar copiado en todos los correos enviados a los árbitros. Por este nivel de involucramiento dentro del proceso arbitral y otros motivos, los usuarios del arbitraje internacional valoran positivamente a las instituciones arbitrales que ofrecen asistencia con medidas de ciberseguridad apropiadas (BCLP, 2019).

No obstante, la gran mayoría de reglamentos institucionales de arbitraje no tratan todavía el tema de ciberseguridad explícitamente. Según el conocimiento de los autores –hasta la fecha de redacción de este artículo–, el Artículo 9.3(f) de las Reglas de Arbitraje CPR para la Administración de Disputas Internacionales de 2019 es el único que lo hace. Este indica que, en la conferencia previa a la audiencia, se puede tener en consideración “[l]a posibilidad de implementar medidas frente a temas de ciberseguridad y de cómo proteger la información dentro del arbitraje” (traducción libre).

Los reglamentos arbitrales institucionales ya proporcionan un marco general que regula aspectos análogos del proceso –como la revelación de documentos–, pero dejan en manos del tribunal la implementación práctica que debe realizarse en cada caso en particular. Por lo tanto, en caso de que una institución arbitral regule temas de ciberseguridad, las



reglas resultantes probablemente seguirán esta misma lógica. No parece razonable, entonces, considerar que la ciberseguridad es un tema exclusivamente achacable a la institución. A final de cuentas, como muchos otros asuntos, deberá ser atendido por medio de una colaboración estrecha con el tribunal (Cohen & Morril, 2019).

Otros participantes del proceso arbitral, como peritos, testigos, traductores, intérpretes, secretarios del tribunal arbitral y muchos otros también pueden recibir información sensible y es importante que estén conscientes sobre las medidas y riesgos relacionadas con un posible ciberataque (Nicholas, Charlie, Naish, Rebecca, & DigitalLawLead, 2020).

Asimismo, el Protocolo de la ICCA señala que las partes y sus abogados son los principales responsables para tomar las medidas relacionadas con ciberataques y protegerse en ese sentido (ICCA, NYC Bar y CPR, 2019). Por ende, es necesario tomar en consideración que los abogados de las partes deben asesorarlas y advertirles sobre los riesgos de un arbitraje, especialmente si hay información sensible de por medio. Además, pueden ser responsables por salvaguardar su información, lo cual incluye protegerla de posibles ataques cibernéticos.

Un ejemplo de lo anterior es que el reglamento de la barra del estado de Florida –Estados Unidos– expresamente ordena que “una representación competente también involucra salvaguardar información confidencial relacionada con la representación, incluyendo –pero no limitado a– transmisiones y comunicaciones electrónicas” (traducción libre). Así, queda claro el rol –y el deber– importantísimo de las partes y sus abogados para lograr un arbitraje seguro.

Independientemente de las diferentes posiciones que se adoptan en torno a la competencia para definir estándares de ciberseguridad, es necesario que quede claro que esta es, a fin de cuentas, una responsabilidad compartida. En ese sentido, cada participante tiene obligaciones éticas, contractuales o regulatorias independientes para velar por la seguridad y la confidencialidad de la información personal y comercial que maneja en el ejercicio de sus funciones (Cohen & Morril, 2017, pág. 983). Es una responsabilidad y tarea compartida de la que ningún sujeto se encuentra exento.



IV. ADMISIBILIDAD DE EVIDENCIA OBTENIDA POR CIBERATAQUES EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En términos generales –bajo el Artículo 19(2) de la Ley Modelo UNCITRAL y bajo la mayoría de reglas institucionales–, los árbitros tienen una amplia discreción para determinar la ley aplicable y considerar la admisibilidad de evidencia dentro del proceso arbitral⁷ (George & Claudia, 2003). En los últimos años, dicha evaluación se ha vuelto más compleja. El aumento del “hacktivismo” ha obligado a los árbitros a resolver sobre la validez y admisibilidad de evidencia confidencial obtenida por medio ilegales.

La nueva versión de las Reglas de la IBA de 2020 sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional Comercial expresamente contempla, en su Artículo 9(3), que el tribunal arbitral puede excluir evidencia obtenida ilegalmente⁸. Es muy posible que la evidencia obtenida por ciberataques se considere como evidencia obtenida por medios ilegales. El tribunal arbitral tiene la facultad de excluir dicha evidencia *sua sponte* o frente a la solicitud de una de las partes. Es importante resaltar, sin embargo, que el tribunal arbitral no tiene la obligación de excluir este tipo de evidencia, sino que únicamente tiene la facultad de hacerlo. Al valorar la exclusión o admisibilidad de evidencia ilegal obtenida por medio de ciberataques, el tribunal arbitral puede considerar los siguientes aspectos, detallados a continuación.

El primer aspecto que debe considerar el tribunal arbitral dentro de este análisis es si la parte que pretende introducir la evidencia estuvo directamente involucrada en la actividad ilegal de su obtención, es decir, si tiene “manos limpias” (Nitya, 2019). Este aspecto se relaciona con el requisito de la buena fe en la práctica de pruebas establecida en el preámbulo de las Reglas de la IBA del 2020⁹.

⁷ Ver Artículos 21 y 25 del Reglamento CCI (2021); Artículo 19(2) del Reglamento del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (2016); Artículo 22(2) del Reglamento del Centro de Arbitraje de Hong Kong (2018); Artículo 27(3) del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL (2013).

⁸ Ver Artículo 9(3) de las Reglas de la IBA del 2020.

⁹ Ver Párrafo 3 del Preámbulo de las Reglas de la IBA del 2020: “La práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada Parte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con una antelación suficiente a cualquier Audiencia Probatoria o a la determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás Partes sustentan sus pretensiones.”



Es posible que la parte que pretende presentar dicha evidencia no sea quien obtuvo la información de manera ilegal. Tal tarea pudo haber sido ejecutada por un tercero que –inspirado por una desobediencia civil electrónica o política– accedió a ella ilegalmente y la colocó a disposición del público. Cuando la información obtenida por un ciberataque forma parte del dominio público, cabe la posibilidad de ser admisible dicha evidencia en un arbitraje, siempre y cuando la información no sea privilegiada. En “Bryana Bible c. United Student Aid Funds, Inc” se determinó, en relación con el dominio público, que este “implica un estado en el que la evidencia es accesible al público en general sin dificultades indebidas para su obtención”.

En “Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan”, por ejemplo, los actores solicitaron la inclusión de 60.000 documentos que se encontraban públicamente en internet, pero que provenían de una piratería informática hacia un sistema gubernamental, denominado “KazakhLeaks” (Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, Laudo final 150, 2017). La parte demandada se opuso, estimando que cuatro de esos documentos eran privilegiados y que once eran considerados “documentos robados” y, por ende, inadmisibles¹⁰. En 2015, el Tribunal emitió su decisión sobre la solicitud de producción de documentos. Indicó que la parte actora podía incluir los “documentos filtrados” con la condición de que no comprendieran documentos privilegiados (cuatro de ellos estaban bajo el privilegio de abogado-cliente)¹¹. El tribunal dividió entonces la evidencia en documentos no privilegiados admisibles y privilegiados no admisibles¹².

En “Libanaco c. Turquía”, Turquía buscó utilizar como evidencia documentos privilegiados obtenidos por medio de interceptaciones cibernéticas. En este caso, la parte sí estuvo directamente involucrada en el ataque cibernético. Según Libanaco, el Estado turco había interceptado por medio de órdenes judiciales más de dos mil correos electrónicos y mensajes de MSN suyos, incluyendo comunicaciones con su abogado dentro del arbitraje en cuestión (Libanaco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Laudo 18, 2011). Sostenía que el fiscal había revisado dicha documentación y no era independiente por ser

¹⁰ Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, Laudo final 152, 2017

¹¹ Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, Laudo final 156, 2017

¹² Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, Laudo final 158, 2017



parte del gobierno¹³. Alegaba que dicha conducta ponía en peligro la continuación del arbitraje¹⁴.

Turquía negó estos alegatos. El Estado estimó que no hubo interceptación de comunicaciones, que la investigación fue realizada por agentes de policía y que no se proporcionaron documentos relacionados con el arbitraje¹⁵. Contraargumentaron que la investigación versaba sobre una indagación criminal que estaba llevando a cabo el país en temas financieros. Además, alegó que se le podría perjudicar su derecho de presentar su caso si se le negaba la admisión de esos documentos.

El Tribunal estimó que, aunque hubiera una investigación criminal, el privilegio legal siempre debe ser respetado¹⁶. Reafirmó su compromiso con la confidencialidad e información privilegiada y reconoció que el Estado no debe interceptar ni registrar comunicaciones del demandante y su asesor legal. Por ende, al ponderar consideraciones de buena fe, el Tribunal excluyó como evidencia del arbitraje todos los documentos con información privilegiada¹⁷.

Otros tribunales arbitrales han admitido información obtenida a través de “Wikileaks” por su alto grado de credibilidad (ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. Venezuela, 2013). Un documento de importancia y de gran utilidad para los tribunales arbitrales en el tema de evidencia proveniente de los ataques cibernéticos es las Reglas de la IBA de 2010 sobre la Práctica de Pruebas en el Arbitraje Internacional Comercial. Aunque no son vinculantes a menos que las partes acuerden lo contrario (se consideran *soft law*), son una guía internacionalmente avalada y utilizada por árbitros y operadores jurídicos alrededor del mundo. Cuando los árbitros se afrontan a un tema de admisibilidad de prueba obtenida por un medio ilícito, pueden encontrar apoyo en estas reglas. En particular, sus artículos 9.1 y 9.2 expresan que, para que la evidencia sea válida, esta debe ser relevante y material para el caso.

¹³ Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Decisión Preliminar 48, 2008

¹⁴ Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Decisión Preliminar 43, 2008

¹⁵ Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Decisión Preliminar 49, 2008

¹⁶ Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Decisión Preliminar 79, 2008

¹⁷ Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, Decisión Preliminar 82, 2008



La relevancia de la evidencia se refiere a que la prueba esté relacionada con el problema en cuestión y que los documentos puedan aclarar dudas relevantes de los árbitros (Raeschke-Kessler, 2002). La materialidad de la evidencia para el caso radica en la necesidad del documento para lograr una consideración completa en torno a la veracidad de hechos alegados (Raeschke-Kessler, 2002). Si la evidencia que se obtuvo mediante un ataque cibernético cumple estos requisitos y además se ajusta al principio de buena fe, múltiples tribunales arbitrales han declarado su admisibilidad en el proceso arbitral (Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, 2017) (ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. Venezuela, 2013).

En conclusión, es esencial que, dentro de su amplia discrecionalidad, los tribunales valoren la relevancia y materialidad de la evidencia en cada caso concreto. Los tribunales deben lograr un balance entre el derecho que tienen las partes de ser escuchadas y presentar su caso y la posibilidad de aceptar evidencia obtenida por medios ilegales (Nitya, 2019). Las consideraciones relativas a la buena fe y el modo por el cual se ha obtenido la evidencia son fundamentales para determinar su admisibilidad.

V. CONCLUSIÓN

Para resguardar la efectividad del arbitraje como proceso confidencial, es esencial ocuparse debidamente de la ciberseguridad. Los ataques cibernéticos que publiquen información confidencial y sensible en estos procesos representan una amenaza actual e inminente. La comunidad arbitral debe tomar la cuestión con seriedad.

Es imperativo que los sujetos que participen en un arbitraje internacional garanticen la fiabilidad de sus datos y protejan sus infraestructuras tecnológicas de los riesgos que implican conductas imprudentes en relación con el manejo de la información. Árbitros, centros arbitrales, peritos, intérpretes, abogados y otros deben sumar esfuerzos para prevenir ataques digitales y permanecer vigilantes para que ello no ocurra. Todos deben evitar convertirse en el “eslabón más débil” por medio del cual se fugue información. De lo contrario, su reputación e imagen se verá comprometida, sin dejar de lado las pérdidas millonarias



que pueden resultar para sus usuarios. Si no se toman medidas oportunas, la credibilidad del arbitraje como mecanismo efectivo de resolución de disputas podría verse seriamente comprometida.

Una forma de desincentivar los ciberataques y manifestar el reproche de la comunidad arbitral ante estos es la sanción procesal que se impone a la prueba obtenida por estos medios. En caso de que una de las partes intente introducir como evidencia información obtenida a través de un ataque, el tribunal arbitral puede rechazarla. Para ello, debe considerar, además de la materialidad y relevancia de la evidencia, el modo por el cual la parte proponente obtuvo esa información. Si lo hizo por medios ilícitos, debe imponerse su inadmisibilidad.

El costo que implica tomar medidas de ciberseguridad también debe ser tomado en cuenta. En cada caso en particular, es necesario realizar una valoración del riesgo que implicaría un ataque cibernético. Si la información que se maneja dentro del arbitraje es altamente sensible, de manera que una fuga de información podría tener repercusiones nefastas, es importante considerar medidas más estrictas y sofisticadas, incluso si estas involucran un costo más alto. De lo contrario, lo barato puede resultar muy caro.

Incluso, si el riesgo de un ciberataque no es particularmente alto, siempre es importante tomar las precauciones básicas como no utilizar correos electrónicos gratuitos, mantener debidamente protegidos los dispositivos finales con los que se accede a la información, hacer uso de software de antivirus y evitar la utilización de conexiones abiertas a Internet en lugares públicos, entre otros. En todo caso, es recomendable trabajar de la mano con un experto en tecnologías de la información que conozca las necesidades y riesgos de cada caso en particular.

Se recomienda que, al inicio de cada proceso de arbitraje, las partes discutan el tema de la ciberseguridad tal y como lo señalan las nuevas Reglas de la IBA del 2020 y se valore adoptar alguno de los múltiples protocolos y recopilaciones de buenas prácticas que se ha publicado para abordar esta problemática. Los árbitros deben tomar un rol activo para fomentar esta discusión.



Independientemente de las medidas de seguridad informática que se tomen, cada participante del arbitraje tiene obligaciones éticas, contractuales o regulatorias independientes de velar por la seguridad y la confidencialidad de la información que maneja en el ejercicio de sus funciones. Mantener segura la información es una responsabilidad compartida de los árbitros, las instituciones arbitrales y las partes. Nadie está exento.



BIBLIOGRAFÍA

(s.f.).

AAA-ICDR. (2020). Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties Utilizing ZOOM. Estados Unidos: ADR.

Ahola, M. (18 de octubre de 2019). The Role of Human Error in Successful Cyber Security Breaches. Obtenido de USecure.io: <https://blog.usecure.io/the-role-of-human-error-in-successful-cyber-security-breaches>

American Arbitration Association. (28 de junio de 2020). AAA WebFile and Panelist eCenter. Obtenido de American Arbitration Association: <https://www.adr.org/aaawebfile>

Ashurst, DLA Piper, Herbert Smith Freehills, Hongan Lovells y Latham & Watkins . (2020). Protocol for Online Case Management in International Arbitration (Draft). Working Group on LegalTech Adoption in International Arbitration.

BCLP. (2019). International Arbitration Survey: Cybersecurity in International Arbitration. Don't be the Weakest Link.

Bischoff, P. (20 de Abril de 2020). How data breaches affect stock market share prices. Comparitech.

C. C. (14 de diciembre de 2016). Hacktivismo y ética hacker – ¿Desobediencia civil electrónica o ciberdelincuencia? ECIJA.

C. K., & A. R. (2007). Transparency versus Confidentiality in International Investment Arbitration – The Biwater Gauff Compromise. The Law and Practice of International Courts and Tribunals (6)(1), 97-118.

C. M. (2019). Cybersecurity in International Arbitration: Don't be the Weakest Link. Kluwer Arbitration Blog.

C. R., & B. T. (18 de Marzo de 2018). Panama Papers Law Firm Mossack Fonseca to Close. Financial Times.

C. T. (2018). International Cybersecurity and Privacy Law in Practice. Wolters Kluwer, 219.

Cámara de Comercio de Estocolmo. (2019). SCC Arbitration Institute. Obtenido de <https://sccinstitute.com/scc-platform/>

Caratube International Oil Company LLP c. Kazakhstan, CIADI ARB/13/13 (CIADI 2017).

Cohen, S., & Morril, M. (2017). A Call To Cyberarms: The International Arbitrator's Duty To Avoid Digital Intrusion. Fordham International Law Journal, 40(3), 982-1021.

Cohen, S., & Morril, M. C. (May de 2019). TDM Special Issue "Cybersecurity in International Arbitration" - Introduction. Transnational Dispute Management, 16(3).

Collins, M. (1995). Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings. Arbitration International 11, 322.

ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV c. Venezuela, CASO CIADI ARB 07/30 (Decisión de Jurisdicción 3 de setiembre de 2013).

ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV y ConocoPhillips Gulf of Paria BV v Venezuela, CASO CIADI ARB 07/30 (Decisión de Jurisdicción 3 de setiembre de 2013).

Fernández-Samaniego, J., & Hierro, G. (2019). The Draft ICCA-CPR-New York City Bar Association Protocol for Cybersecurity in Arbitration: A Leading Light, at Least. Transnational Dispute Management.

G. v., & C. S. (2003). Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide'. 20(3) Journal of International Arbitration 285, 285.



Hay, E. (2019). The Invisible Arm of GDPR in International Treaty Arbitration: Can't We Make It Go Away? Kluwer Arbitration Blog.

ICCA, NYC Bar y CPR. (21 de noviembre de 2019). ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration (2020 Edition). Obtenido de International Council for Commercial Arbitration: https://www.arbitration-icca.org/publications/ICCA_Report_N6.html

International Bar Association. (octubre de 2018). Cyber Security Guidelines by the IBA's Presidential Task Force on Cyber Security. Obtenido de International Bar Association: <https://www.ibanet.org/LPRU/cybersecurity-guidelines.aspx>

International Chamber of Commerce. (noviembre de 2016). ICC NetCase - A Secure Online Environment for ICC Arbitration. Obtenido de ICC WBO: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/NetCase-Pamphlet-English.pdf>

Ipsos Mori Social Research Institute. (2020). UK Cyber Security Sectoral Analysis. Londres: Research report for the Department for Digital Culture Media and Sport.

J. W., & J. A. (2020). Practical steps to address cybersecurity. Global Arbitration Review.

Kim, K., Tay, Y.-J. Y., & Lee, S. M. (5 de noviembre de 2018). Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration. Obtenido de KCAB International: http://www.kcabinternational.or.kr/user/Board/comm_notice.do

Libananco Holdings Co. Limited c. la República de Turquía, CIADI ARB/06/08 (CIADI 2011).

M. H., & Thio. (2012). A Proposed Model Procedural Order on Confidentiality in International Arbitration: A Comprehensive and Self-Governing Code. 29 Journal of International Arbitration, 138.

Malone, B. (20 de April de 2020). Comprised Hearings: Cybersecurity and Commercial Arbitration. (K. Arbitration, Entrevistador)

Mercer International Inc c. Canada, Órde de Confidencialidad, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/3 NAFTA (CIADI 24 de enero de 2013).

Morel Westgaber, C. (2019). Cybersecurity in International Arbitration: Don't be the Weakest Link. Kluwer Arbitration Blog.

N. J. (2019). Can an Arbitral Tribunal Admit Evidence Obtained through a Cyber-Attack? Kluwer Arbitration Blog.

N. P., C. M., N. V., R. W., & DigitalLawLead. (2020). Cybersecurity in Interantional Arbitration. Lexis PSL.

Naish, V. (2018). Cybersecurity in Arbitral Proceedings: How to Kick-Start the Conversation about Protecting your Client's Data. Kluwer Arbitration Blog.

Observer, C. (27 de diciembre de 2019). 29 Must-know Cybersecurity Statistics for 2020.

Paisley, K. (2017). It's All About Data Protection: The Impact of the EU General Data Protection Regulation on International Arbitration. Fordham International Arbitration & Mediation Issue (41)(4).

Pastore, J. (2017). Practical Approaches to Cybersecurity in Arbitration. Fordham International Law Journal, 1023-1031.

Paulsson, J. (1992). Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration. American Review of International Arbitration 3.

Philip Morris Asia Limited c. Australia, Órden Procesal no. 5 sobre Confidencaildad, Caso CPA No. 2012-12 (CPA 30 de noviembre de 2012).

Queen-Mary. (2018). White & Case, 2018 International Arbitration Survey: The



Evolution of International Arbitration .
Reino Unido: Queen Mary School of
International Arbitration.

Raeschke-Kessler, H. (2002). The
Production Of Documents In International
Arbitration: A Commentary On Article 3 Of
The New IBA Rules Of Evidence .
Arbitration International 18(4).

Report, I. C. (2017). Report on Information
Technology in International Arbitration.

Resolute Forest Products c. Canada,
Órden de Confidencialidad CPA No.
2016-13 (Corte Permanente de Arbitraje
14 de octubre de 2016).

Rosenthal. (2019). Complying with the
General Data Protection Regulation in
International Arbitration – Practical
Guidance. ASA Bulletin 4.

Ross, A. (2015). Cybersecurity and
confidentiality shocks for the PCA. Global
Arbitration Review.

Samodelkina, I., & Lange, S. (2019).
Digital Case Management in International
Arbitration. Kluwer Arbitration Blog.

Sanderson, C. (2019). Cybersecurity
concerns highlighted in new survey.
Global Arbitration Review.

Schatsky, D., & Muraskin, C. (2015).
Beyond Bitcoin: Blockchain Is Coming to
Disrupt Your Industry. Deloitte University
Press.

Scherer, M. (2020). Remote Hearings in
International Arbitration: An Analytical
Framework. Journal of International
Arbitration 37(4) .

Sedgwick. (2017). United States:
Professional Services Firms Beware: Just
Because You Haven. Sedgwick LLP.

Shehata, I. (2018). Three Potential
Imminent Benefits of Blockchain for
International Arbitration: Cybersecurity,
Confidentiality & Efficiency. Young
Arbitration Review. Obtenido de [https://
ssrn.com/abstract=3290028](https://ssrn.com/abstract=3290028)

Smith, C. (4 de Abril de 2016). M&A Hack
Attack on 48 elite law firms. Law Gazette.

Sweney, M. (9 de Julio de 2019). Intention
to fine British Airways £183.39m under
GDPR for data breach. The Guardian.

Tennant Energy c. Canada, No. 2018-54
(Corte Permanente de Arbitraje 24 de
junio de 2019).

The Rompetrol Group NV c. Romania,
Caso CIADI No. ARB/06/3. (CIADI -
Decisión relativa a la Participación de un
Abogado. 2010).

Thomson Reuters. (2019). Cybersecurity
checklist. Obtenido de Thomson Reuters
Practical Law: [https://
uk.practicallaw.thomsonreuters.com/](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/)

Thomson Reuters Practical Law. (2020). A
comparison of institutional arrangements
and virtual services. Thomson Reuters
Practical Law.

Vocabulary, C. A. (2020). Cybrary.
Obtenido de [https://www.cybrary.it/
glossary/c-the-glossary/cyber-security/](https://www.cybrary.it/glossary/c-the-glossary/cyber-security/)

Westgaver, M. d. (2017). How Do You
Deal With Data Protection and
Cybersecurity Issues in a Procedural
Order? . Kluwer Arbitration Blog.

Yong, L. (2018). Working group unveils
cybersecurity protocol at ICCA. Global
Arbitration Review.

Zahariev. (2019). GDPR Issues in
Commercial Arbitration and How to
Mitigate Them. Kluwer Arbitration Blog.



Artículo I

Human Rights Implications of Face Recognition and Other Biometric Technologies

Valentina Vera-Quiroz¹

¹ Valentina is a lawyer with a Master of Laws (LL.M.) from Harvard Law School. She currently works as a Human Rights, Policy, and Tech Fellow at Wikimedia Foundation. Valentina has established a career advocating for freedom of expression as a lawyer and researcher. She has conducted research for the Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University, Global Voices, Columbia University's Global Freedom of Expression, and the Foundation for Press Freedom. In the legal field, she has clerked at the Constitutional Court and the Transitional Justice Tribunal in Colombia, and has lectured in Public International Law at the University of Los Andes.



Abstract

The proliferation of facial recognition technology for surveillance purposes has raised ongoing debates surrounding the balance between security and individual rights. While these technologies hold potential benefits for law enforcement, they also present considerable privacy concerns as personal data fuels an environment of constant monitoring and concerns over governmental intrusion. This article navigates the complex web of surveillance, biometric technologies, and their effects on privacy and civil liberties. By spotlighting racial biases inherent in facial recognition technology and its direct implications for protesters, the paper sheds light on the role of technology companies, as well as the importance of regulatory frameworks to mitigate these biases. It draws attention to the work of independent civil society organizations and journalists who have played a crucial role in documenting the misuse of surveillance tools and advocating for human rights. The study calls for reevaluating the balance between security and personal freedoms, urging a collective effort to mitigate the discriminatory consequences of technological advancements.

Keywords: mass surveillance, biometric technologies, racial biases, civil society, protesters, human rights.

Resumen

La proliferación de la tecnología de reconocimiento facial para fines de vigilancia ha suscitado debates constantes sobre el equilibrio entre la seguridad y los derechos individuales. Aunque estas tecnologías presentan potenciales beneficios para la imposición del Derecho, también plantean importantes desafíos para la privacidad, ya que los datos personales alimentan un ambiente de monitoreo constante y preocupaciones sobre la intrusión gubernamental. Este artículo navega por la compleja red de vigilancia, tecnologías biométricas y sus efectos en la privacidad y las libertades civiles. Al destacar los sesgos raciales inherentes en la tecnología de reconocimiento facial y sus implicaciones directas para los manifestantes, el artículo arroja luz sobre el papel de las empresas tecnológicas, así como la importancia de los marcos regulatorios para mitigar estos sesgos. Es importante resaltar el trabajo de organizaciones independientes de la sociedad civil y periodistas que han desempeñado un papel crucial en la documentación del mal uso de herramientas de vigilancia y en favor de los derechos humanos. El estudio invita a reevaluar el equilibrio entre la seguridad y las libertades personales, instando a un esfuerzo colectivo para mitigar las consecuencias discriminatorias de los avances tecnológicos.

Palabras clave: vigilancia masiva, tecnologías biométricas, sesgos raciales, sociedad civil, manifestantes, derechos humanos.



Facial recognition technology for surveillance purposes has always been controversial. It makes people nervous about Big Brother watching us. Our financial and credit information is recorded and every new place we visit is mapped. We do not see them, but the watchers know everything about us because of the data we are leaving behind with every search we make.¹ This is the new world of surveillance and big data, where one's data is in the hands of profit companies and sold to governments.

The enforcement of mass surveillance technologies increased after the 9/11 terrorist attacks. Federal and national authorities created national intelligence strategies to implement data collection and information sharing tools to improve the prosecution and investigation of these atrocities. These searchable databases regularly included DNA, fingerprints, photographs, and iris and retina scans.² Biometric identification was sought as an original mechanism to fight against terrorism and other illegal activities that threatened national security. However, the creation of this extensive central register of personal information controlled by the government increases several concerns about abuses of power and the government's infringement of fundamental freedoms.

For decades, we all have been watched, and yet, this still seems to be a minor concern for most of us as we do not fully understand the impact of these technologies in our daily lives. For that reason, this paper proposes to analyze the racial biases behind facial recognition technologies and their direct impact on protesters. In parallel, this paper seeks to explore the work that independent civil society organizations and journalists have played in documenting the abuses of power committed through surveillance and the contribution of these two to the legal practice and human rights advocacy. First, this document will define facial recognition technology and compare the concepts of first- and second-generation biometrics. Second, it will explore the privacy concerns about using biometric technologies and highlight the idea of the privacy paradox within the new communications era. Third, this document will discuss the discrimination consequences of implementing these technologies and their uneven effect on racial minorities and protesters. Fourth, it will explore the role of civil society organizations and journalists to both raise

¹ Andrew G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement* (New York: New York University Press, 2017).

² Margaret Hu, "Biometric ID Cybersurveillance," *Indiana Law Journal* 88, no. 4 (Fall 2013): 1475-1558.



awareness about the misuse of mass surveillance technologies and reduce stigma and discrimination. Finally, it will offer some conclusions.

I. WHAT IS FACIAL RECOGNITION TECHNOLOGY?

Biometric technologies imply the use of personal features such as fingerprints, keystroke dynamics, and face to identify a person based on physical or behavioral characteristics.³ Face recognition is within the most common use of biometric technologies, and it consists of a method that verifies the identity of an individual using their face.

Before the algorithm can detect a person's identity, it needs to find the person's face within the given photo or video. Once it has been detected, the face is "normalized", that is to say, it is aligned so every face that it processes is recognized. After that, the algorithm extracts characteristics from the face that can be numerically, and then "the algorithm examines pairs of faces and issues a numerical score reflecting the similarity of their features."⁴

Face recognition technologies are probabilistic, meaning that they identify more or less possible matches instead of giving "yes" or "no" answers. Most police face recognition systems deliver the topmost similar photos, a practice within law enforcement agencies known as "candidates" for further investigation.

To figure out which features matter most, the algorithms are given face images of the same person during training. With the elapse of time, the algorithms learn to identify those features that are more reliable. In this sense, if the algorithms are trained with curtailed race features, they may be better at identifying members of certain groups.

Frequently, these technologies are used during law enforcement through mobile devices to identify people during police stops.⁵ However, as we will later discuss, these technologies are often prone to error, with the severe consequence of implicating people in crimes they have not committed. Significantly, facial recognition software is biased against African

³ Andrea North-Samardzic, "Biometric Technology and Ethics: Beyond Security Applications," *Journal of Business Ethics* 167, no. 3 (August 2019): pp. 433-450, <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04143-6>.

⁴ "The Perpetual Line-Up," *Perpetual Line Up* (Center on Privacy & Technology at Georgetown Law, 2016), <https://www.perpetuallineup.org/>.

⁵ "Face Recognition," *Electronic Frontier Foundation*, August 25, 2020, <https://www.eff.org/pages/face-recognition>.



Americans and other ethnicities since it usually fails to identify them, thus, impacting these groups.

The use of biometric technologies has shifted over time. During the first generation of biometrics, these technologies were implemented for government and security purposes. The most common biometric technologies tool was fingerprint or face recognition used for law enforcement or consumer device identity. These technologies posed high risks to privacy, given the uncertainty of data gathering and the lack of individuals' consent.

