

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA DÉCIMA EDICIÓN

Editorial

EL NUEVO PANORAMA DE LA MEDIACIÓN
INTERNACIONAL COMERCIAL: ACIERTOS EN LA
EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS DE TRANSACCIÓN Y
DESAÍOS EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA
CONVENCIÓN DE SINGAPUR

Felipe Volio Soley

ADDRESSING THE CLASH OF INTERESTS BETWEEN
INVESTMENT TREATY LAW AND INTERNATIONAL
CLIMATE CHANGE

Diego Piedra Trejos

REGISTRO DE HUELLA GENÉTICA DE CONDENADOS Y
DERECHOS HUMANOS: A PROPÓSITO DEL
ANTEPROYECTO DE LEY DEL REGISTRO GENÉTICO Y
OTROS DATOS DE IDENTIFICACIÓN EN EL SALVADOR

Lady Carolina Guzmán Marengo

A TEST FOR DISGORGEMENT UNDER THE UN
CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF
GOODS (CISG)

Jorge Arturo González Calderón y Valeria Alvarado Andrade

LIBERTAD RELIGIOSA: ¿LICENCIA PARA DISCRIMINAR?

Herman Duarte

ENTREVISTAS

Sr. Colin Rule, Vicepresidente de Resolución de Conflictos en
Línea en Tyler Technologies

Sr. Alfredo Bullard González, árbitro internacional y socio de
la firma peruana Bullard Falla Ezcurra.

X

EDICIÓN

I semestre
2020



ACODI

ASOCIACIÓN COSTARRICENSE
DE DERECHO INTERNACIONAL

CONSEJO EDITORIAL

Directores Generales:

Édgar E. Méndez Zamora
Felipe Volio Soley

Consejo Editorial:

Elia Naranjo Morelli
Luis Palacios Degwitz
Jimena Zamora Mora
Laura Zajaczkowska
Mariela Sanabria Hernández

Diseño gráfico:

Valeria Tiffer Hangen

La Revista Costarricense de Derecho Internacional es una publicación semestral de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.

Puede consultar todo su contenido en: www.acodicr.org

Edición Número 10

I semestre 2020

Fecha de publicación: 11 de marzo de 2020

San José, Costa Rica

ISSN: 2215-325X

CONSEJO ASESOR

Jaime Granados Brenes
Derecho del Comercio Internacional

Dyalá Jiménez Figueres
Derecho de Arbitraje Internacional

Juan José Obando Peralta
Derecho Internacional Privado

Elizabeth Odio Benito
Derecho Penal Internacional

Joseph Thompson Jiménez
Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mauricio Salas Villalobos
Derecho Internacional Público y Económico

ÍNDICE

05 Presentación de la décima edición.

EDITORIAL

06 **El nuevo panorama de la mediación internacional comercial: aciertos en la ejecución de los acuerdos de transacción y desafíos en el ámbito de aplicación de la Convención de Singapur**
Felipe Volio Soley

ARTÍCULOS

18 **Addressing the Clash of Interests Between Investment Treaty Law and International Climate Change Law.**
Diego Piedra Trejos

47 **Registro de huella genética de condenados y Derechos Humanos: a propósito del anteproyecto de ley del Registro Genético y Otros Datos de Identificación en El Salvador.**
Lady Carolina Guzmán Marenco

66 **A Test for Disgorgement under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG).**
Jorge Arturo González Calderón
Valeria Alvarado Andrade

84 **Libertad religiosa: ¿licencia para discriminar?**
Herman Duarte

ENTREVISTAS

101 **Colin Rule**
Vicepresidente de Resolución de Conflictos en Línea en Tyler Technologies.

114 **Alfredo Bullard González**
Árbitro internacional y socio de la firma peruana Bullard Falla Ezcurra.



COMPETENCIA INTERNACIONAL
EDUARDO JIMÉNEZ
de ARECHAGA



Presentación

Décima Edición



La X Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional presenta temas de muy diversa índole. Su contenido explora múltiples áreas tanto del derecho internacional público como del privado.

Primeramente, la nota editorial de esta edición explora la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacional Resultantes de la Mediación. Hace un repaso de su ámbito de aplicación, compara su función con la famosa Convención de Nueva York de 1958 y, finalmente, hace una valoración de sus ventajas y sus limitaciones.

De seguido, el abogado costarricense Diego Piedra Trejos, máster en Derecho Internacional Público por la London School of Economics and Political Science, pone en una balanza los intereses contrapuestos que derivan de dos ramas independientes pero interconectadas del derecho internacional: el Derecho de los Tratados de Inversión y el Derecho Internacional del Cambio Climático.

Por su parte, Lady Carolina Guzmán Marengo, abogada salvadoreña con experiencia en Derechos Humanos y Derecho Penal, analiza, desde una perspectiva de Derechos Humanos, un anteproyecto de ley del Estado salvadoreño que pretende crear una base de datos de huellas digitales.

Jorge Arturo González y Valeria Alvarado, estudiantes de la carrera de derecho de la Universidad de Costa Rica, se adentran en el ámbito en el derecho comercial internacional, para explorar la posibilidad de que una empresa pueda reclamar las utilidades vinculadas al incumplimiento contractual de su contraparte, bajo la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("CISG").

Por último, Herman Duarte, máster en arbitraje internacional comercial por la Universidad de Estocolmo, delimita los alcances del derecho fundamental a la libertad religiosa y explica que éste no debe justificar actos de discriminación.

La entrevista de esta edición nos fue amablemente concedida por dos eminentes profesionales: el señor Colin Rule, exdirector de la plataforma en línea de resolución de conflictos de eBay y PayPal y el señor Alfredo Bullard González, reconocido arbitro internacional peruano. El señor Rule nos habla sobre el futuro de la resolución de conflictos con el advenimiento del internet y las otras nuevas tecnologías, mientras que el señor Bullard nos habla sobre diversos aspectos relacionados al arbitraje comercial y de inversión en América Latina.

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

Édgar E. Méndez Zamora

Director General

Felipe Volio Soley

Director General

El nuevo panorama de la mediación internacional comercial: aciertos en la ejecución de los acuerdos de transacción y desafíos en el ámbito de aplicación de la Convención de Singapur

Felipe Volio Soley
Director General

Introducción. La mediación está avanzando como una de las formas de Resolución Alternativa de Conflictos (“RAC”) más efectivas a nivel internacional.¹ Mediante este proceso, un mediador facilita la conversación entre las partes para que ellas puedan resolver sus diferencias por medio de un acuerdo de transacción. Las partes se someten a la mediación de manera voluntaria y el mediador no goza de fuerza vinculante para imponer un acuerdo entre las partes. Si la mediación fracasa, el conflicto probablemente escale a un litigio o a un arbitraje. Si la mediación resulta exitosa, las partes y el mediador firman un acuerdo de transacción y el conflicto, en principio, debería terminar. En la práctica, sin embargo, existen partes renuentes a cumplir con el acuerdo de transacción al que se comprometieron. El problema se acentúa si las partes tienen sus establecimientos mercantiles en países diferentes, lo cual dificulta la ejecución del acuerdo por problemas en la uniformidad de normas y falta de reglas claras para aceptar acuerdos de transacción. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de

¹ Paul E. Mason, *What’s Brewing in the International Commercial Mediation Process: Differences from Domestic Mediation and Other Things Parties, Counsel, and Mediators*

Should Know, en 66 *Dispute Resolution Journal*, p. 64-66 (2011)

EDITORIAL

Transacción Internacional Resultantes de la Mediación del 2019 (“**Convención de Singapur**” o la “**Convención**”) representa un avance importante pero limitado a la mediación internacional.

Solucionar problemas comerciales en una etapa de gestación temprana de la disputa le ahorra costos legales considerables a las empresas.² La mediación, en ese sentido, es reconocida como uno de los procesos más económicos y expeditos actuales que existe y ayuda a preservar las relaciones comerciales entre las partes disputantes.³ Asimismo, la mediación permite el ahorro de costos estatales en administración de justicia.⁴ Por ello, principalmente, la mediación doméstica en diversas jurisdicciones es muy utilizada, pero no así la mediación internacional por los problemas que existen en su ejecución.⁵

Las empresas han sido renuentes a utilizar la mediación internacional por sus problemas en la ejecución. La falta de un mecanismo multilateral de

ejecución de acuerdos de transacción ha sido trasdental en su falta de utilización.⁶ La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“**CNUDMI**”) ha realizado diversos esfuerzos para combatir este problema. Anteriormente, el único instrumento que existía sobre la mediación internacional era la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional del 2002 (“**Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación del 2002**”), pero no tenía ninguna norma sobre la ejecución de los acuerdos de transacción.⁷ Ante este panorama y al considerar dichos obstáculos, la Convención de Singapur busca como propósito principal promover el uso de la mediación para resolver las disputas comerciales internacionales.⁸ Esta Convención es considerada como el *big bang* de la mediación internacional.⁹

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el 20 de diciembre de 2018 la Convención de Singapur en su Sesión No. 73. La delegación de Estados Unidos propuso inicialmente la idea de una

² El costo es y ha sido por varios años la peor característica del arbitraje de conformidad con la encuesta realizada en el 2018 por Queen Mary University y White & Case LLP disponible en: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF)

³ Laura Kaster, *Will there be a vast worldwide expansion of mediation for international disputes?*, en *Appropriate dispute solutions*, Vol. 33 No. 8, p. 121 (2015)

⁴ Mark E. Appel, *A done deal for states and investors the new UN Convention on ISA Resulting from Mediation - Construction Law Journal*, p. 483 (2020)

⁵ Laura Kaster, *Will there be a vast worldwide expansion of mediation for international disputes?*, en *Appropriate dispute solutions*, Vol. 33 No. 8, p. 121 (2015)

⁶ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, en *Pepp Disp. Resol. L.J.*, Vol. 19.1, p. 2 (2019)

⁷ Ver texto completo en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-conc/03-90956_Ebook.pdf

⁸ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, en *Pepp Disp. Resol. L.J.*, Vol. 19.1, p. 2 (2019)

⁹ Sala Sihombing, *UNCITRAL Convention, Mediation's Big Bang: Can Mediation Challenge Arbitration's Dominance?*, en *Australasian Dispute Resolution Journal*, Vol 30 (2019)

convención de mediación internacional en el 2014, en el Grupo de Trabajo II de CNUDMI. Lograr un consenso entre las diversas delegaciones no fue fácil. Esto no sucedió sino hasta el 7 de febrero de 2017, cuando Israel presentó una propuesta con el apoyo de varios Estados que sirvió de base para la Convención.¹⁰ La Convención rige desde el 7 de agosto de 2019 y a la fecha ha sido ratificada por 46 Estados.¹¹

El propósito de esta editorial es analizar el ámbito de aplicación de la Convención de Singapur y los desafíos y aciertos que puedan interesar al Derecho Internacional. Seguidamente se analizarán: (1) los requisitos que deben cumplir los acuerdos de transacción para que les aplique la Convención; (2) las materias excluidas de la Convención; (3) la relación entre la Convención de Singapur y la Convención de Nueva York; (4) los temas relacionados con la Ratificación de la Convención y las Reservas. Finalmente, la conclusión abordará (5) los desafíos que enfrenta la Convención en el futuro.

1. Requisitos para la aplicación de la Convención de Singapur.

En términos generales, la Convención de Singapur aplica a los acuerdos de transacción que, de conformidad con el Artículo 1.1 de la Convención, (i) resultan de la mediación, (ii) son celebrados por escrito, (iii) son comerciales¹² y (iv) son internacionales.¹³ Asimismo, (v) el *situs* de la mediación es irrelevante debido a la ausencia de una sede de mediación.

i. Acuerdos que resulten de la mediación.

El Artículo 2(3) de la Convención establece que “*se entenderá por ‘mediación’ cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (‘el mediador’) que carezcan de autoridad para imponerles una solución.*” El primer elemento a destacar es que la Convención le resta importancia a la nomenclatura que se utilice para

¹⁰ Esta propuesta se basó en 5 propuestas claves.

¹¹ Afganistán, Arabia Saudita, Bielorusia, Belice, Brunei, Chile, China, Colombia, Congo, Corea del Sur, Estados Unidos, Eswatini, Fiji, Filipinas, Georgia, Grenada, Haití, Honduras, India, Irán, Israel, Jamaica, Jordán, Kazajistán, Laos, Malasia, Maldivas, Mauritius, Montenegro, Nigeria, Macedonia del Norte, Palau, Paraguay, Qatar, República Democrática del Congo, Samoa, Serbia, Sierra Leona, Singapur, Sri Lanka, Timor del Este, Turquía, Uganda, Ucrania, Uruguay y Venezuela.

¹² Se excluyen las disputas propias del derecho de familia, sucesorio, o laboral por considerarse que pueden tener mayores implicaciones con el orden público de las diversas jurisdicciones.

¹³ Es importante acotar que para que la Convención aplique no es necesario que las partes hayan pactado un acuerdo previo para mediar, a diferencia del arbitraje y la cláusula arbitral. Ante la ausencia de tal requisito, es posible que las partes medien sobre los temas adicionales que consideren pertinentes dentro de la mediación y en principio no deberían verse restringidas al abarcar otros temas que inicialmente no estaban previstos. Es decir, en la mediación las partes son libres de resolver las disputas que consideren pertinentes y no debería haber restricciones procesales como las hay en el caso del arbitraje, en donde únicamente se pueden arbitrar las controversias cubiertas por la cláusula arbitral.

definir a la mediación, siempre y cuando se cumpla con la esencia de dicho proceso. Es decir, las partes pueden llamarla conciliación u de otra manera distinta. De hecho, los redactores señalaron que el término mediación y conciliación se utilizan de manera intercambiable y que el motivo por referirse a ella como mediación en lugar de conciliación (como con la Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación del 2002) no representa ninguna implicación conceptual o sustancial significativa.¹⁴ Lo importante es que mediante dicho proceso haya una controversia, que las partes traten amistosamente de solucionarla con la asistencia de un tercero, y que el tercero carezca de autoridad para imponer una decisión. La Convención no exige ningún requisito específico para ser mediador y deja a la legislación doméstica la regulación de ese aspecto.

ii. Acuerdo celebrados por escrito.

El requisito del “*acuerdo por escrito*” del acuerdo de transacción es idéntico al del Artículo II (1) de la Convención de Nueva York. Los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York confirman que el propósito de este requisito

consiste en descartar los acuerdos verbales.¹⁵ Lo mismo puede afirmarse sobre la Convención de Singapur. El acuerdo por escrito también incluye las comunicaciones electrónicas.¹⁶ En el caso de la Convención de Singapur, es importante que el acuerdo de transacción conste por escrito para aportarle a las cortes (en donde se pretenda ejecutar el acuerdo de transacción) evidencia sobre los términos y el contenido del acuerdo al que llegaron las partes.¹⁷ La parte que pretenda ejecutar el acuerdo debe demostrar también que dicho acuerdo surgió de una mediación. Para demostrar lo anterior basta la firma del mediador dentro del acuerdo de transacción o en un documento separado, que haga constar los términos del acuerdo.

iii. Acuerdos comerciales.

La Convención de Singapur no define el término “*comercial*”.¹⁸ No obstante, al analizar su predecesora – le Ley Modelo CNUDMI sobre Conciliación del 2002– destaca la nota al pie de página del Artículo 1 que señala que “[d]ebe darse una interpretación amplia al término “*comercial*” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial,

¹⁴ Convención de Singapur, Texto A/CN.9/942 ps. 4 y 9. Esto es importante pues en algunas jurisdicciones el término conciliación es más formal.

¹⁵ Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958*, Asser Institute, p. 196 (1981)

¹⁶ Convención de Singapur, Texto A/CN.9/942, p.3.

¹⁷ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, en Pepp Disp. Resol. L.J, Vol. 19.1, p. 28 (2019)

¹⁸ El Grupo de Trabajo consideró en un principio limitar el ámbito de aplicación de la Convención a acuerdos comerciales entre comerciantes únicamente. Asimismo, hubo propuestas de seguir la definición del término “comercial” establecido en la Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje y los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Ver: <https://undocs.org/en/A/CN.9/WG.II/WP.188>

contracutales o no.” En tal sentido, dicha nota enumera una lista no exhaustiva de relaciones comerciales que comprende, entre otras, las siguientes operaciones: “*cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo de explotación o concesión, empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial, y de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera*”. Esta nota al pie de página, que no ha sido modificada por la Ley Modelo de Conciliación del 2018, sirve para interpretar el término comercial establecido en el Artículo I de la Convención de Singapur de manera amplia.¹⁹

Es importante, sin embargo, destacar que dentro de la lista de materias descritas como comerciales no se incluyen las transacciones tecnológicas explícitamente. Las transacciones tecnológicas sí están incluidas implícitamente dentro del término

“*cualquier operación comercial de (...) intercambio de bienes o servicios (...)*”.

La Convención permite a cualquiera –inclusive a una persona de derecho público, mientras realicen transacciones comerciales dentro del *ius gestionis*²⁰– la posibilidad de que le aplique la normativa, salvo que uno de los Estados haya realizado la Reserva del Artículo 8(1) de la Convención, que será analizado *infra*.

iv. Acuerdos internacionales.

El requisito sobre el carácter internacional del acuerdo de transacción da importancia al “*momento de celebrarse*” el mismo.²¹ Es decir, al analizar si el acuerdo de transacción cumple o no con el requerimiento de internacionalidad, no tienen relevancia los elementos de internacionalidad que ocurren de manera *posterior* o *anterior* a la celebración del acuerdo de transacción y únicamente tienen relevancia las circunstancias existentes *al momento* de la celebración del acuerdo.²² Los factores determinantes al analizar la internacionalidad del acuerdo son dos: la identidad

¹⁹ Eunice Chua, *Enforcement of International Mediated Settlement Agreements in Asia: A Path Towards Convergence*, en *Asian International Arbitration Journal*, p. 6 (2019)

²⁰ Mushegh Manukya, *Singapore Convention Series: A Call For A Broad Interpretation Of The Singapore Mediation Convention In The Context Of Investor-State Dispute*, en *Kluwer Mediation Blog*, p. 2 (2019)

²¹ Artículo 1.1 de la Convención de Singapur

²² Por ejemplo, si una parte cambia su establecimiento mercantil después de la celebración del acuerdo de transacción, dicho elemento no podría ser tomado en consideración para efectos de la internacionalidad del acuerdo de transacción. Asimismo, los aspectos de nacionalidad no tienen relevancia sino el establecimiento de las Partes.

de las partes en cuestión y el momento de la celebración del acuerdo.²³

El Artículo 1 de la Convención define el carácter internacional del acuerdo de transacción.²⁴ Establece que un acuerdo de transacción es internacional si las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Asimismo, aunque tengan sus establecimientos en el mismo Estado, el acuerdo se puede considerar como internacional, si una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción se cumple en otro Estado²⁵, o si existe otro Estado más estrechamente vinculado con el objeto del acuerdo de transacción.²⁶ De igual manera, es posible optar voluntariamente por la aplicación de la Convención.

- v. El *situs* de la mediación es irrelevante debido a la ausencia de una sede de mediación.

El lugar en donde se lleva a cabo la mediación y en donde se emite el acuerdo son irrelevantes para efectos de determinar el carácter internacional del

acuerdo de transacción. Un elemento característico de la Convención de Singapur es que bajo su marco se optó por descartar el concepto de una sede de mediación internacional. La Convención de Singapur optó entonces por una deslocalización del lugar en donde se lleva a cabo el acuerdo de transacción para efectos del proceso de ejecución. Esta decisión representa un acierto, por ser acorde con la realidad comercial.

En primer lugar, la deslocalización de una sede de mediación resulta especialmente pertinente al considerar las diversas formas actuales de *Online Dispute Resolution* (“**ODR**”). Al aumentar los procesos de mediación electrónica, cobra mayor importancia la libertad de las partes durante el proceso y encontrar soluciones que no estén apegadas a ningún sistema legal.²⁷ Por ejemplo, puede haber un caso en donde la empresa A tiene su establecimiento en el Estado 1 y la empresa B tiene su establecimiento en el Estado 2. Al momento de celebrarse la mediación, los representantes de las empresas se encuentran físicamente en Estados diferentes (Estado 3 y

²³ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, en Pepp Disp. Resol. L.J, Vol. 19.1, p. 20 (2019)

²⁴El Artículo 1 señala dice que el acuerdo es internacional cuando:

“(a) Al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en Estados diferentes; o

(b) El Estado en que las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos no es:

(i) El Estado en que se cumple una parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo de transacción; o

(ii) El Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo de transacción.”