In comparison, second-generation biometrics evolved to be implemented within the civil and private sector. These technologies moved to voice and facial recognition to assess peoples' behavior. In this sense, while first-generation fingerprint biometrics were used for identity security, second-generation has the capacity of analyzing individuals' behavior, almost equivalent to mind reading. However, this paradigm shift implicated more significant discrimination given the race biases behind white coders.

First- and second-generation biometrics imply several questions in terms of informational privacy. Besides capturing the location of people, these technologies have the capacity to measure the emotional responses of individuals. The following section will explore more about these privacy implications while applying these technologies.

II. PRIVACY CONCERNS ABOUT THE USE OF BIOMETRIC TECHNOLOGIES

People's relationship with privacy changes as they adopt new technologies for their lives. However, while people seek to protect their privacy, at the same time, they are freely sharing images and information online. This privacy paradox allows big tech companies to track from far away and on a big scale, while people also choose to communicate information about themselves within the digital realm.⁶ However, sharing information does not necessarily mean that the audiences are less concerned about privacy and the implications of revealing their data online.

⁶ Andrea North-Samardzic, "Biometric Technology and Ethics: Beyond Security Applications," *Journal of Business Ethics* 167, no. 3 (August 2019): pp. 433-450, <https://doi.org/10.1007/s10551-019-04143-6>.



At the same time, in the context of the COVID-19, governments are tirelessly seeking new tools to implement public policies to tackle the spread of the virus and preserve human lives. In this regard, the massive collection of data has emerged as a solution to national and local authorities to contain the pandemic's propagation. Most of this information is held by telecommunication service providers that provide geolocation data. According to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), multiple state members have started to share call detail record (CDR) data with governments in anonymized formats. For example, Deutsche Telekom, a German telecommunications provider, shares CDR data with Robert-Koch Institute, a public health institute responsible for disease control and prevention.⁷

In parallel, new mobile applications are also being launched to track the spread of the COVID-19, aiding governments to monitor the evolution of the virus. However, these tools are not necessarily capturing all the information with accuracy. In most countries, facial recognition technologies have been deployed to monitor the spread of the virus since they can be used without physical contact. The implementation of these technologies raises multiple privacy and security concerns, mainly because they lack specific guidance and explicit users' consent. More concerning is the fact that these systems can also have technological biases based on race or gender.

The use of face recognition has increased in the last few years. While there are a few potential benefits to using the technology to fight against violence and crime, there are several privacy concerns regarding the implementation of this technology, particularly in law enforcement.

First, to operate, face recognition software needs to be fed with a generous database of facial images, so the algorithm can be trained to detect faces, and then to distinguish an individual's identity in the database. This raises multiple questions regarding the origin of those images and the consent and authorization to obtain them. Various reports have proved that recognition algorithms have been trained on pictures of individuals mined from the internet and obtained without their permission.⁸

⁷ "Tracking and Tracing COVID: Protecting Privacy and Data While Using Apps and Biometrics," OECD, accessed December 20, 2020, <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tracking-and-tracing-covid-protecting-privacy-and-data-while-using-apps-and-biometrics-8f394636/>.

⁸ Allan Yeoman and Jennifer Yang, "Let's Face the Facts - Privacy Issues That Could Arise around Facial Recognition Technology," Lexology, December 6, 2019, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=e6cb3252-c9ec-4581-9857-2b58b2335c5c>.



Second, as we will later examine, face recognition is far from perfect. The potential for error and misidentification is due to racial biases in algorithms that reproduce their coders' stereotypes. This has a significant impact on ethnic and racial groups, particularly in the context of law enforcement, since the algorithm is prompt to identify an innocent person as a crime suspect given its lack of accuracy and training.

Third, the absence of federal regulations in the U.S. regarding the use of these technologies raises among citizens justifiable reasons to be concerned about face recognition accuracy and precision, especially when identifying people of color.⁹

All the above exemplifies the multiple consequences that these technologies have on people's lives and their unfair impact on the most disadvantaged groups. The irregular gathering of data and massive amounts of information erodes core democratic values such as privacy and non-discrimination. The following lines will approach the impact of these technologies on these groups in more detail.

III. BIOMETRIC USE OF DATA AND RACE BIASES

One of the main concerns raised about face recognition consists of determining who should be accountable for the ethical and race biases implications of these technologies. In the United States, there is a tendency to point to suspects by algorithms and not by humans. In the country, more than 16 states authorize the FBI to use facial recognition technologies to compare the faces of suspected criminals to their driver's license and ID photos.¹⁰

Facial recognition and any other biometric use of data are far from perfect. The racial bias in face recognition algorithms on law enforcement has been of concern of the House of Representatives. According to the House of Representative's oversight committee ranking member Elijah Cummings, "if you're black, you're more likely to be subjected to this technology and the technology is more likely to be wrong."¹¹

⁹ Nicole Martin, "The Major Concerns Around Facial Recognition Technology," Forbes (Forbes Magazine, September 25, 2019), <https://www.forbes.com/sites/nicolemartin1/2019/09/25/the-major-concerns-around-facial-recognition-technology/?sh=711be1594fe3>.

¹⁰ Clare Garvie, Alvaro M. Bedoya, and Jonathan Frankle, "The Perpetual Line-Up-Unregulated Police Face Recognition in America," Perpetual Line Up, 2016, <https://www.perpetuallineup.org/>.

¹¹ Ali Breland, "How White Engineers Built Racist Code – and Why It's Dangerous for Black People," The Guardian (Guardian News and Media, December 4, 2017), <https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/04/racist-facial-recognition-white-coders-black-people-police>.



Heavy reliance on biometric technologies to reduce crime rates poses questions about the system's accuracy and its predictions. As facial recognition tools play a crucial role in combating crime, the development of these technologies depends on white coders who, biased by their stereotypes, create algorithms that failed to account for physical nuances in other races.

According to a report published by the independent newsroom ProPublica, when asking a computer program about the likelihood of two individuals committing a future crime, a black person is rated a high risk, compared to a white person, who is graded with a low risk.¹² Moreover, in most criminal cases, people of color are more likely to be scrutinized by facial recognition software. This critical problem exacerbates when the companies that own the software do not share with the community the calculations used to arrive at defendants' risk scores, so either defendants or the public cannot see what drives the incongruity.

Several studies have demonstrated that algorithms are more accurate on the populations which developed them. For example, in 2011, a group of researchers used the algorithms from the 2006 U.S. National Institute of Standards and Technology (NIST) competition to measure East Asian and Caucasian descent accuracy.¹³ The study showed that the algorithms developed in East Asia had more precision on East Asian people. Similarly, the program had a better performance in detecting U.S. Caucasians since engineers in the United States are predominantly Caucasian males.

The above-mentioned implicates that if a suspect of a crime is African American rather than Caucasian, there is a higher likelihood that the system errs to identify the right person, with the severe consequence of flagging an innocent person.

There are multiple explanations for this bias. The first reason is that the faces provided to the algorithm to be trained are usually white and hegemonic faces. When the information given to the algorithm predominately represents a race, the algorithm will optimize its precision for that group. The second reason is that people of color are more difficult to identify because facial recognition technologies use color contrast to

¹² Julia Angwin et al., "Machine Bias," ProPublica, May 23, 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>.

¹³ Clare Garvie, Alvaro M. Bedoya, and Jonathan Frankle, "The Perpetual Line-Up-Unregulated Police Face Recognition in America," Perpetual Line Up, 2016, <https://www.perpetuallineup.org/>.



identify facial characteristics. A final explanation consists of the engineers' intentional design decisions to perform face recognition with more accuracy on specific demographics, potentially at the expense of other diverse groups.¹⁴

Data gatherings' claim to objectivity and fairness must confront the racial history of American policing since the use of this data remains inundated by explicit and implicit racial biases.¹⁵ Big data policing reflects the traditionally discrimination perpetuated by police forces against historically marginalized groups, such as African Americans and Latinos, who have rightly felt discriminated because of the suspicious that society poses against their skin color.

In sum, to address racially discriminatory policing and racial profiling of people of color, there is an urgent need for biometric use of data to acknowledge that race is still a big part of modern policing. By accepting these biases, the police and law enforcement agencies can address and overcome these racial tensions and ease the unfair treatment that discriminated groups have suffered through American history.

IV. FACE RECOGNITION AND STIGMATIZATION AGAINST PROTESTERS

The right of all people to express their ideas and opinions through the medium of protest, in any form, is guaranteed through the U.S. Constitution, including the right to freedom of speech. This right entitles the possibility of protesting peacefully in anonymity and without being compelled of revealing one's identification while protesting.¹⁶

Protests are essential in every democratic society to demand social change and effective government action. Moreover, protests ensure that individuals can express their opinions and their disagreement with governance flaws. In other words, protests provide people with the opportunity to share grievances in the public forum. Nevertheless, public demonstrations have been historically perceived as a threat to national security by law enforcement agencies. Despite their obligations to protect the right to protest, the government's abuses of power are frequently used to intimidate and control opposing opinions.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Andrew G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement* (New York: New York University Press, 2017).

¹⁶ *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960)



Along with classic crowd control measures such as riot shields and tear gas come prolific surveillance technology as a digital arm of modern policing.¹⁷ Particularly, facial recognition technologies have been largely deployed to target people that engage in protests and protected speech. In the wake of Breonna Taylor and George Floyd's killing, the use of these technologies by police for mass surveillance purposes has significantly increased.¹⁸ Black people have experienced disproportionate abuses of power through surveillance and excessive facial recognition surveillance to identify them whenever they engage in peaceful protests.

Facial recognition technologies cause a chilling effect within protesters. As they may fear being targeted by law enforcement agents, protesters choose to refrain from engaging in expression in public squares. Moreover, the use of these technologies directly infringes people's ability to participate in peaceful protests in anonymity.¹⁹

The impact of mass surveillance on protesters is not meaningless. In June, during the protest movement against police killings of black people, IBM announced that it would stop offering facial recognition services.²⁰ Amazon²¹ and Microsoft²² took similar measures and announced that they would not sell facial recognition technologies to state and local police departments until there is a federal law regulating it. Tech giants took these actions to press for an end to police brutality and racial profiling. According to Microsoft's President, the company will not sell "facial-recognition technology to police departments in the United States until we

¹⁷ Matthew Guariglia, "How to Identify Visible (and Invisible) Surveillance at Protests," Electronic Frontier Foundation, November 5, 2020, <https://www.eff.org/deeplinks/2020/06/how-identify-visible-and-invisible-surveillance-protests>.

¹⁸ Malkia Devich-Cyril, "Defund Facial Recognition," The Atlantic (Atlantic Media Company, July 10, 2020), <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2020/07/defund-facial-recognition/613771/>.

¹⁹ "Facial Recognition Technology Must Be Banned," Amnesty International, June 11, 2020, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/06/usa-facial-recognition-ban/>.

²⁰ Jay Peters, "IBM Will No Longer Offer, Develop, or Research Facial Recognition Technology," The Verge (The Verge, June 9, 2020), <https://www.theverge.com/2020/6/8/21284683/ibm-no-longer-general-purpose-facial-recognition-analysis-software>.

²¹ Amazon Staff, "We Are Implementing a One-Year Moratorium on Police Use of Rekognition," About Amazon (Amazon, November 9, 2020), <https://www.aboutamazon.com/news/policy-news-views/we-are-implementing-a-one-year-moratorium-on-police-use-of-rekognition>.

²² "George Floyd: Amazon Bans Police Use of Facial Recognition Tech," BBC News (BBC, June 11, 2020), <https://www.bbc.com/news/business-52989128>.



have a national law in place, grounded in human rights, that will govern this technology.”²³

Instead of using them to thwart free public expression, law enforcement should facilitate mechanisms for people to engage in protests peacefully and publicly share their opinions and ideas. Public officials cannot disregard the robust protections that the First Amendment also applies when using face recognition to identify peaceful protesters. There is an urgent need to train law enforcement and police officials about the grave consequences of gathering biometric data for disproportionate surveillance purposes. This has a direct impact in the democratic process. The use of these technologies provokes people to desist from exercising their constitutional right to protest and manifest dissenting opinions and ideas, thus diminishing the government’s accountability and impeding control of future abuses of power.

V. THE ROLE OF CIVIL SOCIETY AND JOURNALISTS TO COUNTERACT THE IMPACT OF FACE RECOGNITION AND SURVEILLANCE

The value of civil society and journalists' investigative work extends beyond judicial mechanisms to denounce abuses of power. In fact, these groups perform a vital role in every democratic society to hold the government accountable for its activities and inform different audiences about issues of public interest.

As previously discussed, governments have deployed face recognition and mass surveillance technologies to target and control protesters. To counteract the disproportionality of these measures, both civil society and journalists have played a key role in documenting the impact that these technologies have on activists, especially in those historically discriminated groups.

A recent report published by The New York Times is one of the multiple examples of how journalists' investigative work has helped unveil the inaccuracies of data gathering and surveillance technologies. In turn, this

²³ Jay Greene, “Microsoft Won't Sell Police Its Facial-Recognition Technology, Following Similar Moves by Amazon and IBM,” The Washington Post (WP Company, June 11, 2020), <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/06/11/microsoft-facial-recognition/>.



effort has contributed to describing how facial recognition erodes privacy and reinforces biases against black people.²⁴

According to the document, most of the software run by law enforcement agencies is at eye level, meaning that much of the police use to surveil comes from cameras mounted on ceilings or high on walls. The report shows how the cameras' angle is wrong for good face recognition and how often the algorithm delivers incorrect matches. Moreover, it explains how these technologies are not tested by the NIST, the federal agency in charge of rating the performance of facial recognition algorithms.

The abovementioned investigation reveals the importance of a free press and the free flow of information as indispensable requirements for the very existence of a democratic society. Thanks to the tirelessly work of civil society organizations and journalists, public audiences can be more aware about the impact of the use of facial recognition and other biometric technologies for surveillance purposes. The more knowledge and information about these technologies' implications on core societal institutions, the more accountability and transparency there will be within our society.

VI. CONCLUSION

This paper discussed the impact of biometric technologies in human rights and democracy. It addressed the shift from first to second generation technologies and how this paradigm change has provoked total control over people's behavior. It further argued the privacy concerns about using biometric technologies and how they erode fundamental democratic values such as privacy and non-discrimination by infringing people's intimacy, especially of those historically discriminated groups. This article then explored the discrimination consequences of implementing these technologies and how they are affecting racial minorities and protesters. It recalled the importance of anonymity as a critical element to dissent about the government's actions and hold public officials accountable for their actions. Further, this article urged the need for effective government action and for more robust mechanisms to counteract these technologies' uneven effects on disadvantaged populations. Finally, it described the role of civil society organizations and

²⁴ Kashmir Hill, "The Secretive Company That Might End Privacy as We Know It," The New York Times (The New York Times, January 18, 2020), <https://www.nytimes.com/2020/01/18/technology/clearview-privacy-facial-recognition.html>.



journalists' investigative work to overcome the impact of disproportionate surveillance of protesters and how they are vital to maintaining the columns of democracy.



Artículo II

Challenges and Opportunities Originated from the Incorporation of Basel III in the Development of Public Infrastructure in Costa Rica and Latin America

Alejandro Muñoz Thuel¹

¹ Alejandro Muñoz Thuel is a Costa Rican lawyer. He holds a master's degree in Regulated Sectors (Banking, Energy & Transportation) from Carlos III University in Spain, Madrid. Contact information: amunozthuel93@gmail.com.



Abstract

To correct the shortcomings shown by the banking sector in the past global financial crisis that unfolded in 2007, the Basel Committee on Banking Supervision -world-widely known as the gold standard for banking regulation-, developed "Basel III" an international regulatory framework that has been widely adopted by many countries across the world. Undoubtedly, its incorporation has provided financial stability to the banking sector but among its drawbacks are more difficulties to finance public infrastructure projects in EMDE countries. This investigation focuses on the challenges and consequences imposed by Basel III on commercial banks for financing public infrastructure projects in Latin-America and Costa Rica.

Keywords: Basel III, Public Infrastructure, Project Finance, Public-Private Partnerships, Latin-America, Costa Rica.

Resumen

Para corregir las carencias mostradas por el sector bancario en la pasada crisis financiera desencadenada a partir de 2007, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea -mundialmente conocida como un organismo experto en regulación bancaria-, desarrolló "Basilea III" un marco regulatorio internacional que ha sido ampliamente adoptado por muchos países en todo el mundo. Su incorporación ha proporcionado estabilidad financiera al sector bancario, pero entre sus inconvenientes se encuentra mayores obstáculos para financiar proyectos de infraestructura pública en países en vías de desarrollo. Esta investigación se centra en los retos y consecuencias que impone Basilea III a los bancos comerciales para la financiación de proyectos de infraestructura pública en América Latina y Costa Rica.

Palabras clave: Basilea III, Infraestructura pública, Financiamiento de Proyectos, Asociaciones-Público Privadas, Latinoamérica, Costa Rica.



I. INTRODUCTION

In an economic landscape where markets all around the world are highly globalized, with economies that are greatly intertwined with each other, the financial stability of the globe, to a great extent depends on the resiliency of the institutions of the financial sector. That stability, is inexorably conditioned to the legal framework that governs such institutions. After the global financial meltdown of 2008, it became evident that banking systems across the world were frail. This global crisis was originated by a vulnerable sector, with a number of shortcomings in their regulatory framework, that eventually led to a systemic failure of many financial markets across the world. To revert such profound deficiencies, Basel III's provisions constitute an international framework aimed to correct the accumulation of systematic susceptibilities in the banking sector by imposing stricter capital and liquidity standards.¹

Once the financial crisis had already unfolded, it became evident that many financial institutions had an inadequate framework from a prudential standpoint. The portfolio of banking institutions constituted to a great extent on highly leveraged financial instruments, that were poor in terms quality. As to the internal assessment and management of liquidity standards, many were determined to be ineffective.²

Previous to the financial crisis, the global economy experienced a long phase of economic growth, where many banking institutions gradually developed an appetite for risk. Per regulatory capital, financial institutions were required to have capital reserves that reflected the risks that were being assumed. The problem was, that the risk profile for many financial instruments had been downplayed, which meant that the capital reserves did not reflect the risks that were being incorporated. Banks became exceedingly leveraged on high volumes of financial instruments whose losses were to be immediately absorbed (Common Equity Tier 1 Capital). At the time, the regulatory framework required for these financial instruments, little capital available relative to their balance's sheets. This

¹ "High-Level Summary of Basel III Reforms," The Bank for International Settlements, December 7, 2017, https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary.htm, 1.

² Jesus Ibañez Sandoval and Beatriz Domingo Ortuño, "La Transposición De Basilea III a La Legislación Europea" (Banco de España), 2013. <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/13/Noviembre/Fic/ref2013253.pdf>, 66-67.



eventually led to a voracious appetite for risk-oriented operations and colossal balance sheets with low capital reserves for immediate use.³

In addition, there was a misconception that banks were immune to liquidity risk. Despite being more exposed to solvency issues in short term-financing, many banking institutions reduced the amount of liquid assets available in their portfolio. These decisions made financial institutions increasingly frail against economic turmoil, and laid the foundations for the systemic crash of financial markets in 2008.⁴

A. WHAT IS THE BASEL COMMITTEE?

The Basel Committee is not a traditional multilateral organization, per international law. It has no founding treaty. It was originally established as an international cooperation forum by G10 countries to find policy solutions and issue regulatory standards for banking institutions.⁵ Nowadays, it is the single most important international body for issuing banking regulatory standards across the globe.⁶

After a series of most notable events involving the crumble of the Bretton Woods system of managed exchange rates in 1973, where many banks suffered large losses in foreign currency; the cancellation of Bankhaus Herstatt's banking license by West Germany's Federal Banking Supervisory Office in 1974, caused by an irresponsible management of foreign exchange exposures; and the closure of the Franklin International Bank of New York after incurring in severe foreign exchange losses, the central bank governors of the G10 countries preliminarily established the "Committee on Banking Regulations and Supervisory Practices" at the end of 1974 as a response to the serious disturbances in international currency and banking markets.⁷

³ Jesús Ibañez Sandoval and Beatriz Domingo Ortuño, "La Transposición De Basilea III a La Legislación Europea", 66-67.

⁴ Ibidem.

⁵ Dieter Kerwer. Rules that Many Use: Standards and Global Regulation. Governance (Oxford), 18(4), 611-632, 2005. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0491.2005.00294.x>

⁶ "The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)." Banco de España, 2022. https://www.bde.es/bde/en/areas/supervision/actividad/BCBS/El_Comite_de_Su_13e462eab2e4961.html.

⁷ "A Brief History on the Basel Committee," Basel Committee on Banking Supervision (Bank for International Settlements, October 2014), http://www.spaeth.ru/HS20152016/artikel_14.pdf, 1-2.



In 1975, it was officially renamed to its current name, the “Basel Committee on Banking Supervision”, (hereafter “BCBS”) and was formally instructed as a cooperation forum between member countries, with the objective to set minimum standards of regulation and supervision of the financial institutions from the G10 members.⁸ Nowadays, the Committee has expanded to over 28 jurisdictions, but more importantly it is an international body that extensively regulates and supervises the sector worldwide. Among its main objectives, are the strengthening of banks’ solvency, liquidity, and governance risk management, to provide greater global financial stability. To achieve these goals, the Basel Committee sets, promotes and monitors global banking regulation standards; seeks to improve global cooperation on information exchange to better identify financial risks; promotes new approaches and techniques from supervisors and central banks, and collaborates with international institutions, central banks and supervisors from non-member countries.⁹

Currently, BCBS’s internal structure is composed by the Group of Governors and Heads of Supervision (GHOS), the Committee, the working groups, a Chairman, and a Secretary General. The GHOS serves as the oversight body of the Basel Committee. It is composed by the central bank governors and heads of supervision (for non-central bank countries) from all members’ jurisdictions. The GHOS is responsible for approving major decisions within the committee. It guides the direction in which working groups must proceed and appoints the Chairman of the committee. The Committee is the decision-making organ, that seeks to comply with the direction given by the GHOS. It develops, establishes and promotes regulatory standards, guidelines and practices developed by the working groups according to its guidance. Currently, the Basel Committee has four different working groups: the Risk and Vulnerabilities Assessment Group, the Supervisory Cooperation Group, the Policy and Standards Group and the Basel Consultative Group, each independently contributing to the Basel Committee’s objectives. Finally, the BCBS has a Chairman, duly appointed by the GHOS to command the committee and

⁸ Ibidem.

⁹ The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS).” Banco de España.



its working groups and a Secretary General that is provided by the Bank of International Settlements (BIS) from Basel. ¹⁰

B. WHAT IS BASEL I, II AND III?

Basel I, II and III reforms refer each to a set of important measures developed by the BCBS to be adopted by its members in order to ensure global financial stability. In a nutshell, the “Basel Capital Accord” more commonly known as “Basel I” were the first series of measures that started to be developed and executed from 1988 that focused on the improvement of capital ratios of international banks and the consensual implementation of the measurement of capital adequacy. In 2004, “Basel II” came to replace the 1988 Accord. It established a framework based on three pillars, more minimum capital requirements; supervisory mechanisms to ensure the compliance of the capital adequacy standards and internal assessment process; and increasing the disclosure of capital requirements to promote market discipline and transparency.¹¹

From 2010 on, as a response to the global financial crisis that unfolded in 2007, came a series of internationally agreed upon reforms named as “Basel III”. These measures enhanced the regulatory framework that was established by “Basel II” by optimizing the before-mentioned pillars. It enforced stricter capital and liquidity parameters, as the financial crisis revealed institutions with too much leverage, poor liquidity buffers, poor governance and risk management, as well as ill-suited incentive structures. Basel III reforms constitute the single most important international development, for the amendment of the many drawbacks of the pre-crisis regulatory framework of the banking systems.¹²

C. BASEL’S REFORMS AND COSTA RICA

Even though, Costa Rica is not a member of the BCBS, today’s world is of globalized finance. It is no secret that international banking regulations are largely elaborated by more developed countries, and therefore its

¹⁰ “Charter,” Basel Committee on Banking Supervision (Bank for International Settlements, January 2013. <http://www.asbasupervision.com/es/bibl/ii-potestades-atribuciones-y-funciones-supervisoras/ii-3-enfoque-de-supervision/813-bcbs/file>, 1-6.

¹¹ “History of the Basel Committee.” The Bank for International Settlements, October 9, 2014. <https://www.bis.org/bcbs/history.htm>

¹² Ibidem.



results depend on a small group of financial regulators. Even though Basel's newest reforms advocate for a tightening of capital requirements, liquidity regulations and macroprudential tools for the members of the Basel Committee, these guidelines are being widely adopted by non-members as 'best practice' regulatory standards.¹³

As of 2015, 90 out of 100 surveyed non-member jurisdictions were implementing or preparing to enforce aspects of Basel II, while 81 were implementing or planning to enforce Basel III. Developing countries cannot ignore international standards, but given that these jurisdictions have simpler banking systems and different risk profiles, the costs and liabilities for adopting these exact standards may be unfeasible in spite of regulators' concerns over reputation and competition. Regardless of an exact incorporation of Basel III guidelines, evidence strongly suggests the need to reinforce banking regulations in developing countries.¹⁴

D. HOW BASEL'S REFORMS AFFECT THE DEVELOPMENT OF NEW INFRASTRUCTURE IN LATIN-AMERICA?

According to the Inter-American Development (IADB), for Latin-American countries to compete in the global economy, they must invest in quality infrastructure such as roads, ports, airports, energy infrastructure, among others. Per their estimates, the investment gap amounts to a yearly deficit of 2.5% of the Gross Domestic Product (GDP), that is approximately 150.000 millions of dollars per year.¹⁵ Evidencing the need for Latin American countries to explore new financing alternatives to reduce the existing the investment gap in infrastructure. Given that the before-mentioned infrastructure, historically has been carried out as public infrastructure, the scope of this investigation focuses on that end.

Traditionally, public infrastructure has been financed from the approved budgetary content of the government. In the case of Costa Rica, according to the article 180 of the Constitution and financial equilibrium

¹³ Knaack, Peter, Beck Thorsten, and Emily Jones. "Basel Standards and Developing Countries." VOX, CEPR, October 15, 2018. <https://voxeu.org/article/basel-standards-and-developing-countries>.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Powell, Andrew, and Eduardo Carvallo. "Construir Oportunidades Para Crecer En Un Mundo Desafiante ." Banco Interamericano de Desarrollo, 2019. https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe_macroeconomico_de_America_Latina_y_el_Caribe_2019_Construir_oportunidades_para_crecer_en_un_mundo_desafiante.pdf, 71-76.



principle that has been elaborated through jurisprudence of the Constitutional Court, the ordinary and extraordinary approved budgets of the government, constitute the state's limit of intervention. Meaning that the government is unable to develop new public works if there is no budgetary content available.¹⁶

Nonetheless, public infrastructure may be developed out of the scope of the before-mentioned article 180 of Costa Rica's Constitution through "Public Private Partnerships" (PPP). The World Bank definition of PPP is "*Typically a PPP is a long-term contract between a private party and a government entity, for providing a public asset or service, in which the private party bears significant risk and management responsibility.*" Common PPP structures, usually oblige the private party to obtain the financing for the development of the public infrastructure, hence there is no budgetary content required by the government.¹⁷

Per IADB data, in both developed and emerging economies, banking institutions are a crucial player in the financing of PPP structures to develop public infrastructure. Between 2017 and 2019 almost half of these financial structures incorporated private finance participants. However, banking institutions from Latin America, encounter many obstacles to take part in such projects, given the amount and the term of the finance.¹⁸

The alternative financing of public infrastructure is usually carried out through project finance structuring. Project finance is defined as, "*The financing of the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is to be provided by way of debt and is to be repaid principally out of the assets being financed and*

¹⁶ República de Costa Rica. Poder Judicial. Principios Desarrollados en la Jurisprudencia Constitucional, 2014. Retrieved from: <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contenidos/Principios%20Desarrollados%20en%20la%20Jurisprudencia%20Constitucional.pdf>, 39.

¹⁷ "About Public-Private Partnerships." PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER. The World Bank, June 21, 2022. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/about-public-private-partnerships>.

¹⁸ Simón, C., et al. Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas. Banco Interamericano de Desarrollo, October 2021. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Financiamiento-de-Asociaciones-Publico-Privadas.pdf>, 24.



their revenues.” The quintessential trait of this structure, is the repayment of the debt is limited to the assets of the project that are being financed.¹⁹

Since the global financial crisis and the incorporation of Basel III, project finance lending has rapidly recovered in advanced countries. This is not the case of emerging markets and developing economies (hereafter “EMDE”), in which project finance lending has stalled most presumably as a consequence of the increasingly tightening regulation enforced by Basel III. It is the objective of this investigation to analyze how Basel III’s framework affects the financing of infrastructure, how has Costa Rica’s legal framework incorporated such provisions, and finally, what implications and opportunities are originated from the inclusion of Basel III in the infrastructure financing landscape.²⁰

II. BASEL III REFORMS

A. ARE BASEL III PROVISIONS LEGALLY BINDING?

As it was previously mentioned, BCBS is an atypical international entity regarding its legal nature. Not only, it doesn’t have a founding treaty, but the enforceability of its regulatory standards are recommendations. As a result, these provisions are not legally binding to its members. Nonetheless, BCBS is considered a highly successful international rule making organization, in terms of the regulatory compliance by member countries and non-members. Most presumably, there is no bank of international relevance, that does not implement its regulatory framework.²¹

Two major factors that facilitate the adoption of Basel’s reforms globally are expertise and third-party enforcement. Incontestably, Basel’s provisions are world-widely known as the gold standard for banking regulation. But more importantly, the greater success comes from how are the banking standards enforced. For some banks, regulatory compliance

¹⁹ Cuthbert, Neil. A guide to Project Finance. Dentons, August 2018. <https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2013/april/1/a-guide-to-project-finance>, 2.

²⁰ Beck, Thorsten. “Basel III and Emerging Markets and Developing Economies: Challenges on Infrastructure and SME Lending.” Center for Global Development | Ideas to Action. Center for Global Development, May 17, 2018. <https://www.cgdev.org/blog/basel-iii-unintended-consequences-emerging-markets-developing-economies-part-iv-challenges>.

²¹ Dieter Kerwer. Rules that Many Use: Standards and Global Regulation. Governance (Oxford), 18(4), 611–632, 2005. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0491.2005.00294.x>



is obliged by law. Whereas for other banks, institutional investors and rating agencies push for the adoption of these standards.²²

B. BASEL III MOST IMPORTANT FEATURES ON CAPITAL ENHANCEMENT AND LIQUIDITY

Basel III's addresses the market failures evidenced by the past global financial crisis, introducing several essential reforms in its international regulatory framework. It consists of a comprehensive capital and liquidity reform package that among its most important provisions are the enforcement of a stricter regulatory capital and the improvement of the three pillars established by the Basel II framework. Ultimately Basel III makes banks more resilient by enhancing the ability of banks to withstand and absorb losses. For the purposes of this investigation, it is particularly important among Basel III's reforms, the changes made to the risk-weight assessment, the new definition of regulatory capital, the treatment given to large exposures, the inclusion of breakthrough figures such as the capital conservation buffer, the countercyclical buffer, the leverage ratio, and the incorporation of liquidity standards.²³

1. RISK-WEIGHT ASSESSMENT

Risk-weight assessment (hereafter "RWA") is central to financial institutions in order to determine, what weight of the financial assets and/or balance-sheet exposures are at risk. Risk-weight assessment was first introduced by the BBCBS through the 1988 Basel Capital Accord (Basel I). It corresponds to the minimum amount of regulatory capital for banks or financial institutions to maintain solvency.²⁴

Although risk-weight estimations are not an invention of Basel III, they are effectively reformed through it, by adjusting several categories of risk. In particular, the modifications made to the assessment of market risk, counterparty credit risk, credit risk and operational risk were crucial, since the financial crisis revealed them to be 'poorly calibrated'. In a nutshell, Basel III eliminates internally modeled assessments and provides a more

²² Dieter Kerwer. Rules that Many Use: Standards and Global Regulation.

²³ "Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems." Basel Committee on Banking Supervision. Bank for International Settlements, June 2011. <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>, 1.

²⁴ "International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards." Basel Committee on Banking Supervision, July 1988. <https://www.bis.org/publ/bcbs04a.pdf>, 8.



standardized approach to risk-weight assessment to ensure greater risk sensitivity.²⁵

2. ENHANCEMENT OF REGULATORY CAPITAL

One of the most important features of Basel III's framework is the strengthening of the regulatory capital required by financial institutions.²⁶ As opposed to Basel II, it enforces higher quality bases for all levels of regulatory capital so that banks are solvent despite its risk exposures. Common Equity Tier 1, the most predominant level of capital, suffered the greatest increase. Requiring at all times at least 4.5% of the risk-weighted assets after deductions. Common Equity Tier 1 plus Additional Tier 1 Capital (Tier 1 Capital) was raised to a minimum of 6% of the risk-weighted assets. And finally, the total regulatory capital (Tier 1 capital + Tier 2 capital) was raised to a minimum of 8% of the risk-weighted assets.²⁷

3. CAPITAL CONSERVATION BUFFER

Among other reforms, given that throughout the past financial crisis, some banks were able to continue to pay generous dividends and compensation payments despite the financial deterioration of banking institutions, Basel III established a Capital Conservation Buffer to correct this market failure. Basel III enforces the use of this standard so that banks can build up capital buffers outside of stress periods. If losses are sustained, banks may use the capital buffer to mitigate losses, but afterwards should look to rebuild the buffer preferably through a reduction of distribution of earnings. The regulatory framework imposes a minimum of buffer comprised of 2.5% of the Common Equity Tier 1. The failure to comply with this capital standard, will result in capital distribution constraints.²⁸

²⁵ Bank for International Settlements. High-level summary of Basel III reforms, 2.

²⁶ Succinctly, total regulatory capital consists of Common Equity Tier 1 capital plus Additional Tier 1 Capital (Tier 1 Capital) and Tier 2 Capital. For each level of capital there is a specific set of criteria that financial instruments must comply.

²⁷ Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems.", 12.

²⁸ Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems." Basel Committee on Banking Supervision, 54-55.



4. COUNTERCYCLICAL BUFFER

Another macroprudential tool implemented by Basel III, is the countercyclical buffer. Given that in the banking sector, there tends to be periods of excessive credit growth followed by periods of substantial losses, the countercyclical buffer creates additional capital defenses to adequately withstand the downturns of the real economy and to adjust to the macro-financial environment that they operate in. This buffer will only be utilized by the national jurisdictions once there is excessive aggregate credit growth linked to an increase of system-wide risk. The countercyclical buffer will vary between 0 to 2.5% of the risk-weighted assets depending on extent of the system-wide risks, but ultimately national jurisdictions will have discretionary faculties to enforce the extent of the buffer.²⁹

5. LARGE EXPOSURES STANDARD

Even if a bank has adequate capital levels, it may nevertheless be at risk of ceasing to operate properly if it faces significant losses on a large exposure. This risk is not mitigated by the minimum capital standards enforced by Basel III. To properly protect against this scenario, this framework establishes a limit to large exposures to avoid a bank being severely debilitated from a default of a single counterparty. A large exposure is defined by this framework as an exposure that is equal or greater to 10% of the Tier 1 Capital. According to this standard, large exposures must not surpass 25% of the Tier 1 Capital.³⁰

6. LEVERAGE RATIO

One of the most important factors triggering the past financial crisis was the excessive on- and off-balance sheet leverage of banking institutions despite having poor capital standards. Once the crisis had unfolded, institutions were forced by the market to decrease leverage levels, which as a consequence generated a severe downward pressure over assets prices. The leverage ratio is a non-risk-based tool, designed to

²⁹ Ibid, pgs. 57-58.

³⁰ "The Treatment of Large Exposures in the Basel Capital Standards" Bank for International Settlements, April 30, 2018. <https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/largeexpos.pdf>.



supplement the measure of risk-based capital requirements. The leverage ratio consists of a minimum of a 3% of the Tier 1 Capital.³¹

7. LIQUIDITY RATIOS

Among other important reforms of Basel III, outside of the scope of Pillar 1 (Minimum Capital Requirements), are the inclusion of liquidity standards. The previous financial crisis displayed poor liquidity management from banks. At the beginning of the financial crisis, many banks had adequate capital levels but non-ideal liquidity levels. As markets rapidly deteriorated, liquidity became scarce to the extent that some financial institutions required the central banks' assistance in order to function properly.³²

This framework enforces two internationally harmonized global liquidity standards, the Liquidity Coverage Ratio and the Net Stable Funding Ratio. The first ratio, seeks to ensure short-term resilience to liquidity risk by making sure that financial institutions have enough high-quality liquid resources to withstand a stress scenario of thirty days. The second ratio, demands over a one-year horizon, a minimum of stable sources of funding relative to its liquid assets and potential contingent liquidity to further develop resilience by incentivizing banks to fund its activities with more stable sources of funding.³³

III. HOW HAS COSTA RICA'S LEGAL FRAMEWORK ADOPTED BASEL'S III'S FRAMEWORK?

A. SUGEF'S REGULATORY FRAMEWORK

Given the context of globalized financial markets, it is not a surprise that Costa Rica has partly adopted many of the provisions implemented by Basel III. As in the case of other non-member countries, Costa Rica has been recommended to adopt this framework by multilateral organizations, such as the Organization of Economic Co-operation and Development (OECD)³⁴. This process consists of a series of mandatory regulations

³¹ Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems." Basel Committee on Banking Supervision, 61.

³² Ibid, 9.

³³ Ibidem.

³⁴ "Estudios Económicos De La OCDE: Costa Rica 2018 ." OCDE, 2018. <https://www.comex.go.cr/media/8790/estudio-econ%C3%B3mico-de-la-ocde-2018-espa%C3%B1ol.pdf>, 51.



designed by the General Superintendence of Financial Entities (hereafter “SUGEF”) and subsequently approved by its superior administrative body, the National Council for the Supervision of the Financial System (hereafter “CONASSIF”).³⁵

The incorporation of Basel III’s provisions in Costa Rica’s legal system, has been done through SUGEF’s regulatory framework. Under Costa Rican administrative law, SUGEF is an autonomous body attached to the Central Bank of Costa Rica that supervises and monitors the strict compliance of the established legal framework for financially intermediating entities.³⁶

Even though SUGEF has absolute independence from other public entities to supervise financial institutions and enforce the respective legal framework, it does not have administrative faculties to issue regulations. The approval of new regulation is done by its hierarchy, CONASSIF. Nevertheless, SUGEF may propose to CONASSIF new legal dispositions that considers necessary.³⁷

B. SUGEF ON BASEL III

Costa Rica has partly incorporated many of Basel III’s recommendations, to provide greater financial stability across its financial sector. Although not identical to Basel’s framework, many of the beforementioned dispositions are enforced to some extent within the Costa Rican legal system.

1. SUGEF 3-06: CAPITAL ADEQUACY REGULATION

For the purposes of this investigation, SUGEF’s 3-06: Capital Adequacy Regulation is one of the most important regulations issued by Costa Rican authorities as a response to Basel III’s recommendations. It incorporates reforms on the composition of regulatory capital, risk-weight assessment, capital buffers and the leverage ratio.

³⁵ Ley número 7558. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=40928

³⁶ Ley número 7558. Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. Art 119.

³⁷ Ibid. Art 131.



SUGEF's 3-06 regulation, follows through on Basel III by implementing a broader, more sensitive and standardized risk-weight assessment. Regarding regulatory capital, it imposes even tighter capital adequacy levels than Basel III. Capital requirements are gradually increased to a minimum of 6.5% of RWA regarding Common Equity Tier 1 Capital ("*Capital Común Nivel 1*"); 1.5% of RWA of Additional Tier 1 Capital ("*Capital Adicional Nivel 1*"); and 2% of RWA of Tier 2 Capital ("*Capital Nivel 2*"). Therefore, requiring a minimum regulatory capital base (Common Equity Tier 1 Capital + Additional Tier 1 Capital + Tier 2 Capital) of 10% of RWA. This is consonant with Basel III, as it maintains the tightening of Additional Tier 1 Capital and Tier 2 Capital but more importantly it demands an even higher Common Equity Tier 1 Capital, that is a 6.5% as opposed to Basel III's 4.5%³⁸.

In accordance of Basel III, SUGEF's 3-06 regulation incorporates in identical fashion, a Capital Conservation Buffer comprised of 2.5% of the Common Equity Tier 1 Capital. As it was just explained, given that per Costa Rican law, it is required a higher base for the Common Equity Tier 1 Capital, consequently the Capital Conservation Buffer will also be higher. Additionally, SUGEF's 3-06 goes beyond and introduces an additional buffer for systemically important entities imposing higher capital requirements and a more intense oversight.³⁹

Finally, SUGEF's 3-06 reform also follows through on Basel III by incorporating a leverage ratio under the same terms. In contrast to Basel III, that requires a leverage ratio of 3%, SUGEF's is higher, enforcing a 5% leverage ratio.⁴⁰

2. SUGEF 19-16: COUNTERCYCLICAL BUFFER REGULATION

In accordance with Basel III, under the regulation 19-16, SUGEF introduces a countercyclical buffer designed to withstand the cyclical nature of financial markets. In order to provide greater stability to financial entities, SUGEF incorporates a prospective strategy against credit transactions, in case that severe losses are sustained. SUGEF

³⁸ República de Costa Rica. SUGEF. Acuerdo 3-06. Reglamento sobre Suficiencia Patrimonial de Entidades Financieras. D.O. 13-2006. 36.

³⁹ Ibid, 39.

⁴⁰ SUGEF. Acuerdo 3-06, 37.



establishes its own specific formula to calculate the required buffer. This calculation is done taking into account elements such as the systemic risks, and macroprudential policies.⁴¹

3. SUGEF 17-13: LIQUIDITY REGULATION

Finally, as a mean to provide more macroprudential tools to assess financial institutions, SUGEF follows Basel's footsteps by also incorporating a Liquidity Coverage Ratio. As in the case of Basel, the liquidity coverage ratio is designed so that financial institutions can withstand a 30-day stress test. Therefore, ensuring financial entities have enough high-quality liquid assets to endure short-term turbulence in financial markets. Over the aforementioned period, the ratio demands a minimum coverage of 100% of the liquid assets over the net outflows and inflows of financial institutions. In case that financial institutions are not able to sustain the Liquidity Coverage Ratio, a Liquidity Reestablishment Plan will be executed.⁴²

IV. LATIN-AMERICA'S CHALLENGES AND OPPORTUNITIES TO DEVELOP INFRASTRUCTURE USING ALTERNATIVE FINANCE MECHANISMS, AS A CONSEQUENCE OF BASEL III REFORMS

Given the budgetary constraints of Latin-American countries, it is becoming increasingly difficult for these countries, to build infrastructure at a rate that enables them to compete in the global economy. Previously indicated data, suggests that the investment gap for Latin-American countries approximates to yearly deficit of 2.5% of the GDP.⁴³ Even though, most of the public infrastructure is financed through public funds, there has been an increasing implementation of private finance as an alternative to develop more infrastructure projects.⁴⁴ Privately financed projects for the development of public infrastructure, are usually carried out through Public-Private Partnerships (PPP) and structured through project finance schemes.

⁴¹ República de Costa Rica. SUGEF. Acuerdo 19-16. Reglamento para la determinación y el registro de estimaciones contracíclicas. D.O. 117-100. 9.

⁴² República de Costa Rica. SUGEF. Acuerdo 17-13. Reglamento sobre el Indicador de Cobertura de Liquidez. D.O. 166-2013. 13.

⁴³ Powell, Andrew, et al. "Construir Oportunidades Para Crecer En Un Mundo Desafiante.", 71-76.

⁴⁴ García-Kilroy, Catiana, and Heinz Rudolph. "Financiamiento Privado De La Infraestructura Pública Mediante APP En América Latina y El Caribe. ." Grupo Banco Mundial, January 1, 2017. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovSP.pdf>, 1.



In these projects, commercial banks have played a crucial role in the financing of public infrastructure worldwide. Between 2017 and 2019, commercial banks participated in at least 50% of the privately financed projects in both developed and developing countries. However, in the case of Latin-American countries, experts suggest that the implementation of Basel III, has likely hindered commercial banks from participating to a greater extent in the financing of the projects.⁴⁵

A. BASEL III'S CHALLENGES FOR EMDE COUNTRIES IN PRIVATE FINANCE INVESTMENT IN PUBLIC INFRASTRUCTURE

Prior to the financial crisis, many banks were able to provide attractive loans with long maturities, covering both the construction and operation of projects under project finance structuring. Although, Basel III undoubtedly has provided greater financial stability worldwide by incorporating an extensive capital and liquidity package that raises many new requirements for financial institutions, it has also raised new challenges for financing infrastructure projects through alternative mechanisms.⁴⁶ Even though, Basel III's reforms has made the banking sector more enduring to economic turmoil, as a tradeoff, it has affected bank lending to finance infrastructure projects in EMDE countries by making these projects harder to be financed. Data suggests that after the financial crisis, project finance lending in developed countries recovered swiftly, whereas in EMDEs it has stalled considerably.⁴⁷ Therefore, hereon it will be analyzed some of Basel III's most important guidelines that affect private finance investing.

According to the Global Infrastructure Hub, one of the main factors that has reduced private finance in infrastructure projects is the enforcement of tighter capital requirements, given that banks now bear a higher cost for financing project finance operations.⁴⁸ Data indicates that from Basel II

⁴⁵ Simón, et al. *Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas*. Banco Interamericano de Desarrollo, 24.

⁴⁶ Ma, Tianze. *Basel III and the Future of Project Finance Funding*, 6 *Mic. Bus & Entrepreneurial L. Rev.* 109, 2016. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=mbelr>, 121.

⁴⁷ Beck, Thorsten. "Basel III and Emerging Markets and Developing Economies: Challenges on Infrastructure and SME Lending."

⁴⁸ Simón, et al. *Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas*. Banco Interamericano de Desarrollo, 22.



to Basel III, its execution represents higher financing costs, between 60 to 110 basis points. These estimates do not include Global Systemically Important Banks (G-SIB), which have another set of requirements that would potentially make financing costs even more expensive. This represents a hurdle for the project finance landscape, given that a major portion of transactions are done through G-SIB.⁴⁹

The risk-weight assessment established through Basel III, eliminates the use of internally modelled approaches for project finance. In the absence of an assessment by independent rating agencies, risk-weight estimation will be more conservative. Therefore, greater regulatory capital will be required.⁵⁰

The large exposure regime established by Basel III, puts constraints for small banks in the financing of new infrastructure projects. These projects tend to be massive, which hinders the possibility of a small bank to finance on its own an operation of these characteristics. Hence, reducing the possible stakeholders to develop infrastructure projects.⁵¹

The market for loan tenors of more than 15 years have been decreasing as a result of the implementation of the Net Stable Funding Ratio (NSFR), that is enforced through Basel III. Banks are increasingly becoming more reluctant to finance long-maturity loans that are specially fitted to develop infrastructure through project finance.⁵² In EMDEs, the compliance of this ratio has become harder to fulfill, given that the availability of financing with such characteristics has shrunk. Nowadays, banks are more interested in holding cash like assets rather than medium to long-term lending.⁵³

As it was previously explained, as a result of the incorporation of a Liquidity Coverage Ratio by Basel III, banks must comply with enough high-quality liquid resources to withstand a 30-day stress scenario.

⁴⁹ Ma, Tianze. *Basel III and the Future of Project Finance Funding*, 119.

⁵⁰ Reyes-Tagle, Gerardo. "Basilea III y Las Asociaciones Público Privadas: El Efecto Mariposa." Banco Interamericano de Desarrollo, October 16, 2017. <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/impacto-de-la-basilea-iii-sobre-financiamiento-de-apps/>.

⁵¹ Beck, Thorsten. "Basel III and Emerging Markets and Developing Economies: Challenges on Infrastructure and SME Lending."

⁵² Ma, Tianze. *Basel III and the Future of Project Finance Funding*, 119.

⁵³ Beck, Thorsten. "Basel III and Emerging Markets and Developing Economies: Challenges on Infrastructure and SME Lending."



According to Basel's guidelines, loans provided to a Special Purpose Vehicle (SPV) -the entity responsible for developing an infrastructure project through project financing- must be accounted as 100% liquid coverage.⁵⁴ Meaning that, for every dollar loaned to such entities, banks must have within their reserves another dollar. Thus, increasing dramatically the cost of opportunity for financing a project of these characteristics.⁵⁵

Unquestionably, the more sensitive risk-weight assessment, the inclusion of new provisions such as the large exposure rule and the stricter capital and liquidity requirements enforced by Basel III, have provided greater resilience to financial institutions across the globe. Nonetheless, these reforms have altered the banking composition of many loan portfolios. Reducing bank lending in riskier sectors such as project financing in EMDEs, which comes to a great social cost for these countries. Prospectively, EMDEs will require to diversify financing streams in order to successfully shrink the existing investment gap in infrastructure.⁵⁶

B. GIVEN BASEL'S CHALLENGES, WHAT SOLUTIONS MIGHT BE UNDERTAKEN BY LATIN-AMERICAN COUNTRIES TO FURTHER INCENTIVIZE ALTERNATIVELY FINANCED INFRASTRUCTURE?

The challenges set by Basel III on commercial banks for the private financing of public infrastructure, may be superseded by capitalizing on several underutilized financing alternatives. Given that less banks are willing to participate in projects of these characteristics, new stakeholders could compensate for the shortage in supply of finance.

1. INSTITUTIONAL INVESTORS

As of 2019, institutional investors such as pension funds, and insurance companies have plenty unused resources to invest globally. While institutional investments are growing in developed countries, in EMDEs it is still low⁵⁷. According to OECD figures, infrastructure investing

⁵⁴ Ma, Tianze. Basel III and the Future of Project Finance Funding, 120.

⁵⁵ Reyes-Tagle, Gerardo. "Basilea III y Las Asociaciones Público Privadas."

⁵⁶ Beck, Thorsten. "Basel III and Emerging Markets and Developing Economies: Challenges on Infrastructure and SME Lending."

⁵⁷ Segal, Julie. "Here are the world's biggest asset owners". Institutional Investor, November 16, 2020 <https://www.institutionalinvestor.com/article/b1p7flhqcgq15/Here-Are-the-World-s-Biggest-Asset-Owners>.



represents approximately 1.3% of the institutional investor's portfolio.⁵⁸ Per World Bank figures, the participation of institutional investors in the primary market of infrastructure financing, amounts to only 0.2% of the private finance infrastructure investment worldwide.⁵⁹

Although in EMDE countries the participation of institutional investors is not very substantial in the development of public infrastructure, these institutions are well suited to finance these projects. According to the Inter-American Development Bank (IADB) institutional investors tend to hold and manage assets with a long-term return strategy, which fits adequately to the financing terms that infrastructure projects usually require.⁶⁰

2. FINANCING THROUGH SECURITIES THAT ARE TRADED IN CAPITAL MARKETS

Another underutilized alternative to finance infrastructure in EMDE countries, is the issuing of financial instruments that are traded in capital markets. Regarding the use of financial instruments such as thematic bonds, trust securities and other financial tools to finance infrastructure, IADB estimates that nearly two thirds of the Latin-American countries are still in an "emerging stage". The incipient development of local capital markets, and related financial instruments, has suppressed a greater use of this alternative to finance infrastructure.⁶¹

In the past years, social and green bonds have been gaining popularity within the Latin-American region. There is an increasing appetite from investors, for projects that are highly performing on social and environmental sustainability goals. Among their most valuable output, are the execution of sustainable acquisitions, the protection of natural resources, and the thorough evaluation of short-term threats and climate risks.⁶²

⁵⁸ "Annual Survey of Large Pension Funds and Public Pension Reserve and Public Reserve Funds." OECD, 2019. <https://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Survey-of-Large-Pension-Funds-2021.pdf>, 36.

⁵⁹ Simón, et al. *Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas*. BID. Pg. 24.

⁶⁰ Simón, et al. *Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas*. Banco Interamericano de Desarrollo, 25.

⁶¹ *Ibidem*

⁶² Simón, et al. *Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas*. Banco Interamericano de Desarrollo *Ibid*, 27



In the case of debt-structured securities designed to finance projects with environmental sustainability objectives, more commonly known as “green bonds” have been increasing their demand in Latin-American markets. Although Latin-American green bonds amount to only 2% of the global market-weight, between 2018 and 2019, associated transactions have tripled in the region. As of mid 2019, only 8 countries of the region had issued green bonds (Brazil, Chile, México, Colombia, Perú, Argentina, Costa Rica and Uruguay) more recently, Barbados, Ecuador and Panama have also followed this trend. Regarding the targeted projects, as much as 50% are renewable energy projects, 20% transportation, 8% waste treatment, and the remaining other infrastructure sectors. IADB estimates that the enhancement of the regulatory framework involving a greater standardization of definitions, metrics and accountability mechanisms for green bonds, as well as a greater regulatory development of bond markets, will make this instrument more attractive in the region.⁶³

C. WHAT OPPORTUNITIES ARE FORESEEN IN COSTA RICA’S LEGAL FRAMEWORK FOR THE IMPLEMENTATION OF PRIVATE FINANCE TO DEVELOP NEW INFRASTRUCTURE?

Even though to the date, no institutional investors have financed public infrastructure projects in Costa Rica, there are public entities that according to their legal framework, are duly authorized to take part in such operations.⁶⁴ To further delve in the latter, the following are public institutions that are authorized by their legal framework, to participate in infrastructure projects as institutional investors. It is relevant to indicate, that Costa Rican public institutions abide to a heavily disaggregated public law system, where every institution has its own specific set of applying legal dispositions.

In the case of the National Education Pension and Retirement Fund (JUPEMA), there is authorization to include within the fund’s investment portfolio, public or private infrastructure projects in Costa Rica. The article 21 of the legislative law number 10078 (“*Act for the Comprehensive Reform to the National Education Pension and Retirement System*”),

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Nuñez, María. ¿Por qué los fondos de pensiones no se invierten en títulos de obra pública? *Seminario Universidad*, September 2, 2020. <https://semanariouniversidad.com/pais/porque-los-fondos-de-pensiones-no-se-invierten-en-titulos-de-obra-publica/>



allows the public entity to participate in such projects when it has already surpassed the feasibility stage and the component for infrastructure investments, have not exceeded 20% of the fund's total investment portfolio.⁶⁵

In spite of being conditioned to a more restrictive regulation, the Retirement and Pension Fund for Permanent Members of the National Firefighter Institute is also authorized to participate in some infrastructure projects. According to the article 10 of the Internal Regulation for the Administration of Investments and Trusts of Retirement and Pension Fund for Permanent Members of the National Firefighter, the fund may invest in bond securities of concession projects for the development of public infrastructure.⁶⁶ This public entity must also comply with the Asset Management Regulation of the National Council for the Supervision of the Financial System (CONASSIF), that among its most important legal provisions, establishes a 10% limit for investing under a single issuer relative to the fund's investment portfolio.⁶⁷

The Disability, Old Age and Death Regime (RIVM) of the Costa Rican Social Security Fund (CCSS) is a public entity that is also able to acquire financial securities to finance infrastructure in Costa Rica. According to the article 12 of the RIVM Investment Regulation, this entity may invest in financial instruments that are product of securitization procedures to develop public and private infrastructure projects.⁶⁸

As for security trading as a mean to finance infrastructure projects, Costa Rica's capital markets are in an "emerging phase", with little presence in the global economy, which is unappealing from the investor perspective.⁶⁹ For many years, capital markets in Costa Rica have been outdated due to a lack of important reforms in the legal framework. Recently, the execution of important initiatives has led to greater momentum towards a

⁶⁵ Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. Art. 21.

⁶⁶ Reglamento Interno de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos. Art 10.

⁶⁷ Reglamento de Gestión de Activos. Art. 69.

⁶⁸ Reforma Reglamento de Inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Art. 12.

⁶⁹ Simón, et al. Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas. Banco Interamericano de Desarrollo, 27.



more modernized regulatory framework.⁷⁰ According to IADB, the development robust regulations that enable transparent, cohesive and predictable procedures, are sound practices to provide trust to private investors.⁷¹

An important milestone in this regard, is the enactment of the law number 10051 in 2021 (*“Act to enhance financing and investment for sustainable development, through the use of thematic public offering securities”*) by which thematic securities with sustainability goals are promoted in Costa Rica’s capital markets. This law establishes a comprehensive institutional framework, designed to stimulate and further regulate the use of this financial instrument. The incenting of thematic securities through a well-designed legal framework facilitates the participation of investors, therefore making infrastructure projects with important environmental and social carry overs more likely to be financially feasible.⁷²

As to the further development of the Costa Rican capital markets, the General Superintendence of Securities (SUGEVAL), has officially published a road map of required reforms to enhance the legal framework. These reforms aim to expand and strengthen the role of capital markets in Costa Rica, as well as to incorporate more developed institutional frameworks. Among its main objectives are improving capital mobilization, increasing the participants in the market, fostering competition and efficiency, taking advantage of the increasing domestic savings of institutional investors, boosting the investors’ retail market, and building a more comprehensive regulatory framework. In relation to this roadmap, CONASSIF has stated that one of the central goals of the incorporation of new regulation is to develop more public and private infrastructure.⁷³

⁷⁰ “SUGEVAL presenta plan de acción para el desarrollo del mercado de capitales”. Superintendencia General de Valores, March 24, 2022. <https://www.sugeval.fi.cr/noticiasyevenos/comunicados/ComunicadoPrensa.pdf>.

⁷¹ Simón, et al. *Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas*. Banco Interamericano de Desarrollo, 26.

⁷² República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. Ley número 10051, Ley para potenciar el financiamiento y la inversión para el desarrollo sostenible, mediante el uso de valores de oferta pública temáticos. 19 de octubre de 2021. D.O. 201-212.

⁷³ SUGEVAL presenta plan de acción para el desarrollo del mercado de capitales”. Superintendencia General de Valores.



V. CONCLUSION

Basel III reforms constitute an international framework designed to correct profound vulnerabilities in financial systems that surfaced throughout the past global financial crisis. Although these reforms undoubtedly have provided greater financial stability to the sector, many commercial banks have had to restructure their portfolios in order to comply with these guidelines, thus reducing the financing of infrastructure projects in EMDE countries. Coincidentally, Latin-American countries are in a deficit of resources to finance and develop infrastructure projects at a rate that allows them to compete with developed countries.

The decrease of commercial bank participation in infrastructure projects, is a challenge that Latin-American countries encounter when looking for financing alternatives. Nonetheless, the region has had minimal involvement of important stakeholders such as institutional investors, and has yet to fully exploit the potential of leading-edge financial instruments such as thematic securities, which constitute key opportunities for the stimulation of alternative finance mechanisms.

In the case of Costa Rica, there are institutional investors that are authorized by their legal framework to participate in projects of these characteristics. However, the absence of robust and modernized regulatory frameworks for capital markets and breakthrough financial instruments, impedes building further market-trust. In spite of the latter, recently the Costa Rican government has approved important regulation to incent the use of thematic securities and provided an official timeline for the modernization of domestic capital markets. The culmination of such reforms, is crucial for stimulating the participation of more investors in infrastructure projects structured through alternative finance schemes, thus contributing to reduction of the current investment gap in Latin-American infrastructure.



BIBLIOGRAPHY

Regulations

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. Ley número 7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica. 27 de noviembre de 1995. D.O. 225-55.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. Ley número 10051, Ley para potenciar el financiamiento y la inversión para el desarrollo sostenible, mediante el uso de valores de oferta pública temáticos. 19 de octubre de 2021. D.O. 201-212.

República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. Ley número 10078, Reforma de la Ley 7531, Reforma Integral del Sistema de Pensiones y Jubilaciones del Magisterio Nacional. 24 de noviembre 2021. D.O. No. 227.

República de Costa Rica. Caja Costarricense del Seguro Social. Reforma Reglamento de Inversiones del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte. Reglamento 8498 de 28 de marzo 2011. D.O. 61-19.

Articles and publications

About Public-Private Partnerships." PUBLIC-PRIVATE-PARTNERSHIP LEGAL RESOURCE CENTER. The World Bank, June 21, 2022. <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/about-public-private-partnerships>.