²⁵ Ver el caso *Fung Sang Trading Limited v Kai Sun Sea Products and Food Company Limited*, 29 de octubre de 1991, Corte Suprema de Hong Kong

²⁶ Ver el caso *D Heung and Associates, Architects and Engineers v Pacific Enterprises (Holdings) Company Limited*, 4 de mayo de 1995, Corte Superior de Hong Kong

²⁷Meidanis Haris, *International Enforcement of Mediated Settlement Agreements: Two and a Half Models, Why and How to Enforce Internationally Mediated Settlement Agreements*, en 85(1) Arbitration 49, p. 53–54 (2019)

Estado 4), y a la hora de realizar la mediación, el mediador se encuentre en el Estado 5. A toda la transacción le aplica la ley del Estado 6.²⁸ En estos casos resulta clara la dificultad de localizar una sede de mediación y lo poco práctico que sería para las partes involucradas contar con tal ficción legal. Por ello, la ausencia de una sede de mediación es acorde con la realidad comercial.

En segundo lugar, la ausencia de una sede de mediación implica que el acuerdo de transacción no pueda ser anulado (*set aside*, en inglés) por su vinculación con el *situs* en donde se emitió el acuerdo de transacción. Esta característica difiere del arbitraje. El Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York dota de importancia a la sede en el arbitraje²⁹ pues el laudo arbitral puede no ser reconocido o ejecutado si se logra demostrar “*que la sentencia (...) ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.*”³⁰ Esta norma hace referencia a la sede del arbitraje y dicha situación no aplica con la Convención de Singapur por no existir el concepto de una sede de mediación. Por lo tanto, en el caso de la mediación, no hay ninguna jurisdicción que tenga el poder de anular el acuerdo de transacción

y cuya decisión sea vinculante o relevante para otras jurisdicciones por no existir una sede como tal.³¹

Finalmente, al descartar un concepto de una sede de mediación, la Convención opta por brindarle una marcada importancia al Estado en el que se va a ejecutar el acuerdo de transacción. Esto sucede porque tal acuerdo de transacción debe cumplir los requisitos de la normativa procesal del Estado donde se va a ejecutar.³² Asimismo, el acuerdo de transacción debe cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 4 de la Convención, y no debe caer bajo uno de los supuestos establecidos en el Artículo 5 de la Convención.

En suma, la Convención de Singapur aplica a los acuerdos de transacción que (i) resultan de la mediación, (ii) son celebrados por escrito, (iii) son comerciales, y (iv) son internacionales. Asimismo, el lugar donde se lleva a cabo la mediación es irrelevante pues, la Convención optó por descartar el concepto de una sede de mediación. El elemento fundamental para la ejecución del acuerdo de transacción es que se cumplan los requisitos legales establecidos del Estado donde se va a ejecutar.

²⁸ Timothy Schnabel, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, en Pepp Disp. Resol. L.J., Vol. 19.1, p. 21 (2019)

²⁹ Alastair Henderson, *Lex arbitri, procedural law and set of the arbitration: Unravelling the laws of the arbitration process*, en Academy of Law Journal, p. 887 (2014)

³⁰ Artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York

³¹ Nadja Alexander y Shouyu Chong, *Article 1, Scope of Application*, en Kluwer International, p. 26 (2019)

³² Ver el Artículo 3.1 de la Convención de Singapur que señala que “*cada Parte en la Convención ordenará la ejecución de los acuerdos de transacción de conformidad con sus normas procesales (...)*”

2. Materias excluidas de la Convención de Singapur.

La Convención tiene un ámbito limitado de aplicación. Excluye su aplicación si una de las partes participa con fines personales, familiares, o domésticos, o el asunto está relacionado con derecho de familia, sucesorio o laboral.³³ Muchas de estas materias no son disponibles, y tienen mayor tendencia a impactar el orden público de los Estados y consecuentemente no quedarían sujetas a un acuerdo de transacción. La Convención no aplica a los acuerdos de transacción que hayan sido dispuestos por un órgano judicial o que hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.³⁴

El motivo por el cual se excluyen los acuerdos de transacción que puedan ser ejecutables como sentencias o como laudos arbitrales es que ya existe otra convención específica para tales propósitos: la Convención de la Haya para las sentencias judiciales y la Convención de Nueva York para los laudos arbitrales. El propósito de la Convención de Singapur no es entonces suplir o remplazar a estas dos convenciones anteriores sino llenar el vacío que existía con los acuerdos de transacción.

3. La relación entre la Convención de Singapur y la Convención de Nueva York.

La Convención de Singapur es comparada frecuentemente con su antecesora de 1958 en materia arbitral: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “**Convención de Nueva York**”). La Convención de Singapur también es conocida como la “Convención de Nueva York de la mediación”. A pesar de las similitudes entre estas dos Convenciones, la creación de un propio instrumento de ejecución para los acuerdos de la mediación como la Convención de Singapur resulta necesario. Aunque una línea doctrinaria minoritaria sostiene que no es necesario un instrumento como la Convención de Singapur³⁵, en realidad, los acuerdos resultantes de la mediación no podrían ejecutarse bajo la Convención de Nueva York aún cuando se transen antes del arbitraje.³⁶ Esto porque la Convención de Nueva York aplica únicamente a los laudos arbitrales, como su título lo indica. ¿Puede entonces un acuerdo de mediación materializarse en un laudo arbitral y ejecutarse bajo la Convención de Nueva York? Esto dependerá si

³³ Artículo 1.2 de la Convención de Singapur. Esta nomenclatura proviene del Artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

³⁴ Artículo 1.3 de la Convención de Singapur

³⁵ Ver: Brette Steele, *Comment, Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards Under the New York Convention*, en 54 UCLA L. REV. p. 1385-1386 (2007)

³⁶ Christopher Newark y Richard Hill, *Can a Mediated Settlement Agreement become an enforceable arbitration award?*, en 16 Arbitration International, No. 1, p. 81 (2000)

el acuerdo de transacción o mediación se pactó antes o durante el proceso arbitral.

Si el acuerdo de transacción se materializó durante el arbitraje (es decir, antes de que se dicte el laudo pero después de que haya iniciado el arbitraje), sí es posible que dicho acuerdo se materialice en un laudo y sea ejecutado bajo la Convención de Nueva York. En ese sentido, de conformidad con el Artículo 30 (2) de la Ley Modelo de Arbitraje Internacional Comercial de 1985 con las enmiendas del 2006 (“**Ley Modelo**”), si durante el proceso arbitral las partes llegan a una transacción que resuelva la disputa, el tribunal arbitral hará constar la transacción en forma de laudo arbitral y este tendrá “*la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio*”.

La situación es distinta si el acuerdo de transacción se pactó *antes* del inicio del arbitraje. En esta situación, para intentar forzar la aplicación de la Convención de Nueva York, se podría intentar materializar el acuerdo de transacción (mediación) en la forma de un laudo arbitral y posteriormente, intentar ejecutar ese laudo arbitral bajo la Convención de Nueva York.³⁷ Esta opción, sin embargo, conlleva varios riesgos.

El Artículo I (1) de la Convención de Nueva York limita la aplicación de este instrumento a cuando hay diferencias entre personas. Ello cobra sentido pues si no hay controversias no hay necesidad de arbitrar. La existencia de un conflicto es inherente al arbitraje. Si las partes llegan entonces a un acuerdo antes de iniciar el arbitraje, ellas no podrían iniciar este proceso pues ya para ese momento no habría ninguna diferencia que resolver. La Convención de Nueva York no cubre entonces los acuerdo de transacción (mediación) que se celebraron o pactaron antes del inicio del proceso arbitral.³⁸

Ante este panorama, si una de las partes se rehúsa a cumplir el acuerdo de transacción, la parte que busque ejecutar el acuerdo de transacción tendría que acudir a las cortes del Estado de su contraparte o dónde esta tenga activos. Este proceso es largo, y las formalidades requeridas no son uniformes. El proceso es como si estuviera ejecutando cualquier otro contrato³⁹ lo cual implica además incurrir en una serie de costos legales en una jurisdicción extranjera. Asimismo, es posible que la corte extranjera no reconozca el acuerdo de transacción por estar firmado por un nacional de otra

³⁷ Actualmente, hay diversas formas de combinación recientes que han surgido entre la mediación y el arbitraje como Med-Arb. El Med-Arb es un híbrido en donde si la mediación fracasa, el mediador asume el rol del árbitro. Al respecto, ver: <https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/what-is-med-arb/>

³⁸ Lacey Yong, *UNCITRAL approves draft treaty to enforce mediated settlements*, en Global Arbitration Review, (29 de junio de 2018)

³⁹ Alison G. Fitzgerald, *The Singapore Mediation Convention, An update on developments in enforcing mediated settlement agreements*, en Norton Rose Fulbright (2019)

jurisdicción o por no cumplir con ciertas formalidades.

La creación de una convención de mediación resultaba necesaria, pues, aunque la Convención de Singapur tiene su origen en la de Nueva York, esta última (Nueva York) no siempre aplica a los acuerdos de transacción a los que sí les puede aplicar la primera (Singapur).

4. Ratificación de la Convención y Reservas.

La Convención aplica, en términos generales, cuando los Estados de las partes del acuerdo de transacción han ratificado la Convención.⁴⁰ No obstante, el Artículo 8 de la Convención trata el tema de las Reservas y reduce de manera significativa el ámbito de aplicación de la Convención.

En tal sentido, el Artículo 8(1)(a) de la Convención permite a los Estados realizar una declaración de que no aplique la Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte, en términos amplios, cualquier entidad estatal.⁴¹ Esta reserva reduce el ámbito de aplicación de la Convención, pues aquellas empresas estatales que realicen

transacciones comerciales se verían limitadas de gozar de los beneficios de la Convención.

El Artículo 8(1)(b) de la Convención es mucho más crítico y desnaturaliza, en el criterio de esta editorial y en caso de que el Estado realice la reserva, la efectividad de la aplicación de la Convención como tal. Este numeral permite que la Convención aplique “*solo en la medida en que las partes en el acuerdo de transacción hayan consentido en que se aplique*”. Es decir, sólo aplica la Convención si las partes así lo disponen expresamente dentro del acuerdo de transacción, lo que en la práctica jurídica se conoce como un *opt in*. Requerirle a las partes prever la aplicación de la Convención en el acuerdo de transacción resulta poco práctico y formalista. Asimismo, tal y como lo estableció la delegación de Canadá dentro del Grupo de Trabajo, cuando las partes entran en un acuerdo se presupone que estas tienen la intención de cumplirlo; consecuentemente, las partes no deberían realizar manifestaciones posteriores que aclaren que desean darle validez y efecto al acuerdo que voluntariamente pactaron.⁴²

Por ende, si los Estados deciden adoptar las reservas que permite el Artículo 8, se desnaturalizaría el propósito de la Convención.

⁴⁰ Tal y cómo se mencionó anteriormente, es irrelevante si el Estado en donde se acordó el acuerdo de transacción ha ratificado o no la Convención.

⁴¹ El Artículo 8(1) de la Convención señala que: “*No aplicará la presente Convención a los acuerdos de transacción en los*

que sea parte, o en los que sea parte cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, en la medida que se establezca en la declaración”.

⁴² Sesión No. 63, del 8 de setiembre de 2015

5. Conclusión.

A pesar del poco tiempo bajo el cual ha estado vigente la Convención de Singapur (5 meses desde la fecha de publicación de esta Editorial), la comunidad internacional ya ha experimentado un aumento en la ejecución de acuerdos de transacción provenientes de la mediación.⁴³

La Convención de Singapur representa un acierto significativo en el ámbito de la mediación internacional y la ratificación de este instrumento debe ser incentivado para los Estados que aún no son parte.

Para que el éxito de la Convención de Singapur se asemeje al de la Convención de Nueva York, es necesario que más Estados la ratifiquen a nivel internacional, pues el éxito de la Convención de Nueva York radica, en parte, en la gran cantidad de Estados que la han ratificado.

Uno de los principales desafíos de la Convención de Singapur es entonces conseguir la ratificación de más Estados, pero sin que ellos opten por las reservas que permite el Artículo 8 de la Convención, pues, de lo contrario, su uso práctico carecería de sentido, por exigir un *opt-in* de la Convención, carente de sentido.

La ausencia de una sede de mediación representa también un acierto de la Convención que corresponde a la realidad comercial internacional. No obstante, es importante eliminar los formalismos que pueden requerir ciertas legislaciones domésticas y aspirar por lograr cierta armonización en los requisitos que deben cumplir los acuerdos de transacción.

Las nuevas formas de resolución alterna de disputas que mezclan el arbitraje y la mediación (Cláusulas Arb-Med y Med-Arb) representan también un desafío para los acuerdos de transacción resultantes de la mediación internacional. Ello sucede porque en varias jurisdicciones es inaceptable que una misma persona actúe como mediador y árbitro en la misma disputa, por la información confidencial que pudo haber obtenido el árbitro mientras acutaba como mediador.⁴⁴ Este tema puede traer problemas en la ejecución de los acuerdos de transacción.

El desafío principal consiste en eliminar la resistencia que existe a nivel internacional en torno a la mediación⁴⁵ y resaltar los beneficios que existen al optar por este mecanismo de resolución de disputas. El ahorro de recursos (costo y tiempo)

⁴³ Nadja Alexander, *Singapore Case Note: Enforceability of settlement agreements*, en Kluwer Mediation Blog, (2019)
⁴⁴ Peter Berger y Ole Jensen, *The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement*, en *International Commercial Arbitration Review*, p. 63 (2017)

⁴⁵ Carrie Menkel-Meadow, *The Future of Mediation Worldwide: Legal and Cultural Variations in the Uptake of or Resistance to Mediation*, en *Essays on Mediation: Dealing with Disputes in the 21st Century, Global Trends in Dispute Resolution*, Ian Macduff (ed.), p. 29 (2016)

y la preservación de las relaciones comerciales son ventajas importantes en el ámbito comercial.

Lo importante es que la Convención de Singapur fortalece la ejecución de los acuerdos de transacción resultantes de la mediación internacional y promueve el uso de la mediación como una forma efectiva de resolución alterna de conflictos.

Addressing the Clash of Interests Between Investment Treaty Law and International Climate Change Law

Diego Piedra Trejos*

Resumen: *El derecho internacional de inversión ha sido ampliamente criticado por priorizar intereses económicos y colocar al poder regulatorio en segundo plano. Estas críticas incrementarán con la intensificación de los efectos de la crisis climática donde los Estados necesitan modificar y emitir nuevas regulaciones para cumplir con el derecho internacional de cambio climático. Esta situación tenderá a cambiar la situación de muchas industrias de alta emisión de carbono y, por ende, nuevos casos de arbitraje de inversión. En este contexto, el presente artículo cuestiona cuáles serían algunos de los choques de intereses entre el derecho de inversión y el de cambio climático. El artículo compara los fundamentos de ambos regímenes de derecho internacional para examinar cuáles choques de intereses pueden debilitar el desarrollo sostenible.*

Palabras claves: *cambio climático, derecho de inversión, derecho internacional, arbitraje internacional, tratados de inversión, desarrollo sostenible.*

Abstract: *Investment treaty law is criticised for having a bias in favour of economic interests where the regulatory power occupies a second place. Critics will increase with the climate crisis on the rise as States need to amend or issue new regulations to comply with international climate change obligations. This situation is likely to trigger changes in some carbon-intensive foreign investments and, therefore, new cases of investment arbitration. With these points in mind, the present article questions what kind of clash occurs between investment treaty law and climate change law. The article compares the rationales of both regimes of international law to examine what are the causes that can undermine sustainable development.*

Key words: *climate change, investment law, international law, international arbitration, investment treaties, sustainable development.*

* Diego Piedra Trejos is a Costa Rican attorney. He holds an LL.M. degree in Public International Law from the London School of Economics and Political Science. Contact information: piedratrejos@gmail.com.

1-) Introduction

The interaction between Investment Treaty Law (ITL) and International Climate Change Law (ICCL) is a matter of current concern in the international scholarship. Despite the early stage of climate change related disputes in Investor-State Dispute Settlement (ISDS), the debate originates because both regimes of Public International Law (PIL) represent different international obligations for the State with a potential clash between them. On the one hand, ICCL fosters a shift of the global economy and challenges carbon-intensive industries. On the other hand, ITL emerged to protect the economic stability of many of those industries (e.g. fossil fuels and coal) from developed countries operating in developing countries.

Climate change is changing law, regulation and economics as its effects become more tangible and significant. In this regard, climate change is on the two sides of the same coin of international investment law. On one side, climate change provides investors with an opportunity for growth. The urgency of response and the obligations that States have acquired under ICCL indicate a favourable scenario for promoting low-carbon investments. As one of the global leaders on climate change, Christiana Figueres, argues:

“Investors are seeing a tipping point in terms of climate change and more investors are now taking the risks into account when allocating funds (...) The growing interest of investors in low-carbon activity will (...) determine the global response to climate change much more than the actions.”¹

On the other side, it is common to hear that climate change matters more than anything else and thus States will drastically take measures to control GHG emissions and to adapt to climate change. This will generate negative impacts on different industries. For example, Joshua Busby states:

“... there are myriad potentially contentious policies governments might enact in response to changing climate conditions. Banning exports of newly scarce resources, acquiring land overseas, mandating the use of biofuels, enacting rules to conserve forests, and a thousand other choices *will all create winners and losers and inflame domestic and international tensions*. As fears grow of runaway climate change, governments will be increasingly tempted to take drastic unilateral steps such

¹ Fiona Harvey, ‘Businesses will act on climate despite Trump, says ex-UN climate chief’ *The Guardian* (London, 1

June, 2018) <<https://www.theguardian.com/environment/2018/jun/01/businesses-will-act-on-climate-despite-trump-says-ex-un-climate-chief>> accessed 1 August 2018.

as geoengineering, which would prove immensely destabilizing.”² (emphasis added)

On the face of it, both ICCL and ITL can provide a legal environment framework for the investors to contribute with the developing countries (normally host States under ITL). For example, through renewable energies or technologies facilitating adaptation to climate change. The problem is when both sides of the same coin do not match easily. That is, when a State cannot afford any more high-carbon investments because of the devastating effects of climate change or because international commitments require States to limit such investments. In that case, ITL tribunals must decide whether that limitation is or not a breach to the standards of protection of the investors.

Within this context, the debate can be seen through two main perspectives. Van Harten states that ITL authorizes arbitrators to ‘scrutinize virtually any sovereign act of the states that may affect the assets of a foreign investor.’³ This position also warns the chilling effect of ITL for the regulatory power regarding environmental purposes where ICCL is certainly situated. Waelde and Kolo argue that ITL

is a mechanism that facilitates environmental protection.⁴ This essay examines Van Harten’s contention. It aims to understand if there is a clash between ITL and ICCL. And if there is a discrepancy, what kind of clash is it? Is it about principles and norms or is it more about political and economic interests? It highlights the potential of legal conflicts to delay or obstruct the urgent limitation of global temperature rise.⁵ For example, compensation to foreign investors caused by regulation could render climate change policies unmanageable, as governments will be crippled by claims for compensation.⁶

Firstly, this essay considers the fragmentation phenomenon of PIL as the context that triggers the potential clash between these regimes of PIL. Secondly, it examines different essential principles of ICCL that are related to investment and are expected to inform regulation to tackle climate change. Thirdly, this essay examines how are those core principles of ICCL assessed in ITL, through particular institutions such as the standards of protection of investments and the ISDS mechanism. Through the examination of this interaction, this essay argues that the solution to the fragmentation

² Joshua Busby ‘Warming World: Why Climate Change Matters More Than Anything Else’ (2018) *Foreign Affairs*, July/August, 49-55, 54.

³ Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, Oxford 2007) 93.

⁴ Thomas Waelde and Abba Kolo, ‘Environmental Regulation, Investment Protection and Regula-

tory Taking in International Law’ (2001) 50 *Int'l & Comp. L.Q.* 811, 814.

⁵ María Pía Carazo and Daniel Klein ‘Implications for Public International Law: Initial Considerations’ in Klein and others (eds), *The Paris Agreement on Climate Change* (Oxford University Press, Oxford 2017) 394

⁶ Waelde and Kolo, 839.

between ITL and ICCL needs more than harmonization of norms between both regimes. ITL has to embrace the promotion of sustainable economic development.