"A Brief History on the Basel Committee." Basel Committee on Banking Supervision. Bank for International Settlements, October 2014. http://www.spaeth.ru/HS20152016/artikel_14.pdf.

República de Costa Rica. Consejo Nacional de Supervisión de Activos. Reglamento Número 1452 de Gestión de Activos. 2 de noviembre de 2018. D.O. 203-192.

República de Costa Rica. Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. Reglamento Interno de Administración de Inversiones y Fideicomisos del Benemérito Cuerpo de Bomberos de Costa Rica. 29 de junio 2010. D.O. No. 25.

República de Costa Rica. SUGEF. Acuerdo 3-06. Reglamento sobre Suficiencia Patrimonial de Entidades Financieras. D.O. 13-2006.

República de Costa Rica. SUGEF. Acuerdo 17-13. Reglamento sobre el Indicador de Cobertura de Liquidez. D.O. 166-2013.

República de Costa Rica. SUGEF. Acuerdo 19-16. Reglamento para la determinación y el registro de estimaciones contracíclicas. D.O. 117-100.

Bank for International Settlements. Basel Committee on Banking Supervision. (December 2017). High-level summary of Basel III reforms. Retrieved from https://www.bis.org/bcbs/publ/d424_hlsummary.pdf

Basel III: A Global Regulatory Framework for More Resilient Banks and Banking Systems." Basel Committee on Banking Supervision. Bank for International Settlements, June 2011. <https://www.bis.org/publ/bcbs189.pdf>.



Beck, Thorsten. "Basel III and Emerging Markets and Developing Economies: Challenges on Infrastructure and SME Lending." Center for Global Development | Ideas to Action. Center for Global Development, May 17, 2018. <https://www.cgdev.org/blog/basel-iii-unintended-consequences-emerging-markets-developing-economies-part-iv-challenges>.

"Charter," Basel Committee on Banking Supervision (Bank for International Settlements, January 2013. <http://www.asbasupervision.com/es/bibl/ii-potestades-atribuciones-y-funciones-supervisoras/ii-3-enfoque-de-supervision/813-bcbs/file>

Cuthbert, Neil. A guide to Project Finance. Dentons, August 2018. <https://www.dentons.com/en/insights/guides-reports-and-whitepapers/2013/april/1/a-guide-to-project-finance>

Dieter Kerwer. Rules that Many Use: Standards and Global Regulation. Governance (Oxford), 18(4), 611–632, 2005. <https://doi.org/10.1111/j.1468-0491.2005.00294.x>

Estudios Económicos De La OCDE: Costa Rica 2018 .” OCDE, 2018. <https://www.comex.go.cr/media/8790/estudio-econ%C3%B3mico-de-la-ocde-2018-esp%C3%B1ol.pdf>.

García-Kilroy, Catiana, and Heinz Rudolph. "Financiamiento Privado De La Infraestructura Pública Mediante APP En América Latina y El Caribe. ." Grupo Banco Mundial, January 1, 2017. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26406/114418ovSP.pdf>.

"History of the Basel Committee." The Bank for International Settlements, October 9, 2014. <https://www.bis.org/bcbs/history.htm>

Ibañez Sandoval, Jesus, and Beatriz Domingo Ortuño. "La Transposición De Basilea III a La Legislación Europea." Banco de España, 2013. <https://www.bde.es/f/webbde/GAP/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/13/Noviembre/Fic/ref2013253.pdf>.

"International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards." Basel Committee on Banking Supervision, July 1988. <https://www.bis.org/publ/bcbs04a.pdf>.

Knaack, Peter, Beck Thorsten, and Emily Jones. "Basel Standards and Developing Countries." VOX, CEPR, October 15, 2018. <https://voxeu.org/article/basel-standards-and-developing-countries>.

Ma, Tianze. Basel III and the Future of Project Finance Funding, 6 Mic. Bus & Entrepreneurial L. Rev. 109, 2016. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1056&context=mbelr>

Nuñez, María. "¿Por qué los fondos de pensiones no se invierten en títulos de obra pública?". Seminario Universidad, September 2, 2020. <https://semanariouniversidad.com/pais/por-que-los-fondos-de-pensiones-no-se-invierten-en-titulos-de-obra-publica/> "Annual Survey of Large Pension Funds and Public Pension Reserve and Public Reserve Funds." OECD, 2019. <https://www.oecd.org/daf/fin/private-pensions/Survey-of-Large-Pension-Funds-2021.pdf>.



Powell, Andrew, and Eduardo Carvallo. "Construir Oportunidades Para Crecer En Un Mundo Desafiante ." Banco Interamericano de Desarrollo, 2019. https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe_macroeconomico_de_America_Latina_y_el_Caribe_2019_Construir_oportunidades_para_creer_en_un_mundo_desafiante.pdf.

Segal, Julie. "Here are the world's biggest asset owners". Institutional Investor, November 16, 2020 <https://www.institutionalinvestor.com/article/b1p7flhqcgq15/Here-Are-the-World-s-Biggest-Asset-Owners>

Simón, C., Castillo Martínez, P., Carbonell, S., Menezes, Rosane., Carrion, R., Zapata Oré, G., Montalbán Rojas, J., Ortiz, R., Salinas, F., Cobo, F., Collazo, S., Miranda Barros, C. Financiamiento de Asociaciones Público-Privadas. Banco Interamericano de Desarrollo, October 2021. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Financiamiento-de-Asociaciones-Publico-Privadas.pdf>

"SUGEVAL presenta plan de acción para el desarrollo del mercado de capitales". Superintendencia General de Valores, March 24, 2022. <https://www.sugeval.fi.cr/noticiasyevenos/comunicados/ComunicadoPrensa.pdf>.

República de Costa Rica. Poder Judicial. Principios Desarrollados en la Jurisprudencia Constitucional, 2014. Retrieved from: <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/contencioso/Principios%20Desarrollados%20en%20la%20Jurisprudencia%20Constitucional.pdf>

Reyes-Tagle, Gerardo. "Basilea III y Las Asociaciones Público Privadas: El Efecto Mariposa." Banco Interamericano de Desarrollo, October 16, 2017. <https://blogs.iadb.org/gestion-fiscal/es/impacto-de-la-basilea-iii-sobre-financiamiento-de-apps/>.

"The Basel Committee on Banking Supervision (BCBS)." Banco de España, 2022. https://www.bde.es/bde/en/areas/supervision/actividad/BCBS/El_Comite_de_Su_13e462eab2e4961.html

The Treatment of Large Exposures in the Basel Capital Standards" Bank for International Settlements, April 30, 2018. <https://www.bis.org/fsi/fsisummaries/largeexpos.pdf>.



Artículo III

The Straight Bill of Lading: A Straight Document in Rough Waters

Stefan Haeussler Vesco¹

¹ Stefan Haeussler Vesco is a Guatemalan lawyer. He holds a Master Degree in Management of Maritime Companies and Maritime Law from the University of Deusto, a Master of Laws (LL.M.) in Commercial Law and International Trade Law from the Erasmus University Rotterdam, and a Bachelor in Law, Advocacy, and Notary Public from the Universidad Rafael Landívar.



Abstract

The containership crisis has originated a flurry of issues that instilled consciousness in law professionals, businessmen, and consumers about the importance of the maritime sector in the global economy. Society often takes for granted the intricate procedures that converge into an efficient supply chain. The transportation of goods by sea, although acknowledge as one of the first trades in human history, is yet to be free from practical, procedural, and contractual issues. Transport documents have their fair share of interpretation issues as well, but there are few as ambiguous as the doctrines that try to explain the straight bill of lading's nature. Its nature as a document of title is debated due to its legal quality, or lack thereof, of negotiability. Therefore, this article will delve into the multiple doctrines and case law published through the years, and provide an opinion on the current doctrinal status of the straight bill of lading.

Keywords: B/L, straight bill of lading, UCC, UK COGSA, Hague-Visby Rules, consignee, door to door, bailee, bailor, legal fiction, literalism, autonomy, incorporation, legitimacy, negotiability, causal relation, document of title, to the order of bill of lading, bearer bill of lading.

Resumen

La crisis de buques portacontenedores ha originado una serie de problemas que provocó que los profesionales del Derecho, empresarios y consumidores sean conscientes de la importancia del sector marítimo en la economía global. Socialmente se dan por sentado los complejos procedimientos que convergen para que se produzca la cadena de suministros mundial de forma eficiente. Asimismo, el transporte de mercancías por mar, si bien es uno de los primeros negocios en la historia del comercio internacional, aún se encuentra plagado de problemas prácticos, procedimentales y contractuales. Los documentos que representan el transporte de la mercancía también cuentan con problemas de interpretación; Sin embargo, actualmente existen pocos tan ambiguos como la doctrina que determina la naturaleza jurídica del conocimiento de embarque directo o straight bill of lading. Esta doctrina debate si la naturaleza de este instrumento, como título de crédito, posee o no la característica legal de negociabilidad. Por estas razones, el artículo repasa la doctrina y jurisprudencia sentada a través de los años y provee una opinión actual sobre el estado doctrinal del straight bill of lading.

Palabras clave: conocimiento de embarque, conocimiento de embarque directo, negociabilidad, Código Comercial Uniforme (UCC), Acta de Transporte Marítimo de Mercancías de 1992 (UK COGSA), Reglas de la Haya-Visby, consignatario, puerta a puerta, depositario, depositante, ficción legal, literalismo, autonomía, incorporación, legitimación, negociabilidad, relación causal, título valor, conocimiento de embarque a la orden, conocimiento de embarque al portador.



I. INTRODUCTION

It is common for international trade professionals to be bombarded with articles and statistics regarding the ongoing container crisis while scrolling through LinkedIn's main interface. This issue shines light to the fact that consumers all over the world often take for granted that many of the products they consume daily are transported inside standardized metal boxes, carefully stacked aboard containerships.

Humans are so accustomed to being catered to a variety of products in supermarkets and stores, that just a few stop to think about the intricate transport operations that take place to fulfill the main purpose of the supply chain; providing the consumer with products.¹ Even less have heard of the document called the bill of lading ("B/L"), and that it can make or break a contractual relationship between the parties to the transport, or determine who will take delivery of the goods.

With multiple commercial procedures conflating in a single door-to-door freight movement, it is unsurprising that many debates arise from the interpretation of the legal qualities of the transport documents which support those procedures. In this regard, the bill of lading's nature has been thoroughly discussed between legal transport specialists; as will be seen below.

Created as a receipt for the delivery of goods through sea carriage during the 14th century, the B/L has morphed into a multimodal transport document.² The changes in the nature of the instrument provided that the carriers required a record that could safeguard the delivery of goods to a previously known consignee. The result of this issue was a "nominated" document of transport called the straight bill of lading, with the special characteristic of being non-transferable to third parties.

Nevertheless, this document is not free from interpretation problems, as documents of title are generally acknowledged to be negotiable instruments.³ Therefore, this research procures an analysis of the document's negotiable quality, and the possibility of transferability.

¹ Marian Hoeks, *Multimodal Transport Law: The law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods* (1st edn, Proefschriftmaken.nl 2009) s1.1.1, 1

² Michiel Spanjaart, *Multimodal Transport Law* (1st edn Routledge 2018) 28

³ Richard Schaffer and others, *International Business Law and Its Environment* (9th edn, Cengage Learning 2015) 122 ff 124



First, a definition of the document of title will be provided, while delving into its most important legal qualities. Following that, the reader will find an analysis of the definition and legal qualities of the straight bill of lading. Naturally, the legal qualities of the straight B/L will lead to a discussion of the nature of the document and its negotiability. Finally, conclusions will be drawn as to whether the straight bill of lading is considered a document of title or a different transport document according to its nature and negotiability.

II. DEFINITION AND LEGAL QUALITIES OF THE DOCUMENTS OF TITLE AND THE BILL OF LADING

This section will analyze the most important legal qualities of the documents of title. There is a wide variety of instruments that may act as documents of title; thus, this analysis will solely emphasize on the qualities of the transport instruments. First and foremost, it is necessary to provide a legal definition of the document of title to clarify its main legal qualities.

The documents of title are written instruments that, through legal fiction,⁴ represent the possession of goods in transit or deposited in a warehouse.⁵ In Common Law, they are referred to as “documents of title to goods.” This term was coined by the English Court of the King’s Bench in *Lickbarrow v Mason*.⁶ While analyzing the case, the Court found that it was a common commercial practice for the owner of the goods to transfer the ownership to a third party by the mere translation of the transport document.

Meanwhile, across the pond, the drafters of the Uniform Commercial Code of the United States of America (“UCC”) defined the document of title. This definition is found in article 7 under the title of “Documents of Title”⁷, giving a clear overview of the functions of these instruments. It is defined as a document that contains the right of claim to the goods described in it and is forwarded by the bailor of the goods to the bailee to

⁴ Arturo Alassandri R, Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General (1st edn, Editorial Jurídica de Chile 1998) t1, 167

⁵ Joseph R Lanciano and others, Regulation: Business Law & Professional Responsibility/ Federal Income Taxes (1st edn, Lamberts CPA Review 2007) s5, 1

⁶ (1787) 2 TR 63, 100 ER 35

⁷ 1952 Uniform Commercial Code [UCC] (art 7 §7-104 2002)



safeguard the possession of the goods.⁸ The UCC also includes a list of the five documents of title recognized by their legislation: the bill of lading, the order for delivery of the goods, the warehouse deposit, the dock receipt, and the dock warrant.⁹

On the other hand, in various Continental Law legislations, particularly in Latin America, documents of title may be known as “titles of credit.” It is common for national legislation to number strict requirements when drafting the document, which is done to provide legal certainty to the commercial parties. Furthermore, they follow a particular mobility law in which the bearer has the legitimate right to the provision of money or goods described in it.¹⁰ In general, legislations that follow the Continental system are more flexible when enumerating instruments considered as titles of credit; such is the case for the sale invoice/security, mortgage bonds, waybills, the bill of lading, etc.¹¹ With this difference in mind, it is pertinent to provide the main legal qualities of the documents of title.

Due to their heavy reliance on case law, Common Law legislations have yet to elaborate on the specific legal qualities of the documents of title. In this sense, the legal nature of the document of title has been limited to the bill of lading and the warehouse deposit document. Interestingly, in *Voss v APL Co Pte Limited*¹² the Court held that the most important legal qualities of the bill of lading were its negotiability and the recognition of the instrument as a document of title.¹³ This means that, under Common Law doctrine, one of the legal qualities of the document of title is being a bill of lading and vice versa.¹⁴

As previously mentioned, Civil Law took another approach and developed the “titles of credit” doctrine to the point where the instrument’s legal qualities are precisely analyzed. Civil Law not only recognizes the transport and deposit documents of title, but also the sale invoice and

⁸ USLEGAL ‘Documents of Title’ <https://uniformcommercialcode.uslegal.com/documents-of-title/> accessed 19 of October 2019

⁹ 1952 Uniform Commercial Code [UCC] (art 7 §7-Documents of Title 2002)

¹⁰ Giorgio De Semo, *Trattato di Diritto Cambiario* (1st edn, Padova 1963) 105

¹¹ José Gomez Gordoa, *Títulos de Crédito* (1st edn, Editorial Porrúa 1988) 81

¹² [2002] 2 Lloyd’s Rep 707

¹³ Guenter Treitel and FMB Reynolds, *Carver on Bills of Lading* (3rd edn, Sweet and Maxwell 2011) n33, para 6-026

¹⁴ *Ibid*, para 48



mortgage bonds.¹⁵ Under the Swiss-German Civil doctrine, there are three legal qualities necessary for an instrument to possess the nature of a title of credit; literalism, autonomy, and incorporation.¹⁶ Additionally, and equivalent to incorporation, Latin American doctrine established the quality of legitimacy.¹⁷

The *literalism* of the title of credit states that the content of the rights incorporated in the instrument is determined from what is explicitly established by the parties.¹⁸ By their own account, titles of credit possess *autonomy* because of their independence from the causal relation that gave origin to the title; but the autonomy of the bill of lading is interpreted in a different light.¹⁹ This *autonomy* is considered the independence of action between the legal bearers of the document to execute the rights it contains,²⁰ but not an independence from the contract of carriage itself.²¹

As for *incorporation* and *legitimacy*,²² the basis of these qualities relies on physically handing over the title as necessary action to translate the right to the property of the goods to a third party. The document itself incorporates a right to the possession of the goods in transit that is exerted by the bearer of the instrument; hence, the *incorporation* of the right.²³ Ultimately, these two legal qualities are inherent to the instrument's form of circulation; even though Civil Law does not recognize the negotiability of the document of title as a legal quality,²⁴ Common Law does recognize it; including the bill of lading.²⁵

Even though the bill of lading is widely known as a transport document, conceptualizing it is not as simple; as some transport documents may act

¹⁵ Roberto Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil* (1st edn, Publicaciones UCAB 2008) 287 ff 289

¹⁶ Swiss Code of Obligations [1911] last revision 2011, s. negotiable securities

¹⁷ Ignacio Quevedo Coronado, *Derecho Mercantil* (2nd edn, Pearson/Prentice Hall 2004) 142

¹⁸ José Alpiano García-Muñoz, *Títulos Valores* (1st edn, Editorial Temis 2008)

¹⁹ *Ibid*, 105

²⁰ José Luis Jerez Riesco, *Comercio Internacional* (4th edn, ESIC Editorial 2011) 229

²¹ Fernando Martínez Sanz and others, *Aspectos Jurídicos y Económicos del Transporte: Hacia Un Transporte Más Seguro, Sostenible y Eficiente* (1st edn, Publicaciones de la Universitat Jaume 2007) 289

²² Hugo Tiberg, 'Legal Qualities of Transport Documents' [1998] 23(1) *Tulane Maritime Law Journal* 3

²³ Anders Mollmann, *Delivery of Goods Under Bills of Lading* (1st edn, Routledge 2017) 11

²⁴ Enrique Gadea, *Los Títulos-Valor: Letra de cambio, cheque y pagaré* (2nd edn, Dykinson SL 2007) 18

²⁵ *J I MacWilliam Co Inc v Mediterranean Shipping Co SA* [2002] 2 *Lloyds LR* 403



as bills of lading in freight movements and others do not possess this function. Nonetheless, a bill of lading is usually considered a document signed by the carrier or on behalf of the carrier for the transport of goods, which serves three main functions.²⁶ It acts as a receipt of the delivery of the goods, contains the right to claim the goods in transit, and provides proof of the existence of a contract of carriage.²⁷

An interesting fact about the right of claim to the goods transported is that, under Common Law, this function gives the instrument the quality of a document of title.²⁸ As for the function of providing evidence of the contract of carriage, it directly contradicts the quality of *autonomy* established by Civil Law doctrine.²⁹ This is a clear indication that not all legal qualities have to be met by B/L to be considered a title of credit or document of title, as it may differ from one legal system to another.³⁰

To provide clarity on how the interpretation of the document differs between legislations, under Common Law, the legal qualities of the bill of lading are determined by its functions, rather than by the specific characteristics of the document. On the contrary, Civil Law, states that the bill of lading has the same legal qualities as the titles of credit.³¹ Having established this, there is a middle ground where both doctrines agree, and that is that legitimacy, incorporation, and autonomy are essential to the B/L.³²

The last quality in discussion, but maybe the most important for the analytical purpose of this article, is the *negotiability* of the B/L. Now, the reader may wonder why is this legal quality not considered essential, and the reason is that Civil Law does not consider it as a quality of the document. The action of transferring the document to a third party or consignee results in the transferring of the right of possession of the goods contained in it, and the right of claim;³³ a doctrine that has been

²⁶ Richard Aikens and others, *Bills of Lading* (2nd edn, Routledge 2015) ch2, sB

²⁷ Anders Mollmann, *Delivery of Goods Under Bills of Lading* (1st edn, Routledge 2017) 9

²⁸ *Loc cit*

²⁹ Jorge R Albornoz and Paula María All, *Crédito Documentario* (1st edn, Ediciones Jurídicas Cuyo 2002) 354

³⁰ José Luis Jerez Riesco, *Comercio Internacional* (4th edn, ESIC Editorial 2011) 229

³¹ Rosalío Bailón Valdovinos, *300 Preguntas y Respuestas Sobre los Títulos de Crédito* (1st edn, Editorial Limusa 2006) 12

³² Chia Jui-Cheng (ed), *Clive M Schmittoff's Select Essays on International Trade Law* (1st edn, Martinus Nijhoff Publishers 1998) 377

³³ Henry Hull, 'The Federal Uniform Bills of Lading Act' [1917] 3(5) *The Virginia Law Register* 329



effusively debated.³⁴ Although the general rule of thumb is that bills of lading are negotiable,³⁵ during the early 20th century an interpretation issue arose in the bosom of the international transport sector; which has yet to be given a clear solution.³⁶ This problem is constituted by the determination of the nature of the straight bill of lading from the perspective of its negotiability, and its nature as a document of title.³⁷

III. THE LEGAL NATURE OF THE STRAIGHT BILL OF LADING

In most legislations, the straight bill of lading is recognized as a B/L along the likes of the bearer bill of lading and the “to the order of” bill of lading. As mentioned in the introduction, conceptualizing this document seems simple, as it is often defined as a document of transport where the consignee has been named, but without a reference “to the order of”. This means that the delivery of the goods must be done solely to the named consignee, without the possibility of transferring them to third parties via the endorsement of the title.³⁸ Naturally, this document possesses different legal qualities to other bills of lading, a situation that should not alter the nature of the document.³⁹

The nature of this B/L as a document of title became a highly discussed topic when interpreted under article 1(b) of the Hague-Visby Rules,⁴⁰ as the document could be considered either a negotiable proof of the contract of carriage or a mere receipt of delivery. More issues arose when the UK’s Carriage of Goods by Sea Act (UK COGSA) of 1992⁴¹ was drafted, because it adopted the position that straight bills of lading were not documents of title.

³⁴ Roger Leroy Miller and others, *Fundamentals of Business Law: Excerpted Cases* (2nd edn, South-Western Cengage Learning 2010) ch15, 321

³⁵ *Kum and Another v Wah Tat Bank Ltd* HL ([1971] AC 439, [1971] 1 Lloyd’s Rep 439)

³⁶ Karl Nickerson Llewellyn, *Cases and Materials on the Law of Sales* (1st edn, Callaghan and Co 1930) 80

³⁷ AN Yannopoulos (ed *Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems* (International Academy of Comparative Law, XIVth International Congress of Comparative Law, Kluwer Law International 1995) 263

³⁸ Richard Aikens and others, *Bills of Lading* (2nd edn, Routledge 2015) ch2, s 2.44, 28

³⁹ *The Duke of Yare* (ARR-RechtB Rotterdam, decision of the 10th of April 1997) para 4.1

⁴⁰ International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (concluded on 25 August 1924, entered into force 2 June 1931) 120 LNTS 187, 51 Stat. 233

⁴¹ UK Public General Acts, Carriage of Goods by Sea Act (adopted 16th of July 1992) 1992 c 50, 1(2), 1(3)



In *J I MacWilliam Company Inc v Mediterranean Shipping Company* the House of Lords found that by 1920 most shipping countries considered the straight bill of lading a sub-type of bill of lading; hence its intrinsic nature as a document of title.⁴² This decision momentarily brushed aside the confusion about its nature found in the Hague-Visby Rules.

As a result of the judgement, the sector accepted that no words in the straight bill of lading could lead to negotiability, as the document could be passed solely to the consignee.⁴³ Moreover, the lack of negotiability, concerning the transferability of the document, was found to not affect the nature of the instrument as a document of title.⁴⁴ The straight bill of lading may be considered as a document of title that constitutes legal effects between the consignor and consignee, but not with a third party.⁴⁵

This situation was considered in *Carewins Development Ltd v Bright Fortune Shipping Ltd*, where the Final Court of Appeal of Hong Kong concluded that the straight bill of lading has the same legal qualities as the “to the order of” bill of lading.⁴⁶ However, some academics believe that the straight B/L should not be considered a document of title for the mere reason of classifying it as a non-transferable transport document.⁴⁷

Finally, in *The Rafaela S* case, the Court decided that the straight B/L is a transferable but not negotiable instrument.⁴⁸ The Court reasoned that the transferability of the straight bill of lading does not confer constructive possession to the document, a quality that the “to the order of” bill of lading does possess and is vital to determine its legal nature. Additionally, the straight B/L does not seem to constitute a common commercial practice, which is necessary to be considered a document of title.⁴⁹ Following these traing of thought we must agree that the straight B/L as a “document of title” may be far-fetched, but suitable to describe the “to the order of B/L” and “bearer B/L”.

⁴² [2005] UKHL 11

⁴³ Stephen Girvin ‘Bills of lading and straight bills of lading: principles and practice’ [2006] 86(1) Journal of Business Law, 98

⁴⁴ *Voss v APL Co Pte Limited* [2002] 2 Lloyd's Rep 707

⁴⁵ Jason Chuah, *Law of International Trade: Cross-border Commercial Transactions* (4th edn, Sweet and Maxwell 2009) 155 ff 159

⁴⁶ (n 96) final appeal no 14 of 2008 [40]

⁴⁷ *The Rafaela S* [2003] EWCA Civ 556; [2004] QB 702; [2003] 2 Lloyd's Rep 113 [137]

⁴⁸ Loc cit

⁴⁹ Daryl Y H Lee, ‘The Straight Bill of Lading: past, present and future’ [2012] 18(1) JIML 39 ff 58



IV. CONCLUSIONS

1. Documents of title serve as a representation of goods transported in a freight movement or deposited in a warehouse. The *incorporation* characteristic of the document eases negotiations of the goods between the parties, as the physical transference of the goods is not necessary for the translation of the rights to the bearer. While many Civil Law legislations consider these instruments as “titles of credit” under the legal qualities of *autonomy*, *literalism*, *legitimacy*, and *incorporation*; Common Law doctrine recognizes transport instruments to be documents of title. One thing is certain; both doctrines acknowledge the *negotiability* quality of the instrument, but interpret it in different light.
2. Straight bills of lading are negotiable in a very strict sense of the word. But their negotiability refers solely to the transferability of the instrument between the carrier and the consignee, and not to the document of title’s function of negotiability. The latter refers to the acquisition of better rights by the bearer of the document, as opposed to the right of possession of the previous bailees. Straight bills of lading are fundamentally transferable, but solely between the carrier and the consignee.
3. Even after crucial decisions were taken in the cases of *The Rafaela S*, *Lickbarrow v Mason*, and *Voss v APL Co Pte Limited*, experts of the sector have yet to reach a consensus on the legal nature of the straight bill of lading. Some agree that the straight B/L fulfills the requirements of a document of title, while others do not develop their analysis further than what a common document of transport would constitute. Given the multiple research and case law published about this topic, we cannot ignore the fact that straight bills of lading are documents of title, even if they do not concede constructive possession to the legal bearer or serve as negotiable instruments. In essence, they are documents of title because of their representation of the rights to the goods in transit. Even with their lack of negotiability in the strict sense of the word, as non-transferable to third parties, they serve represent the goods under the contract of carriage. As a result, the shipper provides the bearer with a fact of non-negotiable control over those goods.



BIBLIOGRAPHY

[2005] UKHL 11

1952 Uniform Commercial Code [UCC]

Aikens R. and others, Bills of Lading (2nd edn, Routledge 2015)

Alassandri R A., Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General (1st edn, Editorial Jurídica de Chile 1998)

Albornoz J., Crédito Documentario (1st edn, Ediciones Jurídicas Cuyo 2002)

Alpiano García-Muñoz J., Títulos Valores (1st edn, Editorial Temis 2008)

AN Yannoupolous A., Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems (International Academy of Comparative Law, XIVth International Congress of Comparative Law, Kluwer Law International 1995)

Bailón Valdovinos R., 300 Preguntas y Respuestas Sobre los Títulos de Crédito (1st edn, Editorial Limusa 2006)

Carewins Development Ltd v Bright Fortune Shipping Ltd (n 96) final appeal no 14 of 2008 [40]

Chuah J, Law of International Trade: Cross-border Commercial Transactions (4th edn, Sweet and Maxwell 2009)

De Semo G., Trattato di Diritto Cambiario (1st edn, Padova 1963)

Gadea E, Los Títulos-Valor: Letra de cambio, cheque y pagaré (2nd edn, Dykinson SL 2007)

Girvin S., 'Bills of lading and straight bills of lading: principles and practice' [2006] 86(1) Journal of Business Law,

Goldschmidt R, Curso de Derecho Mercantil (1st edn, Publicaciones UCAB 2008)

Gomez Gordo J., Títulos de Crédito (1st edn, Editorial Porrúa 1988)

Hoeks M., Multimodal Transport Law: The law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods (1st edn, Proefschriftmaken.nl 2009)

Hull H., 'The Federal Uniform Bills of Lading Act' [1917] 3(5) The Virginia Law Register

International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading (concluded on 25 August 1924, entered into force 2 June 1931) 120 LNTS 187, 51 Stat. 233

J I MacWilliam Co Inc v Mediterranean Shipping Co SA [2002] 2 Lloyds LR 403

Jerez Riesco J.L., Comercio Internacional (4th edn, ESIC Editorial 2011)

Jui-Cheng C. (ed), Clive M Schmittoff's Select Essays on International Trade Law (1st edn, Martinis Nijhoff Publishers 1998)

Kum and Another v Wah Tat Bank Ltd HL ([1971] AC 439, [1971] 1 Lloyd's Rep 439)

Leroy Miller R., and others, Fundamentals of Business Law: Excerpted Cases (2nd edn, South-Western Cengage Learning 2010)

Martínez Sanz F. and others, Aspectos Jurídicos y Económicos del Transporte: Hacia Un Transporte Más Seguro, Sostenible y Eficiente (1st edn, Publicaciones de la Universitat Jaume 2007)



Mollmann A., Delivery of Goods Under Bills of Lading (1st edn, Routledge 2017)

Nickerson Llewellyn K, Cases and Materials on the Law of Sales (1st edn, Callaghan and Co 1930)

Quevedo Coronado I., Derecho Mercantil (2nd edn, Pearson/Prentice Hall 2004)

R Albornoz J and All P.M., Crédito Documentario (1st edn, Ediciones Jurídicas Cuyo 2002)

R Lanciano J. and others, Regulation: Business Law & Professional Responsibility/ Federal Income Taxes (1st edn, Lambers CPA Review 2007)

Sanz F, Aspectos Jurídicos y Económicos del Transporte: Hacia Un Transporte Más Seguro, Sostenible y Eficiente (1st edn, Publicaciones de la Universitat Jaume 2007)

Schaffer R., and others, International Business Law and Its Environment (9th edn, Cengage Learning 2015)

Spanjaart M., Multimodal Transport Law (1st edn Routledge 2018)

Swiss Code of Obligations [1911] last revision 2011, s. negotiable securities

The Duke of Yare (ARR-RechtB Rotterdam, decision of the 10th of April 1997) para 4.1

The Rafaela S [2003] EWCA Civ 556; [2004] QB 702; [2003] 2 Lloyd's Rep 113 [137]

Treitel G. and FMB Reynolds, Carver on Bills of Lading (3rd edn, Sweet and Maxwell 2011)

UK Public General Acts, Carriage of Goods by Sea Act (adopted 16th of July 1924) 1924 c 50, 1(2), 1(3)

Voss v APL Co Pte Limited [2002] 2 Lloyd's Rep 707

Y H Lee D., 'The Straight Bill of Lading: past, present and future' [2012] 18(1) JIML 39 ff 58

*** The citation for this research was performed employing the "Oxford University Standard for Citation of Legal Authorities" 4th edition, published in 2012.**



Artículo IV

Subjetividad internacional de los estados: el caso de Palestina, entre la autodeterminación y el reconocimiento

Juan Carlos Caita-Moreno¹

¹ Abogado graduado con Diploma de Honor por la Universidad Católica de Colombia, Candidato a Doctor Ph.D en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Argentina, nuestra señora de Buenos Aires, Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Católica de Colombia, Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos por la Università di Bologna (Italia), Máster (Cum Laude) di il livello in Scienze Politiche per la pace e l'Integrazione dei popoli por la Università degli Studi di Salerno (Italia), Magister en Ciencia Política por la Universidad Católica de Colombia, Candidato a Master en Giustizia Costituzionale e Diritti Umani por la Università di Bologna (Italia), cuenta con una Diplomatura en Derechos Humanos por la Universidad Austral (Argentina), Candidato al Título de Experto en Aplicación del Derecho Internacional en Perspectiva Comparada por la Universidad Autónoma de Madrid (España), actualmente se encuentra adelantando una Diplomatura en Estudios Avanzados en Derecho Electoral y Político en la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Ha realizado cursos avanzados en Derechos Humanos y DIH, entre los que se destacan: "Summer Courses Public International Law and Private International Law", The Hague Academy of International Law (Países Bajos) y el X Curso de Derecho Internacional Humanitario "Augusto Ramírez Ocampo", Comité Internacional de la Cruz Roja -CICR- y Cancillería de Colombia. Becario de la Organización de los Estados Americanos -OEA- (Departamento de Inclusión Social de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad) en el Diplomado Digital de Liderazgo en Inclusión Social y Acceso a Derechos. Correo Electrónico: lacrimosajc@hotmail.com.



Resumen

El presente artículo de investigación pretende establecer los principales elementos constitutivos de un Estado, analizando de paso el caso particular de Palestina, su estatus político, así como también, su capacidad legal para suscribir acuerdos, tratados, protocolos, convenios y demás instrumentos internacionales con otros Estados o sujetos de derecho internacional, a la luz de lo decantado por la doctrina y la jurisprudencia internacional, en el marco de un elemento esencial: -La subjetividad -como aquella aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones, internacional tan implícitamente correlacionada con instituciones jurídicas tan relevantes como la autodeterminación y el reconocimiento, no sin antes, realizar un sucinto recuento histórico del conflicto palestino-israelí, buscando desentrañar sus principales causas, consecuencias y características que le permitan al lector comprender de mejor manera dicha confrontación en el contexto geopolítico actual.

Palabras Claves: Estatuto de Roma, Conflicto Palestino Israelí, Subjetividad Internacional, Autodeterminación, Reconocimiento.

Abstract

This research article aims to establish the main constitutive elements of a State, analyzing in particular the case of Palestine, its political status, and its legal capacity to sign agreements; treaties; protocols; conventions and other international instruments with other States or subjects of international law -in the light of what has been decanted by the doctrine and international jurisprudence- within the framework of an essential element: International subjectivity, as that aptitude to exercise rights and contract obligations which is implicitly correlated with relevant legal institutions such as self-determination and recognition; all not without firstly making a succinct historical account of the Palestinian-Israeli conflict, seeking to unravel its main causes, consequences and characteristics that will allow the reader to better understand said confrontation in the current geopolitical context.

Keywords: Rome Statute, Israeli-Palestinian Conflict, International Subjectivity, Self-Determination, Recognition.



I. INTRODUCCIÓN

A partir de enero de 2015, Palestina es reconocida como Estado parte del “Estatuto de Roma”¹. Este es un tratado internacional adoptado en el año 1998, que tiene la virtud de haber creado la *Corte Penal Internacional* (CPI), tribunal o jurisdicción de última instancia para el enjuiciamiento de crímenes graves internacionales como el genocidio, los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad². Dicho documento internacional establece los límites materiales, temporales, territoriales y subjetivos de la actuación de la Corte, así como las condiciones dentro de las cuales ésta lo hará. La CPI comenzó a funcionar en el año 2003, sucediendo a los tribunales *ad hoc* conformados en la década de 1990 para abordar los crímenes atroces cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda.

Cabe recordar en este punto que, unos años antes de que Palestina fuera reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas como “Estado no miembro observador”, la misma había reconocido en enero de 2009 la jurisdicción de la CPI para que ésta pueda investigar las diversas exacciones cometidas por Israel contra la población civil palestina a finales de 2008. Este intento se frustró con motivo de la decisión tomada por la Oficina del Fiscal de la CPI en el año 2012, quien adujo falta de competencia de esta Corte y de sus órganos para determinar la calidad de Estado, la cual debía ser examinada y resuelta por los órganos competentes de la ONU.

Sobre la decisión del referido Fiscal, en un importante análisis de Bollo Arocena (2016), el sentido y alcance del Estatuto de Roma tiene un interés de carácter colectivo, relacionado con la terminación de toda forma de impunidad frente a los más graves crímenes internacionales, luego no resulta entendible, pretender condicionar la noción de “Estado”

¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de julio de 1998, enmendado por los procès-verbaux de 10 de noviembre de 1998; 12 de julio de 1999; 8 de mayo de 2000; 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Fecha de entrada en vigor: 1º de julio de 2002, Documento A/CONF. 183/9. Recuperado de [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

² Por el contrario, Israel se ha resistido a ser Parte del Estatuto de Roma y, siguiendo el inédito ejemplo de Estados Unidos, procedió en agosto de 2002 a “retirar su firma” a dicho instrumento internacional. Situación inédita para el Derecho Internacional Público, dado que nunca se ha pensado que un Estado pudiera retirar una firma a un acuerdo del que no forma parte. Una de las principales consecuencias de la pertenencia de Palestina al mismo es, sin duda alguna, la jurisdicción automática de la Corte Penal Internacional (CPI) frente a posibles crímenes internacionales perpetrados en los territorios controlados por la Autoridad Palestina, a propósito de las más recientes incursiones del ejército de Israel en la Franja de Gaza y Cisjordania.



a factores o intereses políticos que van a determinar la decisión del reconocimiento como tal.

Por lo tanto, y siguiendo a la mencionada autora, debería haberse considerado que la declaración en virtud del artículo 12 (3) del Estatuto de Roma³ era válida desde un primer momento sobre la base de una interpretación funcional de dicho término. Esta interpretación funcional ayuda a separar los aspectos penales del caso de otros más controvertidos, de índole político o diplomático.

Unos meses después de que el Fiscal de la CPI hiciera pública su decisión, Palestina finalmente logró ser reconocida como “Estado No Miembro Observador” por la Asamblea de ese organismo internacional (Resolución 67/19⁴), permitiéndole, de este modo, suscribir en calidad de Estado una gran cantidad de instrumentos internacionales auspiciados por la ONU. Consecuentemente, no se pueda discutir más su capacidad para emitir una declaración conforme al artículo 12.3 del Estatuto, así como también, para ratificarlo.

En diciembre de 2014, la Asamblea de Estados Parte de la CPI acordó reconocerle a Palestina la calidad de “Estado observador”. En enero de 2015, en una nota oficial, Palestina declara su aceptación de la jurisdicción de la CPI desde el 13 de junio de 2014 en virtud del artículo 12 (3) del Estatuto de Roma⁵ -declaración que fue aceptada por el Secretario de la CPI-. Pide, además, iniciar una investigación efectiva e inmediata de los crímenes de la ocupación israelí, incluidos los asentamientos judíos y la última matanza en Gaza que dejó decenas de muertos. Por lo tanto, esto dio lugar a la apertura de una nueva investigación preliminar, apenas quince días después, con el fin de permitir a la Fiscal abrir una investigación.

³ Este artículo del Estatuto de Roma permite que un Estado que no sea parte en el tratado, pero cuyo consentimiento sea necesario para que pueda conocer de una determinada situación, formule una declaración en virtud de la cual acepte la competencia de la CPI, pero siga siendo Estado no parte en el Tratado.

⁴ A/RES/67/19 de diciembre de 2012, “Estatuto de Palestina en las Naciones Unidas”, recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/67/19>

⁵ Texto de la declaración palestina en https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/Palestine_A_12-3.pdf. La aceptación por parte del Secretario de la CPI de la declaración emitida por Palestina en <https://www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/press/150107-Registrar-Letter-to-HE-President-Abbas-regarding-Palestine-Art-12-3--Declaration.pdf>.



Frente a la mencionada decisión de diciembre de 2019, por la cual, la principal Fiscal de la CPI Fatou Bensouda decide acusar a los altos responsables políticos y oficiales militares israelíes por cometer crímenes de guerra en Cisjordania y Gaza, los principales argumentos de Israel en contra de dicha decisión son los siguientes (Gilboa, 2019):

1. Que solo los Estados soberanos pueden presentar quejas ante la CPI. Si bien en el año 2015 Palestina firmó el Tratado de Roma y varios países reconocieron su independencia, Palestina no es, sin embargo, un estado soberano.
2. Israel, como aproximadamente un tercio de los países del mundo, no se unió a la CPI. Por lo tanto, el Tribunal no tiene jurisdicción sobre el mismo.
3. La CPI se estableció para tratar crímenes de guerra que los líderes y los países ignoran. Israel es una democracia y tiene uno de los sistemas legales más respetados del mundo, por lo tanto, investiga casos de crímenes de guerra y procesa a los responsables. En contraste, la Autoridad Palestina y Hamás nunca investigan sus propios crímenes de guerra, y nunca procesan a los responsables.
4. La CPI se estableció para investigar y enjuiciar crímenes de guerra graves como el genocidio. Delitos de esta naturaleza han ocurrido recientemente en el Medio Oriente, como los cometidos por el gobierno sirio, Rusia e Irán durante la guerra civil siria. Asesinaron a cientos de miles de civiles, convirtieron a la mitad de la población de Siria en refugiados y destruyeron ciudades, pueblos y aldeas. La CPI (y, por lo demás, ningún otro organismo de la ONU) no hizo nada para detener estos crímenes de guerra, y no parece tener ningún interés en enjuiciar a nadie por ellos.
5. La CPI no es un organismo independiente, y su investigación preliminar no fue objetiva ni neutral. La CPI depende completamente de la Asamblea General de las Naciones Unidas para su financiamiento y operaciones. De acuerdo con la fuerte actitud antiisraelí de la ONU y sus agencias, la Corte utiliza y sigue las resoluciones e informes altamente distorsionados, sesgados y unilaterales producidos sobre Israel por las agencias de la ONU.



II. EL CONFLICTO PALESTINO-ISRAELÍ

Creo necesario, previo a abordar el análisis propuesto, explicar las causas de esta compleja disputa⁶ que ya lleva casi tres cuartos de siglo, como así también, los principales acontecimientos que involucró la misma (colonización, partición, ocupación, asentamientos, enfrentamientos armados, éxodo, bloqueo, acuerdos, entre otros). Lo anterior, a fin de entender el contexto geopolítico y las circunstancias que actualmente rodean a las partes, sus alegaciones y decisiones.

Cabe agregar que, en todo conflicto internacional, las causas están interrelacionadas. En consecuencia, el origen de los mismos es una suma multifactorial de todas ellas, y están mediados por variables como las que bien describe Rodríguez Morales (2017): a) las características de las partes en conflicto, que incluyen todos aquellos aspectos específicos de las mismas que van a determinar el desarrollo de la disputa, como por ejemplo, motivaciones, aspiraciones, valores, recursos disponibles, etc.; b) las relaciones previas existentes entre las partes, incluyéndose actitudes, creencias y esperanzas que cada una de ellas tiene acerca de la otra, como así también el grado de polarización existente entre las mismas; c) la importancia y la naturaleza de los problemas que han dado lugar al surgimiento del conflicto; d) el entorno en el que se produce, tanto a nivel interno como internacional.

Este último aspecto es muy importante porque en la caracterización del conflicto influyen, en gran medida, las características del entorno, tales como la existencia o no de tradiciones, o el desarrollo de normas, instituciones, recursos, etc. que hayan propiciado la resolución cooperativa y pacífica de los conflictos. Por último, otras variables a considerar serían, siguiendo a la autora citada anteriormente: e) las audiencias interesadas es decir, grupos que afectan el desarrollo del conflicto con base a sus intereses y las relaciones que mantienen con algunas o ambas partes, como así también; f) las estrategias y tácticas

⁶ Adherimos en este sentido a la postura de Escudero Alday (2009), en el sentido de que el problema es complejo porque tiene varias aristas y que, toda posible solución al mismo debería pasar por la resolución de todas ellas y no solo por alguna de ellas. La estrategia de dar soluciones parciales ya ha fracasado, siendo precisamente ésta la razón: cualquier solución al conflicto debe pasar por la resolución de forma contemporánea de todas sus aristas. Estas cuestiones son: el reconocimiento de Palestina como Estado y la delimitación definitiva de sus fronteras y las del Estado de Israel; el estatuto de la ciudad de Jerusalén, el derecho al retorno de los refugiados palestinos; la solución al problema de los asentamientos o colonias israelíes en los territorios palestinos ocupados y la cuestión de los árabes-israelíes o "palestinos del 48".



que las partes utilizan en el desarrollo de los mismos, las que variaran en función de la actuación de la otra parte, en un modelo difícil de predecir; y g) las consecuencias que provoca a los participantes y a otras partes interesadas.

Retrocederemos, entonces, en la historia teniendo en cuenta estas variables que establecen los aspectos básicos a considerar a la hora de analizar el surgimiento, desarrollo y desenlace o superación —si la hubiere— del conflicto que, en este caso, ha sido árabe-israelí en un primer momento, egipcio-israelí en un segundo estadio, para finalmente convertirse en palestino-israelí, como seguidamente veremos.

A comienzos del siglo XX, alentado por el antisemitismo que sufrieran los judíos en Europa, toma fuerza el denominado “movimiento sionista”, el que fundamentalmente buscará establecer un Estado para los judíos. Se define a sí mismo como el “*movimiento de liberación nacional del pueblo judío*” (Brieger, 2010). La convivencia, entonces, de judíos y árabes se vio alterada en el Medio Oriente a fines del siglo XIX y principios del XX por este movimiento, que planteó la creación de un Estado solo para judíos en el corazón del mundo árabe e islámico.

Más precisamente, y en su acepción política moderna, el sionismo es descrito como la “*ideología nacionalista de los judíos*” (Triki, 1977: 21). Ideología que tiende, en primer lugar, a que los judíos conserven rigurosamente sus creencias y tradiciones, y rechacen toda integración en las comunidades en las cuales viven. En segundo lugar, obra a favor del retorno a Palestina y a la edificación, sobre su territorio, de un Estado exclusivamente judío (Triki, 1977).

A partir del Congreso celebrado en Basilea en agosto de 1897, el sionismo, además de asumir la forma de ideología política, elaboró un sistema de acción con objetivos precisos y una contextura bien definida, congreso que reunió a 204 dirigentes judíos de todos los países del mundo, bajo la presidencia del Dr. Teodoro Herzl. En ejecución de las resoluciones de ese primer Congreso Sionista, fue creada la “Organización Sionista Mundial”.

Sostiene Finkestein (2003) que, para el movimiento sionista, la patria “*histórica*” del pueblo judío era el conjunto de Palestina, incluida



Transjordania, los altos del Golán y el sur del Líbano. A lo que el autor agrega:

...este movimiento, reproducía el razonamiento del discurso político antisemita y sigue su lógica, para concluir que la resolución de la cuestión judía requería una entidad política perteneciente a la Nación judía. Pero el sionismo también reproducía el razonamiento del discurso topográfico antisemita llegando a la conclusión de que la vía para resolver la cuestión judía era el asentamiento de los judíos en su patria histórica (“orgánica”, “integral”, etc.). El candidato obvio para tal patria era Palestina (“tierra de Israel”), con sus variadas resonancias para el pueblo judío. Las implicaciones ideológicas de incorporar Palestina a un discurso que la presentaba como “patria histórica” del pueblo judío, eran dobles. En primer lugar, hacía al pueblo judío ‘ajeno’ a cualquier otra unidad estatal/territorial, sancionando así las proclamas del antisemitismo. En segundo lugar, convertía a Palestina en algo de importancia secundaria para la población árabe allí residente. (Finkestein, 2003: 68)

En cuanto a Palestina, esta región -ubicada geográficamente entre el río Jordán y el Mar Mediterráneo y considerada sagrada tanto para musulmanes, como para judíos y católicos-, pertenecía en ese momento al Imperio Otomano y estaba ocupada mayormente por árabes y otras comunidades musulmanas, mientras que la presencia judía era mínima. Particularmente, la ciudad de Jerusalén tiene una carga simbólica muy fuerte para los grupos religiosos mencionados. Israel defiende el carácter de Jerusalén como su única capital, ya que allí estuvieron el Primer y Segundo Templo, es decir, que tiene que ver con los orígenes de su historia según está narrada en la Biblia y por eso también la llaman “*ciudad del Rey David*”.

Lo mismo ocurre con los palestinos, para quienes esta ciudad fue donde “*el profeta*” habló por última vez. Allí están la mezquita de *Al Aqsa* (la lejana) y la *Qubbat A-sakra* (la cúpula de la roca) desde donde la



tradición musulmana sostiene que Mahoma ascendió al cielo en el año 631 (d.C). Mientras que, para los cristianos, es el lugar donde Jesús pasó sus últimos días, donde está la Vía Dolorosa, el lugar de su crucifixión y el de su resurrección. Como bien describe Rodríguez Morales (2017: 80) estamos, entonces, “...ante un conflicto que se convirtió en un reproche de causas políticas, y cuyos inicios nos retrotraen a las razones identitarias, culturales o civilizatorias.”

Es así como, frente a la mínima presencia judía, una fuerte emigración impulsada por las aspiraciones del movimiento sionista comenzaba a generar resistencia entre las comunidades. Es que, muy pocos integrantes de este movimiento “comprendieron que la realidad era diferente a la teoría y los sueños” –como bien resalta Brieger (2010)-. Y eso porque, en la práctica:

...cuando los judíos llegaron se encontraron con que había cerca de mil pueblos y ciudades, miles de hectáreas cultivadas e incluso, líneas férreas que ya habían sido construidas por los otomanos. Por lo tanto, eran conscientes de que en ese territorio había gente y que no había manera de crear un Estado judío sin entrar en colisión con la población local (Brieger, 2010: 13).

Tras el derrumbe del Imperio Otomano luego de la Primera Guerra Mundial, el 24 de julio de 1922, el Reino Unido recibió un mandato de la *Liga de las Naciones* (organismo que antecedió a las Naciones Unidas (ONU) para administrar el territorio de Palestina, que incluyó durante un largo tiempo gran parte de lo que hoy es Jordania. Pero, tanto antes como durante la guerra, los británicos habían hecho diversas promesas a los árabes y a los judíos que luego no cumplirían, entre otras causas,



porque ya se habían dividido el Medio Oriente con Francia⁷. Esto provocó un clima de tensión⁸.

Luego de producida la Segunda Guerra Mundial y tras el Holocausto judío, aumentó la presión para establecer un Estado judío. El plan en los orígenes contemplaba la partición del territorio controlado por la potencia europea –Gran Bretaña- entre judíos y palestinos. No obstante, iba creciendo la idea de que era imposible que en ese territorio convivieran judíos y árabes. A esa altura, la extensión del Mandato británico ya era inviable y Londres tomó la iniciativa de abandonar Palestina. En mayo de 1947, la recientemente creada *Organización de las Naciones Unidas* (ONU) formó una comisión especial para encontrar una solución. Esto implicaba la partición del territorio. Así, se estableció que en aquellos lugares en los que había mayoría judía habría un Estado judío, mientras que en aquellos en los que había mayoría árabe, se crearía un Estado árabe. Pero el desequilibrio era evidente porque la inmensa mayoría era árabe y quince de las dieciséis ciudades más grandes también lo eran. La intención, entonces, de tener dos Estados homogéneos, era algo imposible.

El 29 de noviembre de 1947, la *Asamblea General de las Naciones Unidas* votó la resolución N° 181⁹ que resolvió la partición de Palestina en dos Estados. La partición le otorgó a los judíos –aunque minoría- el cincuenta y seis por ciento del territorio, mientras que a los árabes el restante cuarenta y tres por ciento. Teniendo en cuenta la importancia de Jerusalén, por encontrarse en ella lugares santos para cristianos, judíos y musulmanes, se decidió que se convirtiera en una entidad autónoma administrada por el organismo internacional.

⁷ Gran Bretaña y Francia, con el objetivo de apoderarse de las regiones más ricas del planeta, comenzaron también a penetrar en el Medio Oriente en el siglo XIX. De este modo, los franceses llegaron a Argelia en 1830 –hasta que fueron expulsado en 1962-, mientras que los ingleses inauguraron el Canal de Suez en 1869 en tierras egipcias, que quedó en su poder hasta 1956 cuando el presidente Gamal Abdel Nasser lo nacionalizó.

⁸ Explica Brieger (2010) que, en 1936, coincidiendo con el avance del nazismo en Europa y cuando los judíos más necesitaban que se abrieran las puertas de Palestina, hubo una insurrección árabe contra el Mandato Británico que duró tres años. Sus dirigentes exigían la abolición de este y el fin de la inmigración judía, como así también la proclamación de Palestina como Estado árabe. Los británicos, en reacción a esta revuelta, impusieron numerosas trabas a la inmigración judía. Pero esto motivó que la población judía se levantara en armas contras las restricciones que los británicos imponían. Paralelamente, muchos judíos que ya estaban en Palestina se sumaron a las fuerzas británicas para combatir el nazismo en Europa, lo que dio a esta ocupación colonial características complejas y contradictorias.

⁹ A/RES/181 (II) de noviembre de 1947, recuperado de [https://undocs.org/es/A/RES/181\(II\)](https://undocs.org/es/A/RES/181(II))



Ante esta decisión, la población árabe de Palestina subordinó su accionar a lo que podría hacer la *Liga de Estados Árabes* -creada en 1945-, y que ya había establecido que un representante árabe de Palestina participará de las reuniones hasta que este país tenga plena independencia. En las Naciones Unidas los países árabes habían votado en contra de la partición, porque no podían aceptar la idea de un Estado judío en el corazón del mundo árabe y se dispusieron a impedirlo por la fuerza, ya que la mayoría de los países árabes poseían ejércitos propios y algunos, como Egipto, Jordania, Siria y el Líbano, tenían frontera directa con Palestina.

El 30 de noviembre de 1947 –siempre siguiendo a Brieger (2010)-, es decir, un día después de la resolución de Naciones Unidas que decretó la partición de Palestina, comenzaron los enfrentamientos violentos entre ambas comunidades. Para marzo de 1948, cerca de cien mil árabes habían huido de sus hogares por la manifiesta superioridad de las fuerzas militares judías que ya estaban organizadas como un verdadero ejército, contando con el apoyo de los Estados Unidos, una de las potencias emergentes de la guerra junto con la Unión Soviética. Finkelstein (2003) explica esto, argumentando que, en el primer asalto de su proyecto de conquista, el movimiento sionista optó por la “vía del desplazamiento”. Los sionistas se inclinaron desde un primer momento por expulsar a los árabes, ya que era también una condición necesaria para su propia existencia.

Los crecientes enfrentamientos y la incertidumbre llevaron a que la comunidad judía decidiera anticipar la declaración de independencia. Es así como el 14 de mayo de 1948 los judíos, un día antes de la finalización del mandato de Gran Bretaña, proclamaron oficialmente la creación del Estado de Israel. Con la fundación del Estado de Israel, la tensión pasó de ser un tema local a un asunto regional. Al día siguiente de la misma, es decir, el 15 de mayo de 1948, Egipto, Jordania, Siria e Irak invadieron este territorio. Esta guerra, nombrada por los judíos como “guerra de la independencia o de la liberación”, fue la primera guerra árabe-israelí.

Tras el conflicto, el territorio inicialmente previsto por la ONU para un Estado árabe se redujo a la mitad. Es decir, si la partición de 1947 les daba a los judíos un cincuenta y seis por ciento de Palestina, para



después de esta guerra ya ocupaban un setenta y ocho por ciento del territorio original. Esto fue reconocido por las Naciones Unidas y marcado por una línea fronteriza conocida como “la línea verde” por su color en los mapas. El veintidós por ciento restantes, quedó en manos de Egipto y Jordania. Por su parte, la ciudad de Jerusalén, que debía ser internacional, quedó dividida en dos: la parte occidental de la ciudad quedó dentro del Estado de Israel y la parte oriental se unió formalmente a Jordania.

Para los árabes, entonces, la creación del Estado de Israel representó algo más que el abandono de un territorio, dado que muchos pueblos fueron destruidos, hubo miles de refugiados y cementerios y mezquitas arrasados. Describe Ilan Pappé (2011: 31-32):

Cada palestino experimentaba el trauma de manera distinta según el lugar donde vivía. Quienes residían en las ciudades más importantes de Palestina, donde antes representaban la mayoría autóctona, se habían convertido en una minoría insignificante, y vivían bajo un severo régimen militar. A su alrededor, la apariencia habitual de una ciudad árabe había experimentado una transformación radical: los edificios que no habían sido demolidos habían caído en manos de los inmigrantes judíos. La mayoría de los palestinos urbanos fueron expulsados y los que se quedaron acabaron arrinconados en pequeños guetos en las partes más desfavorecidas de Haifa, Jaffa, Ramla y Lod. En el entorno rural, sólo habían quedado intactos unos cien pueblos de los quinientos que había antes de 1949. En el resto de las poblaciones, los tractores israelíes habían echado a los vecinos para construir parques de recreo o asentamientos judíos. Una de las experiencias más terribles fue la que vivieron los palestinos que habitaban la costa mediterránea: un gran número de poblaciones desaparecieron de la faz de la tierra en 1948. Sólo quedaron dos. Y los nómadas o seminómadas, los beduinos del



sur, acabaron haciendo largas colas para inscribirse como ciudadanos israelíes después de firmar un juramento de lealtad al Estado judío. (...) De los recuerdos orales y las memorias escritas de estos ciudadanos palestinos se desprende que su vida en los primeros días del Estado judío estaba dominada por la pérdida, el pánico y la desesperación.

Comenzó, de este modo, para los palestinos la denominada *Nakba* (“destrucción o catástrofe”), es decir, el inicio de la tragedia nacional, ya que 750.000 palestinos huyeron a países vecinos o fueron expulsados por las tropas judías. No obstante, éste no sería el único enfrentamiento entre árabes y judíos. En 1956, una crisis por el Canal de Suez enfrentó al Estado de Israel con Egipto, que no sería definida en el territorio de combate sino por la presión internacional sobre Israel, Francia e Inglaterra.

En 1967, ocurre la denominada “guerra de los seis días” (entre el 5 y el 10 de junio de ese año). Ésta marcó un cambio en el conflicto dado que fue la tercera derrota sucesiva de los países árabes con el Estado de Israel, lo que demostró la imposibilidad de “liberar” Palestina de la “ocupación” sionista como ellos venían proclamando desde 1948 (Brieger, 2010). Durante esta guerra, Israel ocupó nuevos territorios: Cisjordania, la Franja de Gaza y la península de Sinaí (Egipto) y el Golán (Siria). En este momento, la cuestión palestina adquirió una nueva dimensión dado que miles de palestinos pasaron a vivir bajo la directa ocupación militar israelí. Al no poder derrotar a Israel y recuperar los territorios perdidos, los palestinos, que ya habían creado la *Organización para la Liberación de Palestina* (OLP) en el año 1964, decidieron que ellos con sus propias fuerzas llevarían adelante la tarea de liberar Palestina.

En las tres zonas mencionadas se implementó una “política de colonización militar” a la vez que se comenzó a construir poblados israelíes (también conocidos como “asentamientos”), los que se fueron convirtiendo con el tiempo en verdaderas ciudades. Es que, siguiendo al autor Finkestein (2003), la segunda estrategia del movimiento sionista fue la que el autor menciona como “vía sudafricana”. Y esto, con motivo



de que, tras la ocupación de los nuevos territorios, Israel se enfrentó al mismo dilema que en los inicios del cumplimiento del proyecto sionista: quería la tierra, pero no la gente. Pero la expulsión ya no era una opción viable. La *Cuarta Convención de Ginebra*¹⁰, ratificada en 1949 prohibía la deportación de los habitantes de los territorios ocupados (arts. 49 y 147). Es por eso que, tras la guerra de junio, Israel modificó su actitud para imponer un verdadero *Apartheid* (en el que una minoría de colonos domina a una gran mayoría nativa explotada) como un bandazo hacia un arreglo diplomático del conflicto¹¹.