2-) Fragmentation of International Law: Fostering Clashes

The potential clash between ITL and ICCL is originated by the fragmentation of Public International Law (PIL). This is one of the current concerns of international law, as assessed by the International Law Commission.⁷ This phenomenon can be understood as ‘the increased proliferation of international regulatory institutions with overlapping jurisdictions and ambiguous boundaries’⁸ that causes the possibility ‘for a party to two treaties to comply with one rule only by thereby failing to comply with another rule’.⁹ This creates a conflict of norms. However, treaties do not necessarily create incompatible obligations at first sight. Rather, the conflict arises in the state of adjudication, interpretation or implementation.¹⁰

Inconsistency and double standards in PIL echo what Koskenniemi refers to as a ‘weak indeterminacy’.¹¹ That is, the international system and international lawyers prefer practices, outcomes and choices. Every PIL regime advocates for its own structural bias.¹² For instance, a bilateral investment treaty (BIT) may not require a State’s compliance with the principle of sustainable development, while the said principle is crucial for the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC). However, both treaties are binding international legal instruments. The hierarchy of norms in an eventual dispute involving both agreements, even when subject to the rules of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT),¹³ is determined by the choices and biases of the ones applying the rule of law.

Benvenisti and Downs¹⁴ conceive this ‘indeterminacy’ not because of fragmentation but as an intended result reflecting the dynamic of the international order. That is, double standards in PIL help powerful states to put keep their own interests first by using the proliferation of bilateral treaties to

⁷ International Law Commission, ‘Report of the Study Group of the International Law Commission on the Work of its 58th Session’ (1 May-9 June & 3 July-11 August 2006) UN Doc A/CN.4/L.682.

⁸ Eyal Benvenisti and George Downs, ‘The Empire’s New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law’ (2007) 60 *Stan. L. Rev.* 595, 596.

⁹ ILC, 19.

¹⁰ Carazo and Klein, 397.

¹¹ Marti Koskenniemi, *From apology to Utopia: the structure of international legal argument* (Cambridge University Press, Cambridge 2006) 607.

¹² Marti Koskenniemi, ‘The Fate of Public International Law: Between Techniques and Politics’ (2007) 70 (1) *MLR* 1-30, 6.

¹³ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331, art 31-33

¹⁴ Benvenisti and Downs, 625.

their own advantage, as has occurred with BIT's.¹⁵ In the 1960s, the international economic institutions and the major economies fostered Investment Treaty Law as mechanisms to export and grow capital from developed countries within the developing countries. Nowadays, those treaties have also proved that developed countries are not exempted from facing a lawsuit in an Investor-State Dispute Settlement (ISDS), especially through multilateral agreements like North American Free Trade Agreement (NAFTA).¹⁶ Thus, among other critiques to ISDS, powerful nations are currently trying to revert back to the dynamic they once fostered.¹⁷ Accordingly, BIT's have helped to concentrate the bargaining power of the major economies to produce a regulatory order that favours hegemonic countries and that they alone can modify.¹⁸

International Climate Change Law is another example of this power dynamic. Climate change undeniably represents a major threat to humankind. However, controversy remains on who should pay the dreadful consequences that global warming is causing in the entire globe. The Global North has

had a decisive role in the concentration of greenhouse gases (GHG) in the atmosphere since the Industrial Revolution. On the other side, the Global South claims its right to develop as the North did once by pursuing economic activities that released high amounts of GHG. In response to this claim, ICCL put the burden of GHG mitigation on the developed economies through a bifurcated system in the UNFCCC and the Kyoto Protocol. However, major emitters of GHG did not sign the Kyoto Protocol or withdrew their commitments.¹⁹ Tension between the Global South and the Global North was also instrumental in the 2009 failure to agree on a treaty to tackle climate change in Copenhagen.²⁰ The COP 21 succeeded with the adoption of the Paris Agreement due to the shift that included every State Party of the UNFCCC, regardless of the level of development, in the task of GHG mitigation and according to their respective capacities.

International law is a political project constituted by regimes with their own structural biases. In this regard, ITL and ICCL is surrounded by the fragmentation context. For example, it can be argued

¹⁵ Ibid, 611

¹⁶ The US has been sued several times by Canadian and Mexican investors.

¹⁷ More than 200 US law urged Donald Trump to remove ISDS from NAFTA and other pacts. Letter by Joseph Stiglitz and others (25 October 2017) <https://www.citizen.org/system/files/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf> accessed 30 July 2018

¹⁸ Benvenisti and Downs, 596.

¹⁹ For example, the US never signed the Kyoto Protocol and Canada withdrew from it.

²⁰ An agreement was impossible in Copenhagen due to the differences developed and developing countries. Developed countries were not available to continue without the commitment of China, India and Brazil. The latter countries did not table the pledges and argued freedom of development despite the environmental impact.

that PIL is designed to promote the sustainable development of the planet and the progress of its inhabitants. However, ITL and ICCL may not embrace the same means for achieving such aspirations. It is even questionable whether these two regimes look after the same kind of progress.

3-) Where is Investment in International Climate Change Law?

This section focuses on the principles of sustainable development and precaution, which are the most critical ICCL principles for balancing economic growth and preservation. The Paris Agreement is also examined as the most recent and strong set of commitments of the State to tackle climate change. This section also introduces examples that inform the examination of the clash of ICCL within ITL in Section 4.

A-) Sustainable development

ICCL is based on international environmental law (IEL) together with the autonomous framework that climate change has developed. For this reason,

any dispute dealing with a regulation to tackle climate change must examine the principles of IEL. In this regard, the principle of sustainable development frames the interaction between IEL and/or ICCL and any other regime of PIL such as ITL. It has been included in over 300 international legal instruments.²¹ Additionally, the Rio Declaration fosters harmonization of different regimes of PIL towards sustainable development by striving for an international consensus on the global environmental problem.²²

The UNFCCC states that ‘responses to climate change should be coordinated with social and economic development’.²³ Sustainable development is thus understood as the right to growth while equitably meeting the ‘developmental and environmental needs of present and future generations’.²⁴ This global approach also involves a trans-boundary responsibility. In this sense, the Drafts by the International Law Commission on Prevention of Trans-boundary Harm from Hazardous Activities and the Articles of Responsibility of States set a basis to say that the State has to avoid contributing to global warming and also to compensate for the harm

²¹ Damilola S. Olawuyi, ‘Harmonizing International Trade and Climate Change Institutions: Legal and Theoretical Basis for Systemic Integration’ (2014) 7 (1) *The Law and Development Review* 107–129, 120.

²² United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), ‘Rio Declaration on Environment and Development’ (14 June 1992) UN Doc A/CONF.151/26, art 12.

²³ UN General Assembly, United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) (adopted 20 January 1994, entered into force 21 March 1994) UN Doc A/RES/48/189, preamble para 21.

²⁴ UNCED, Rio Declaration, art 3.

caused by global warming.²⁵ This progression in IEL brings consequences to the application of ICCL. For example, a recent Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights establishes that States can be held accountable for the emission of pollutants from activities in their territory under their effective control causing transboundary ecological harm.²⁶

There is an essential link between sustainable development in ICCL and ITL. Foreign investments are subject to a sustainability review both locally and internationally since they operate due to the sovereign consent of the State. States are also expected to be accountable for the GHG contributions originated on their territories and to regulate in order to avoid harm. In addition, ITL finds an important space in ICCL because sustainable development cannot be achieved without economic growth and technology transfer from developed to developing countries (in the ITL narrative: from capital-exporting to capital-importing countries). In sum, foreign investment has an important role in the realisation of sustainable development under ICCL but only if investments are controlled on

their GHG contributions. If not, the State is internationally required to require compliance with the corresponding standards of climate change mitigation and adaptation.

B-) Precautionary Principle

The precautionary principle bases the regulatory duty of the State to prevent global warming and its dreadful consequences. This principle is also crossed by an *in dubio pro natura* approach. That is, prevention has to proceed even when there is uncertainty regarding the eventual environmental degradation.²⁷ This principle is crucial for climate change regulation since many of its effects are foreseeable but not actual. However, the character of international principle or State obligation is not uniformly granted to the precautionary principle. As an example, the Appellate Body of the World Trade Organisation (WTO), a PIL regime that shares many foundations with ITL, has questioned the precautionary principle as an authoritative value outside the field of international environmental law.²⁸

²⁵ C. Schwartze & W. Frank, 'The International Law Association's Legal Principles on Climate Change and Climate Liability Under Public International Law' (2014) 4 *Climate Law* 201-216.

²⁶ Inter-American Court of Human Rights, *Opinión Consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos* (15 November 2017) para

242, < http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_23_esp.pdf> accessed 30 July 2018

²⁷ UNCED, Rio Declaration, art 15.

²⁸ WTO, *EC: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)- Report of the Appellate Body* (16 January 1998) WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R [123]

In addition, the application of the precautionary principle remains unclear in the general PIL realm. In the *Pulp Mills* case, the International Court of Justice (ICJ) stated that precaution does not reverse the burden of proof when assessing the State liability for environmental harm. That is, the State has to demonstrate any actual environmental harm when basing any claim and not only an eventual damage.²⁹ Besides, the ICJ indicated the absence of an obligation under international law to conduct environmental impact valuation, recognising the State's sovereignty to decide what constitutes an appropriate environmental impact under local law.³⁰

Furthermore, the application of the precautionary principle in regulation is challenged by the cost-benefit analysis standpoint. Coase argues that a regulatory decision has to be decided based on whether the gain from preventing the harm is greater than the loss suffered as a result of stopping the action that causes such harm.³¹ Sunstein sees the climate change discourse as 're-fashioning' the precautionary principle because it obstructs the benefits of economic activities for alleged greater

harms that lack substantial evidence.³² On the other side, these positions are criticized for pricing the priceless values of life, health, nature and the future of the globe.³³ The latter position is the one embraced in ICCL. It considers the economic reasons for regulating but also recognises the need to prevent climatic catastrophes based on scientific evidence, which will also represent major economic costs.

ICCL recognises precaution as a core principle and it triggers many disputes in the regulatory sphere even though the concept and its application are not entirely recognised in the different PIL regimes. This is because the State is expected to act to prevent the harmful consequences of climate change. With regards to foreign investment, the State cannot wait until the effects are enough to adjust limits on GHG emissions of investments. However, as discussed in the next section, ITL has joined the regimes of PIL where the precautionary principle is not normally considered.

²⁹ *Case Concerning Pulp Mills on The River Uruguay (Argentina v Uruguay)* (Merits) [2010] ICJ Rep 977, paras 161-164.

³⁰ *Ibid*, para 205.

³¹ Ronald Coase, 'The Problem of Social Cost', (1960) 3 J.L. & Econ. 1, 27 < <https://heinonline-org.gate3.library.lse.ac.uk/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jlecono3&id=2> > accessed 5 July 2018

³² Cass Sunstein, 'The Paralyzing Principle', (2002-2003) Regulation Winter, 36 <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2002/12/v25n4-9.pdf> accessed 5 July, 2018

³³ Frank Ackerman and others, 'Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection' (2002) 150 U. Pa. L. Rev. 1553, 1584 < <https://heinonline-org.gate3.library.lse.ac.uk/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/pnlr150&page=1553&collection=journals> > accessed 5 July, 2018

C-) Investment in the Paris Agreement

The Paris Agreement is a point of inflexion in ICCL because it expands, clarifies and accelerates climatic actions that States must perform. The need to address climate change has been generally well accepted for a few years but the action towards mitigation and adaptation was not as strong as today. Significantly, the Paris Agreement incorporates every State Party with common but differentiated responsibilities and respective capabilities (CBDRRC) as a manifestation of broader advances in the area of sustainable development.³⁴ Every five years, each State must submit increased national determined contributions (NDC) with mitigation and adaptation targets. This logically influences the State's regulatory path in the upcoming years. NDCs commonly include measures to tackle the sector with the highest contributions of GHG, such as transportation, energetic production and efficiency, as well as regulations on land use, land-use change, and forestry.

The Agreement is particularly important for the ITL regime considering that promotion of foreign investment in capital-importing countries is crucial for facing the challenges of global warming. The

Paris Agreement sets the legal basis for countries to attract, for example, more low-carbon investments and technologies to reduce GHG emissions.³⁵ It also encourages each State Party to improve or modify regulation in order to comply with the GHG mitigation objectives submitted under the NDCs.

However, the commitments in the Paris Agreement are not completely enforceable. For instance, there is no international standing to make the State comply with the fulfilment of the NDCs targets. In addition, the Paris Agreement does not regulate its relationship with other treaties. It only expresses 'awareness' of other treaties and encourages integration in the interpretation and implementation of the different regimes.³⁶ This can increase the clash between ICCL and other PIL fields like ITL. Such conflict is evident with other legal instruments of IEL. For example, a World Trade Organisation (WTO) Panel decision on Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products considered that the Cartagena Protocol on Biosafety was not a relevant rule to consider on the assessment of trade measures since other Members of the WTO were not Parties to it.³⁷

³⁴ Carazo and Klein, 391.

³⁵ UNFCCC, Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016) FCCC/CP/2015/L.9, art 10

³⁶ Carazo and Klein, 400

³⁷ Ibid, 398

Despite its limitations, the Paris Agreement fosters investments in new technologies and clean energies in order to address the climate challenge. It also embraces a broader sustainable development transition by urging transformation of the global economy through the shifting of investment toward lower emission and resilient alternatives.³⁸ Change is happening as the short-term goals of reduction of the global temperature arrive. But it will exclude investments not contributing to these goals which are likely to be denounced by the international community and challenged by the State's regulation. The remaining question is, to what extent will ITL hinder the unstoppable shift of the new low-carbon economy? This is addressed in the upcoming section to understand what are the challenges that ICCL faces within the ITL regime.

4-) Where is Climate Change in Investment Treaty Law?

A-) Climate Change in the environmental clauses of investment treaties.

The relationship of ICCL and ITL is imprecise and open to debate. From the ITL perspective, it is almost impossible to see clauses mentioning climate change in BITs or Free Trade Agreements (FTAs). Nonetheless, it is common to find clauses acknowledging the right of the State to regulate for environmental purposes. Any other regime of PIL fits in the clauses of applicable law, which are normally described as 'rules and principles of international law applicable between the Parties'.³⁹

Some of the most important investment treaties address the environmental concerns, but others do not. For instance, NAFTA sets forth the regulatory power of the State to adapt, maintain or enforce any consistent measures to address environmental concerns and also the inappropriateness of encouraging investment through de-regulation.⁴⁰ The US BIT Model has an explicit commitment to harmonize the State's international environmental obligations.⁴¹ In addition, it includes the right of the State to exercise regulatory discretion and requires prevention of harm and reduction in the emission of pollutants⁴² such as GHG. The Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) establishes that there is no automatic breach of a stand-

³⁸ Heleen de Coninck and Ambuj Sagar, 'Technology Development and Transfer' in Klein and others (eds), *The Paris Agreement on Climate Change* (Oxford University Press, Oxford, 20017) 275.

³⁹ Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), art 8.31 (1).

⁴⁰ North American Free Trade Agreement (entered into force 01 January 1994) (NAFTA) art 1114.

⁴¹ US BIT Model 2012, art 12 (1) <<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>> accessed 01 August 2018

⁴² Ibid, art 12 (3) and (4.a)

ard of investor's protection with the mere interference of an investment or with an investor's expectations, including its expectations of profits.⁴³ The UK BIT Model has been criticised for omitting similar environmental clauses and that is in fact, with very few exceptions, the situation of the UK BITs in force.⁴⁴

The climatic concern is much more present in the Energy Charter Treaty (ECT) since it aims to liberalise trade in a sector crucial for facing climate change. The ECT incorporates the aforementioned principles of sustainable development and the precautionary principle 'to prevent or minimise environmental degradation'.⁴⁵ But the ECT also puts the cost-effective criteria within the same environmental clause when setting forth that the Contracting Party shall seek to 'achieve a defined objective at the lowest cost or to achieve the greatest benefit at a given cost'.⁴⁶ It employs the cost-benefit analysis because an environmental measure is legitimate if it causes a concrete and higher benefit than the one obtained from the activity affected by regulation.⁴⁷ The cost-benefit analysis is widely criticized for

putting prices to priceless values such as life, nature and future generations. This approach to regulation ignores the harms that can occur without a preventive regulation.⁴⁸ Furthermore, the cost-effective criterion offers an apparent impartial test to normalise, in a very anthropocentric manner, the distribution of natural resources to powerful economic interests.⁴⁹ Hence, in the ECT, ITL and ICCL are not as aligned as they pretend to be. In an ITL dispute, it will likely be easier to demonstrate the concrete monetary costs of restricting a high-carbon investment than to quantify the future benefits of climate change regulation, which normally has preventive objectives.

The foregoing references to some international investment treaties illustrate the complexity of the relationship between ICCL and ITL. The written provisions of treaties of both regimes can match but they are subject to multiple and contradictory interpretations. The structural bias of investment treaties has the protection of investors as a rule and the protection of the environment as an exception.⁵⁰ For this reason, in the mentioned example of the ECT, the State has the burden of undertaking a

⁴³ CETA, art 8.9 (2)

⁴⁴ Trade Justice Movement, *Worried About UK BITs?: The case for reviewing UK investment protection provisions* <https://www.tjm.org.uk/documents/reports/Worried_about_your_BITS_report_FINAL.pdf> 13 (accessed 25 July, 2018).

⁴⁵ Energy Charter Treaty (adopted 17 December 1994, entered into force 16 April 1998) (ECT), art 19.

⁴⁶ ECT, art 19 (3) (d).

⁴⁷ For a defence of this argument see Coase (n 31).

⁴⁸ Frank Ackerman and Lisa Heinzerling, 'Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection' (2002) 150 U. Pa. L. Rev. 1553-1584, 1583.

⁴⁹ Douglas Kysar, 'Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here' (2012) Vol.1(1) *Transnational Environmental Law*, 87-89.

⁵⁰ Koskennieme (n 12).

cost-benefit analysis for an environmental regulation to be legitimate, even though this is not a well-accepted criterion from an environmental perspective.

BITs have broad purposes and clauses that provide scope for interpretation to governments, investors and arbitrators to make their own interpretations. Even the textual interpretation of the provisions of an investment treaty are subject to different understandings. In this regard, depending on the background and interests of the arbitrator, ICCL principles might not be considered if they do not expressly refer to them. An international commercial arbitration approach in ITL constrains an arbitrator to the ‘four corners of the contract’ to interpret the treaty. That was an issue of contention in *HICEE vs Slovakia* when the tribunal disagreed on the intention of the States Parties reflected in the kind of investors that were protected under the BIT.⁵¹ Arbitrators also disagreed on the application of the VCLT’s rules of treaty interpretation. Charles Brower, in his dissenting opinion, insisted on the need to interpret the explicit meaning of the text instead of looking to extraneous material to interpret the intentions of the parties.⁵² For authors like

Van Harten, this could be seen as an evidence of how understanding the BIT as a commercial contract neglects the sovereign origins of the dispute that triggers the investor claims.⁵³ Consequently, a primary textual interpretation of a BIT that does not make reference international environmental law, will likely exclude the application of sustainable development, precaution and the commitments under the Paris Agreement.

In sum, since investment treaties are designed to encourage foreign investment and to protect investors, this in turn informs the interpretation of ITL provisions. Besides, as evidenced above, investment treaties marginalise the relationship with other regimes of international law. This is why there is a very soft presence, if any, of environmental clauses. BITs and FTAs want environmental regulation to be less restrictive to the foreign investment purpose. If investment treaties do not explicitly include climate change clauses allowing the State to regulate for this purpose, a measure could be justified under environmental clauses but it is not a guarantee.⁵⁴ Clauses will be interpreted according to different interests of the arbitrators

⁵¹ *HICEE B.V. v The Slovak Republic, Partial Award* (23 May 2011), paras 117-128 <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0404_0.pdf> accessed 01 July 2018.

⁵² *HICEE B.V. v The Slovak Republic, Dissenting Opinion of Judge Charles Brower* ((23 May 2011), paras 5-42

<<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0403.pdf>> accessed 01 July 2018.

⁵³ Van Harten (n 3).