En cuanto a la ciudad de Jerusalén, pocos días después de finalizada la guerra, el gobierno israelí impuso la ley israelí sobre la parte oriental de la ciudad, anexándola de facto. En 1967 la ONU, por resolución N° 242 del Consejo de Seguridad¹², determinó que Israel debía retirarse de los territorios que ocupó durante la guerra en ese mismo año y volver a las fronteras del día anterior a la guerra, esto es, a los territorios que poseía al 4 de junio de 1967 –la famosa “línea verde” del armisticio de 1949-. Se planteó, además, lograr una solución justa del problema de los refugiados y el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el conflicto. Cabe aclarar también que, en 1981, Israel impuso su ley en el Golán y lo anexó formalmente, aunque esto no fue reconocido a nivel internacional.

La última guerra entre los ejércitos árabes y el Estado de Israel es conocida como la “Guerra de *Iom Kipur*”, porque se realizó en el “día del perdón” -día de ayuno y de recogimiento de los judíos-. Esto sucedió el 6

¹⁰ Conferencia Diplomática para elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, “Convenio de Ginebra relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra” de agosto de 1949, Ginebra 12 de abril al 12 de agosto de 1949, recuperado de <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>

¹¹ No hay dudas de que muchas de las medidas implementadas por Israel se asemejan a prácticas del Apartheid. Más de 200 asentamientos ocupan menos del diez por ciento de Cisjordania, pero controlan cerca del cuarenta por ciento de este y sus recursos naturales, con ciudades construidas sólo para judíos y adonde existen carreteras prohibidas para los palestinos. El territorio palestino está fragmentado de tal manera que para ir de un lugar a otro un palestino necesita del permiso de los soldados israelíes que tienen más de cuatrocientos puestos de control para vigilar sus movimientos y decidir quién pasa y quién no. Además, desde el año 2002, un muro de ocho metros de altura rodea ciudades palestinas convirtiéndolas en verdaderos guetos de los cuales para entrar o salir se depende del permiso de los soldados israelíes. En este sentido, ver el informe elaborado por la Comisión Económica y Social para Asia Occidental (ONU - CESPAC) del año 2017 “Prácticas israelíes hacia el pueblo palestino y la cuestión del apartheid” en el que se declara, sobre la base de investigaciones académicas y evidencias contundentes, que Israel es culpable del crimen del apartheid.

¹² ONU – CONSEJO DE SEGURIDAD, Resol. N° 242 del 22 de noviembre de 1967, recuperado de <https://embassies.gov.il/madrid/AboutIsrael/AboutIsraelInfo/Documents/Resoluci%C3%B3n%20242%20del%20Consejo%20de%20Seguridad%20de%20la%20ONU.pdf>



de octubre de 1973 cuando los ejércitos egipcio y sirio dieron un golpe sorpresivo al Estado de Israel con el objetivo de recuperar los territorios perdidos en 1967. Este ataque le permitió a El Cairo recuperar Sinaí (entregado completamente por Israel en 1982), pero no la Franja de Gaza. Seis años después, Egipto se convertirá en el primer país árabe en firmar la paz con Israel, ejemplo seguido posteriormente por Jordania. A partir de allí, ya no se hablará más de conflicto entre árabes e israelíes, sino que comienza a consolidarse el concepto de conflicto palestino israelí.

Ya en la década del ochenta, se produce la invasión israelí al Líbano (en 1982), la que tuvo entre sus objetivos quebrar la fuerza político militar del movimiento nacional palestino y devolverlo a su estado de atomización anterior a 1967, como así también, frenar el incipiente levantamiento en Cisjordania y Gaza que comenzaban a ser el centro del conflicto en la región. Con este cometido, el ejército israelí arrasó ciudades, pueblos y campamentos de refugiados en el sur del Líbano y ocupó la capital, Beirut, con el fin de terminar con la OLP. Si bien desde el punto de vista militar la OLP fue derrotada, porque perdió el control del sur libanés y sus principales dirigentes tuvieron que abandonar el país, sus líderes aparecieron ante el mundo árabe como los únicos que le habían hecho frente al poderoso ejército israelí.

La invasión, no obstante, no pudo frenar la lucha en Cisjordania y en Gaza. Por lo que, cinco años después, en 1987, se produjo una revuelta palestina conocida como “Intifada”. La misma consistió en un levantamiento popular (o guerra de piedras), frente a lo que los palestinos consideraron un hecho intencional, que fue el atropello de un camión israelí a varios palestinos. Sostiene Brieger (2010), que la “intifada” permitió el surgimiento de un liderazgo palestino “dentro” (bajo ocupación) distinto del “afuera” (la dirección de la OLP), pero no contrapuesto sino complementario, y la aparición de una nueva formación política palestina, el *Movimiento de Resistencia Islámico* (HAMAS). En sí mismo, el objetivo de la Intifada no fue expulsar al ocupante, ya que la relación de fuerzas no lo permitía, pero sí lograr el apoyo internacional a su lucha.

La “segunda Intifada” se produce en el año 2000. Si la primera (1987-1988), se había caracterizado por las piedras lanzadas contra los



tanques, esta vez la lucha armada ocupó un lugar central en la revuelta. Hubo un hecho que influyó para ello. Pocos meses antes, en mayo, el ejército israelí se había retirado del Líbano después de dieciocho años de ocupación porque no había podido doblegar al Hezbolá que había montado una poderosa estructura político-militar para enfrentar al ejército ocupante. Los palestinos vieron esto como un triunfo del Hezbolá y proyectaron que sólo la violencia haría retroceder a los israelíes después de treinta y tres años ininterrumpidos de ocupación. La desigual relación de fuerzas y la represión israelí -que provocó la muerte de más de tres mil palestinos en dos años- fueron apagando la revuelta, no obstante, la misma se extendió por cinco años.

Después de haber realizado una contextualización histórica del conflicto objeto de discusión, procederemos a analizar, desde un ámbito eminentemente jurídico, dos factores importantes que contribuyen al debate actual de la cuestión, nos referimos a la autodeterminación y el reconocimiento internacional.

III. LA CUESTIÓN DEL ESTATUS POLÍTICO Y EL RECONOCIMIENTO DEL ESTADO PALESTINO

A. DE LA EXISTENCIA DEL ESTADO PALESTINO

Tal como ya hemos mencionado, al término de la Primera Guerra Mundial, la Sociedad de las Naciones estableció que los países integrantes del Imperio Otomano fueran puestos bajo mandato confiado a algunas potencias, pero sujeto siempre al control de la organización. Palestina fue puesta bajo el “Mandato A”, contemplado en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919. Prevé dicha norma, en sus partes pertinentes:

A las colonias y territorios que, a raíz de la reciente guerra, han cesado de hallarse bajo la soberanía de los Estados que lo gobernaban anteriormente y que son habitados por pueblos aún incapaces de regirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno, deberá aplicarse el principio de que el bienestar y el desarrollo de esos pueblos constituye una misión sagrada de civilización, y



deberán ser incorporadas en el presente pacto garantías para el cumplimiento de dicha misión.

El mejor método para realizar prácticamente este principio consiste en confiar la tutela de esos pueblos a las naciones adelantadas que, gracias a sus recursos, a su experiencia o a su posición geográfica, son las más indicadas para asumir esa responsabilidad, y que consientan en aceptarlas: dicha tutela debería ser ejercida por esas naciones en calidad de mandatarios y en nombre de la liga.

El carácter del mandato deberá diferir según el grado de desarrollo del pueblo, la situación geográfica del territorio, sus condiciones económicas y toda otra circunstancia análoga.

Ciertas comunidades que pertenecían antes al Imperio Otomano han alcanzado un grado de desarrollo que hace posible el reconocimiento provisorio de su existencia como naciones independientes, a condición de que los consejos y la ayuda de un mandatario guíen su administración hasta el momento en que sean capaces de conducirse solas. Los deseos de esas comunidades deberán ser tomados en especial consideración para la elección del mandatario (...).

Al respecto, Charles Rousseau (1974) estima que, en verdad, se trataba de Estados en el sentido pleno de la palabra, cuyo acceso a la independencia quedaba momentáneamente diferido. También quedó propuesto el Estado árabe previsto en la citada Resolución N° 181/11 de la Asamblea de las Naciones Unidas del año 1947. En la misma, tal como dijimos, se dispuso la partición de Palestina en dos Estados independientes: uno árabe, de once mil ochocientos kilómetros y otro judío, de catorce mil quinientos kilómetros, así como un régimen internacional autónomo para la ciudad de Jerusalén. Israel no solo ocupó el territorio propuesto para el Estado judío, sino que se apoderó además de una porción sustancial del territorio reservado al Estado árabe, con los métodos a los que ya hemos hecho referencia.



Israel, no obstante, está imposibilitado de conformidad al Derecho internacional, para invocar la conquista o la ocupación como títulos válidos para legitimar su apoderamiento de dichos territorios del Estado palestino. De acuerdo con los principios de este derecho, la ocupación como medio de adquisición territorial solamente puede concebirse en caso de *res nullius*¹³, reconociéndose que, si el territorio se encontraba habitado por tribus o pueblos con una organización social y política, no puede ser considerado de esa manera.

Se dice también, conforme a esta rama del Derecho, que reconocer la existencia de un nuevo Estado es admitir al mismo tiempo, la existencia de ciertos elementos constitutivos que lo definen: un territorio determinado, una población permanente y un gobierno o poder público ejercido sobre esa población en ese territorio (Moreno Quintana, 1963; Podestá Costa y Ruda, 1984) capaz de entablar relaciones con otros sujetos soberanos (Remiro Brotóns et al, 2010, Gutiérrez Espada, 2012, entre otros). La Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados¹⁴, por su parte, los precisa en su artículo 1º, estableciendo que: “*El Estado como persona de Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. población permanente; II. territorio determinado; III. gobierno; IV. capacidad para entrar en relaciones con los demás Estados*”. Como bien sostiene Gutiérrez Espada (2012), aunque no exista una definición “oficial” en un texto de alcance de lo que es un “Estado” para el Derecho Internacional, ni de sus elementos constitutivos, el Convenio de Montevideo de 1933 incluyó una definición aceptada hoy como parte del Derecho Consuetudinario Internacional. De este modo, el reconocimiento de otros Estados y Organizaciones Internacionales hace efectiva y real la condición soberana del Estado en cuestión.

Comenzando por el territorio –espacio físico terrestre, marino y aéreo sobre el que se proyecta la soberanía o jurisdicción del Estado (Remiro Brotóns et al., 2010)-, el Derecho Internacional es riguroso respecto de la

¹³ Requisito que se vincula con los modos de adquisición del territorio del Derecho Romano, para el que la ocupación debía producirse sobre un territorio sin dueño. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) en su opinión consultiva sobre el Sahara Occidental, afirmó al respecto que, siendo jurídicamente la ocupación un modo originario de adquirir pacíficamente la soberanía sobre un territorio, una de las condiciones esenciales de una ocupación válida es que el territorio en cuestión fuese una terra nullius o territorio sin dueño, al momento de la realización del acto que se considere constitutivo de la ocupación. [CIJ, Opinión consultiva, “Sahara Occidental”, 1975, p. 137, recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>]

¹⁴ OEA, Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, de diciembre de 1933, Montevideo, Uruguay, 7ª. Conferencia Internacional Americana, <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/DERECHOS%20Y%20DEBERES%20DE%20LOS%20ESTADOS.pdf>



exigencia de un ámbito de validez espacial; por el contrario, es indiferente a la dimensión de este. Por ejemplo, no hay espacio, por pequeño que sea, que no sea susceptible de obtener la calidad de Estado soberano, lo mismo respecto de la posible fragmentación del territorio.

En el caso de Palestina, esta proclamó su independencia el 15 de noviembre de 1988. En el texto de la proclamación¹⁵, no se determinó precisamente el territorio, sino que el documento habla de tratar de poner fin a la ocupación israelí de los territorios palestinos, haciendo una tácita remisión a la partición que surge de la Resolución N° 181 de la Asamblea General de la ONU de 1947. No obstante, la delimitación del territorio no es una condición *sine qua non* para su reconocimiento como Estado, teniendo en cuenta que en muchos casos la precisión de las fronteras de determinados países se ha hecho de modo tardío. A mayor abundamiento, la falta de una delimitación precisa del territorio tiene, sin duda, como causa fundamental la ocupación israelí del mismo y el uso de la fuerza dentro de él.

De acuerdo con la decantada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, existen posturas coincidentes, según las cuales, la falta de claridad en los límites no afecta, en modo alguno, los derechos territoriales.

Por ejemplo, en 1969, en la Opinión Consultiva en el caso “Plataforma continental Mar del Norte”¹⁶, la mencionada Corte declaró que la incertidumbre de las fronteras no puede afectar los derechos territoriales y que ninguna regla dispone que las fronteras terrestres de un Estado deban ser completamente definidas y delimitadas, ya que es frecuente que éstas no lo sean en determinados lugares y durante largos periodos.

Respecto del segundo elemento requerido para la existencia de un Estado, la “población”, se puede decir que, de acuerdo con el Derecho Internacional positivo, no es necesario que esta sea más o menos numerosa o que sea estable; es decir, no hay ningún requerimiento en

¹⁵ Declaración de Independencia del Estado de Palestina con Jerusalén capital, Argelia, 15 de noviembre de 1988, Recuperado de <https://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=5155>

¹⁶ CIJ, Casos relativos a la Plataforma Continental del Mar del Norte, 20 de febrero de 1969, párr. 46. Al finalizar dicho párrafo, la Corte cita el caso Monasterio de San Naoum (O.C., 1924, Corte Permanente Internacional de Justicia, Serie B, N° 9, p. 10).



particular, pudiendo existir Estados cuya población se modifica constantemente por su modo de vida nómada, desplazándose de un territorio a otro en grupos que la constituyen parcialmente. Lo que no puede existir es la desaparición temporal de la población, ya que el elemento personal funda el principio de continuidad del Estado, en palabras de Rodríguez Barrigón (1991).

Teniendo en cuenta lo anterior y volviendo al caso en análisis, la cohesión del pueblo palestino, a pesar de las circunstancias históricas que han provocado su dispersión¹⁷ y lo han privado de su derecho a la libre determinación, resiste al paso del tiempo, en la perennidad de los campos de refugiados. A su vez, la manifestación de una resistencia colectiva prueba que los palestinos han permanecido en los territorios ocupados como población que reivindica la liberación de su territorio, sin ser absorbidos por el resto del pueblo árabe. Es decir, los palestinos habrán de tener algún elemento caracterizador que les ha impedido confundirse dentro de las naciones árabes con las poblaciones de los Estados donde se hallen (Flory, 1989; citado por Quigley, 2010).

Hay que tener en cuenta en este tema, como bien señala Koestler (2003) que, en tiempos de la Sociedad de Naciones, Gran Bretaña como país mandatario, estaba obligada a no modificar el estatus jurídico de los habitantes del territorio considerados como “administrados”. Jurídicamente, los habitantes no eran nacionales de la potencia-mandataria, siendo el objetivo final del mandato la libre determinación y la independencia, al igual que para los demás pueblos con el mismo estatus. Sin embargo, en el caso de Palestina, no se respetaron las disposiciones del Pacto de la Sociedad de Naciones, y no se condujo a la independencia del pueblo palestino.

La proclamación del Estado palestino, el 15 de noviembre de 1988, definió el elemento personal al establecer que: *“El Estado de Palestina es*

¹⁷ Recordemos que la primera guerra árabe-israelí impedirá la aplicación del Plan de Partición (Anexo de la Resolución N° 181 de 1947, Asamblea General ONU), el que fijaba un calendario para la división de Palestina en dos Estados, uno árabe y otro judío, vinculados por una unión económica, así como la internalización de la ciudad de Jerusalén. Tres de los Estados beligerantes –Egipto, Israel y Transjordania- se apropiaron del territorio destinado a Estado palestino proyectado. Los sucesivos conflictos armados entre Israel y los Estados Árabes provocaron, de este modo, oleadas de exilios y desplazamientos de palestinos que ocasionaron el agravamiento del problema de los refugiados. Situación de la que se hará eco la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la Resolución N° 194, de diciembre de 1948, donde se calificó a los árabes palestinos como refugiados, ordenando a que se les permita regresar a sus hogares lo más temprano posible y a vivir en paz con sus vecinos.



el Estado de los palestinos donde quiera que ellos se encuentran. El Estado es suyo para ser disfrutado dentro de la identidad cultural y nacional colectiva, es suyo para que en él construyan la completa igualdad de derechos.”¹⁸.

El tercer elemento, la “autoridad política o gobierno”, se trata de un componente del Estado de definición compleja, constituido por un conjunto de instituciones de gobierno a través de las cuales se ejerce, eficazmente, el poder político sobre una población y sobre un territorio. “*Esta organización se manifiesta a través de la constitución de diversos órganos que ejecutan las actividades del Estado, tanto en el interior como en el exterior de su territorio*” (Rodríguez Barrigón, 1991).

Explica Gutiérrez Espada (2012), que las características que esta organización política debe tener, según el Derecho Internacional, para ser catalogada como gobierno no tienen que ver, en principio, con su constitución interna, su ideología o el modo como los poderes del Estado se estructuran (unitariamente o no), dado que todas estas cuestiones son en última instancia “internas” y ante ellas el Derecho Internacional se comporta con neutralidad. Lo que sí exige el Derecho Internacional, siguiendo al citado autor, es que se cumpla con el “principio de efectividad”. Para ello, debe tener plena capacidad para ejercer funciones estatales: en el plano interno, manteniendo el orden, la seguridad y el respeto a la ley; y en el internacional, garantizando el cumplimiento de las obligaciones del Estado para con otros sujetos o, en su caso, para con la comunidad internacional en su conjunto.

Es así como la existencia de una organización política, –junto con la población y territorio–, es necesario para la formación de un Estado. Así, la CIJ, en el “Asunto del Sahara Occidental” en el año 1975¹⁹, desestimó que la región del Sahara fuese un Estado sobre la base de que su población, –un conjunto de tribus nómadas que habitaba una base territorial cierta pero imprecisamente delimitada por la que se desplazaba con sus rebaños en busca de pastos–, no estaba organizada políticamente para aspirar a ser una entidad con personalidad propia.

¹⁸ Ver: Declaración de Independencia del Estado de Palestina con Jerusalén capital, Argelia, 15 de noviembre de 1988, Recuperado de <https://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=5155>

¹⁹ CIJ, Opinión Consultiva de 16 de octubre de 1975, “Caso relativo al Sahara Occidental”, recuperado de https://legal.un.org/icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf



Enfocándonos en el caso en estudio, se reconoce como el primer intento serio de establecer un gobierno efectivo entre los palestinos, la *Cumbre de El Cairo* de 1964. En ella se acordó establecer una entidad específicamente palestina, la que se plasmó en la práctica con la creación de la ya mencionada *Organización de Liberación Palestina* (OLP). Esta organización obtuvo un reconocimiento generalizado por parte de la comunidad internacional, que culminó en la Resolución N° 3237²⁰ de diciembre de 1974 por la cual se concedió a la OLP el estatuto de “observador permanente”, estando legitimado para ostentar la representación del pueblo palestino –tal como reconoce la ONU en resolución N° 3210²¹ -.

Posteriormente, el *Consejo Nacional Palestino* proclamó en la *Cumbre de Argel* de 1988 –de forma unilateral- un Estado de Palestina, englobando todo el territorio del antiguo mandato británico sobre Palestina de antes de 1948, y comprendiendo, de este modo, el actual territorio israelí. Esta jugada del Consejo tuvo un cierto apoyo en la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 43/177²², que declaró que la denominación “Organización para la Liberación Palestina” sería reemplazada por la de “Palestina”, sin que conllevara esto una modificación del estatuto de la OLP en el seno de la organización.

La OLP es seguida por la *Autoridad Nacional Palestina* (ANP), la que nace tras los acuerdos de Oslo de 1993. Explica Brieger (2010), que dicho organismo surgió con el fin de hacerse cargo de los territorios que Israel iría dejando tras los acuerdos, dado el vacío institucional que generaba la no concreción del Estado palestino. La ANP inauguró sus sesiones en julio de 1994 y eligió sus primeras autoridades en 1996, con la convocatoria a elecciones presidenciales y parlamentarias.

De los tres elementos mencionados, coinciden los autores en que esta última es la característica que puede suscitar más polémica, ya que podría argumentarse, entre otras cosas, que la OLP no posee el control exclusivo sobre su población o colectividad con exclusión de toda otra autoridad (Koestler, 2003), o bien que no ejerce efectivamente una

²⁰ A/RES/ 3237 (XXIX) de noviembre de 1974, “Condición de observadora de la Organización de Liberación de Palestina”, recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/3237%28XXIX%29>

²¹ A/RES/ 3210 (XXIX) de octubre de 1974, “Invitación a la Organización de Liberación de Palestina”, recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/3210%28XXIX%29>

²² A/RES/43/177 de diciembre de 1988, “Cuestión de Palestina”, recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/43/177>



administración sobre el territorio palestino al que tienen derecho (Rodríguez Barrigón, 1991). También que, si bien la ANP trató de funcionar estatalmente sentando las bases para la creación de un Estado, ésta no tiene funciones estatales, ya que el Estado palestino no existe mientras continúa la ocupación. Por esta razón, no controla las fronteras ni tiene moneda propia, y las negociaciones con Israel las realiza la OLP (Brieger, 2010). Como bien alega Koestler (2010) en lo que respecta a este punto, el gobierno palestino posee una “efectividad limitada” como consecuencia de que las fuerzas israelíes ocuparon el territorio. Al respecto, el Derecho Internacional rechaza tomar en consideración una situación proveniente de una acción ilegal. Por ejemplo, teniendo en cuenta la situación de la presencia de Sudáfrica en Namibia, la CIJ en su Opinión Consultiva del año 1971²³ expresó que: “... *los Estados miembros de las Naciones Unidas tenían la obligación de reconocer la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia...*”. Y, concretamente en el caso que nos ocupa, recordemos también en este punto la Resolución 242 de 1967 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, la que expresamente proclamó la inadmisibilidad de la adquisición de territorios como consecuencia de la guerra, y exigió el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados durante el conflicto.

El último elemento o característica constitutiva del Estado que menciona el Tratado de Montevideo de 1933 es la “capacidad para establecer relaciones con otros Estados”, la que implica dos elementos que hacen a la independencia de todo Estado: la existencia separada dentro de fronteras razonablemente definidas, y la no sujeción a la autoridad de Estado o entidad alguna. Así, un Estado tiene existencia separada dentro de fronteras razonablemente definidas cuando goza del control efectivo sobre su territorio y población, pero también es necesario que no esté sujeto a la autoridad de otro (Gutiérrez Espada, 2012).

B. DEL RECONOCIMIENTO DEL ESTADO PALESTINO

Es importante el papel que juegan las organizaciones internacionales en la afirmación de los pueblos no constituidos como Estados. En el caso de

²³ CIJ, Opinión Consultiva de 21 de junio de 1971, “Consecuencias jurídicas que tiene para los Estados la continuación de la presencia de Sudáfrica en Namibia (África Sudoccidental). No obstante lo dispuesto en la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad”, recuperado de https://legal.un.org/iccsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1.pdf



la Asamblea General de las Naciones Unidas, esto adquiere una mayor significación al tratarse de un órgano que actúa en el plano universal. La historia de la causa palestina ha estado ligada desde sus orígenes, a las posiciones que se han ido expresando en el seno de ese importante organismo internacional. Por lo tanto, nada mejor para comprender la evolución y avances producidos en la afirmación de la subjetividad internacional del pueblo palestino, que comprobar la labor de la ONU en este campo.

Desde la sanción de la Resolución 181 (II) en el año 1947 por parte de la Asamblea General, que aprobó el ya mencionado “Plan de Partición de Palestina”, se puede observar que la labor de las Naciones Unidas en relación con el tema ha sido muy intensa. Desde entonces, prácticamente todos los órganos principales y gran parte de los subsidiarios más relevantes de dicha organización mantienen una activa posición respecto de la cuestión palestina, en especial la Asamblea General -que ha mantenido abierto su 10º Período Extraordinario de Sesiones de Emergencia desde 1997 habiendo dedicado varios periodos respecto de este tema²⁴- y el Consejo de Seguridad -dictando numerosas resoluciones en relación con el conflicto árabe-israelí y palestino israelí-. La Comisión de Derechos Humanos en el marco del ECOSOC hasta 2006, y desde esa fecha, el Consejo de Derechos Humanos, creado por la Asamblea General, también mantienen una posición vigilante en la materia.

No obstante, las posiciones y competencias relevantes son concentradas por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, tal como se establece en la Carta de la ONU. Es así como, en los hitos importantes respecto de Palestina, encontramos la ya aludida resolución 3237 (XXIX) de 1974, por la cual la Asamblea General concedió a la OLP -movimiento de liberación nacional del pueblo palestino reconocido como tal por la comunidad internacional-, el estatuto de “Entidad Observadora”. En esa oportunidad, se invitó a este movimiento de liberación nacional a participar en los periodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General (párr. 1º de su parte dispositiva); en las reuniones y en los trabajos de todas las conferencias internacionales convocadas bajo el patrocinio de la Asamblea General (párr. 2º); y en las reuniones y en los

²⁴ Ver: Periodo Extraordinario de Sesiones de Emergencia – Resoluciones aprobadas por la Asamblea General en: <https://research.un.org/es/docs/ga/quick/emergency>



trabajos de todas las conferencias internacionales convocadas bajo el patrocinio de otros órganos de las Naciones Unidas (párr. 3º). Es decir, que el estatuto de observador se centra en el derecho a participar sin más en las reuniones y trabajos.

Posteriormente, y a consecuencia de la Declaración de Independencia de Palestina adoptada por el Consejo Nacional Palestino en 1988, la Asamblea General adoptó ese mismo año por una amplia mayoría de 104 votos a favor, la resolución 43/177²⁵, por la cual, en primer lugar, tomó conocimiento de la proclamación del Estado de Palestina por el Consejo Nacional de Palestina; en segundo lugar, afirmó la necesidad de que se permita al pueblo palestino ejercer su soberanía sobre su propio territorio ocupado desde 1967 y, en tercer lugar, decidió que a partir del 15 de diciembre de 1988, en el sistema de las Naciones Unidas se utilice la designación “Palestina” en vez de la de “Organización de Liberación Palestina”.

En julio de 1998, la Asamblea General por Resolución 52/250²⁶ concedió a Palestina, en su calidad de observador, “derechos y prerrogativas adicionales” a los que nacieron de la Resolución de 1974. Entre estos derechos se encuentra, por ejemplo, derecho a participar en el debate general de la Asamblea General; derecho a inscribirse en la lista de oradores para el examen de temas distintos de las cuestiones relativas a Palestina y Oriente Medio, en cualquier sesión plenaria; derecho de respuesta; derecho a plantear cuestiones de orden en las actuaciones sobre cuestiones relativas a Palestina y el Oriente Medio –sin poder impugnar la decisión del Presidente-; derecho a patrocinar proyectos de resolución y de decisión sobre cuestiones relativas a Palestina y el Oriente Medio y derecho a hacer intervenciones.

En este camino, hay sin duda un hecho importante que destacar, que es la admisión de Palestina como miembro de pleno derecho de la UNESCO (Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) en su Conferencia 36ª, que se celebró en París en noviembre de 2011. A diferencia de la ONU, donde la adhesión requiere de la recomendación del Consejo de Seguridad en el que existe el

²⁵ A/RES/43/177 de diciembre de 1988, “Cuestión de Palestina”, recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/43/177>

²⁶ A/RES/52/250 de 13 de julio de 1998, “Participación de Palestina en la labor de las Naciones Unidas”, recuperado de <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/52/250>



derecho de veto, la admisión en este organismo para la educación, la ciencia y la cultura, necesita además de la recomendación del Consejo Ejecutivo obtenida por la autoridad palestina a principios de octubre de 2011.

Finalmente, catorce años después, el 29 de noviembre de 2012 la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió conceder a Palestina la condición de “Estado observador no miembro”²⁷ (Res. 67/19), uniéndose en esa condición al Estado de la Ciudad del Vaticano. Es decir que Palestina pasó de ser una “Organización Observadora no Miembro” a un “Estado Observador no Miembro” dentro de la ONU. Esta calidad, es parte de la práctica dentro de la organización, pero no está contemplada dentro de la Carta²⁸. En este sentido, la ONU establece que si una organización es miembro pleno de algún otro organismo puede acceder a ser parte como “Estado Observador no Miembro”. Además de ser miembro de pleno derecho en la UNESCO, Palestina es miembro de otros más de 110 instrumentos y organizaciones internacionales, como, por ejemplo, la *Comisión Económica y Social para Asia Occidental* y el *Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico*, la *Liga de Estados Árabes*, el *Movimiento de Países No Alineados*, la *Organización de Cooperación Islámica* y el *Grupo de los 77*.

Volviendo a la resolución 67/19 de la Asamblea General, en ella se afirma con rotundidad no sólo “*el derecho del pueblo palestino a la libre determinación y a la independencia de su Estado de Palestina en el territorio palestino ocupado desde 1967*”, sino también, la

...determinación a contribuir al logro de los derechos inalienables del pueblo palestino y la consecución de un arreglo pacífico en el Oriente Medio que ponga fin a la ocupación que comenzó en 1967 y hacer realidad la

²⁷ Sostiene el autor Vacas Fernández (2015), que son varias las consecuencias jurídicas relevantes que de ello derivan. Así, desde una perspectiva jurídico-política general, supone un claro respaldo a la incorporación de Palestina a las Naciones Unidas como miembro de pleno derecho, pudiéndose ver su estatuto actual como una situación intermedia, coyuntura, como si de una sala de espera se tratara.

²⁸ El estatuto de miembro no observador no figura expresamente regulado por la Carta de las Naciones Unidas. Los artículos 3 a 6 de la misma diferencian únicamente entre los “miembros originarios” de la organización (art. 3º) y los que ingresaron en ella posteriormente, es decir, todos los demás Estados (art. 4.1). Ha sido la práctica la que ha generado la figura del miembro “observador”.



visión de dos Estados, con un Estado de Palestina independiente, soberano, democrático, viable y continuo que coexista junto con Israel en paz y con seguridad sobre la base de las fronteras anteriores a 1967.

Además, se pronuncia a favor de ...conceder a Palestina la condición de Estado observador no Miembro de las Naciones Unidas, sin perjuicio de los derechos adquiridos, privilegios y papel de la Organización de Liberación de Palestina en las Naciones Unidas como representante del pueblo palestino, de conformidad con las resoluciones y la práctica pertinentes

Pese a algunas interpretaciones contrarias²⁹, este “ascenso de categoría” en la ONU es una mejora importante dado de que permite a Palestina tener una mayor influencia política a nivel internacional, y confirma sus derechos como estado en el sistema de Naciones Unidas (Azarov, 2011). Asimismo, supone implícitamente el reconocimiento por parte de esta organización representativa de la voluntad internacional, de la soberanía de los palestinos sobre el territorio ocupado por Israel desde 1967 (Pérez Rodríguez, 2010), reafirmando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación e igualdad de derechos.

Además, tras este importante acontecimiento, Palestina ha logrado establecer relaciones diplomáticas con muchos Estados, siendo reconocida en la actualidad como un Estado por más de 140 países. No

²⁹ Se sostiene que la Resolución 67/19, por importante que haya sido la mayoría obtenida (138 de los 147 votantes) no convierte a Palestina jurídicamente en un Estado, ni, en consecuencia, fuerza en su caso al Consejo de Seguridad a recomendar su aceptación como miembro de pleno derecho. Tampoco contribuye este gesto al proceso de paz, dado que Israel considera que el paso unilateral dado por la Autoridad Palestina es una flagrante violación de los acuerdos firmados entre ambos. Respecto del contenido de la misma, la citada resolución parece transmitir el mensaje de que el Estado de Palestina no existe aun formalmente desde un punto de vista jurídico, como así también, cuando la Asamblea expresa “la esperanza” de que el Consejo de Seguridad acoja favorablemente la solicitud de admisión presentada en septiembre de 2011 del Estado de Palestina como miembro de pleno derecho (párr. 3º), está asumiendo el alcance solo relativo de su decisión de reconocerle el estatuto de Estado Observador (Ver en este sentido: Gutiérrez Espada y Cervell Hortal, 2013)



obstante, aún no es miembro pleno de la ONU³⁰, a pesar de las solicitudes cursadas ante el organismo internacional en el transcurso de los años. Y esto con motivo de que, para que Palestina sea reconocida en el seno de la Organización de las Naciones Unidas como Estado de pleno derecho, su solicitud debe ser aprobada por el Consejo de Seguridad³¹, lo que tiene un pronóstico difícil a causa de la influencia de los Estados Unidos y su vínculo con Israel. Se ha sugerido al respecto que, frente al posible veto de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad, la Autoridad Palestina tendría la opción de recurrir al mecanismo de la Resolución 377 (V) de 1950 “Unión pro-paz”, la que señala:

Si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas cuando fuere necesario a fin de mantener o

³⁰ Para llegar a ser miembro de pleno derecho dentro de la ONU, un Estado debe en un primer momento haber sido reconocido por los demás Estados que forman parte de dicha organización y haber establecido relaciones bilaterales con ellos. De manera simultánea, se deben cumplir con los requisitos establecidos por la Carta de Naciones Unidas, en la cual se especifica que el Estado solicitante debe estar constituido legalmente como tal, además de ser un Estado amante de la paz, calidad que debe reflejar en su actuar. Además, debe haber una aceptación hacia todos los artículos y el espíritu de la Carta, así como la capacidad de cumplimiento de dichos Estatutos. Finalmente, la disposición del Estado al cumplimiento de los deberes adquiridos (Ver: Carta de la ONU de 26 de junio de 1945, recuperado de <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>)

³¹ Es función del Consejo de Seguridad el examen de la solicitud, y para que obtenga un dictamen favorable por parte del Consejo debe obtener 9 de los 15 votos de los miembros de dicho Consejo y no recibir el veto de ninguno de los miembros permanentes, es decir de: Estados Unidos, Rusia, China, Francia y Gran Bretaña. Si el Consejo resuelve favorablemente, la solicitud pasa a manos de la Asamblea General que también la estudia y la somete a votación, en la cual debe haber dos tercios de votos favorables para la admisión del nuevo Estado.



restaurar la paz y la seguridad internacionales.

Este mecanismo, ideado en los años 50' para prevenir cualquier veto soviético durante el conflicto en Corea, ha generado la convocatoria de algunas sesiones extraordinarias de la Asamblea General. El propio texto de la Resolución se refiere exclusivamente a temas de paz y seguridad internacionales, siendo el conflicto palestino-israelí un asunto que concierne a la paz y a la seguridad internacionales (Abu-Warda, 2012). No obstante, se ha prácticamente desestimado este recurso dado que, si se analiza bien el texto transcrito, se observa que esta resolución no brinda poderes vinculantes a la Asamblea General ni la autoriza a reemplazar plenamente al Consejo de Seguridad, dado que el texto habla de “recomendaciones”. Por lo tanto, la Asamblea General únicamente podría recomendar que Palestina se incorpore como miembro, lo que sería insuficiente, dado que lo que la Carta de la ONU busca, en última instancia, es que la decisión relativa a la incorporación de nuevos miembros quede en manos del Consejo de Seguridad por las delicadas implicancias políticas que ese hecho conlleva, y la Asamblea General no puede eliminarle esta función al citado órgano. Es menester precisar que, la solución del conflicto palestino-israelí es un asunto de índole política, ello no significa que, eventualmente se pueda aprovechar dicho escenario para admitir o incorporar a Palestina como nuevo miembro pleno de la ONU.

Y en este punto corresponde analizar otro aspecto del reconocimiento, que es su carácter constitutivo o meramente declarativo, tanto desde el punto de vista de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, así como para los demás Estados. Así, se sostiene desde la teoría constitutiva, que el acto de reconocimiento es una precondition necesaria para que subsistan las capacidades de un Estado. Su efecto práctico consiste en no atribuir personalidad jurídica internacional al Estado no reconocido por la comunidad internacional. Se concluye, de esta forma, en que “el reconocimiento constituye al Estado”. Dos son las consecuencias principales de esta corriente: en primer lugar, previamente al reconocimiento, la comunidad no posee los derechos o las obligaciones que el derecho internacional relaciona con un estado de estatalidad plena; en segundo lugar, el reconocimiento es una materia de



absoluta discreción política, diferente de un deber legal que se le debe a la comunidad internacional (Dal Ri Júnior y Carnesella, 2017).

Yendo un poco más allá del mero “reconocimiento de un hecho”, merece nuestra consideración la doctrina italiana contemporánea en la materia, para la cual la “efectividad” del gobierno, sea en el ámbito de su propio territorio o ante su población, así como el mantenimiento de relaciones independientes y paritarias ante otros Estados en el plano internacional, son principios cardenales de la existencia del Estado en ese escenario. De ahí que el reconocimiento tenga un papel fundamental con relación a la afirmación de la subjetividad internacional del Estado. En la sociedad internacional contemporánea caracterizada por una interdependencia entre sus actores en constante crecimiento, la capacidad efectiva para tomar parte en relaciones internacionales es cada vez más un indicador de la efectividad plena del Estado, haciendo que la soberanía interna ya no sea el único criterio para definir a la entidad estatal. (Ver en este sentido: Milano, 2013; Tancredi, 2011; citados por Dal Ri Júnior y Carnesella, 2017).

Desde esta postura, se considera Estado a toda organización político-territorial que obtenga un largo reconocimiento por la comunidad internacional y, en consecuencia, participe como miembro de organizaciones internacionales, concluya tratados, reciba y envíe representantes diplomáticos, siendo, de esta forma, una entidad plenamente comprometida en la vida internacional. Esta es una nueva forma de teoría constitutiva, que abarca conceptos como el principio de autodeterminación de los pueblos y la prohibición del uso de la fuerza (Milano, 2013; citado por Dal Ri Júnior y Carnesella, 2017).

La realidad es que el instituto del reconocimiento presenta fallas en la actualidad, las que se identifican sobre todo cuando el mismo es puesto en práctica en la resolución de un problema que concierne al reconocimiento de un nuevo Estado, como sería el caso de Palestina. La teoría declarativa, por un lado, desconoce la importancia que se le atribuye al acto de reconocimiento en la práctica estatal; mientras que, de acuerdo a la teoría constitutiva, si el reconocimiento fuese decisivo para la atribución de estatalidad, por ejemplo, Palestina y Kosovo serían incontestablemente Estados. No obstante, aún se debate el estatus jurídico de ambos –como bien concluyen respecto de este tema del



reconocimiento de nuevos Estados los autores Dal Ri Júnior y Carnesella (2017)-. Es por eso que, no se puede descartar el “carácter político”³² que encierra el proceso de reconocimiento, en el cual un Estado evalúa y decide unilateralmente si va o no a reconocer a un nuevo Estado como tal y, de este modo, entrar en relaciones políticas y reguladas por el derecho internacional con la entidad reconocida. Siendo, entonces, un acto de carácter esencialmente político, el libre arbitrio de los Estados hace que las mencionadas tesis del reconocimiento se debiliten, siendo elegidas las preferencias del momento.

IV. CONCLUSIONES

La clave para la consolidación de la subjetividad internacional de un pueblo constituido en Estado radica en su capacidad de relacionarse con los demás actores de las relaciones internacionales y de recibir, en contrapartida, un reconocimiento político y jurídico. Todo ello conduce a que el pueblo palestino esté, en la actualidad, en la agenda de la política exterior de un gran número de Estados que conforman la comunidad internacional. La práctica es la que determina, finalmente, que el pueblo palestino goce de esta personalidad jurídica internacional, dada por la suma de comportamientos y actitudes que van en una misma dirección: poner de manifiesto la existencia de un pueblo, perfectamente identificable en términos sociológicos y políticos, y con capacidad suficiente para actuar por sí mismo en las relaciones internacionales.

Sostenemos, en relación con este punto, que la afirmación de la subjetividad internacional y el ejercicio del derecho a la autodeterminación del pueblo palestino van de la mano, dado que lo que realmente define la existencia de un pueblo es que sea titular de derechos y obligaciones en el orden internacional, siendo la libre determinación uno de los derechos más relevantes que el corresponde a todo pueblo. Y en relación con esto, la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva del 9 de julio de 2004³³, sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, expresó: *“Con respecto al principio relativo al derecho de los pueblos a la libre*

³² Al respecto sostiene Brierly (1949:124): “The truth seems to be that the granting of recognition to a new state is a political rather than a legal act”.

³³ CIJ – A/ES-10/273 – “Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado”, 9/7/2004, recuperado de <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-2004-es.pdf>



determinación, la Corte observa que la existencia de un “pueblo palestino” ya no se cuestiona. Esa existencia ha sido además reconocida por Israel”.

En líneas generales, se puede apreciar que la teoría constitutiva del reconocimiento no logró una mayoría de seguidores en la doctrina, siendo mayoritariamente aceptada en la actualidad la tesis declarativa. Conforme a esta tesis, la personalidad jurídica internacional de un Estado no depende de su reconocimiento como tal por parte de los demás Estados. Dicha personalidad es conferida por normas de Derecho Internacional y, de este modo, a pesar de que un Estado no sea reconocido por los demás, es sujeto de derecho y deberes internacionales. Por lo tanto, para esta corriente “el no reconocimiento” no implica la ausencia de personalidad jurídica internacional. En ese sentido, si la entidad en cuestión cumple con los criterios establecidos –y a los que ya hemos aludido-, ésta será un Estado, independientemente del reconocimiento. El reconocimiento, entonces, solo tendrá la función de declarar la existencia de un hecho. Es así que, tal como sostiene Brierly (1949), el reconocimiento no es un acto constitutivo, pero sí un acto declaratorio. No trae a la existencia legal a un Estado que no existía antes. Un Estado puede existir sin ser reconocido por los otros, y si el Estado existe, y es un hecho, tiene el derecho a ser tratado por la comunidad internacional como tal³⁴.

No obstante, más allá de la importancia del reconocimiento en sí mismo como Estado soberano de Palestina, tanto por parte de organizaciones internacionales como por los demás Estados que forman parte de la comunidad internacional, la admisión de Palestina en organizaciones internacionales, en este caso, la Corte Penal Internacional de La Haya, tiene efectos legales indirectos. Al incrementarse su legitimidad política y legal, Palestina -que ha demostrado aceptar la legitimidad internacional y el derecho internacional como marco para resolver su causa-, puede acceder a mecanismos de protección de los Derechos Humanos, y, por ejemplo, pedir responsabilidades a Israel frente al sistema de las Naciones Unidas por las violaciones sistemáticas al Derecho Internacional. Lo anterior porque es muy importante el reconocimiento de derechos y obligaciones internacionales a las entidades territoriales parcialmente reconocidas. Se trata de elementos que fundamentan y

³⁴ Traducción del autor



delinean la noción de personalidad jurídica internacional. Concretamente, en virtud de ella, el acceso a organizaciones y a tratados internacionales permiten la entrada de Palestina a nuevos foros internacionales y a nuevas vías de administración de justicia, incluyendo los tratados de la ONU concernientes a la protección de los Derechos Humanos y a los procedimientos especiales, pudiéndosele facilitar, incluso, el referido acceso a la CPI. Es decir, creemos que, la legitimidad alcanzada por Palestina en la actualidad en el orden legal internacional pone a este Estado parcialmente reconocido en una mejor posición para reclamar sus derechos ante la comunidad internacional, particularmente accediendo a los mecanismos para hacer uso del derecho de autodeterminación, como así también, para el ejercicio de sus obligaciones internacionales. Tal como expresa Díaz Barrado (2011):

La práctica es la que determina, en el fondo, que el pueblo palestino goce de personalidad jurídica internacional, por la suma de comportamientos y actitudes que caminan en la misma dirección: poner de relieve la existencia de un pueblo, perfectamente identificable en términos sociológicos y políticos, y con capacidad y voluntad suficientes para actuar por sí mismo en las relaciones internacionales.



BIBLIOGRAFÍA

ABU-WARDA, N. (2012). Reconocimiento del Estado Palestino, una responsabilidad de la ONU, *Pueblos Revista de Información y Debate*, recuperado de <http://www.revistapueblos.org/blog/2012/07/19/reconocimiento-del-estado-palestino-una-responsabilidad-de-la-onu/>.

AZAROV, V. (2011). *Al-Haq's UN Initiatives and the Representation of the Palestinian People's Rights*, Al-Haq: Palestine. Disponible en: http://www.alhaq.org/cached_uploads/download/alhaq_files/publications/UN.Initiatives.Q.A.pdf.

BOLLO AROCENA, M. D. (2016). La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, N° 31, DOI: 10.17103/reei.31.03.

BRIEGER, P. (2010). *El conflicto palestino-israelí. 100 preguntas y respuestas*, Buenos Aires: Capital Intelectual.

BRIERLY, J.L. *The law of Nations. An introduction to the international law of peace* (1949), 4th ed., Oxford At the Clarendon Press: Great Britain.

DAL RI Junior, A. y CARNESELLA, G. (2017). El reconocimiento de nuevos Estados como sujetos en la ciencia del Derecho Internacional a partir de la deflagración de la Segunda Guerra Mundial: abordajes doctrinarios de la Convención de Montevideo a la "Opinión

Consultiva Kosovo" (1933-2010), *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 513-546.

DÍAZ BARRADO, C.M. (2011), La autodeterminación del pueblo palestino: la clave para la solución de los conflictos, en: VACAS FERNÁNDEZ (Dir.), *Palestina e Israel en el nuevo contexto interno e internacional*, del I Congreso Internacional "Cultura de la Paz" 2011, Madrid: Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria".

ESCUADERO ALDAY, R. (2009). Israel, democracia y Derecho Internacional, *Nombres Revista de Filosofía*, N° 23: palestinoisraelíes, 305-331, recuperado de <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/NOMBRES/issue/view/123>.

FINKEISTEIN, N. (2003). *Imagen y realidad del conflicto Palestina-Israel*, Cuestiones de Antagonismo, Madrid: Akal S.A.

FLORY, M. (1989). Naissance d'un État palestinien, *Revue Générale de Droit International Public (RGDIP)*, París, Pédone, N°2.

GILBOA, E. (31 de diciembre de 2019). Luchando contra la demonización de Israel en la Corte Penal Internacional, *Hatzad Hasheni*, recuperado de: <https://hatzadhasheni.com/luchando-contrala-demonizacion-de-israel-en-la-corte-penal-internacional-por-profesor-eytan-gilboa-besa/>.

GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2012). De "protectorado internacional" a "Estado protegido" (¿Es Kosovo un Estado?), en BARRANCO AVILÉS, M.ª C., CELADOR



- ANTÓN, O. y VACAS FERNÁNDEZ, F. (Coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de Derecho*, Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson: Madrid.
- KOESTLER, A. *Palestina: independencia de un Estado*, en: Gómez-Robledo Verduzco, A. (2003). *Temas selectos de Derecho Internacional*, México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- MILANO, E. (2013). *Formazione dello Stato e Pprocessi di State-Building nel Diritto Internazionale-Kosovo 1999-2013*, Nápoles: Editoriale Scientifica.
- MORENO QUINTANA, L.M. (1963). *Tratado de Derecho Internacional*, T. II, Editorial Sudamericana S.A.: Buenos Aires.
- PAPPÉ, I. (2011). *Los palestinos olvidados. Historia de los palestinos de Israel*, Madrid: Akal S.A.
- PÉREZ RODRÍGUEZ, D. (2010). *El Estado palestino deber ser plenamente reconocido*, Artículo, [palestinalibre.org, recuperado de https://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=26070](https://www.palestinalibre.org/articulo.php?a=26070).
- QUIGLEY, J. (2010). *The Statehood of Palestine. International law in the Middle East conflict*. USA: Cambridge University Press.
- REMIRO BROTÓNS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DIEZ HOCHLEITNER, J. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L. (2010). *Derecho Internacional. Curso General*, Tirano lo Blanch: Valencia.
- RODRÍGUEZ BARRIGÓN, J.M. (1991). *Cuestiones de nacionalidad que se suscitan respecto de los palestinos*, *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Extremadura)*, N° 91, 141-174.
- RODRÍGUEZ MORALES, T. (2017). *Oriente próximo, Israelíes, palestinos y el terrorismo yihadista*, Bogotá: Ed. Usta.
- ROUSSEAU, C. (1974). *Droit International Public*, Paris: Edit. Sirey, 1974. Citado por: KOESTLER, A. *Palestina: independencia de un Estado*, en: Gómez-Robledo Verduzco, A. (2003) *Temas selectos de Derecho Internacional*, México D.F.: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- TANCREDI, A. (2011). "Lo Stato nel diritto internazionale tra effettività e legalità/legittimità", *Ars Interpretandi*, Padua: Cedam.
- TRIKI, H. (1977). *He aquí Palestina...El sionismo al desnudo*, Afrodísio Aguado S.A.: Madrid, España.



Entrevista

Interview

Entrevista con la profesora Gabriella Blum sobre la influencia de los derechos humanos y la tecnología en los conflictos armados

Interview with Professor Gabriella Blum on the
Influence of Human Rights and Technology on
Armed Conflicts

Entrevistadores:

Interviewers:

Édgar Eduardo Méndez Zamora
Sebastian Sauter Odio

Versión original en inglés; traducción libre al español.
Original version in English; free translation to Spanish.



ENGLISH VERSION

Gabriella Blum is the Rita E. Hauser Professor of Human Rights and Humanitarian Law at Harvard Law School, specializing in public international law, international negotiations, the law of armed conflict, and counterterrorism. She is the Vice Dean of the Graduate Program and International Legal Studies, the Faculty Director of the Program on International Law and Armed Conflict (PILAC) and a member of the Program on Negotiation Executive Board.

Before joining Harvard University in 2005, Professor Blum worked for seven years as a Senior Legal Advisor in the International Law Department of the Military Advocate General's Corps in the Israel Defense Forces, and for another year, as a Strategy Advisor to the Israeli National Security Council.

Professor Blum holds a Bachelor of Laws (LL.B.) and a Bachelor of Arts (B.A.) in Economics from Tel-Aviv University, as well as a Master of Laws (LL.M.) and a Doctor of Juridical Science (S.J.D.) from Harvard University.

Professor Blum has published the books *Islands of Agreement: Managing Enduring Armed Rivalries* (Harvard University Press, 2007), *Laws, Outlaws, and Terrorists* (MIT Press, 2010) (co-authored with Philip Heymann and recipient of the Roy C. Palmer Civil Liberties Prize), and *The Future of Violence: Robots and Germs, Hackers and Drones – Confronting a New Age of Threat* (Basic Books, 2015) (co-authored with Benjamin Wittes and recipient of the Roy C. Palmer Civil Liberties Prize), as well as journal articles in the fields of public international law and the law and morality of war.

Professor Blum kindly granted an interview to the Costa Rican Journal of International Law on Humanitarian Law, on the influence of Human Rights and technology on armed conflicts, and on her experience as a Senior Legal Advisor in the International Law Department of the Israeli Defense Forces' Military Advocate General's Corps.



I. HOW HAVE HUMAN RIGHTS SHAPED THE CONDUCT OF WARFARE AND THE DEVELOPMENT OF INTERNATIONAL LAW RELATED TO ARMED CONFLICT?

If you look at the global state of affairs in terms of armed conflicts and you focus on liberal democracies (Russia and Ukraine aside), you will find a paradox. The paradox is that we have more destructive capabilities than ever before; our militaries are stronger, our weapons are more sophisticated, more lethal, and we can reach anywhere, anytime. We have capabilities the world has never witnessed before. At the same time, we are much more measured in the way in which we use force than ever before; measured not in the sense of which wars we choose and not choose, but in terms of civilian protection. We are far more careful than we have been before, even in much more recent theaters - Vietnam in the 1960s and 1970s or The Balkans in the 1990s. What explains the combination of far more capabilities and far more restraint at the same time? Human Rights has a lot to do with it. Human Rights is an ideal, not necessarily captured entirely by law or a doctrinal understanding, but an enlightenment ideal of the worth of the human being, of the civilian having an independent and intrinsic value and standing that is independent of their State, of their government, or their sovereign. When you take a life, it needs to have a real, convincing, compelling justification, which cannot be only that this person is associated with an enemy power. Everything we believe in as part of the Human Rights enterprise is the celebration of life, of freedoms, of rights; if you're going to curtail all of these things through the use of force, then that has to be justified within the conversation of those same values (security or defense that are crucial to the realization of these values). It must have some rationale to it that is not merely the association of that person with an enemy power, as used to be the case historically.

If you look at the history of the evolution of the laws of war, we often talk about the Geneva Prong and The Hague Prong, this idea that the law developed to address the battlefield, the how we fight, the warfare side of International Humanitarian Law ("IHL"); and, in parallel, the Geneva Prong, the Humanitarian side of IHL, the protection of victims of war. The two prongs are now completely enmeshed (beginning with the Additional Protocols of the Geneva Convention that merged them together). We no longer think about warfare and Humanitarian ideals separately; they are completely intertwined. Every time we use force now, we think not only of



what the law requires but of what the normative framework requires. Often, we will interpret what the laws of war allow us to do in a more constrained and restrained manner because of these more humanitarian ideals.

For instance, the principle of proportionality which requires us to ensure that collateral harm to civilians and civilian property is not excessive in relation to the military advantage anticipated from the attack. How do we know what damage is “excessive”? We do not know; there isn’t a formula. What we do know is that over time that formula has shrunk considerably.

We often go beyond what the law requires. If you think, for instance, of the American war on terrorism (which is very complicated for lots of reasons), in the targeted killings sphere, the President instructed that the aim is zero collateral damage in targeted killings outside the zone of immediate hostilities. Where does that come from? That is not an IHL requirement; it is a Human Rights requirement of aiming towards zero collateral damage. The counter-insurgency doctrine for American forces in Afghanistan and Iraq called for the minimization of civilian casualties, even at a greater risk to the armed forces. Again, it is not clear that the law requires it, but political considerations require them, the mission requires them; and that mission and political considerations are today very much dependent on an understanding of Human Rights as an ideal, even if not as applicable law. Those are not separate anymore. In other words, what is good for me strategically is also dependent on whether I am complying with this ideal of protecting the rights and freedom and well-being of the civilians in the conflict. Therefore, the concept of self-regarding and others-regarding are becoming one and the same. There is a dark side to all of this, which is the invocation of the terminology of Human Rights and the well-being of populations as a justification for the use of force. The concern about the effects of having more Human Rights influence how we think or justify what we do is in the *ad bellum* side, where the language of Human Rights is used to justify humanitarian interventions or not even humanitarian interventions per se, but we add the well-being of the local population as a justification for the war to begin with. Think about both the theaters of Afghanistan and Iraq, where the relevant Presidents talk about why the U.S.A. uses force there. Yes, there are these self-interested concerns about terrorism and proliferation, about American national security; but there is a lot of language there about the plight of Afghans and Iraqis, respectively, because of their own



government. “We are coming to liberate the Afghans from the reigns of the oppressive Taliban regime”, “we are going to bring freedom to the people of Iraq”, “we are going to introduce education, we are going to build schools, hospitals”. And that becomes not just a justification for the war but a goal of the war. How do you know you're winning the war? You must not only show security gains for yourself but also have to show that you have improved the well-being of the local population; that's what you're going to be measured on. Are the lives of Iraqis and Afghans better before or after? If they're not better after, you're going to have a lot of explaining to do.

II. WHILE WAR IS SOMETIMES VIEWED AS A NECESSARY MEANS TO PROTECT HUMAN RIGHTS AND BRING DEMOCRACY, IT CAN ALSO LEAD TO SIGNIFICANT HUMAN SUFFERING AND DESTRUCTION. HOW DO YOU APPROACH THE QUESTION OF WHETHER WAR IS EVER JUSTIFIED, AND WHAT PRINCIPLES SHOULD GUIDE DECISION-MAKERS WHEN CONSIDERING THE USE OF MILITARY FORCE IN DEFENSE OF HUMAN RIGHTS OR DEMOCRATIC VALUES?

Let me start with the historical evolution of the justification of war. If you look at the history of the just war doctrine, war required a just cause. What counted as a just cause was extremely expansive: self-defense; empire aggrandizements; religious proselytization; collection of debt, claiming, avenging an injury or a wrong to me or my people; violation of treaties; dispute resolution (dispute over territory or dynastic succession). All of these were legitimate causes for war. In the 20th century, with the Kellogg-Briand and The U.N. Charter, we moved away from all these things. War is no longer a dispute resolution body system, it's not a mechanism for punishment, you can't use it to collect a debt or avenge a wrong; the only case you are allowed to use war is self-defense in the case of an armed attack. The just cause has been reduced dramatically, and that is the great progress of the 20th century.

But it turns out that when you compare our legal framework for *ius ad bellum* and *ius in bello*, there is a dramatic fact: the *ius ad bellum* is summed up in three or four articles of the UN Charter, whereas for the *ius in bello* we have many hundreds of provisions. What we have is a lot of disagreement on the concept of an armed attack and imminence and



emanating from whom and against whom. But we have a more profound disagreement over the following question: once you have suffered an armed attack, what are you allowed to pursue, what kind of goals are you allowed to pursue? That is very relevant to the justification of the war. If in the past I could go to war to collect on a debt, then it is obvious: I can fight the war until I get enough loot from you, or enough compensation to pay me back (including the expenses of the war), and then I'm done. If I just want to take territory, then I am done when I have captured the territory.

When you fight for self-defense, when am I done? When you're wiped out? At what point do I know I have acquired enough defense, enough security to justify the end of the war?

If we go back to our previous question, if the goals of the war are framed not only in terms of my security but their security, their well-being, and by 'their' I mean the local population, then it is even worse. At some point in the War in Afghanistan, child literacy was introduced as a metric of success: that is how I know I am winning the war, if enough children in Afghanistan learn how to read.

The other concern is the use of the framework of Human Rights as a justification, as you've alluded to in your questions about Humanitarian Intervention, where I did not suffer myself an attack, I am doing this on behalf of subjugated populations who suffer threats of genocide, ethnic cleansing, war crimes or crimes against humanity at large. Now that is not a modern idea; there were allusions to the idea of Humanitarian Interventions very early or much earlier in history within the just war tradition, but it was sort of revived as a discussion on the international plane during the events surrounding Kosovo and Serbia in 1999. As a matter of policy, we know that most states object to the idea of humanitarian intervention outside the scope of a Security Council Resolution. The U.K. actually has a doctrine that justifies humanitarian intervention under very strict conditions, resonating of the discussion that followed the 1999 war in Kosovo. Now for my own take, I see a point in leaving a very narrow justification for humanitarian interventions; I am not opposed to it. The concern here is, of course, that killing people and sowing destruction is very rarely a good method of achieving things. Therefore, you want to be extremely careful, cautious, and measured, especially when you are using force under the justification that this is



going to improve people's lives and protect them. You have to be very sure that your use of force isn't just going to exacerbate the problem, sow more destruction, and more harm, but it is actually going to improve the humanitarian welfare of the local population and that you have a good exit strategy. Do you know what happens once you stop bombing? Do you know what mechanisms are in place to help rebuild, reconstruct, and reengage the relevant societies?

I'm Jewish, and I grew up with very vivid memories and stories of the Holocaust. I'm not impressed with the vision or the idea that in the name of State sovereignty we never use military power to protect people who face genocide or crimes against humanity. I think sovereignty entails responsibility, and if you as a State fail to act responsibly towards your local population, you lose some of that sovereignty. Still, you want to be extremely sure you're doing more good than harm.

III. THE USE OF TECHNOLOGY IN ARMED CONFLICT IS RAPIDLY ADVANCING, WITH NEW TECHNOLOGIES SUCH AS AUTONOMOUS WEAPONS, CYBERWARFARE, AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE RAISING COMPLEX ETHICAL AND LEGAL QUESTIONS. HOW DO THESE TECHNOLOGIES CHANGE THE NATURE OF WARFARE, AND WHAT ARE THE IMPLICATIONS FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND COMPLIANCE WITH INTERNATIONAL LAW?

These advancements are closely tied to the previous questions, as the growing infusion of the norms of warfare and the shaping of the laws of warfare have been influenced by both human rights ideals and technological progress. In fact, law, norms, and technology all work together in a symbiotic fashion, shaping a more constrained understanding of how warfare should be conducted.