⁵⁴ Meredith Wilensky, ‘Reconciling International Investment Law and Climate Change Policy: Potential Liability for Climate Measures Under the Trans-Pacific Partnership’ (2015) 45 ELR 10685, 16.

and with even contradictory awards, due to the proliferation of treaties and disputes. Some of the interpretations that generate tension between ITL and ICCL are examined in the upcoming sections. This includes the scientific evidence that is crucial for climate change and will base the defence by the State before an investment tribunal, the standards of protection of investors that will challenge regulation, and features of the ISDS mechanism that review public policy.

B-) The role of scientific evidence

As ICCL is mainly based in science, scientific evidence will play an essential role in international investment litigation regarding GHG mitigation and climate change adaptation measures.⁵⁵ Evidence in ICCL also fixes the GHG contribution of every State and guides the goals that States voluntarily submit in the NDCs. However, it is likely that scientific evidence in an ITL dispute trying to justify climate change measure will be subject to assessment by investment tribunals. As a result, the success of using scientific evidence to justify regulation will depend first on the burden of proof required by the particular treaty at issue and second,

on the arbitrators' interpretation. The former is normally not regulated in a BIT and the latter is what commonly happens in the ITL disputes.

There are, therefore, two main concerns regarding scientific evidence in ITL. Firstly, investment tribunals have inherent powers to decide what to admit and how to weigh the evidence. These faculties are lightly established within the different ISDS bodies like the ICSID or the PCA. Yet, some have questioned the capability of an arbitrator to assess evidence without a proper scientific background.⁵⁶ The *Methanex v USA* tribunal, one of the most commented cases related to environmental measures, exemplifies this concern. Scientific evidence was decisive in determining whether the regulatory ban imposed by California affecting *Methanex* was legitimate or aimed to discriminate between ethanol and methanol producers.⁵⁷ When assessing the evidence provided by the USA, the tribunal was clear on its intention towards determining not the validity of the evidence but its credibility as the basis for regulatory measures.⁵⁸

Significantly, there is also controversy regarding the assessment of scientific evidence in PIL, which is a general frame that ITL arbitrators normally refer to in cases of legal gaps. In the *Pulp Mills* case,

⁵⁵ Bradley J. Condon, 'Climate Change and International Investment Agreements' (2015) 14 (2) Chinese Journal of International Law, 305-339, 305.

⁵⁶ Tania Voon, 'Evidentiary Challenges for Public Health Regulation in International Trade and Investment Law' (2015) 18 (4) J Int Economic Law, 795-825, 808.

⁵⁷ *Methanex Corporation v United States, Final Award* (3 August 2005) pt III, ch A, para 102 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>> accessed 15 July 2018.

⁵⁸ Voon, 815.

the ICJ considered itself qualified to assess expert scientific evidence of environmental harm despite acknowledging that they did not subject the experts provided by the parties to an interrogatory.⁵⁹ The dissenting opinions considered that the ICJ lacked enough knowledge to assess and weigh scientific evidence in environmental disputes. For instance, judges Al-Khasawneh and Simma pointed out that such approach to evaluating scientific evidence ‘will increase doubts in the international legal community whether it, as an institution, is well-placed to tackle complex scientific questions.’⁶⁰

The second concern when assessing this kind of evidence is the burden of proof. While the burden is placed on the party submitting the evidence, there are different standards of proof. Judge Greenwood, in the *Pulp Mills* case, argued that, due to the balance of probabilities, the standards of proof review are lower in environmental harm allegations while requiring higher levels of evidence in cases such as genocide. Greenwood stated that ‘the nature of environmental disputes is such that the application of the higher standard of proof would have the effect of making it all but impossible for a State to dis-

charge the burden of proof’.⁶¹ The *Rompetrol v Romania* tribunal established a similar definition of a standard of proof in ITL. The standard is the assessment of how much evidence is needed to prove the alleged elements in the dispute.⁶² It varies on a case by case basis and thus leaves the weighing of scientific evidence to the discretion of the arbitrators, with or without the support of experts.

On the contrary, ICCL is completely based on a narrative addressed to accept the unquestionability of the climatic evidence. For example, the Paris Agreement relies on a strong commitment of accepting the ‘best available scientific knowledge’⁶³ to tackle climate change. It also grants scientific authoritative to different subsidiary bodies for the implementation of the agreement’s commitments.⁶⁴ Importantly, regulation based on the precautionary principle is necessary and justified for ICCL when based on scientific evidence proving future harm.⁶⁵ However, precautionary regulation affecting an investment will more likely trigger the requirement of compensation than a measure based on evidence demonstrating current and effective damages. It is unlikely that arbitrators will accept a severe interference on an investment regulation

⁵⁹ *Ibid*, 799.

⁶⁰ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay), Separate Opinion of Judges Al-Khasawneh and Simma, [2010] ICJ Rep 108, para 3.

⁶¹ *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay), Separate Opinion of Judge Greenwood, [2010] ICJ Rep 221, para 26.

⁶² *Rompetrol Group NV v Romania*, Award, (6 May 2013) para 178 < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf> > accessed 15 July 2018.

⁶³ Paris Agreement, Preamble para 4.

⁶⁴ *Ibid*, art18.

⁶⁵ See Section 2 (B) (ii).

even based on scientific evidence indicating future damages. As the next section argues, ITL evidence is just the starting point of a high threshold to justify a regulation.

In sum, there is a clash between ITL and ICCL on the use and assessment of scientific evidence. Scientific evidence is crucial for justifying a climate change regulation under ITL and also for demonstrating the violation of a standard of protection. Albeit, the standards of evidence are far from precise in investment treaties and arbitrators are neither subject to respect climatic evidence enacted within ICCL nor expert opinions. In addition, as derived from the ICJ cases, PIL does not provide a basis for an ITL tribunal to clarify what are enough levels of scientific evidence. The balance and weighing in ITL of whether a challenged climate change regulation is justifiable will indeed require important scientific evidence. Nevertheless, ITL has enough openness in the rules of weighing evidence prioritise investor's interests either in favour or against the interests of ICCL.

C-) Climate change within the standards of protection of investors.

This section highlights concerns regarding the core standards of protection of investors against regulation aimed to mitigate GHG emissions or to adapt to climate change effects. As aforementioned, this regulation can be described as a measure for environmental purposes expected in the majority of BITs and MITs. Notwithstanding, the assessment by ITL tribunals towards such measures is controversial. In this regard, different cases and interpretations of non-discrimination, minimum standard of treatment (MST), and compensable expropriation illustrate the ITL's capacity to challenge the application of ICCL.

(i) Expropriation due to climate change and compensation.

Expropriation is understood under international law as a violation of private property and thus an obligation for the State to compensate. Investment treaties provide basis to declare an expropriation not only for direct seizures or nationalization of property but also for creeping or indirect expropriation, i.e. a series of State acts that tantamount to an expropriation that interfere with the use, enjoyment or disposal of the investment.⁶⁶ Critics have

⁶⁶ Van Harten, 91

focused on the effect that a broad interpretation of what constitutes an expropriation has in chilling regulation for public health and environmental protection.⁶⁷ These concerns arise from interpretations of arbitrators such as in *Tecmed v Mexico*, where the tribunal stated that there is expropriation in environmental regulation regardless of the beneficial purpose ‘if the negative economic impact of such actions on the financial position of the investor is sufficient to neutralize in full the value, or economic or commercial use of its investment without receiving any compensation whatsoever’.⁶⁸

This expansive criterion can be found in many other cases. In *Pope & Talbot v Canada*, ‘even non-discriminatory measures of general application which have the effect of substantially interfering with the investments of investors’⁶⁹ trigger the protection against expropriation set forth in NAFTA. *Santa Elena v Costa Rica* had a similar position, the tribunal considered that any environmental expropriatory measure, regardless of its ‘laudable and beneficial objectives, originates the state’s obligation to pay compensation’.⁷⁰ How-

ever, for the *Feldman v Mexico* tribunal, reasonable environmental regulation cannot be achieved if ‘any business that is adversely affected may seek compensation’.⁷¹ The latter position is the accepted approach for ICCL because it aims a balance between the public interest and investor protection.

It is generally accepted that States will need to improve their legislation and regulation to address climate change. However, under this expansive understanding of expropriation, climatic measures could generate claims for compensation if the interests of investors are affected. For example, measures to limit the use of land due to erosion or deforestation could give basis to expropriation, as major contributions to global warming. In addition, touristic investments could be expropriated from coastal territories, because of the rise in sea levels, in order to protect those living in coastal areas from flooding.⁷² Moreover, the cost of carbon certificates could be so high as to affect the viability of an investment, for example in the case of oil exploration or coal-fired power plants.⁷³ Particular industries know that they do not have space within the new green economy such as the fossil fuels or

⁶⁷ Ibid, 92

⁶⁸ Técnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States, Merits (29 May 2003) para 121 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>> accessed 15 July 2018

⁶⁹ *Pope & Talbot INC v the Government of Canada*, Interim Award (26 June 2000) para 84 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>> accessed 15 July 2018

⁷⁰ *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v The Republic of Costa Rica*, Award (17 February 2000) para 72 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>> accessed 15 July 2018

⁷¹ *Marvin Feldman v Mexico*, Award (16 December 2002) para 103 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>> accessed 15 July 2018

⁷² Wilensky, 10686.

⁷³ Wilensky, 10690.

intensive livestock production. Nevertheless, the compensation or not of a regulation that is tantamount to an expropriation needs to be balanced on a case by case basis. There must be a link between the bona fide regulation and the aim pursued. That is, weighing the purpose and the effect of the measures.⁷⁴

Another key issue in the creeping expropriation analysis and other standards of protection is the respect for the legitimate expectations. The investor will not be compensated if there were no concrete commitments by the State backing up the investor's legitimate expectations.⁷⁵ Legitimate expectations of the investor play an important role in this analysis balancing interests within between the investor's interest and the post-investment environmental regulation. The *Saluka v Czech Republic* award is an example of this position of balancing the interests. The tribunal stated that 'States are not liable to pay compensation to a foreign investor when, in the normal exercise of their regulatory powers, they adopt in a non-discriminatory manner bona fide regulation that is aimed at the general welfare'.⁷⁶ The *Methanex v USA* tribunal expressed

the same position, finding that an environmental regulation is as not deemed expropriatory and compensable unless the State promised that it would refrain from such regulation.⁷⁷ In sum, not every change in the host state's legal system violates the legitimate expectations of investors, especially if regulatory changes are predictable at the time of the investment.⁷⁸

The *Metalclad v Mexico* tribunal raises an additional concern related to the requirement of not generating legitimate expectations in order to justify an environmental measure. Mexico claimed NAFTA article 1114 (1)⁷⁹ as a defence for the indirect expropriation of the Metalclad's hazardous waste plan, carried out by the local government of San Luis Potosí that declared the area as an ecological zone. The defence was rejected since the State took previous steps to guarantee that Metalclad's investment would be undertaken in a manner consistent with environmental concerns.⁸⁰ For Condon, this approach is an obstacle for climate change regulation because regulations will only be justified if they are in force prior to an investment being

⁷⁴ Justin Jacinto and Rahim Moloo, 'Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties' (2011) 29:1 Berkeley Journal of International Law, 17.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ *Saluka Investments BV v The Czech Republic, Partial Award* (17 March 2006) para 255 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>> accessed 15 July 2018

⁷⁷ *Methanex*, para 7.

⁷⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012) 116.

⁷⁹ See NAFTA (n 21)

⁸⁰ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States, Award* (30 August 2000) paras 106-112 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>> accessed 15 July 2018

made.⁸¹ Albeit, almost every climate change regulation will be post-investment, e.g. measures derived from the commitments of the State under the Paris Agreement in 2015. In this regard, the rulings suggest that post-investment regulations do not relate to the investment and, thus, cannot be justified under environmental clauses preserving the right of the State to regulate like the Article 1114(1) of the NAFTA. This provision is also a common type of environmental clause in BITs.

The application and interpretation of legitimate expectations and the causes generating compensation are core elements of expropriation that have the potential to challenge measures taken as a result of the effects of climate change. This essay does not argue for a withdrawal from the right of compensation in case of expropriation but argues that there is a clash between this standard and climate change interests. And, as stated by the *Feldman* tribunal, high compensations can generate many limitations to regulation. The complexity increases with the open interpretations of what constitutes a legitimate expectation and the requirement to compensate for every post-investment measure.

(ii) *Non-discrimination.*

Discrimination plays a fundamental role in the balance between a legitimate regulation and a breach of National Treatment (NT) and Most Favoured Nation (MFN).⁸² Thus, the non-discriminatory character is an aspiration for a climate change measure to be justified under an investment treaty. It is also crucial for a tribunal to determine whether the governmental action is compensable. One of the main issues here is whether a regulation follows a truly public interest or a protectionist one. For Condon, the political economy of climate change regulation commonly combines the pursuit of the public interest with elements that serve private interests, rather than purely public interest measures.⁸³ In this regard, a measure can either foster investment such as in renewable energies or constrain it such as fossil fuels exploitation. Once again, this latter scenario of regulatory restriction is the scope where ICCL and ITL clash as it follows.

NAFTA cases have widely dealt with discrimination in environmental regulation. They exemplify the balance of interests in ITL tribunals. In *SD Meyers v Canada*, arbitrators found a discriminatory action by the State because there was no legitimate environmental reason for introducing an export ban on poly-chlorinated biphenol waste. The

⁸¹ Condon, 319.

⁸² Waelde and Kolo, 837.

⁸³ Condon, 308.

tribunal assessed the measure with the criterion of looking first after different alternatives to cause the minimum impact to trade liberalisation. For Jacinto and Moloo, this is a wrong approach because the tribunal brought the standards of ‘less restrictiveness’ and ‘more trade-opened’ from the WTO covered agreements to the investment provisions of the NAFTA.⁸⁴ For Waelde, the approach was right due to clear evidence on the intention of the Minister of Environment to reserve the business to Canadian competitors who lobbied her persistently.⁸⁵

In the *Ethyl Corp v Canada* case, the State banned the chemical substance MMT as an additive to gasoline due to health and environmental purposes.⁸⁶ Canada had to settle the case because there was no current evidence proving that low amounts of MMT were harmful. This case could be an example where environmental regulation is chilled since the State wanted to avoid high compensations and did not even try to use the precautionary principle to justify the measure.⁸⁷ For Waelde and Kolo, the case is an example of the efficient role of the non-discriminatory standards in ITL because the measure was hiring a protectionist agenda, as the Canadian government did it not legislate for a total ban on the manufacture, transportation, sale or use of the MMT.⁸⁸

In these cases, one could identify a basis for arguing that ICCL and ITL can work together. The precautionary approach is crucial for ICCL but it requires evidence. Otherwise, even the UNFCCC is unfollowed because measures should not constitute an unjustifiable discrimination as it happens in ITL.⁸⁹ As stated in the *Methanex* case, arbitrators want to make sure that any particular ban is not a ‘sham environmental protection in order to cater to local political interests or in order to protect a domestic industry’.⁹⁰

(iii) *The minimum standard of treatment (MST).*

After the discriminatory analysis, the parties to the dispute have another opportunity to advocate for interests even if the scientific evidence has the enough weigh to justify a regulation. The assertion of the MST plays an essential role in this scenario. Firstly, it is not clear what is the meaning of an MST. The interpretation of fair and equitable treatment (FET) clause under the NAFTA is an example. In *Pope and Talbot v Canada* the tribunal argued for understanding FET as a concept involving consistency, transparency, fairness, due process and proportionality of governmental measures.⁹¹

⁸⁴ Jacinto and Moloo, 31.

⁸⁵ Waelde and Kolo, 838.

⁸⁶ Waelde and Kolo, 838.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid, 834.

⁸⁹ UNFCCC, art 3.5

⁹⁰ *Methanex*, pt II, ch D, para 41.

⁹¹ *Pope and Talbot*, paras 43-69

On the contrary, the *ADF Group Inc v USA* adopted a more restrictive concept suggested by the States Parties to the NAFTA, i.e. the traditional Neer standard meaning an outrageous treatment with bad faith and wilful neglect of duty.⁹² This latter approach was pursued by the Parties in order to protect their interests as States since many cases in NAFTA involving public health and environmental regulation have caused high compensations to investors under a breach of FET.

MST is a very wide concept argued in almost every case to evaluate any action of the State under the fair and equitable treatment (FET) clause provided in every investment treaty. That means that a measure based on scientific evidence but assessed as discriminatory will also normally guide the tribunal to classify it as a breach of the MST. However, the elements of MST are subject to plenty of interpretations and are open gates to keep advocating for the investor's interests even when a regulation is legitimate and justifiable. For example, the *Metalclad* tribunal found a discriminatory conduct that led to a FET breach of the NAFTA due to a lack of transparency and a predictable framework for the investment.⁹³ For Van Harten, this kind of interpretations are far from the concept of MST in

CIL and produce a 'mistreatment of foreign investors towards an all-encompassing guarantee of highly flexible notions'⁹⁴ of FET.

ICCL does not foster breaches to MST in order to tackle climate change. However, any climate change regulation will be subject to the MST analysis in an ITL dispute and there is no certainty of the outcome of such an examination. As aforesaid, scientific evidence is a top priority for ICCL that triggers urgent action, however, that evidence for ITL is only the starting point of an eventually justifiable measure that requires other analysis to discard any protectionist intention and/or an 'unfair' treatment. The concepts involved in the MST analysis, that go beyond the customary international law standard, are broad enough to fit every post-investment regulation as climate change measures into a breach of the FET provision.

D-) Investor-State Dispute Settlement mechanism (ISDS).

ISDS poses different challenges to ICCL where one can see clashes of interests with ITL. The two topics in this section are related to transparency and inconsistency as major challenges. The former is-

⁹² *ADF Group Inc v USA, Award* (9 January 2003) paras 175-192 < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> accessed 15 July 2018.

⁹³ Van Harten, 88.

⁹⁴ Van Harten, 89.

sue has a lot of echo in ICCL and the latter is a direct consequence of the fragmentation of PIL that generates deep concerns of interpretative conflicts.⁹⁵ This does not mean that ICCL could not have additional clashes with other features of ISDS. For example, independence of arbitrators has potential to challenge ICCL interests as arbitrators are appointed by the parties to advocate for their own interests either of the State or the investor.⁹⁶

In ICCL, transparency is a broadly used narrative in the Paris Agreement.⁹⁷ The aim of this principle is to make public the contributions submitted by the States to mitigate GHG and to adapt to climate change effects. It also fosters public scrutiny of regulation at the national and international level. In addition, transparency also implicates accountability. In the *Urgenda Foundation v. Government of the Netherlands*, the Dutch District Court held that the government has a duty of care to mitigate GHG and used the NDC of The Netherlands as a parameter to determine whether the State's policies were enough for such goals.⁹⁸

In ISDS, transparency is not understood in the same sense due to its international commercial arbitration structure. Transparency is not a core element of ITL neither in disputes nor in the drafting of BITs. Hence, there is privacy in a wide range of cases even when they are dealing with regulations of public interest. This is a challenge to environmental decision-making that increases with the impossibility of guaranteeing access to third parties, such as *amicus curiae*, which are in many cases fundamental to climate change decision-making and accountability. For example, in ITL, publicity of a dispute could allow access to civil organisations or scientific experts to properly assess scientific evidence and also for illustrating a tribunal on the link between a regulation and the alleged purpose. For instance, in *Phillip Morris v Uruguay*, the World Health Organisation submitted an *amicus curia* brief pursuant to rule 37.2 of ICSID Arbitration rules.⁹⁹ Arbitrators were benefited with a more completed understanding of the link between the measures on intellectual property taken by the State to distort the promotion of cigarettes and the public health benefit. The fact that weighing of evidence is not regulated in ITL means that arbitrators are

⁹⁵ See the explanation on Section 1 above.

⁹⁶ Van Harten, 167-174

⁹⁷ Paris Agreement, art 13.

⁹⁸ *Stichting Urgenda v. Government of the Netherlands* (Ministry of Infrastructure and Environment), ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rechtbank Den Haag, C/09/456689 / HA ZA 13-1396 (*Urgenda*), para. 4.83; 2.74

⁹⁹ *Phillip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, Award* (8 July 2016) paras 38, 360, 361, 407 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>> accessed 20 July 2018.

likely to solve disputes according to their own assessment since they are not expected to listen to third parties. *Phillip Morris* is a rare case in the wide range of known disputes.

ICCL pursues an involvement a priori of the civil society in the efforts towards climate change and a permanent observation of the State's climate actions as part of a global stocktake.¹⁰⁰ If ITL cases remain private, the State can easily avoid regulating due to the ultimate millionaire compensation to the investor without having the public scrutiny involved in such a decision. Parties have committed to progress in the mitigation of GHG emissions¹⁰¹ and are expected to regulate in order to avoid transboundary harm. Thus, a private dispute involving a climatic regulation is also a concern of the entire international community. For this reason, ISDS can challenge ICCL and obstruct the participation of third parties as a more transparent manner of examining regulation taken to address the public interest in tackling climate change.

Inconsistency or legal uncertainty in ISDS is another concern in the relationship between ITL and ICCL. Due to the variety of arbitrations everywhere, Parties to the dispute have hesitations on what to expect and, in particular, States do not know if their regulations are going to be featured as an ITL breach. ICCL did not exist when many

BITs were signed by States but now this global threat does not excuse any State from global warming consequences. It is then likely to see different interpretations of the standards of investment protection, on what is the applicable international law and what are the regulatory duties of the State.

The problem is that arbitrators are engaging in regulatory and public interest review without judicial control or appeal.¹⁰² This has also a consequence in the adjudication of international law because ITL tribunals interpret core standards of investment protection, such as the MST, in different ways and there is no way to appeal decisions before any international body. Therefore, decisions on ITL may openly conflict with decisions in other international spaces, such as the commitments taken by the States under the UNFCCC and the Paris Agreement. Furthermore, the inevitable adoption of more climate change regulations around the globe will intensify cases before national and international courts in light of the bottom-up system of national contributions brought in by the Paris Agreement that generates obligations for every single State.¹⁰³ Incoherence in ITL will impact climate change regulation because governments will not know the

¹⁰⁰ Paris Agreement, art 14.

¹⁰¹ Carazo and Klein, 405.

¹⁰² Van Harten, 152.

¹⁰³ Carazo and Klein, 405.

boundaries that an ISDS award will set to their sovereign power in this regard.¹⁰⁴

The conflict of interests increases when considering which investors have access to ISDS. Normally, they are multinational firms with enough resources to use litigation as a defence against regulatory initiatives imposing costs on the investment.¹⁰⁵ For example, a State may require power plants and other carbon-intensive industries to install new technologies and may lead to early closure of some high-emitter facilities. Additionally, adaptation to climate change implicates taking measures to protect resources and to promote sustainable development. Any limits on property use, e.g. due to setbacks from coastlines, will be questioned as an expropriation due to the change in the property's condition.¹⁰⁶ Investors that could be involved in these disputes belong to powerful sectors such as the oil and energy industries. They will not hesitate to trigger any BIT or MIT available to challenge any regulation and to obtain the corresponding compensation.

This section pointed out the critiques of lack of publicity in disputes and incoherence between many ISDS awards and with other fields of PIL because it represents major threats to climate change

regulation. As Roberts states: “as long as the investment treaty system remains based on thousands of BITs and FTAs interpreted by hundreds of ad hoc tribunals, we will continue to see conflicting analogies and diverse paradigms for understanding the system's nature”.¹⁰⁷ The ISDS mechanism will allow us to see the expression of such biases and conflicts of interests towards climate change. An interpretation of a climate change measure by an arbitrator will be based on his or her background, normally a commercial one where environmental regulation is the exception but not the rule. While we could also see arbitrators embracing an environmental law approach and accepting non-compensable changes in investments, and/or embracing the precautionary principle as a core element for accepting post-investment regulation.

5-) Conclusion

This essay argues that the clash between ICCL and ITL is not a normative conflict. The UNFCCC fosters environmental measures that do not constitute unjustified or arbitrary discrimination. Also, the Paris Agreement encourages investment from developed countries into developing countries to provoke a shift from a carbon-intense economy to a

¹⁰⁴ Van Harten, 166.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ Wilensky, 10686.

¹⁰⁷ Anthea Roberts, 'Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System' (2013) 107 *American Journal of International Law*, 45-94, 75

new low-carbon economy. At the same time, investment treaties provide enough basis for justifying governmental actions aimed to mitigate and adapt to climate change. However, the essay points out that investment treaties are not precise on the meaning of the standards of protection of investors nor on the relevant applicable international law between the State Parties. This scenario makes treaties suitable to any particular interest that can be either in favour of or against a climate change regulation.

Rather, despite the inexistence of known ITL cases dealing with climate change measures, the essay demonstrated potential clashes between ICCL and ITL due to the interpretation and application of investment provisions. First, ITL does not embrace environmental principles as they are understood under ICCL. The principle of sustainable development is embraced by both regimes, but it is a secondary objective for ITL because it is a regime that was created to protect investments. For this reason, the precautionary approach in regulation, which is essential for preventing the increase of the global temperature, is challenged by ITL. The world will face more intensively the effects of climate change and States will be required to regulate in a post-investment manner. This is unlikely to be accepted by ITL arbitrators because this kind of measures clash, at least, with the legitimate expectations of the investors.

As a second main concern, the expansive and variable interpretations of indirect expropriation and of the fair and equitable treatment have challenged environmental regulation and, thus, have the potential to oppose climate change measures. Besides, if post-investment climate change measures are accepted, the compensatory consequences will represent another challenge that can cause a chilling effect in regulation.

Furthermore, the essay exhibits that the structure of the ISDS deepens the clash with ICCL. Lack of transparency in ISDS disputes stops arbitrators from having a broader perspective for evaluating the legitimacy of a climate change regulation. It excludes many actors that are active participants in decision-making, such as environmental organisations. Moreover, the inconsistency caused by the proliferation of investment disputes generates uncertainty for investors and policymakers on the consequences of climate change regulation under investment treaties.

Bibliography

Arbitral awards

- ADF Group Inc v USA, Award (9 January 2003) < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0009.pdf>> accessed 15 July 2018.
- HICEE B.V. v The Slovak Republic, Partial Award (23 May 2011) <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0404_0.pdf> accessed 01 July 2018.
- HICEE B.V. v The Slovak Republic, Dissenting Opinion of Judge Charles Brower (23 May 2011) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0403.pdf>> accessed 01 July 2018.
- Rompetrol Group NV v Romania, Award, (6 May 2013) < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>> accessed 15 July 2018.
- Methanex Corporation v United States, Final Award (3 August 2005) < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>> accessed 15 July 2018.
- Metalclad Corporation v. The United Mexican States, Award (30 August 2000) < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>> accessed 15 July 2018
- Técnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States, Merits (29 May 2003) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>> accessed 15 July 2018
- Phillip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.a. and Abal Hermanos S.A. v Oriental Republic of Uruguay, Award (8 July 2016) < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>> accessed 20 July 2018
- Pope & Talbot INC v the Government of Canada, Interim Award (26 June 2000) < <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0674.pdf>> accessed 15 July 2018
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v The Republic of Costa Rica, Award (17 February 2000) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6340.pdf>> accessed 15 July 2018

- Marvin Feldman v Mexico, Award (16 December 2002) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0319.pdf>> accessed 15 July 2018
- Saluka Investments BV v The Czech Republic, Partial Award (17 March 2006) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>> accessed 15 July 2018
- Bradley J. Condon, 'Climate Change and International Investment Agreements' (2015) 14 (2) Chinese Journal of International Law, 305-339
- D. Olawuyi, 'Harmonizing International Trade and Climate Change Institutions: Legal and Theoretical Basis for Systemic Integration' (2014) 7 (1) The Law and Development Review 107-129
- Douglas Kysar, 'Global Environmental Constitutionalism: Getting There from Here' (2012) Vol.1(1) Transnational Environmental Law, 83-94.
- E. Benvenisti and G. Downs, 'The Empire's New Clothes: Political Economy and the Fragmentation of International Law' (2007) 60 Stan. L. Rev 595
- Cass Sunstein, 'The Paralyzing Principle', (2002-2003) Regulation Winter, 36 <https://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2002/12/v25n4-9.pdf> accessed 5 July, 2018
- C. Schwartze & W. Frank, 'The International Law Association's Legal Principles on Climate Change and Climate Liability Under Public International Law' (2014) 4 Climate Law 201-216.
- Frank Ackerman and Lisa Heinzerling, 'Pricing the Priceless: Cost-Benefit Analysis of Environmental Protection' (2002) 150 U. Pa. L. Rev. 1553-1584
- J. Busby 'Warming World: Why Climate Change Matters More Than Anything Else' (2018) Foreign Affairs, July/August, 49-55
- Justin Jacinto and Rahim Moloo, 'Environmental and Health Regulation: Assessing Liability

Articles

- under Investment Treaties' (2011) 29:1 Berkeley Journal of International Law
- Lavaya Rajamani, 'The 2015 Paris Agreement: Interplay Between Hard, Soft and Non-Obligations' (2016) 28 (2) Journal of Environmental Law, 337-358
 - M. Koskenniemi, 'The Fate of Public International Law: Between Techniques and Politics' (2007) 70 (1) MLR 1-30
 - Meredith Wilensky, 'Reconciling International Investment Law and Climate Change Policy: Potential Liability for Climate Measures Under the Trans-Pacific Partnership' (2015) 45 ELR 10685
 - Ronald Coase, 'The Problem of Social Cost', (1960) 3 J.L. & Econ. 1, 27
 - Tania Voon, 'Evidentiary Challenges for Public Health Regulation in International Trade and Investment Law' (2015) 18 (4) J Int Economic Law, 795-825
 - T. Waelde and A. Kolo, 'Environmental Regulation, Investment Protection and Regulatory Taking in International Law' (2001) 50 Int'l & Comp. L.Q. 811

Books

- D. Klein, P. Carazo et al, *The Paris Agreement on Climate Change* (Oxford University Press, Oxford 2017)
- G. Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, Oxford 2007)
- M. Koskenniemi, *From apology to Utopia: the structure of international legal argument* (Cambridge University Press, Cambridge 2006)
- Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (Oxford University Press, Oxford, 2012)

Legal Texts

- Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)
- Energy Charter Treaty (adopted 17 December 1994, entered into force 16 April 1998)
- ILC, 'Report of the Study Group of the International Law Commission on the Work of its 58th Session' (1 May-9 June & 3 July-11 August 2006) UN Doc A/CN.4/L.682.

- North American Free Trade Agreement (entered into force 01 January 1994) (NAFTA) art 1114.
- Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331
- US BIT Model 2012, art 12 (1) <<https://www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>> accessed 01 August 2018
- United Nations Conference on Environment and Development, 'Rio Declaration on Environment and Development' (14 June 1992) UN Doc A/CONF.151/26
- UN General Assembly, United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) (adopted 20 January 1994, entered into force 21 March 1994) UN Doc A/RES/48/189
- UNFCCC, Paris Agreement (adopted 12 December 2015, entered into force 4 November 2016) FCCC/CP/2015/L.9
- of Judges Al-Khasawneh and Simma, [2010] ICJ Rep 108
- *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay), Separate Opinion of Judge Greenwood, [2010] ICJ Rep 221
- Inter-American Court of Human Rights, *Opinión Consultiva OC-23/17 solicitada por la República de Colombia, Medio Ambiente y Derechos Humanos* (15 November 2017) para 242
- WTO, *EC: Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)- Report of the Appellate Body* (16 January 1998) WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R
- *Stichting Urgenda v. Government of the Netherlands* (Ministry of Infrastructure and Environment), ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Rechtbank Den Haag, C/09/456689 / HA ZA 13-1396

Other international and national cases

- *Case concerning Pulp Mills on the River Uruguay* (Argentina v Uruguay), Separate Opinion

Other documents

- Fiona Harvey, 'Businesses will act on climate despite Trump, says ex-UN climate chief' *The Guardian* (London, 1 June, 2018) <<https://www.theguardian.com/environment/2018/jun/01/businesses-will-act-on-climate-despite-trump-says-ex-un-climate-chief>> accessed 1 August 2018

- More than 200 US law urged Donald Trump to remove ISDS from NAFTA and other pacts. Letter by Joseph Stiglitz and others (25 October 2017) <https://www.citizen.org/system/files/case_documents/isds-law-economics-professors-letter-oct-2017_2.pdf> accessed 30 July 2018
- Trade Justice Movement, Worried About UK BITs?: The case for reviewing UK investment protection provisions <https://www.tjm.org.uk/documents/reports/Worried_about_your_BITS_report_FINAL.pdf> 13 accessed 25 July, 2018

Registro de huella genética de condenados y Derechos Humanos: a propósito del Anteproyecto de Ley del Registro Genético y Otros Datos de Identificación en El Salvador.

Lady Carolina Guzmán Marengo*

Resumen: *Con la finalidad de prevenir y facilitar la persecución penal de delitos graves, varios países han apostado por el registro de la huella genética de personas condenadas y Latinoamérica no escapa a esta tendencia. El presente artículo aborda el Anteproyecto de Ley del Registro Genético y Otros Datos de Identificación para El Salvador, identifica sus debilidades y formula recomendaciones de conformidad con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, de manera que la labor de los órganos de persecución del delito no suponga un sacrificio desmedido para los derechos humanos.*

Palabras claves: *Huella genética; bases de datos de ADN; intervención corporal; proporcionalidad; Derechos Humanos.*

Abstract: *In order to prevent and simplify the criminal prosecution of serious crimes, several countries have resorted to record the genetic fingerprint of convicted persons, and Latin America does not escape this trend. This article discusses the Draft Law on the Genetic and other Identification Data Registry. It identifies its weaknesses and formulates recommendations according to the relevant International Human Rights standards and constitutional jurisprudence, to prevent the work carried out by criminal prosecution bodies from resulting in an excessive invasion of Human Rights.*

Keywords: *Genetic fingerprint; DNA databases; body interventions; proportionality; Human Rights.*

* Abogada salvadoreña con experiencia en Derechos Humanos y Derecho Penal, visitante profesional en Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el año 2016, docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Gerardo Barrios y becaria del Programa Regional y para estancia de investigación en Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemania) por el Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD). Contacto: lady.krito@hotmail.com.

Fecha de postulación del artículo: 28 de marzo de 2019. Fecha de aprobación del artículo: 1 marzo 2020.

INTRODUCCIÓN

Desde finales del siglo XX, con la llegada de nuevos avances de la ciencia y particularmente de la bioinformática, aparecen las primeras propuestas de crear bases de datos de ADN. A la fecha, una larga lista de países ha encontrado en el registro de perfiles de ADN (huella genética) de su población, uno de los mejores aliados para facilitar la investigación y persecución criminal. En el hemisferio americano, varios países han creado “Registros”, “Bases de Datos” o “Bancos” de ADN para ciertas categorías de personas: víctimas, desaparecidos, sospechosos, imputados, condenados, etc. Cabe destacar que este interés por contar con el registro de la huella genética de condenados radica en una presunción de reincidencia, reconociendo de antemano el fracaso de sus sistemas penitenciarios para lograr la resocialización de sus usuarios.

A pesar de no encontrar antecedentes específicos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto (en adelante “Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) ha reconocido la injerencia en el derecho a la vida privada que

supone la toma de muestras biológicas y los perfiles de ADN, así como la consecuente necesidad de mantener un equilibrio entre este derecho y el interés público de investigación criminal en casos relacionados con bases de datos de ADN¹. En esa línea, además de clarificar aspectos generales sobre el registro de huella genética, su fiabilidad, valoración y utilidad, se desarrolla un breve pero crítico análisis sobre Anteproyecto de Ley para El Salvador, presentado en septiembre de 2015², a la luz estándares internacionales en materia de derechos humanos y jurisprudencia constitucional relevante en la materia.

I. Huella genética, fiabilidad y valoración.

En la actualidad, la identificación a través de los perfiles de ADN o “huella genética” ha ganado un amplio respaldo, principalmente atendiendo su utilidad en el contexto de la investigación criminal, determinación de filiación biológica, identificación de personas desaparecidas o cadáveres sin identificar, etc.

El anteproyecto de ley para El Salvador define la huella genética como:

¹. TEDH, “Caso S. y Marper Vs. Reino Unido: no. 30562/2004 y 30566/2004; 4 de diciembre 2008”, párr. 100, consultado 18 de noviembre 2018, <https://www.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Ponencias/CasoSyMarpercontraReinoUnido.html>. También TEDH, “Caso M.K. Vs. Francia: no. 19522/09; 18 de julio de

2013”, párr. 29 – 47, consultado 20 de marzo 2019, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-119075"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

². Marilú Alvarenga, “Iniciarán estudio de ley del registro genético y ley de los pueblos indígenas”, *Asamblea Legislativa*, 1 de octubre 2018, consultado 28 de octubre, 2018, <https://www.asamblea.gob.sv/node/7877>

“la información genética obtenida, analizada y resguardada del ácido desoxirribonucleico o paquete de genes del individuo a quien pertenece dicha muestra, y que es heredada de sus progenitores, heredable a sus descendientes, y cuya combinación es distinta y única respecto de la totalidad de los demás seres humanos [...]”³

Al respecto, resulta conveniente tener claro que los genes son segmentos de la molécula del ADN que se constituyen como unidades de la herencia que se trasmite de padres a hijos. El ADN es una macromolécula que se presenta en forma de doble hélice, integrada por cuatro bases nitrogenadas: Timina (T), Guanina (G), Citosina (C) y Adenina (A)⁴. Esta macromolécula se divide en ADN codificante y no codificante⁵, pero a efecto de la identificación de la persona es de mayor utilidad el ADN no codificante pues presenta una considerable variabilidad de un individuo a otro, a diferencia del ADN codificante.

Para fines forenses de identificación de individuos, tiene relevancia el ADN microsatélite y minisatélite (altamente polimórficos) o *variable number of tandem repeats* del ADN no codificante⁶, pues las regiones en el ADN que presentan importantes variaciones de persona a persona (polimorfismos), son las que hacen posible diferenciar a un individuo entre otros⁷. En todo caso, a mayor número de marcadores analizados, mayor seguridad para la identificación del individuo, pues lo que se denomina perfil genético es, al final de cuentas, la “combinación específica de todos los genotipos obtenidos para cada uno de los marcadores analizados”⁸.

Existen distintas técnicas para la determinación de la huella genética, algunas más complejas que otras. Según Rafael Marín Rojas, para determinar la huella genética pueden seguirse los siguientes pasos: i) extraer el ADN de la muestra sea con un método orgánico o inorgánico; ii) someter el ADN a la digestión con la “enzima de restric-

³. Asamblea Legislativa, “Anteproyecto de Ley de Registro Genético y Otros Datos de Identificación en El Salvador”, arena.org.: art. 1, consultado 28 de octubre, 2018, http://cdn.flipsnack.com/iframehtml5/embed.html?hash=ftp0zyyyyn&fullscreen=1&startIndex=0&previous_page=true&startPage=1&t=1441731599&bwd=1&v=4.8

⁴. Laura A. Albarelllos, *Identificación Humana y Bases de Datos Genéticos*, 1º ed. (Distrito Federal, México: UBIJUS, 2009), 16.

⁵. Carlos María Romeo Casabona et al., “La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro”, (Bilbao, España: Universidad de Deusto, 2006), 155.

⁶. Carlos María Romero Casabona y Sergio Romeo Malanda, *Derecho y Proceso Penal: Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, 1º ed. (Pamplona, España: Thomson Reuters y Editorial Aranzadi, 2010), 29.

⁷. Albarelllos, 36.

⁸. María José Farfán Espuny, “Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense” en *Las Bases de Datos Policiales de ADN: ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (Madrid, España: Dykinson, 2013), 138.

ción”; iii) separar los fragmentos de ADN de longitud y peso variable o polimórfica, limitados por dos sitios de restricción (en adelante “RFLP”) mediante electroforesis en agarosa y hacer la transferencia a membranas de nylon; y iv) realizar “la hibridación con la sonda marcada para finalizar con el revelado y la fotografía”. Sin embargo, reconoce que este procedimiento resulta complicado por lo que la “reacción en cadena de la polimerasa” (en adelante “PCR”) se ha convertido en la técnica más utilizada⁹. Esta técnica posibilita el trabajo con muestras muy pequeñas, e incluso, degradadas¹⁰ y al reproducirlas facilita las contra pericias¹¹, sin embargo, la posibilidad de contaminación es su principal debilidad, pues “analiza elementos tan pequeños que es posible que se encuentren contaminados con otros, si se recogieron incorrectamente”¹².

Debido a lo anterior, el STR (*Short tandem repeat*) es considerado como el mejor sistema de análisis, pues se ocupa de buscar información en regiones específicas denominadas *loci*¹³, permitiendo una mejor diferenciación entre perfiles de

ADN, lo que es indispensable para la identificación forense. Sin perjuicio de ello, existen otras técnicas como biochips o microarrays y el SGM Plus (generalmente usado para análisis del A.D.N. mitocondrial). En todo caso, la idoneidad del método para el análisis de ADN que decida emplearse dependerá de la finalidad que se persiga y el tipo de fluido biológico que se tiene disponible.

No se omite mencionar que el análisis de ADN mitocondrial (extraído de mitocondria y transmisible solo vía materna), es particularmente útil para la identificación de personas desaparecidas pues permite “investigar linajes y reconstruirlos”¹⁴, a la vez que “es más eficaz en muestras degradadas y es el único polimorfismo que se puede analizar en cabellos sin bulbo, que son vestigios que aparecen con mucha frecuencia en la escena de delitos”¹⁵, sin embargo, la capacidad de discriminación que ofrece este tipo de ADN (al igual que ADN del cromosoma Y) es mucho menor que el del ADN nuclear por lo que no resulta muy útil para la diferenciación de individuos. Tener claridad sobre esta limitación en el análisis de ciertos

⁹. Rafael Marín Rojas, “La Huella Genética (La tecnología del ADN)”, *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*, Vol. 10 y 11, No. 10 – 11 (diciembre 1993 – mayo 1994): 56.

¹⁰. Albarellos, 84

¹¹. Así lo indican: Rosaura Chinchilla Calderón y Rosaura García Aguilar, *Bases de Datos de ADN y Genética Forense: Nuevos desafíos para la tutela de los derechos fundamentales*, 1º ed. (San José, Costa Rica: IJSA, 2009), 49.

¹². Helena Soletó Muñoz, *La identificación del imputado: Rueda, fotos, AD... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*, (Valencia, España: Tirant lo blach, 2009), 91.

¹³. Fragmentos de ADN variable.

¹⁴. Albarellos, 84.

¹⁵. Ángel Carracedo, “ADN. “La genética forense y sus aplicaciones en la investigación criminal” en *La prueba de ADN en el Proceso Penal*, (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014), 343.

tipos de ADN resulta particularmente importante para los jueces a la hora de valorar una coincidencia, pues, en un supuesto donde:

“[...] el perito solo incluye en su informe que el mitocondrial de la mancha en la escena coincide con el del acusado, el juez puede creer que esta coincidencia tiene mucha importancia (que es muy identificativa), pues al fin y al cabo es una prueba de ADN (con la «la fama» que esto tiene); y sin embargo hay tipos mitocondriales que aparecen en el 5% de los linajes maternos.”¹⁶

La huella genética es útil para la identificación de los imputados cuando se trata de hechos delictivos que dejan o pueden dejar vestigios biológicos en la escena del crimen, la víctima o instrumentos utilizados para su comisión. Sin embargo, existen hechos delictivos que no han de resolverse por ese medio, sea por la ausencia de vestigios biológicos en la escena o víctima del hecho, o porque la coincidencia del vestigio encontrado en el lugar del hecho con la huella genética del individuo solo permite afirmar la presencia del individuo en ese espacio, sin que ello proporcione certeza respecto de su participación delictiva. Asimismo, pese a la reputada fiabilidad de los análisis de ADN y de su utilidad para la identificación de personas, “las

pruebas de perfiles de ADN no permitirán afirmar que un vestigio biológico pertenece con absoluta seguridad (probabilidad del 100%) a una persona determinada”¹⁷.

En todo caso, para que la huella genética o perfiles de ADN proporcionen una mayor seguridad en la identificación de la persona, es necesario que se analicen varios polimorfismos. Asimismo, la correspondencia entre el análisis de un vestigio biológico y la huella genética debe valorarse teniendo en cuenta la frecuencia de determinados polimorfismos en la población, para lo que sería indispensable un estudio de la frecuencia del o los marcadores analizados en la población de referencia, en este caso, de la población salvadoreña. En esa línea, en la valoración de este tipo de pruebas, además del informe de la pericia con motivo de la determinación de la huella genética de la persona y el informe de cotejo de huellas genéticas, las autoridades judiciales deberían tener en cuenta los grupos de población del entorno del individuo, pues — en palabras de Casabona y Malanda — “contrario a lo que a veces suele pensarse, las pruebas periciales de identificación personal mediante el análisis de marcadores genético-moleculares no ofrecen resultados de identificación

¹⁶. Lourdes Prieto y Ángel Carracedo, “La valoración estadística de la prueba de AND para juristas” en *Las Bases de Datos Policiales de ADN: ¿Son una herramienta real-*

mente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza? (Madrid, España: Dykinson, 2013), 292.

¹⁷. Casabona Malanda, *Derecho y Proceso Penal...*, 37.

plena”¹⁸. En consecuencia, para una adecuada utilización de la huella genética en el contexto de la persecución criminal, es necesario contar con estudios genéticos poblacionales de referencia en El Salvador, sin que ello exima de las dificultades que podrían presentarse cuando se trate de personas extranjeras, en caso de no existir estudios suficientes y rigurosos de su población de referencia.

La doctrina se ha referido a casos límites, por ejemplo, cuando se sospecha que el autor del delito es el hermano gemelo de la víctima. En un supuesto semejante, considera indispensable tener en cuenta el parentesco del sospechoso con la víctima al momento de analizar los vestigios biológicos, pues “si no se aporta ese dato en la investigación pericial, al hacer los análisis es posible que se piense que la muestra analizada corresponde a la víctima, pudiendo, sin embargo, pertenecer al autor”¹⁹. Como ejemplo de las dificultades que supone el caso de gemelos homocigóticos, Harlan Levy²⁰ relata el caso de violación y posterior asesinato de una chica de quince años de edad en Maryland, en cuya investigación la prueba de ADN del semen encontrado dio un resultado inesperado, al resultar coincidente con el ADN de dos

hermanos gemelos, Jerome y Tyrone Page, quienes pese a no tener las mismas huellas dactilares presentaban el mismo perfil de ADN, por lo que la prueba de ADN no resultó suficiente para resolver el caso. Un caso similar al antes citado se presentó a finales de 2012 en Francia²¹.

Cabe mencionar que, aunque los gemelos homocigóticos no tienen un perfil de ADN idéntico, este es tan similar que, dependiendo de los marcadores analizados, sus huellas genéticas suelen coincidir. Las dificultades para la identificación y diferenciación de gemelos homocigóticos, a partir de perfiles de ADN, puede explicarse en el hecho de que las pruebas de ADN suponen únicamente el análisis de una pequeña fracción del código genético que, aunque suficiente para diferenciar entre dos personas promedio, resulta insuficiente para diferenciar a los gemelos homocigóticos.

Dentro de los cuestionamientos que suelen oponerse a las pruebas de ADN, tienen relevancia los relativos a la cadena de custodia de las muestras biológicas, pues su ruptura “puede dar lugar a errores en los procesos analíticos o interpretativos, lo cual hace que el resultado pierda confiabilidad y eficacia”²². Asimismo, la fiabilidad de una

¹⁸. *Ibidem*.

¹⁹. *Ibidem*., 41.

²⁰. Harlan Levy, *And the blood cried out: A prosecutor's spellbinding account of the power of DNA*, 1° ed. (New York, United States: BasicBooks, 1996). 191-192.

²¹. Mayores detalles sobre este y otros casos similares pueden encontrarse en: BBC News. *Twin DNA test: Why identical criminals may no longer be safe*. 15 de enero 2014. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/magazine-25371014>

²². Chinchilla y García, 95.

huella genética depende en gran medida del correcto manejo de las muestras frente al riesgo de contaminación, confusión o deterioro, así como el cumplimiento de todos los requerimientos científicos y técnicos para satisfacer niveles de calidad aceptables. En consecuencia, los jueces al valorar el informe sobre la pericia con motivo de la determinación de la huella genética, así como el peritaje de cotejo de huellas genéticas deberían tener en consideración la solvencia científica y técnica de quienes intervienen en la determinación de la huella genética y su correcta realización técnico-científica, es decir, el preciso seguimiento de protocolos adecuados y meticulosidad en el cuidado para evitar contaminación o confusión de las muestras.

En ese sentido, aunque los análisis o pruebas de ADN gozan de una seguridad muy elevada, no conviene atribuirle el carácter de plena prueba por ley, siendo necesario que las autoridades judiciales puedan valorarla sin presumir su infalibilidad y, en consecuencia, el referido informe pericial debe admitir cuestionamientos y contrapericia. Asimismo, como ha sido indicado por Salom Escrivá: “cuando la prueba de ADN sea la única

existente y sea factible establecer conclusiones alternativas plausibles, basadas en la incertidumbre o en la indeterminación, el proceso valorativo deberá decantarse por la solución absolutoria”²³.

Por otra parte, para garantizar una mayor fiabilidad y facilitar su contrapericia, es conveniente que la legislación incluya una referencia expresa al número mínimo de marcadores que han de ser analizados para la determinación de la huella genética. En Estados Unidos inicialmente se seleccionaron 13 y luego se agregaron 7, por lo que en la actualidad se requiere un total de 20 marcadores como parte del *Combined DNA Index System* (CODIS)²⁴, mientras que en Europa se cuenta con el *European Standard Set* (ESS) y los *European STR kits*. La principal razón por la que tanto en Estados Unidos como en Europa se han incrementado el número de marcadores tiene su origen en las, aunque escasas, ocasiones en las que se ha presentado una errónea coincidencia de perfiles de ADN y la necesidad de intercambiar esta información con otros países como mecanismo de cooperación para la lucha contra la criminalidad.

²³. Juan-Salvador Salom Escrivá, “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España: Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras” en *La prueba de ADN en el Proceso Penal* (Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014), 205.

²⁴. Desde octubre de 1998 hasta diciembre de 2016 se requirieron solo 13 marcadores. Ha sido a partir del 1 de

enero de 2017 que se han requerido 20 marcadores. Para mayor detalle, puede consultarse: FBI. *Frequently Asked Questions on CODIS and NDIS*. Disponible en: <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>

Nótese, que mientras más populosas sean las bases de datos de ADN mayor es el riesgo de *adventitious matches*.

II. Inscripción del “perfil genético” de los condenados por delitos graves como “consecuencia accesoria” del delito en el contexto actual.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual — Convenio de Lanzarote —, establece una serie de medidas preventivas, de protección y asistencia a las víctimas, así como medidas de intervención orientadas a “prevenir y minimizar los riesgos de reincidencia en delitos de carácter sexual contra niños”²⁵. Por otra parte, se incluyen medidas de derecho penal sustantivo, investigación, enjuiciamiento, derecho procesal y medidas sobre el registro y almacenamiento de datos. En esa línea, establece como obligación a cargo de los Estados Parte, la adopción de medidas legislativas o para recoger y almacenar datos relativos a la identidad y perfil genético de las personas condenadas por los delitos tipificados en el mismo Convenio²⁶.

En España, a través de la ley la Ley Orgánica 1/2015 se reformó el Código Penal en marzo de 2015 para — entre otras cosas — cumplir con lo dispuesto en el Convenio Lanzarote, ratificado por España el 22 de julio de 2010, incorporando una aplaudida y a la vez cuestionada novedad: la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN. Previo a esa reforma, la Ley Orgánica 10/2007, disponía la inscripción de los datos identificativos extraídos a partir del ADN de sospechosos, detenidos o imputados, en la base de datos policial, pero no se garantizaba la inscripción de los perfiles genéticos de quienes resultaban condenados por delitos de especial gravedad. En consecuencia, se dispuso la inclusión de un nuevo artículo dentro del Título VI que prevé las “consecuencias accesorias”²⁷, disponiendo la toma de muestras biológicas de personas condenadas por determinados delitos graves y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. En caso de oposición de la persona condenada, la ley establece que “podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso

²⁵. Consejo de Europa, “Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual”, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 y en vigor desde el 1 de julio de 2010: art. 15.1.

²⁶ *Ibidem.*, art. 37.

²⁷. Felipe VI: Rey de España, “Ley Orgánica 1/2015 por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal; 30 de marzo de 2015”, BOE: Preámbulo IX, consultado 14 de octubre 2018, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439>

y respetuosas con su dignidad”²⁸. Cabe destacar que cualquier Estado, de cualquier parte del mundo, puede suscribir el Convenio Lanzarote²⁹ por lo que, en México, algunos legisladores han urgido al gobierno para su suscripción con la finalidad de brindar una mayor protección a niños y niñas frente a la explotación y el abuso sexual³⁰.

En algunos países latinoamericanos el registro del perfil genético de los condenados es una realidad. En Chile, desde noviembre de 2008 se reglamentó lo relativo al Registro de Condenados, como parte del Sistema Nacional de Registros de ADN creado a partir de la Ley 19970 en 2004³¹. Cabe destacar que se dispone el registro de la huella genética de condenados por ciertos delitos, entre los que figuran delitos sexuales e incluso el aborto (fuera de los casos permitidos por ley)³². La regulación del Registro de Condenados en la legislación chilena presenta llamativas particularidades: i- la eliminación de los antecedentes, no incluye

la eliminación de la huella genética contenida en el Registro de Condenados, ii- la Ley 19970 y su reglamento no disponen plazos o procedimientos para la eliminación de la huella genética contenida en el Registro de Condenados por lo que se discute la posibilidad de hacerlo, iii- cuando la huella genética del condenado ha sido determinada durante el proceso penal, se incluye la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados. En caso contrario, en la sentencia condenatoria el tribunal ha de ordenar que se determine la misma y se incluya en el Registro de Condenados, y iv- se dispuso retroactivamente la determinación de la huella genética de las personas que se fueron condenadas antes de la entrada en vigor de la ley y que se encontraran cumpliéndola. La doctrina discute la procedencia y legitimidad de compeler judicialmente a los condenados a la toma de muestras biológicas cuando manifiestan su negativa.³³

²⁸. *Ibidem.*, artículo único - setenta.

²⁹. Ha sido firmado por 47 de los Estados miembros del Consejo de Europa y ha sido ratificado por 44 de ellos. Los 3 Estados que no la han ratificado son: Armenia, Azerbaiján e Irlanda.

³⁰. Redacción, “legislativo: Diputados piden al Ejecutivo suscribir convenio contra abuso y explotación sexual infantil”, *Endirecto*, 22 de abril 2018, consultado 14 de octubre 2018, <http://endirecto.mx/2018/04/22/diputados-piden-al-ejecutivo-suscribir-convenio-contra-abuso-y-explotacion-sexual-infantil/>. También en VII Legislatura, “México debe firmar ya Convenio de lanzarote para proteger a su infancia, urgen diputadas de MORENA”, *Asamblea legislativa del Distrito Federal*, 19 de noviembre 2015, consultado 14 de octubre 2018, <http://aldf.gob.mx/comsoc-mexico-debe-firmar-ya-convenio-lanzarote-protoger-su-infancia-urgen-diputadas-morena--22776.html>

³¹. Congreso Nacional de Chile, “Ley 19970: CREA EL SISTEMA NACIONAL DE REGISTROS DE ADN; 6 de octubre 2004”, BCN: arts. 4, 5, 16 y 17, consultado 15 de octubre 2018, <http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Norma-tiva/Ley%2019.970%20Crea%20el%20Sistema%20Nacional%20de%20Registro%20de%20ADN.pdf>

³². *Ibidem.*, art. 17. Congreso Nacional de Chile, “Ley 2561: Código Penal; 12 de noviembre 1874 (actualizado al 27 de enero 2018)”, BCN: Párrafos 1, 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, consultado 15 de octubre 2018, <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

³³. Jorge Bofill Genzsch, “Sistema Nacional de Registro de AND regulado en la Ley N° 19.970: Análisis de sus presupuestos de aplicación”, en *Informe en Derecho del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública*, No. 2 (junio, 2015): 9, 27, 34 – 35.

En Argentina, se dispuso la creación del Registro de Datos Genéticos Digitalizados vinculados a delitos contra las personas y contra la Integridad Sexual para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual cuenta con una “sección de condenados”³⁴. Según el artículo 13 de la Ley N° 4.114, “[l]a información obrante en la Sección Condenados del Registro sólo será dada de baja transcurridos cien (100) años desde la iniciación de la causa en la que se hubiera dispuesto su incorporación o por orden judicial”. Asimismo, con la Ley N° 26.879 promulgada el 23 de julio de 2013, se creó un Registro Nacional de Datos Genéticos vinculados a delitos contra la integridad sexual, el cual incluye información genética asociada a muestra o evidencia biológica obtenida durante la investigación criminal y de todas las personas condenadas. En esa línea, la ley dispone “Una vez que la sentencia condenatoria se encuentre firme, el juez o tribunal ordenara de oficio los exámenes tendientes a lograr la identificación genética del condenado y su inscripción en el Registro”³⁵. Cabe señalar que la información registrada bajo la Ley N° 26.879, también será eliminada solo después

de cien años transcurridos a partir del inicio de la causa en que se dispuso su incorporación.³⁶

Las legislaciones antes citadas constituyen solo un pequeño ejemplo de una tendencia global, no tan reciente, de constituir bases de datos genéticos “criminales”. Inglaterra, Irlanda del Norte, Escocia, Holanda, Austria, Alemania, Eslovenia, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Suiza, Suecia, Croacia, Bélgica, Francia, Republica Checa, Estonia, Lituania, Eslovaquia y Hungría son algunos de los países que han adoptado este tipo de bases de datos genéticos, entre 1995 y 2002 y en algunos de ellos se permite el almacenamiento de la huella genética de condenados de forma indefinida. En el hemisferio americano, Estados Unidos constituye el ejemplo más significativo, pues casi la totalidad de Estados requieren la entrega de muestras de ADN a condenados, principalmente cuando se trata de delitos sexuales, además de la tendencia creciente a autorizar la toma de muestras biológicas de detenidos.

³⁴. Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Ley N° 4.114: Registro de Datos Genéticos Digitalizados vinculados a delitos contra las personas y contra la Integridad Sexual para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; 7 de diciembre 2018”, CEDOM: art. 7 d., consultado 15 de octubre 2018, <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley4114.html>

³⁵. Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina, “Ley N° 26.879: Crease el Registro Nacional de Datos Genéticos; 23 de julio 2013”, InfoLEG: art. 5, consultado 15 de octubre 2018, <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/215000-219999/217689/norma.htm>

³⁶. *Ibidem.*, art. 10.

III. Registro de huella genética y derechos humanos.

La utilidad que representa contar con una base de huellas genéticas a efecto de futuras investigaciones se convierte en la principal justificación para su adopción pues, tal como ha sido apuntado por Amitai Etzioni: “*one immediately sees the double virtue of DNA testing: It vastly enhances the probability that those who are guilty will be convicted and that those who are innocent will be rapidly cleared, despite the aerly indications that made them into suspects*”³⁷. Así, teniendo en cuenta que el uso de los avances de la ciencia y tecnología para una mayor eficiencia en la persecución penal no es *per se* ilegítimo, carece de sentido rechazar el registro de huellas genéticas, sin embargo, resulta indispensable la observancia de ciertos principios y el respeto de los derechos humanos.

Es innegable que ciertos derechos fundamentales pueden verse comprometidos con la toma de muestras biológicas y el registro de la huella genética, a saber: libertad, integridad física, intimidad y el derecho a no autoincriminarse, sin embargo, al no considerarse derechos absolutos, admiten limitaciones razonables en atención al principio de proporcionalidad. En esa línea, cuando se

trata del registro de huellas genéticas, rigen los siguientes principios: i) Reserva de ley; ii) Intervención judicial a través de resolución motivada; iii) Proporcionalidad; iv) Especial consideración a la protección de datos de carácter personal; v) Uso exclusivo para el fin con el que fueron recogidos (previsto en la ley); y vi) No uso de ADN codificante.

Las principales objeciones ante las iniciativas de crear registros o bases de datos de ADN parten del derecho a la intimidad (o vida privada), tanto en su dimensión individual como familiar, pues el registro de perfiles de ADN de un individuo no solo permite identificarle, sino que también puede permitir conocer sus relaciones de parentesco, entre otras. En razón de las preocupaciones en torno al derecho a la intimidad resulta indispensable la adopción de medidas para la protección de estos datos genéticos y en particular la observancia de los principios relativos a la protección de datos personales: licitud, calidad de los datos, finalidad específica, uso limitado, seguridad, accesibilidad (para el titular de los datos) y rendición de cuentas.

Uno de los aspectos más cuestionados por la doctrina ha sido la toma de muestras biológicas para el análisis de ADN en el marco de procedimientos

³⁷. Amitai Etzioni, “DNA Tests and Databases in Criminal Justice: Individual Rights and the Common Good” en *DNA and the Criminal Justice System: The Technology of*

Justice, (Cambridge, Massachussets/London, England: The MIT Press, 2004), 202

penales, sin el consentimiento del sospechoso o imputado, y su compatibilidad con el derecho a no auto incriminarse. Sin entrar en mayores detalles sobre el desarrollo de esta discusión, la Sala de lo Constitucional de El Salvador, al pronunciarse respecto de la constitucionalidad del artículo 167 del CPP Derogado, referido a las intervenciones corporales, ha negado que ello suponga una violación a la garantía constitucional de *no ser obligado a aportar prueba contra sí mismo*, por considerar que esta garantía solamente ampara la transmisión del conocimiento directo de los hechos por parte del imputado, quedando excluidos los casos donde se requiere su participación pasiva dentro de una práctica procesal como objeto de prueba, como acontece por ejemplo en la toma de cabello para efectuar alguna pericia.³⁸ En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció en el caso Saunders Vs. Reino Unido que:

“El derecho a no contribuir a la propia inculpación se refiere, no obstante, al respeto de la voluntad de la persona acusada de guardar silencio. Según se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las Partes Contratantes del Convenio y

en cualquier otro lugar, no se amplía a la utilización en el procedimiento penal de material que puede obtenerse del acusado a través del uso de facultades obligatorias, pero que tiene una existencia independiente de la voluntad del sospechoso como, entre otros, los documentos adquiridos en virtud de una orden judicial, muestras de respiración, sangre y orina y tejidos corporales con el fin de llevar a cabo pruebas de ADN.”³⁹

Sin perjuicio de lo anterior, merece particular referencia el pronunciamiento del TEDH en el caso S. y Marper Vs. Reino Unido, donde se reconoce la injerencia en el derecho a la vida privada que supone la toma de muestras biológicas y los perfiles de ADN, así como la consecuente necesidad de mantener un equilibrio entre este derecho y el interés público de investigación criminal. Este pronunciamiento puede resumirse en cuatro ideas principales:

- i. La conservación de datos relativos a las huellas dactilares y genéticas persigue una finalidad legítima: la detección y, en consecuencia, la prevención del delito. Mientras que la extracción inicial está destinada a vincular a una persona determinada

³⁸. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas. Consultado 5 de abril, 2017,

http://www.dplf.org/sites/default/files/el_salvador_-_proceso_de_inconstitucionalidad_5-2001_et_al.pdf

³⁹. TEDH, “Caso Saunders Vs. Reino Unido: no. 19187/91; 17 de diciembre 1996”: §69, consultado 18 de noviembre 2018, <http://hudoc.echr.coe.int/webservices/content/pdf/001-58009?TID=thkbhnlzk>

- con un delito concreto que se sospecha que ha cometido, la conservación persigue un objetivo más amplio, a saber, contribuir a la identificación de futuros delincuentes⁴⁰.
- ii. El derecho interno debe asegurar, concretamente, que estos datos sean pertinentes y no excesivos en relación a las finalidades para las que son registrados y que se conserven bajo una forma que permita la identificación de las personas concernidas durante un período de tiempo que no exceda del necesario para las finalidades para las cuales se hayan registrado⁴¹.
- iii. El interés de las personas afectadas y del conjunto de la comunidad de que se protejan los datos de carácter personal y, concretamente, los relativos a las huellas dactilares y genéticas, puede desaparecer ante el interés legítimo que constituye la prevención del delito⁴².
- iv. El carácter general e indiferenciado de la facultad de conservar las huellas dactilares, las muestras biológicas y los perfiles de ADN de las personas sospechosas de haber cometido delitos pero que no han sido condenadas no guarda un equilibrio justo entre los intereses públicos y privados⁴³.

Tales estándares fueron reiterados posteriormente en el caso *Caso M.K. Vs. Francia*, donde el TEDH reconoció que la adopción de este tipo de medidas que suponen una injerencia en el derecho a la vida privada, debe encontrarse prevista en la ley, la cual debe ser accesible y previsible, es decir, formulada con suficiente precisión, e indicar con vasta claridad el alcance de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la forma de ejercerla, como garantía frente a la arbitrariedad.⁴⁴ Por ende, la legislación interna debe ser suficientemente clara y precisa en cuanto a las condiciones para almacenar, utilizar y suprimir datos personales, incluidos los registros de huella genética. En ese sentido, la falta de regulación sobre la forma de proceder ante la negativa de la persona (investigada, imputada o condenada)

⁴⁰. TEDH, “Caso S. y Marper Vs. Reino Unido: no. 30562/2004 y 30566/2004; 4 de diciembre 2008”, párr. 100, consultado 18 de noviembre 2018, <https://www.poderjudicial.go.cr/salaconstitucional/images/cefcca/Documentos/Ponencias/CasoSyMarpercontraReinoUnido.html>

⁴¹. *Ibidem.*, §103.

⁴². *Ibidem.*, §104.

⁴³. *Ibidem.*, §105.

⁴⁴. TEDH, “Caso M.K. Vs. Francia: no. 19522/09; 18 de julio de 2013”, párr. 30, consultado 20 de marzo 2019, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-119075"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

para la toma de muestras biológicas, así como el no establecimiento de límites temporales para la conservación de los datos ni de procedimientos encaminados a su eliminación, constituyen alarmantes debilidades en el Anteproyecto de Ley para El Salvador.

Aunque el registro de huella genética resulta legítimo para perseguir determinadas finalidades relativas a la persecución del delito, la limitación a los derechos de la persona no debe ser desmedida sino responder a parámetros de proporcionalidad, de manera que la mera apelación a su utilidad no justifica dejar de lado las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos. En esa línea, también resulta cuestionable el establecimiento de la oficiosidad de la intervención corporal para tal fin en el Anteproyecto de Ley para El Salvador, pues, como garantía de los derechos de las y los ciudadanos frente al abuso, la intervención corporal solo debería proceder previa resolución judicial motivada, principalmente cuando se trate de personas investigadas o imputadas. Tal conclusión resulta coincidente con lo previsto en la Regla 23 del Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca).

De igual forma, resulta criticable que el mencionado anteproyecto establezca como principio la prevalencia de los derechos de las víctimas sobre los derechos humanos de sus victimarios, en todos los casos. Si bien, las exigencias de justicia, verdad y reparación para las primeras pueden justificar la limitación de algunos de los derechos de los “victimarios”— por ejemplo, su libertad de circulación —, resulta ilegítima una previsión general, automática e irreflexiva de limitación de todos sus derechos. Asimismo, el establezca la “oficiosidad” de “la intervención corporal de las personas de la víctima, del investigado, acusado o imputado sin importar la minoría de edad del mismo”, en el referido anteproyecto, contradice lo establecido por la Sala de lo Constitucional salvadoreña, acerca de que este tipo medidas, además de estar previstas en la ley, han de requerir una autorización judicial (debidamente motivada) con estricta observancia del principio de proporcionalidad.⁴⁵

En la mayoría de las legislaciones sobre el registro de huella genética - a diferencia de lo previsto en el anteproyecto para El Salvador - se hace expresa alusión a que la misma ha de determinarse sobre la base del ADN no-codificante, precisamente porque implica una menor injerencia en el

⁴⁵. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-

2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas. Consultado 5 de abril, 2017, http://www.dplf.org/sites/default/files/el_salvador_-_proceso_de_inconstitucionalidad_5-2001_et_al.pdf

derecho a la intimidad de las personas. En esa línea, existe consenso acerca de que la información que puede obtenerse a partir del ADN codificante y el no codificante es distinta, pues el primero permite obtener “datos sensibles” relativos a la salud, cuyo conocimiento y tratamiento inadecuado podría dar lugar a dinámicas discriminatorias. En consecuencia, para mayor garantía de los derechos de las personas es conveniente que la misma ley establezca expresamente que la huella genética ha de determinarse exclusivamente a partir del ADN no codificante, aunque, como ha sido advertido por Etxeberria Guridi:

“[...] tampoco es absolutamente cierto que, en la actualidad, los «perfiles de ADN», que se equiparan al ámbito no codificante del mismo, no aporten directamente información relativa al individuo afectado, que puesta en relación con otros datos procedentes de otros contextos permitan definir un perfil más o menos preciso de la personalidad de aquel. Por ejemplo, el ADN no codificante deja al descubierto la pertenencia del afectado a un grupo étnico determinado, o su sexo cromosómico [...]”⁴⁶

Por otra parte, como se ha apuntado antes, el Anteproyecto de Ley no establece si es necesario o no el consentimiento de la persona para la toma de muestras biológicas y, en consecuencia, omite toda consideración respecto de la forma de proceder ante la negativa de la “víctima, del investigado, acusado o imputado”. Ante semejante vacío existirían dos opciones: no realizarla o emplear coerción para conseguirlo. Sobre este punto, aunque un importante sector de la doctrina se inclina por oponerse al uso de la fuerza física para conseguir la toma de muestras biológicas⁴⁷, otros admiten esta posibilidad siempre que no suponga una gran afectación a la salud o dignidad personal, ni se utilicen técnicas invasivas, cuando se trata de sospechosos o imputados⁴⁸. Por su parte, la Sala de lo Constitucional salvadoreña ha reconocido que el interés público propio de la investigación de un delito constituye una causa legítima para justificar una intervención corporal en contra de la negativa de un imputado, siempre que no suponga un riesgo o quebrando a la vida o la salud para quien tenga la obligación de soportarla, sean efectuadas por personal médico o paramédico y la intervención corporal se lleve a cabo con respecto a la dignidad de la persona.⁴⁹ En todo caso, si se

⁴⁶. José Francisco Etxeberria Guridi, “La protección de los datos de AND en la Unión Europea y en España” en *Las Bases de Datos Policiales de ADN: ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?* (Madrid, España: Dykinson, 2013), 102 – 103.

⁴⁷. Susana Álvarez De Neyra Kappler, *La prueba de ADN en el proceso penal* (Granada, España: Editorial Comares, 2008), 80.

⁴⁸. Como ejemplo: Juan-Salvador Salom Escrivá, 208-209.

⁴⁹. Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-

pretende que el sometimiento a la toma de muestras biológicas tenga carácter obligatorio, deben preverse consecuencias o la forma de proceder ante la negativa.

Cabe destacar que el anteproyecto no establece un plazo ni un procedimiento para la eliminación de la huella genética del registro, en ninguno de los casos. En esa línea, no queda claro si la huella genética de personas ha de permanecer en el registro después de la muerte de la persona ni cuál sería la finalidad que justifique su mantenimiento. En relación al límite temporal para la conservación de la huella genética de personas condenadas, Mora Sánchez sostiene que la cancelación de su registro puede tener como referente la fecha de cumplimiento de la condena, sea que se establezca la supresión de los datos de forma inmediata o se fije un plazo prudencial a partir de ese momento “para comprobar que este sujeto no va a volver a delinquir”⁵⁰. Teniendo en cuenta que con el registro de la huella genética de condenados se pretende prevenir y facilitar la persecución de nuevos delitos ante una eventual reincidencia, consideramos más apropiada la segunda opción.

Finalmente, tratándose del registro de huella genética de personas investigadas e imputadas que no sean finalmente condenadas, un plazo de veinticinco años o más como límite temporal para la conservación de los datos, ha sido considerado por el TEDH como equivalente a una retención indefinida, que no puede considerarse necesaria en una sociedad democrática ni proporcional en relación al derecho a la vida privada, pues supone una ausencia de equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego.⁵¹ En consecuencia, en razón del efecto estigmatizante que supone, la huella genética de imputados debería ser eliminada en caso de absolución cuando esta adquiriera firmeza, mientras que en supuestos de anulación de la condena como resultado de un recurso de revisión, la eliminación del registro de huella genética incluida en el Registro de Condenados debería ordenarse de inmediato, pues la circunstancia que motivó su inclusión quedaría inexistente y la conservación de su registro quedaría carente de legitimidad.

2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas. Consultado 5 de abril, 2017, http://www.dplf.org/sites/default/files/el_salvador_-_proceso_de_inconstitucionalidad_5-2001_et_al.pdf

⁵⁰. Juan Miguel Mora Sánchez, *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN: Identificación*

criminal a través de la huella genética (Bilbao-Granada, España: Catedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001): 330-331.

⁵¹. TEDH, “Caso M.K. Vs. Francia: no. 19522/09; 18 de julio de 2013”, párr. 45 – 46, consultado 20 de marzo 2019, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-119075"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

CONCLUSIÓN.

La mayoría de los cuestionamientos en contra de la creación de bases de datos de ADN se refieren al impacto negativo que su implementación puede tener en los derechos de las y los ciudadanos y en particular, en el derecho a la intimidad. A ello se suman los temores de vivir en una sociedad de vigilancia y las consecuencias negativas de atribuirle un excesivo valor a las pruebas de ADN, perdiendo de vista sus limitaciones. En contraste, se destaca la utilidad de la tecnología del ADN, no solo para lograr la identificación de los responsables de la comisión de delitos de considerable gravedad sino también para librar de cargos a quienes, siendo inocentes, en su momento sean considerados como sospechosos. En este contexto, en lugar de rechazar de modo general el registro de perfiles de ADN, resulta indispensable que la comunidad jurídica se interese por aprender el lenguaje de la ciencia genética para comprender de mejor manera la utilidad y fiabilidad de los perfiles de ADN en el marco de un proceso penal, participando de la discusión acerca de cómo mantener un adecuado equilibrio entre el uso de los avances de la ciencia para la persecución del delito y la observancia de derechos humanos.

Por otra parte, y en coherencia con las observaciones apuntadas *supra*, es posible concluir que

una legislación compatible con el respeto y garantía de los derechos humanos debe, al menos: i) excluir el uso del ADN codificante; ii) excluir la “oficiosidad” de la intervención corporal para la toma de muestras biológicas, pues ello debe determinarse mediante resolución judicial motivada y en atención a parámetros de proporcionalidad según las circunstancias del caso en concreto; ii) fijar como principio la preferencia de los métodos menos intrusivos para la toma de muestras biológicas que, según el estado del conocimiento científico actual, resulten idóneos para determinar la huella genética; iii) evitar la caracterización legal como “plena prueba” de informes periciales relativos a la determinación o coincidencia de la huella genética, previendo, en su lugar, la posibilidad de contra-pericias, y iv) establecer un plazo máximo para el mantenimiento de las huellas genéticas en los distintos registros o en su caso, prever un recurso o eficaz para requerir su eliminación.

Bibliografía.

ALBARELLOS, Laura A. *Identificación Humana y Bases de Datos Genéticos. 1º ed. Distrito Federal*, México: UBIJUS, 2009.

ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana. *La prueba de ADN en el proceso penal*. Granada, España: Editorial Comares, 2008.

CARRACEDO, Ángel. “ADN. “La genética forense y sus aplicaciones en la investigación criminal” en *La prueba de ADN en el Proceso Penal*, 339 - 366. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014.

CASABONA, Carlos María Romeo y Malanda, Sergio Romeo. *Derecho y Proceso Penal: Los identificadores del ADN en el Sistema de Justicia Penal*, 1º ed. Pamplona, España: Thomson Reuters y Editorial Aranzadi, 2010.

CASABONA, Carlos María Romeo et al. *La ética y el derecho ante la biomedicina del futuro*. Bilbao, España: Universidad de Deusto, 2006.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y García Aguilar, Rosaura. *Bases de Datos de ADN y Genética Forense: Nuevos desafíos para la tutela de los derechos fundamentales*, 1º ed. San José, Costa Rica: IJSA, 2009.

ETXEBERRÍA GURIDI, José Francisco. “La protección de los datos de AND en la Unión Europea y en España” en *Las Bases de Datos Policiales de ADN: ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 95 – 119. Madrid, España: Dykinson, 2013.

ETZIONI, Amitai. “DNA Tests and Databases in Criminal Justice: Individual Rights and the Common Good” en *DNA and the Criminal Justice System: The Technology of Justice*, 197 – 223. Cambridge, Massachussets/London, England: The MIT Press, 2004.

FARFÁN ESPUNY, María José. “Recogida de muestras biológicas y obtención del perfil de ADN en el laboratorio forense” en *Las Bases de Datos Policiales de ADN: ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 121 – 144. Madrid, España: Dykinson, 2013.

LEVY, Harlan. *And the blood cried out: A prosecutor’s spellbinding account of the power of DNA*, 1º ed. New York, United States: Basic-Books, 1996.

MORA SÁNCHEZ; Juan Miguel. *Aspectos sustantivos y procesales de la tecnología del ADN: Identificación criminal a través de la huella ge-*

nética. Bilbao-Granada, España: Catedra de Derecho y Genoma Humano – Editorial Comares, 2001.

PRIETO, Lourdes y Carracedo, Ángel. “La valoración estadística de la prueba de AND para juristas” en *Las Bases de Datos Policiales de ADN: ¿Son una herramienta realmente eficaz en la lucha contra la criminalidad grave nacional y transfronteriza?*, 277 – 296. Madrid, España: Dykinson, 2013.

SALOM ESCRIVÁ, Juan-Salvador. “Problemas procesales de la práctica de la prueba de ADN en España: Especial consideración de la negativa del imputado a la toma de muestras” en *La prueba de ADN en el Proceso Penal*, 171 - 221. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2014.

SOLETO MUÑOZ, Helena. *La identificación del imputado: Rueda, fotos, AD... De los métodos basados en la percepción a la prueba científica*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2009.

Revista o Informe:

BOFILL GENZSCH, Jorge. “Sistema Nacional de Registro de AND regulado en la Ley N° 19.970: Análisis de sus presupuestos de aplicación”. *Informe en Derecho del Departamento de Estudios de la Defensoría Penal Pública*, No. 2 (junio, 2015)

MARÍN ROJAS, Rafael. “La Huella Genética (La tecnología del ADN)”. *Revista de Medicina Legal de Costa Rica*, Vol. 10 y 11, No. 10 – 11 (diciembre 1993 – mayo 1994).

Jurisprudencia:

TEDH, “Caso Saunders Vs. Reino Unido: no. 19187/91; 17 de diciembre 1996”.

TEDH, “Caso S. y Marper Vs. Reino Unido: no. 30562/2004 y 30566/2004; 4 de diciembre 2008”.

TEDH, “Caso M.K. Vs. Francia: no. 19522/09; 18 de julio de 2013”.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, “Sentencia de inconstitucionalidad 5-2001/10-2001/24-2001/25-2001/34-2002/40-2002/3-2003/ 10-2003/11-2003/12-2003/14-2003/16-2003/19-2003/22-2003/7-2004; 23 de diciembre 2010, 9:50 horas”.

A Test for Disgorgement under the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)

Jorge Arturo González Calderón*

Valeria Alvarado Andrade**

Resumen: Este artículo resume un debate vigente en el mundo académico: la posibilidad de que una empresa pueda reclamar las utilidades vinculadas al incumplimiento contractual de su contraparte, bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("CISG"). Los autores concluyen que este método, como una acción independiente, no tiene cabida en la CISG. Sin embargo, sí podría llegar a considerarse como un mecanismo para calcular daños y perjuicios dentro del ámbito indemnizatorio. Bajo esta premisa, se afirma la necesidad de establecer un examen legal que ayude a determinar cuáles casos podrían justificar el uso de dicho método. De este modo, se propone utilizar un examen que surge en la jurisprudencia de Inglaterra y Gales. Sin embargo, los pasos de este examen deben ajustarse a la CISG y a sus valores subyacentes.

Palabras claves: Restitución de ganancias, indemnización, daños y perjuicios, restitución, enriquecimiento ilícito, buena fe, derecho comercial internacional, derecho de los contratos, CISG.

Abstract: This paper summarizes the existing discussion on whether a claim for disgorgement of profits can be successful under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG"). The authors conclude that disgorgement of profits, as an independent remedy, does not have a legal basis in the CISG, but may possibly be considered as a method for calculating compensatory damages. On this premise, it is submitted that a legal test should be put in place to determine which cases justify such a mechanism. The authors propose to use a test taken from English and Welsh case law. However, this test must be adapted to better suit the CISG and its underlying values.

Keywords: Disgorgement of profits, full compensation, compensatory damages, gains-based damages, restitutionary damages, unjust enrichment, good faith, international commercial law, trade law, contract law, CISG.

* Jorge Arturo González is a law student at the University of Costa Rica. He participated as team member and oralist for the University of Costa Rica at the 2019 Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, where his team received an honorable mention in the oral rounds, and he received an honorable mention as individual oralist. He is currently coaching the 2020 team of the University of Costa Rica for this same moot competition. Contact: jorgearturogonzalez31@gmail.com.

** Valeria Alvarado Andrade is a law student at the University of Costa Rica. She participated as team member and oralist for the University of Costa Rica at the 2019 Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, where her team received an honorable mention in the oral rounds. She is currently coaching the 2020 team of the University of Costa Rica for this same moot competition. Contact: valeriana97@gmail.com.

INTRODUCTION

Ensuring that *a breach of contract does not pay* is a noble objective. However, whether it is possible depends on the legal system under which it is discussed. One of the mechanisms to achieve this objective is allowing an aggrieved party to target the profits that its counterparty derived from the breach as damages. This mechanism has become known in various legal systems as “disgorgement of profits”,¹ “an account of profits”,² or more generally, “gain-based damages”.³ It has been stated that exceptional situations such as a “second sale”,⁴ may warrant its use.

Whether or not this method is welcome into contract law has been the subject of intense academic discussions. As most domestic private law systems do not provide for gain-based

damages, in some cases the outcome has been a proposal to amend the law. One of the arenas where these discussions have taken place is the *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (“CISG”), recognized as being the most successful attempt to unify commercial law at the international level.⁵ Given that it would be very difficult, if not impossible, to amend this international convention, a debate with many policy ramifications has to be solved by the means of interpreting and gap-filling its existing provisions. This occurs because disgorgement of profits is, without a doubt, not expressly contemplated in the Convention.

The first section of this paper seeks to lay out the debate of whether disgorgement of profits *can* be allowed into the CISG. Here, the reader will find that, whereas some scholars believe that

¹ See Ewoud Hondius and André Janssen (eds.), *Disgorgement of Profits: Gain-Based Remedies Throughout the World*, Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law (N° 8), Springer International Publishing, Switzerland, 2015

² *Esso Petroleum Company Limited v. Niad Limited*, High Court of Justice (England and Wales) 22 November 2001, case no. EWHC Ch 458

³ Ralph Cunnington, “*The Assessment of Gain-Based Damages for Breach of Contract*”, *The Modern Law Review*, Vol. 71, No. 4 (July 2008), pp. 559-586

⁴ Some of the most generally accepted hypotheticals that have been proposed in doctrine are the following:

- 1) **The delivery to a third party (or second sale):** The so-called “second time seller” who does not comply with its obligation to deliver the goods because a third party offered a better price. Thus, it procures a higher profit than the one agreed to under the original contract with the first buyer.

- 2) **The breach of ethical values:** The seller contractually obliged to manufacture the goods in accordance with ethical or human rights standards (also known as fair market conditions), who lowers his or her production costs by resorting to production mechanisms that are in breach of such an agreement, thus maximizing the profit. They sell the goods at the same price they would have had the fair market condition obligation been complied with.

- 3) **The breach of exclusivity:** The buyer who supplies a defined market, such as the European Union, NAFTA or Mercosur, against an express stipulation in the contract making a profit as a consequence

⁵ Harry M. Flechtner, “*Introductory Note on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, United Nations Audiovisual Library of International Law, n.d., available at: <http://legal.un.org/avl/ha/ccisg/ccisg.html>

disgorgement of profits may be interpreted primarily as a method of calculation of damages into the Convention, others have denied this possibility. It is important to note that no reported judicial or arbitral decisions have expressly stated that disgorgement is a mechanism in the realm of the CISG.

While admitting that this first issue is far from being settled, the second section will aim to provide a perspective on a very related, but much less discussed topic: the requirements for granting damages when using disgorgement of profits as a calculation method under the CISG. Thus, this section is based on the premise that disgorgement is a method of calculating compensatory damages rather than a remedy, and that, as a method, it can be made available under the Convention. Therefore, unlike the first section, the question to be answered will not be “*can it be granted?*”, but rather, “*under which circumstances should it be used?*”.

I. CAN DISGORGEMENT OF PROFITS FIT INTO THE CISG?

A. The CISG and the principle of full compensation.

The top ten largest trading nations in the world are CISG contracting states, with the United Kingdom being the only exception.⁶ This international convention is part of Costa Rican law since 2018. As a general rule, it governs international sale of goods contracts between parties with their place of business in different contracting states, regulating the rights and obligations of the parties.

Article 7 of the CISG states that, in its interpretation, regard must be had to its international character, the need to promote uniformity and good faith in international trade. Furthermore, for purposes of gap-filling within the CISG, matters are to be settled by recourse to its own underlying principles. The difference between interpretation and gap-filling is often overlooked and not at all clear.⁷ When confronting the topic at hand, both interpretation and gap-filling will be carried out.

Arbitral awards, judgements, and authorities have identified general principles of the Convention, such as good faith, party autonomy, preservation of the contract, and full compensation. The principle of full compensation can be derived from article 74, which states that, “*damages for breach of*

⁶ Petra Butler, “*Damages Principles under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*” in *The Guide to damages in International Arbitration* (John A. Tenor ed.), *Global Arbitration Review* (2018), at pg. 39

⁷ Eeva Riivari, “*Does Breach of Contract Pay? The Disgorgement of Profits under the UN Sales Convention*”, University of Helsinki, Faculty of Law, Master’s Thesis, at pg. 20

contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach". Hence, any contractual breach of obligations from either the buyer or the seller makes the right to claim damages arise in favor of the aggrieved party, and the compensation due must be "*equal to the loss*". It is unanimously held that this disposition seeks to place the affected party in the same economic position as if the contract had been fully and correctly performed,⁸ thus having a *compensatory* nature and excluding punitive damages.⁹ Undisputedly, the goal of article 74 CISG is full compensation, as it is construed to compensate an aggrieved party for the disadvantages suffered as a result of the breach.¹⁰

B. Can disgorgement be found in the CISG? The debate surrounding Article 74.

One of the academic and practical discussions that has arisen regarding disgorgement is whether the provisions of the CISG allow for the application of this figure as a remedy for a

contractual breach. Here, the main concern is whether this is acceptable in light of the interpretation and gap-filling rules of the Convention, as the remedy of disgorgement is not expressly found within it. In this sense, article 74, which regulates damages under the CISG, has been deemed by some to be the key that opens the door to claims for disgorgement. However, this matter is still far from being settled, as others question the viability of interpreting this article broadly as to encompass this remedy. Regardless of the position undertaken on this debate—both of which will be outlined below—, there is no denying that the Convention provides an interesting legal framework for the examination of this legal figure. This, due to its international character and desire to find a compromise between the values underlying different legal traditions.

The CISG contemplates a set of remedies for cases in which the counterparty has breached its obligations under the contract.¹¹ Therefore, depending on the circumstances, the aggrieved party may have the right to claim damages,

⁸ Secretariat Commentary on Art. 70 of the 1978 Draft of the CISG, comment 3, available at: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>; Ingeborg Schwenzer and Pascal Hachem, "*The Scope of the CISG Provisions on Damages*", in *Contract Damages-Domestic and International Perspectives* (Eds. Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington), Oxford (2008), at pg. 92

⁹ CISG-AC Opinion No. 6, "*Calculation of Damages under CISG Article 74*", adopted by the CISG-AC at its

Spring 2006 meeting in Stockholm (Sweden), rapporteur: John Y. Gotanda, available at:

<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Nils Schmidt-Ahrendts, "*Disgorgement of Profits under the CISG*", in *State of Play: The 3rd Annual MAA Schlechtriem CISG Conference* (Ingeborg Schwenzer and Lisa Spagnolo eds.), Eleven International Publishing, 2012, at pg. 89

specific performance, avoidance, and a price reduction, among others. However, it is known that the Convention does not expressly cover all legal issues that may arise out of a contract.¹² The CISG itself admits that there are matters governed but not expressly settled in it.¹³ This limitation arguably extends to the remedies available to the parties for cases of a contractual breach.¹⁴

As stated previously, the generally undisputed scope of article 74 is that it expresses the principle of full compensation. It aims to place the aggrieved party in the same economic position it would have been had the contract been performed.¹⁵ From this first impression, the objective of a damages award pursuant to article 74 CISG appears to be solely *compensatory*. Here, the loss for which compensation is to be granted upon includes the lost expectation of performance, as well as losses incurred in reliance on performance.¹⁶ Whereas these general basic principles remain unquestioned, their implication regarding the availability of novel remedies has become increasingly controversial.¹⁷ Precisely, it is in that “grey area”

where the contentious debate regarding disgorgement of profits as a possible applicable remedy through an interpretation of the CISG has sprung up.

To fully understand the controversy surrounding this matter, one of the essential elements of this figure must be pointed out: gain-based damages usually result from a situation in which one of the parties is encouraged to breach the contract due to the profitability of the breach over the proper fulfilment of the initial contract.¹⁸ Given this situation, disgorgement damages allow the aggrieved party to raise a claim that focuses on the profits that the breaching party obtained, differing from “regular” compensatory damages which solely focus on the loss suffered by the aggrieved party. As this figure seeks to “skim off” the gains that a wrongdoer has obtained through a wrong,¹⁹ a claim for disgorgement has been classified by some as a “*supra-compensatory*” remedy,²⁰ with unjust enrichment and punitive overtones. In this sense, disgorgement finds its origins in the law of restitution from the Common Law²¹. This is evidenced on the shared fundamental purpose

¹² *Ibid.*

¹³ Article 7(2)

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ See CISG-AC Opinion No. 6, *supra* note 9; Hans Stoll & Georg Gruber, “Art- 74-76” in *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods* (Peter Schlechtriem and Ingeborg Schwenzer eds.), Oxford University Press, 2nd Edition, 2005.

¹⁶ Schwenzer and Hachem, *supra* note 8, at pg. 92

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Florence Eicher, “*Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG.*”, LSE Law Review, 2018, at pg. 29.

¹⁹ Hondius and Janssen, *supra* note 1, at pg. 475-476

²⁰ Schmidt-Ahrendts, *supra* note 11, at pg. 93

²¹ Onni Rostila, “*Disgorgement and the CISG – Comparative and Future Perspectives*”, Master’s Thesis, University of Lapland, Finland, September 2017, at pg. 15

between disgorgement and other restitutionary claims, which is to, “*prevent the defendant’s unjust enrichment by recapturing the gains the defendant secured in a transaction*”.²²

Precisely, the attention that this figure seemingly places in the wrongful conduct of the breaching party is the element that most troubles those who are reluctant to approve disgorgement under contract law. This occurs because the remedy appears to be based on a punitive rationale in the sense that it may yield a windfall profit to the promisee,²³ granting an award which exceeds the loss suffered. The limitation seemingly imposed by the principle of full compensation²⁴ is the reason why punitive based damages are unavailable under the CISG, as they are granted in an amount that is independent or exceeds the extent of the loss.²⁵ As the traditional function of damages in contract law does not extend to punishing the behavior of contract breaker, it may be understood why some would resist finding disgorgement in this context.

A literal interpretation of the wording of article 74 CISG leaves no room for doubt as to its meaning.²⁶ The wording of this provision, its “rootedness” in the expectation principle, and the apparent incompatibility of the principle of full compensation with the effects of gain-based damages, all explain the tendency to interpret the damages rule of the Convention as to exclude disgorgement of profits from its legal praxis.²⁷ Thus, so far, the general view regarding this issue under the CISG has appeared to be that claims for disgorgement of the breaching party’s profits must be rejected.²⁸

Nonetheless, there are viewpoints suggesting that there is more to this discussion. It has been proposed, for instance, that the role of damages has shifted from being purely compensatory to other objectives²⁹ and that disgorgement may be seen as a method of calculating damages rather than a remedy in itself.³⁰ As the CISG is a “living instrument”, it should be interpreted in accordance with the provisions found in article 7.

²² Dan B. Dobbs, “*Law of Remedies: Damages-Equity-Restitution*” (Hornbook Series), West Publishing Co, 2^o ed., 1993, at pg. 551–552.

²³ Hondius and Janssen, *supra* note 1, at pg. 475

²⁴ The implicit effect of the principle of full compensation is that it is wholly achieved when the actual loss is compensated

²⁵ Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem and Christopher Kee, “*Global Sales and Contract Law*”, Oxford University Press, 2012, at pg. 580

²⁶ Eicher, *supra* note 18, at pg. 32

That meaning being that the aggrieved party has the right to be *compensated* for the losses it incurred as a result of the breach of contract

²⁷ Rostila, *supra* note 21, at pg. 46

²⁸ See CISG-AC Opinion No. 6, *supra* note 9, stating that Articles 74 to 76 preclude placing the aggrieved party in a better position than what it would have enjoyed if the contract had been properly performed.

²⁹ Schmidt-Arehndts, *supra* note 11. at pg. 94; Schwenzer and Hachem, *supra* note 8, at pg. 100-101

³⁰ Edgardo Muñoz & David Obey Ament-Guemez, *Calculation of Damages on the basis of the Breaching Party’s Profits under the CISG*, in George Mason Journal of International Commercial Law (2017), at pg. 206

Particularly relevant to this debate have been interpretations of article 74 in accordance with (1) regard to the international character of the Convention and the need to promote its uniform application and (2) the principle of good faith. Precisely, these broad interpretation mandates have opened the door to the possibility of finding gain-based damages under the CISG.

1. Regard to the international character of the CISG and the need to promote its uniform application.

As stated previously, the CISG contains article 7, which is meant to guide the task in the hands of the interpreter. Art. 7(1) CISG places three pillars at the forefront of its interpretation doctrine: (i) recognition of the Convention's international character, (ii) uniform application as a goal and (iii) the promotion of the observance of good faith in international trade.

First, we will be focusing on the international character of the CISG and its uniform application, as they have been considered by some scholars to be crucial elements to this debate. From this obligation, it has been deduced that, *"whoever has to apply the Convention, must*

make efforts to adopt solutions which are tenable on an international level, i.e., solutions which can be taken into consideration in other Contracting States as well."³¹

Recognized CISG scholars have stated that, although a claim for the remedy of disgorgement cannot be drawn from Art. 74, there is a general tendency of accepting disgorgement of profits in domestic legal systems³². In this sense, they state that the Convention,

*"cannot simply negate the issue of disgorgement of profits and gain-based damages [...] otherwise, courts might resort to concurring domestic remedies in order to solve these currently virulent issues. Thereby, the CISG would be undermined in one of its core areas"*³³.

According to this position, if the Convention fails to accommodate the developments of the law, it might risk becoming irrelevant, giving in to more modern domestic laws. While we recognize the importance of the CISG and its battle for uniformity,³⁴ we consider that accepting this argument may eventually lead down a "slippery slope", where all legal concepts are somehow forced into the Convention through broad interpretations, in an effort to keep it updated. This would undermine the goal of certainty

³¹ Franco Ferrari, *"Tribunale di Vigevano: Specific Aspects of the CISG Uniformly Dealt With"*, Journal of Law and Commerce, Spring (2001), available at: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari6.html>

³² Schwenzer and Hachem, *supra* note 8, at pg. 102-103

³³ *Ibid.*, at pg. 102

³⁴ *Ibid.*, at pg. 93

pursued by the law.

We consider that it is also necessary to be cautious with the hypothesis that legal systems around the world are tending to accept gain-based damages. Recent studies have concluded that, while modern day rhetoric states that no one should profit from their contractual breaches, in practice this conduct often pays.³⁵ This, as most national legal systems do not yet offer a solution to this problem through disgorgement of profits.³⁶ Another concern is that gains-based damages do a disservice to the objective of economic efficiency that contract law should pursue.³⁷

2. The principle of good faith.

Other scholars have proposed the possibility of finding disgorgement under article 74 CISG if it is interpreted in accordance with the principle of good faith.³⁸ Although “good faith” is difficult to define, in general it alludes to, “*an expectation... to act honestly and fairly in the performance of*

one’s contractual duties,”³⁹ or, “*fairness, fair conduct, reasonable standards of fair dealing ... a common ethical sense and honesty in fact.*”⁴⁰ Notably, the CISG does not include a freestanding obligation to act in good faith⁴¹ and article 7(1) does not require the parties to act in such a manner, providing that good faith is a standard to interpret the Convention.

In this sense, it has been accepted that the good faith principle alone cannot create additional rights or obligations for the parties.⁴² Consequently, this might lead to conclude that disgorgement cannot be allowed under article 74 as a sort of “new” remedy. Nonetheless, one may counter argue that certain maxims in contract law are inherently connected with this principle, one being that a party should not benefit from breaching its duty to perform.⁴³ From this derives a strong argument in favor of disgorgement under the CISG: if good faith is to be taken seriously as an underlying principle, then the Convention should not tolerate that a party consciously benefits by breaching its obligations

³⁵ Hondius and Janssen, *supra* note 1, at pg. 472

³⁶ *Ibid.*, at pg. 478-483

³⁷ Richard A. Posner, “*Economic Analysis of Law*”, Wolters Kluwer for Aspen Publishers, 2007, at pg. 118-126

³⁸ Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 209

³⁹ Paul Powers, “*Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods*”, 18 J. L. & COM., Spring 1999, at pg. 334.

⁴⁰ Troy Keily, “*Good Faith and the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*”, 4 VINDOBONA J. INT’L COM. L. & ARB. N° 15, 1999, at pg. 17-18

⁴¹ Steven D. Walt, “*Modest Role of Good Faith in Uniform Sales Law*”, Virginia Public Law and Legal Theory, 2014, pp. 37-73, at pg. 42

⁴² See Bruno Zeller, “*Good Faith - The Scarlet Pimpernel of the CISG*”, 2000, available at: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zeller2.html#N>

⁴³ Rostila, *supra* note 21, at pg. 66

in detriment of its counterparty.

We must also consider the role of damages under contract law and how this relates to the principle of good faith. While it has been established that the main goal of damages, particularly in the CISG, is compensation, this does not mean that it is the only one. Contrarily, it has been argued that damages should seek a broader goal, such as providing a legal framework for parties, allowing them to trade in fair and equitable conditions⁴⁴. While still holding that good faith is a criterion for interpreting the CISG, we cannot help but ask: how else could a tribunal promote good faith, if not by requiring parties to behave according to this standard?⁴⁵ Precisely, a way in which this could be achieved is by triggering an alternative method of calculating damages (such as disgorgement) when the good faith standard is breached.⁴⁶ This could deter parties from disrespecting this standard without imposing any positive obligations upon them.

A final argument is that, when considering the principle of good faith, a party should not be deprived of its right to damages just because its claim is inherently difficult to prove. The

principle of good faith, in this case, offers the justification for applying a more easily identified baseline—the profits of the breaching party—to calculate the presumed loss of the aggrieved party.⁴⁷

Although disgorgement under the CISG may not arise from good faith alone, it may eventually be allowed as a method, under a broad understanding of full compensation interpreted with regard to the good faith principle.

C. Disgorgement as a contractual remedy or, alternatively, as a method to calculate compensatory damages.

There has been considerable divergence regarding the question of whether the aggrieved party can access a claim for disgorgement of profits as a remedy for breach of contract.⁴⁸ Some scholars have argued that, while the CISG may not be interpreted as to allow a claim for disgorgement as a remedy in itself, in some cases the profits of the breaching party may serve as the most reasonable *method* for an aggrieved party to calculate, substantiate, and prove its

⁴⁴ Schmidt-Arehndts, *supra* note 11, at pg. 94

⁴⁵ Phanesh Koneru, *The International Interpretation of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Approach Based on General Principles*, in 6 MINN. J. GLOBAL TRADE 105, 140 (1997); Muñoz & David Obey Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 209; the wording of article 7(1) CISG must be carefully considered.

This provision states that in the *interpretation* of the Convention, regard is to be had to the observance of good faith in international trade.

⁴⁶ *BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export*, Appellate Court Grenoble, (France) 22 February 1995, case no. 93/3275.

⁴⁷ Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 209

⁴⁸ Butler