Let's consider the principle of proportionality. Our understanding of what proportionality allows in terms of inflicting harm on anything or anyone other than the intended target has been constricted dramatically, partly because of human rights norms but also due to technology. As we now have more precise and discriminating weapons, the expectation is that we will be more discriminatory in our use of force. The development of such



weapons has been driven by a combination of the efficiency of use of force and the legal, moral, and normative expectation of minimizing civilian harm. This demonstrates how law, norms, and technology work together.

An example of this collaboration is the movement to develop non-lethal weapons. This movement was not initiated by the International Committee of the Red Cross (ICRC) or Amnesty International but by the Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA), a command under the U.S. Department of Defense (DOD). It was driven by the understanding that in some theaters, it is not desirable to engage in more lethal operations than absolutely necessary, particularly when operating in populated areas. This self-interested understanding of the doctrine of war cannot be dissociated from the overall normative requirements. National security considerations must take into account the consequences of military actions on local populations in the theaters of operation.

Historically, the evolution of weapons has always sought to achieve greater distance and destruction, from clubs and rocks to spears, catapults, gunpowder, machine guns, rockets, and airplanes. Today, the focus is on discrimination—developing weapons that allow for measured and precise targeting while maximizing efficiency in terms of engaging the enemy and protecting non-intended targets. Success in a mission is now measured not only by how many "bad guys" are taken out but also by how carefully any harm to others is minimized.

New technologies, such as drones, have become some of the most discriminatory weapons available. Even though they are disliked for their buzzing, hovering, and ability to survey areas at a low altitude, they do enable their users to reduce errors in estimating and assessing targeting operations, allowing for greater precision and minimization of collateral harm. The downside of these technologies is that they shift the risk from attacker to attacked and might make war too clean, easy, and safe for the attacker, creating an incentive to use them more than is necessary.

In the cyber arena, there is a growing interest in using cyberwarfare as a non-kinetic alternative to traditional warfare, with the potential to engage the enemy without the effects of kinetic force, although this can still be very harmful.



There is much debate over whether autonomous weapons systems and AI more generally can comply with the laws of war, and who should be held accountable where there is unlawful harm. While these systems can be programmed to comply with the laws of war and accountability rules can be developed, the more interesting question concerns the value of human and political judgment irrespective of humanitarian welfare.

To me, there is a certain discomfort with the idea of delegating decisions about killing to algorithms, even if they can be shown to minimize humanitarian harm. War should be a political, deliberated decision made by a collective, and the outsourcing of decisions about killing to algorithms is concerning. This is particularly true when considering the historical and political understanding of war and its place in a liberal democracy. The decision to use force should be a matter of democratic deliberation, rather than being handed off to automated systems.

There are also concerns about the potential for abuse and the escalation of conflicts due to the increasing reliance on new technologies. For example, cyberwarfare can lead to unintended consequences and the rapid spread of conflict beyond the original targets. Additionally, the potential for hacking and misuse of autonomous weapons systems raises questions about the security and stability of these systems.

In conclusion, the advancement of technology in armed conflict has significantly changed the nature of warfare, with implications for the protection of human rights and compliance with international law. While new technologies can help reduce harm to civilians and improve the efficiency of military operations, they also raise complex ethical and legal questions. It is crucial to carefully consider the implications of using these technologies and to continue to develop and refine legal and ethical frameworks to ensure that human rights and international law are respected, even as the nature of warfare continues to evolve.



IV. YOUR EXPERIENCE AS A LEGAL ADVISOR IN THE ISRAELI DEFENSE FORCES IS AN IMPORTANT PART OF YOUR BACKGROUND AND EXPERTISE. HOW HAS THIS EXPERIENCE INFLUENCED YOUR THINKING ABOUT PARTICULAR ASPECTS OF INTERNATIONAL LAW RELATED TO ARMED CONFLICT, SUCH AS THE LAWS OF WAR, COUNTERTERRORISM, OR THE PROTECTION OF CIVILIANS?

First of all, in my experience, lawyers are brought much more to the *in bello* operational discussions than to the *ad bellum* discussions (should we use force, why, what is the justification, ...). Those decisions are far more political. Once the political decisions are taken, lawyers are brought in. In a way, they ask lawyers, “we are doing it, now tell us how to do it.”

My experience is that there are a lot of discussions all the time about what should be the true understanding of the role of the legal advisor, and what it means to render advice based on the law. What I found is that it is a rare case where there is a yes or no answer --there are easier questions to answer with a yes or no. Most other questions are questions about judgement (proportionality, necessity, precautions, occupation, and how to engage with the local population).

For all the above reasons, there can be no legal answer that is independent of other factors such as the broader understanding of norms, expectations, the perception of what you're doing, the media effect, of how it is going to be portrayed, and how you are going to explain what you are doing. One of the roles of the legal advisor is to help the commanders who are ultimately going to make the decision think about the complexity of the choice and the myriad factors that should go into it. With the understanding that you cannot just think about your military or operational mission, independent from this broader social, political, normative, and legal environment.

If I am truly successful, the way to get a commander to think about it is not to threaten a criminal prosecution, even though in the Israeli Defense Forces (“IDF”), we certainly got more attention once international criminal law was revived, and there were concerns about international prosecutions. The real success is when commanders understand this broader environment in which they operate and that taking account of the complex environment is ultimately key to their strategic success.



A successful mission depends not only on how many strictly defined military targets you can eliminate, but also on the broader effects that this operation entails for populations on both sides.

Being a lawyer in the IDF and in the U.S.A. or in the British armed forces today is a very different mission, in the sense that American and British military engagements happen thousands of miles away from home. Other than events like 9/11 or the sporadic terrorism that infected Europe with ISIS, regular citizens are not implicated in any other way. The armed forces are comprised of volunteers, who choose to deploy to combat theaters. . The situation in Israel and the challenges for the IDF are very different. The armed conflicts between Israel and Hezbollah in Lebanon or Hamas in Gaza implicate everyone. The populations of all parties are living in fear, are harmed, are threatened. The battlefield is at home. Moreover, the lower ranks among Israeli soldiers are conscripted by law. They are everyone's sons and daughters. They are sent to "the battlefield" to protect their own neighborhoods and families, often while sirens and explosions are heard all around. Under those conditions, questions like, "How do you balance the well-being of soldiers and the well-being of civilians in an enemy theatre?" are much more complicated for an Israeli lawyer than for her American counterpart to wrestle with. The calculations of human lives, of risk and precautions, of military advantage and humanitarian harm, have a different tone to them when the war is so near and feels more personal.

The interviewers thank Professor Blum for her insights not only on the theoretical aspects of this intricate and interesting topic but also her personal perspective on what it is like to live in a society that is in an armed conflict. Her teachings and experiences will undoubtedly be very enriching for our readers.



VERSIÓN EN ESPAÑOL

Gabriella Blum es la profesora Rita E. Hauser de Derechos Humanos y Derecho Humanitario en la Facultad de Derecho de Harvard, especializada en derecho internacional público, negociaciones internacionales, el derecho de los conflictos armados y la lucha contra el terrorismo. Es la Vicedecana del Programa de Posgrado y Estudios Legales Internacionales, la Directora del Programa en Derecho Internacional y Conflictos Armados (PILAC, por su siglas en inglés) y miembro de la Junta Ejecutiva del Programa sobre Negociación. Antes de unirse a la Universidad de Harvard en 2005, la profesora Blum trabajó durante siete años como Asesora Legal Senior en el Departamento de Derecho Internacional del Cuerpo del Abogado Militar General de las Fuerzas de Defensa de Israel, y durante otro año, como Asesora de Estrategia para el Consejo de Seguridad Nacional de Israel. La profesora Blum tiene un Bachillerato en Leyes (LL.B.) y un Bachillerato en Artes (B.A.) en Economía de la Universidad de Tel-Aviv, así como una Maestría en Leyes (LL.M.) y un Doctorado en Ciencias Jurídicas (S.J.D.) de la Universidad de Harvard. La profesora Blum ha publicado los libros *Islands of Agreement: Managing Enduring Armed Rivalries* (Harvard University Press, 2007), *Laws, Outlaws, and Terrorists* (MIT Press, 2010) (coautoría con Philip Heymann y ganador del Premio a las Libertades Civiles Roy C. Palmer), y *The Future of Violence: Robots and Germs, Hackers and Drones – Confronting a New Age of Threat* (Basic Books, 2015) (coautoría con Benjamin Wittes y ganador del Premio a las Libertades Civiles Roy C. Palmer), así como artículos de revistas en los campos del derecho internacional público y la ley y la moral de la guerra. La profesora Blum amablemente concedió una entrevista a la Revista Costarricense de Derecho Internacional sobre la influencia de los derechos humanos y la tecnología en los conflictos armados y sobre su experiencia como Asesora Legal Senior en el Departamento de Derecho Internacional del Cuerpo del Abogado Militar General de las Fuerzas de Defensa de Israel.



I. ¿CÓMO HAN DADO FORMA LOS DERECHOS HUMANOS A LA CONDUCCIÓN DE LA GUERRA Y AL DESARROLLO DEL DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADO CON LOS CONFLICTOS ARMADOS?

Si observas el estado global de asuntos en términos de conflictos armados y te enfocas en las democracias liberales (aparte de Rusia y Ucrania), encontrarás una paradoja. La paradoja es que tenemos más capacidades destructivas que nunca; nuestros ejércitos son más fuertes, nuestras armas son más sofisticadas, más letales, y podemos llegar a cualquier lugar, en cualquier momento. Tenemos capacidades que el mundo nunca había presenciado antes. Al mismo tiempo, somos mucho más conmedidos en la forma en que usamos la fuerza que nunca antes; conmedidos no en el sentido de qué guerras elegimos y cuáles no, sino en términos de protección civil. Somos mucho más cuidadosos de lo que hemos sido antes, incluso en teatros más recientes, como Vietnam en los años 60 y 70, o los Balcanes en los años 90. ¿Qué explica la combinación de muchas más capacidades y mucho más autocontrol al mismo tiempo? Los Derechos Humanos tienen mucho que ver con ello. Los Derechos Humanos son un ideal, no necesariamente capturado totalmente por la ley o un entendimiento doctrinal, sino un ideal ilustrado del valor del ser humano, del valor independiente e intrínseco del civil que es independiente de su Estado, de su gobierno o su soberano. Cuando se quita una vida, necesita tenerse una justificación real, convincente, obligatoria, que no puede ser solo que esta persona está asociada con un poder enemigo. Todo lo que creemos como parte de los Derechos Humanos es la celebración de la vida, de las libertades, de los derechos; si vas a recortar todas estas cosas mediante el uso de la fuerza, entonces eso tiene que estar justificado dentro de la conversación de esos mismos valores (seguridad o defensa que son cruciales para la realización de estos valores). Debe tenerse alguna razón que no sea meramente la asociación de esa persona con un poder enemigo, como solía ser el caso históricamente.

Si observas la historia de la evolución de las leyes de la guerra, a menudo hablamos sobre el Pilar de Ginebra y el Pilar de La Haya, esta idea de que la ley se desarrolló para abordar el campo de batalla, cómo luchamos, el lado bélico del Derecho Internacional Humanitario ("DIH"); y, en paralelo, el Pilar de Ginebra, el lado humanitario del DIH, la protección de las víctimas de la guerra. Los dos pilares ahora están completamente



entrelazados (comenzando con los Protocolos Adicionales de la Convención de Ginebra que los fusionaron). Ya no pensamos en la guerra y los ideales humanitarios por separado; están completamente entrelazados. Cada vez que usamos la fuerza ahora, pensamos no solo en lo que la ley requiere, sino en lo que el marco normativo requiere. A menudo, interpretaremos lo que las leyes de la guerra nos permiten hacer de una manera más limitada y restringida debido a estos ideales más humanitarios.

Por ejemplo, el principio de proporcionalidad, que nos exige asegurar que el daño colateral a los civiles y a la propiedad civil no sea excesivo en relación con la ventaja militar prevista del ataque. ¿Cómo sabemos qué daño es "excesivo"? No lo sabemos; no hay una fórmula. Lo que sí sabemos es que con el tiempo esa fórmula se ha reducido considerablemente.

A menudo vamos más allá de lo que requiere la ley. Si piensas, por ejemplo, en la guerra estadounidense contra el terrorismo (que es muy complicada por muchas razones), en la esfera de los asesinatos selectivos, el Presidente instruyó que el objetivo es cero daños colaterales en asesinatos selectivos fuera de la zona de hostilidades inmediatas. ¿De dónde viene eso? Eso no es un requisito del DIH; es un requisito de los Derechos Humanos de apuntar hacia cero daños colaterales. La doctrina de contrainsurgencia para las fuerzas estadounidenses en Afganistán e Irak pedía la minimización de las bajas civiles, incluso a un mayor riesgo para las fuerzas armadas. Nuevamente, no está claro que la ley lo requiera, pero las consideraciones políticas lo requieren, la misión lo requiere; y esa misión y las consideraciones políticas dependen hoy mucho de una comprensión de los Derechos Humanos como un ideal, aunque no como una ley aplicable. Estos ya no están separados. En otras palabras, lo que es bueno para mí estratégicamente también depende de si estoy cumpliendo con este ideal de proteger los derechos y la libertad y el bienestar de los civiles en el conflicto. Por lo tanto, los conceptos de autoconsideración y consideración hacia los demás se están convirtiendo en uno y el mismo. Hay un lado oscuro en todo esto, que es la invocación de la terminología de los Derechos Humanos y el bienestar de las poblaciones como justificación para el uso de la fuerza. La preocupación por los efectos de tener más influencia de los Derechos Humanos en cómo pensamos o justificamos lo que hacemos está en el lado *ad bellum*,



donde el lenguaje de los Derechos Humanos se usa para justificar las intervenciones humanitarias o no incluso intervenciones humanitarias per se, pero agregamos el bienestar de la población local como justificación para la guerra desde el principio. Piensa en los teatros de Afganistán e Irak, donde los presidentes relevantes hablan de por qué los EE.UU. usan la fuerza allí. Sí, hay estas preocupaciones de interés propio sobre el terrorismo y la proliferación, sobre la seguridad nacional estadounidense; pero hay mucho lenguaje allí sobre la difícil situación de los afganos e iraquíes, respectivamente, debido a su propio gobierno. "Venimos a liberar a los afganos de las riendas del opresivo régimen talibán", "vamos a llevar la libertad al pueblo de Irak", "vamos a introducir la educación, vamos a construir escuelas, hospitales". Y eso se convierte no solo en una justificación para la guerra sino en un objetivo de la guerra. ¿Cómo sabes que estás ganando la guerra? No solo debes mostrar ganancias de seguridad para ti mismo, sino también debes mostrar que has mejorado el bienestar de la población local; eso es lo que te van a medir. ¿Están mejor las vidas de los iraquíes y los afganos antes o después? Si no están mejor después, tendrás mucho que explicar.

II. AUNQUE A VECES SE VE LA GUERRA COMO UN MEDIO NECESARIO PARA PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS Y TRAER DEMOCRACIA, TAMBIÉN PUEDE LLEVAR A UN SUFRIMIENTO HUMANO SIGNIFICATIVO Y A LA DESTRUCCIÓN. ¿CÓMO ABORDAS LA PREGUNTA DE SI LA GUERRA ESTÁ ALGUNA VEZ JUSTIFICADA Y QUÉ PRINCIPIOS DEBEN GUIAR A LOS RESPONSABLES DE LAS DECISIONES CUANDO CONSIDERAN EL USO DE LA FUERZA MILITAR EN DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS O LOS VALORES DEMOCRÁTICOS?

Permíteme comenzar con la evolución histórica de la justificación de la guerra. Si observas la historia de la doctrina de la guerra justa, la guerra requería una causa justa. Lo que contaba como una causa justa era extremadamente expansivo: defensa propia; engrandecimiento del imperio; proselitismo religioso; cobro de deudas, reclamaciones, venganza de una injuria o un mal a mí o a mi pueblo; violación de tratados; resolución de disputas (disputa sobre territorio o sucesión dinástica). Todas estas eran causas legítimas para la guerra. En el siglo XX, con el Pacto de París y la Carta de las Naciones Unidas, nos



alejamos de todas estas cosas. La guerra ya no es un sistema de resolución de conflictos, no es un mecanismo de castigo, no puedes usarla para cobrar una deuda o vengar un mal; el único caso en el que se te permite usar la guerra es en defensa propia en caso de un ataque armado. La causa justa se ha reducido drásticamente, y ese es el gran progreso del siglo XX.

Pero resulta que cuando comparas nuestro marco legal para el *ius ad bellum* y el *ius in bello*, hay un hecho dramático: el *ius ad bellum* se resume en tres o cuatro artículos de la Carta de la ONU, mientras que para el *ius in bello* tenemos muchos cientos de disposiciones. Lo que tenemos es un desacuerdo importante sobre el concepto de un ataque armado y su inminencia y quién lo emana y contra quién. Pero tenemos un desacuerdo más profundo sobre la siguiente pregunta: una vez que has sufrido un ataque armado, ¿qué se te permite perseguir, qué tipo de objetivos se te permite perseguir? Eso es muy relevante para la justificación de la guerra. Si en el pasado se podía ir a la guerra para cobrar una deuda, entonces es obvio: puedo luchar en la guerra hasta que consiga suficiente botín de ti, o suficiente compensación para pagarme (incluyendo los gastos de la guerra), y luego he terminado. Si solo quiero tomar territorio, entonces termino cuando he capturado el territorio.

Cuando luchas por la autodefensa, ¿cuándo termino? ¿Cuándo estás aniquilado? ¿En qué momento sé que he adquirido suficiente defensa, suficiente seguridad para justificar el fin de la guerra?

Si volvemos a nuestra pregunta anterior, si los objetivos de la guerra se enmarcan no solo en términos de mi seguridad sino de su seguridad, su bienestar, y por 'su' me refiero a la población local, entonces es aún peor. En algún momento de la Guerra en Afganistán, se introdujo la alfabetización infantil como un indicador de éxito: así es como sé que estoy ganando la guerra, si suficientes niños en Afganistán aprenden a leer.

Otra preocupación es el uso del marco de los Derechos Humanos como justificación, como has insinuado en tus preguntas sobre la Intervención Humanitaria, donde yo no sufrí un ataque, estoy haciendo esto en nombre de poblaciones subyugadas que sufren amenazas de genocidio, limpieza étnica, crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad en



general. Ahora bien, esta no es una idea moderna; hubo alusiones a la idea de las intervenciones humanitarias mucho antes en la historia dentro de la tradición de la guerra justa, pero fue revivida como una discusión en el plano internacional durante los eventos en torno a Kosovo y Serbia en 1999. Como cuestión de política, sabemos que la mayoría de los estados se oponen a la idea de una intervención humanitaria fuera del alcance de una Resolución del Consejo de Seguridad. El Reino Unido en realidad tiene una doctrina que justifica la intervención humanitaria bajo condiciones muy estrictas, resonando en la discusión que siguió a la guerra de 1999 en Kosovo. Ahora bien, en mi opinión, veo un punto en dejar una justificación muy estrecha para las intervenciones humanitarias; no me opongo a ello. La preocupación aquí es, por supuesto, que matar a personas y sembrar la destrucción es muy raramente un buen método para lograr cosas. Por lo tanto, quieres ser extremadamente cuidadoso, cauteloso y medido, especialmente cuando estás usando la fuerza bajo la justificación de que esto va a mejorar las vidas de las personas y protegerlas. Tienes que estar muy seguro de que tu uso de la fuerza no va a exacerbar el problema, sembrar más destrucción y más daño, sino que en realidad va a mejorar el bienestar humanitario de la población local y que tienes una buena estrategia de salida. ¿Sabes qué sucede una vez que dejas de bombardear? ¿Sabes qué mecanismos hay para ayudar a reconstruir, reconstruir y reenganchar a las sociedades relevantes?

Soy judía y crecí con recuerdos y relatos muy vívidos del Holocausto. No me impresiona la visión o la idea de que en nombre de la soberanía del Estado nunca usamos el poder militar para proteger a las personas que enfrentan genocidio o crímenes contra la humanidad. Creo que la soberanía implica responsabilidad, y si tú como Estado fallas en actuar de manera responsable hacia tu población local, pierdes parte de esa soberanía. Aun así, quieres estar extremadamente seguro de que estás haciendo más bien que mal.



III. EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LOS CONFLICTOS ARMADOS ESTÁ AVANZANDO RÁPIDAMENTE, CON NUEVAS TECNOLOGÍAS COMO LAS ARMAS AUTÓNOMAS, LA CIBERGUERRA Y LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL PLANTEANDO COMPLEJAS PREGUNTAS ÉTICAS Y LEGALES. ¿CÓMO CAMBIAN ESTAS TECNOLOGÍAS LA NATURALEZA DE LA GUERRA Y CUÁLES SON LAS IMPLICACIONES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL?

Estos avances están estrechamente vinculados a las preguntas anteriores, ya que la creciente infusión de las normas de guerra y la conformación de las leyes de guerra han sido influenciadas tanto por los ideales de los derechos humanos como por el progreso tecnológico. De hecho, la ley, las normas y la tecnología trabajan juntas de manera simbiótica, dando forma a una comprensión más restringida de cómo debería conducirse la guerra.

Consideremos el principio de proporcionalidad. Nuestra comprensión de lo que la proporcionalidad permite en términos de infligir daño a cualquier cosa o persona distinta del objetivo previsto ha sido restringida dramáticamente, en parte debido a las normas de derechos humanos pero también a la tecnología. Ahora que tenemos armas más precisas y discriminatorias, la expectativa es que seamos más discriminatorios en nuestro uso de la fuerza. El desarrollo de dichas armas ha sido impulsado por una combinación de la eficiencia del uso de la fuerza y la expectativa legal, moral y normativa de minimizar el daño a los civiles. Esto demuestra cómo trabajan juntos la ley, las normas y la tecnología.

Un ejemplo de esta colaboración es el movimiento para desarrollar armas no letales. Este movimiento no fue iniciado por el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) o Amnistía Internacional, sino por la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados de Defensa (DARPA, por sus siglas en inglés), un comando bajo el Departamento de Defensa de los EE. UU. (DOD, por sus siglas en inglés). Fue impulsado por la comprensión de que en algunos escenarios, no es deseable participar en operaciones más letales de lo absolutamente necesario, particularmente cuando se opera en áreas pobladas. Esta comprensión interesada de la doctrina de la guerra no puede disociarse de los requisitos normativos generales. Las consideraciones de seguridad nacional deben tener en



cuenta las consecuencias de las acciones militares en las poblaciones locales en los escenarios de operaciones.

Históricamente, la evolución de las armas siempre ha buscado lograr una mayor distancia y destrucción, desde palos y piedras hasta lanzas, catapultas, pólvora, ametralladoras, cohetes y aviones. Hoy, el enfoque está en la discriminación, desarrollando armas que permitan un objetivo medido y preciso mientras se maximiza la eficiencia en términos de enfrentamiento al enemigo y protección de objetivos no intencionados. El éxito en una misión ahora se mide no solo por cuántos “malos” se eliminan, sino también por cuán cuidadosamente se minimiza cualquier daño a otros.

Las nuevas tecnologías, como los drones, se han convertido en algunas de las armas más discriminatorias disponibles. Aunque son desagradables por su zumbido, su capacidad de flotar y de supervisar áreas a baja altitud permiten a sus usuarios reducir los errores en la estimación y evaluación de las operaciones de objetivo, permitiendo una mayor precisión y minimización del daño colateral. La desventaja de estas tecnologías es que cambian el riesgo del atacante al atacado y pueden hacer que la guerra sea demasiado limpia, fácil y segura para el atacante, creando un incentivo para usarlas más de lo necesario.

En el campo cibernético, hay un creciente interés en usar la ciberguerra como una alternativa no cinética a la guerra tradicional, con el potencial de enfrentarse al enemigo sin los efectos de la fuerza cinética, aunque esto aún puede ser muy perjudicial.

Hay mucho debate sobre si los sistemas de armas autónomos y la IA en general pueden cumplir con las leyes de guerra, y quién debería ser considerado responsable cuando hay daño ilegal. Si bien estos sistemas pueden ser programados para cumplir con las leyes de guerra y se pueden desarrollar reglas de responsabilidad, la pregunta más interesante se refiere al valor del juicio humano y político independientemente del bienestar humanitario.

Para mí, hay cierto malestar con la idea de delegar decisiones sobre el asesinato a algoritmos, incluso si se puede demostrar que minimizan el daño humanitario. La guerra debería ser una decisión política, deliberada, tomada por un colectivo, y la externalización de decisiones sobre el asesinato a algoritmos es preocupante. Esto es especialmente



cierto al considerar la comprensión histórica y política de la guerra y su lugar en una democracia liberal. La decisión de usar la fuerza debería ser una cuestión de deliberación democrática, en lugar de ser entregada a sistemas automatizados.

También hay preocupaciones sobre el potencial de abuso y la escalada de conflictos debido a la creciente dependencia de las nuevas tecnologías. Por ejemplo, la ciberguerra puede llevar a consecuencias no deseadas y a la rápida propagación del conflicto más allá de los objetivos originales. Además, el potencial de piratería y mal uso de los sistemas de armas autónomas plantea preguntas sobre la seguridad y estabilidad de estos sistemas.

En conclusión, el avance de la tecnología en el conflicto armado ha cambiado significativamente la naturaleza de la guerra, con implicaciones para la protección de los derechos humanos y el cumplimiento del derecho internacional. Si bien las nuevas tecnologías pueden ayudar a reducir el daño a los civiles y mejorar la eficiencia de las operaciones militares, también plantean complejas preguntas éticas y legales. Es crucial considerar cuidadosamente las implicaciones de usar estas tecnologías y continuar desarrollando y refinando marcos legales y éticos para asegurar que se respeten los derechos humanos y el derecho internacional, incluso a medida que la naturaleza de la guerra continúa evolucionando.

IV. SU EXPERIENCIA COMO ASESOR LEGAL EN LAS FUERZAS DE DEFENSA DE ISRAEL ES UNA PARTE IMPORTANTE DE SU FORMACIÓN Y EXPERIENCIA. ¿CÓMO HA INFLUIDO ESTA EXPERIENCIA EN SU PENSAMIENTO ACERCA DE ASPECTOS PARTICULARES DEL DERECHO INTERNACIONAL RELACIONADO CON EL CONFLICTO ARMADO, COMO LAS LEYES DE LA GUERRA, LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO O LA PROTECCIÓN DE LOS CIVILES?

Primero que nada, en mi experiencia, los abogados son llevados a las discusiones operativas *in bello* mucho más que a las discusiones *ad bellum* (¿deberíamos usar la fuerza, por qué, cuál es la justificación...?). Esas decisiones son mucho más políticas. Una vez que se toman las decisiones políticas, se involucra a los abogados. De cierta forma, le



preguntan a los abogados, “lo estamos haciendo, ahora dime cómo hacerlo.”

Mi experiencia es que siempre hay un montón de discusiones sobre cuál debería ser el verdadero entendimiento del rol del asesor legal y qué significa dar consejo basado en la ley. Lo que encontré es que rara vez existe una respuesta de sí o no; hay preguntas más fáciles de responder con un sí o un no. La mayoría de las otras preguntas son preguntas sobre juicio (proporcionalidad, necesidad, precauciones, ocupación, y cómo interactuar con la población local).

Por todas las razones mencionadas anteriormente, no puede haber una respuesta legal que sea independiente de otros factores como la comprensión más amplia de las normas, las expectativas, la percepción de lo que estás haciendo, el efecto mediático, de cómo va a ser retratado, y cómo vas a explicar lo que estás haciendo. Uno de los roles del asesor legal es ayudar a los comandantes que en última instancia van a tomar la decisión a pensar sobre la complejidad de la elección y la multitud de factores que deben entrar en juego. Con el entendimiento de que no puedes simplemente pensar en tu misión militar u operacional, independiente de este ambiente social, político, normativo y legal más amplio.

Si soy verdaderamente exitoso, la forma de lograr que un comandante piense en esto no es amenazándolo con una persecución criminal, aunque en las Fuerzas de Defensa de Israel (FDI), ciertamente obtuvimos más atención una vez que se reavivó el derecho penal internacional y hubo preocupaciones sobre las persecuciones internacionales. El verdadero éxito es cuando los comandantes entienden este ambiente más amplio en el que operan y que tener en cuenta el ambiente complejo es clave para su éxito estratégico.

Una misión exitosa no depende solo de cuántos objetivos militares claramente definidos puedes eliminar, sino también de los efectos más amplios que esta operación conlleva para las poblaciones de ambos lados.

Ser un abogado en las FDI y en los Estados Unidos o en las fuerzas armadas británicas hoy en día es una misión muy diferente, en el sentido de que los compromisos militares estadounidenses y británicos ocurren a miles de kilómetros de casa. Aparte de eventos como el 9/11 o el



terrorismo esporádico que infectó a Europa con ISIS, los ciudadanos regulares no están implicados de ninguna otra manera. Las fuerzas armadas están compuestas por voluntarios, que eligen desplegarse a los teatros de combate. La situación en Israel y los desafíos para las FDI son muy diferentes. Los conflictos armados entre Israel y Hezbollah en el Líbano o Hamas en Gaza afectan a todos. Las poblaciones de todas las partes viven con miedo, son perjudicadas, son amenazadas. El campo de batalla está en casa. Además, los rangos inferiores entre los soldados israelíes son reclutados por ley. Son los hijos e hijas de todos. Son enviados al “campo de batalla” para proteger sus propios barrios y familias, a menudo mientras se escuchan sirenas y explosiones a su alrededor. Bajo esas condiciones, preguntas como, “¿Cómo balanceas el bienestar de los soldados y el bienestar de los civiles en un teatro enemigo?” son mucho más complicadas para un abogado israelí que para su homólogo americano con el que lidiar. Los cálculos de vidas humanas, de riesgo y precauciones, de ventaja militar y daño humanitario, tienen un tono diferente cuando la guerra está tan cerca y se siente más personal.

Los entrevistadores agradecen a la Profesora Blum por sus reflexiones, no solo sobre los aspectos teóricos de este tema tan complejo e interesante, sino también sobre su perspectiva personal acerca de lo que es vivir en una sociedad que está en un conflicto armado. Sus enseñanzas y experiencias serán sin duda muy enriquecedoras para nuestros lectores.



ACODI

ASOCIACIÓN COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL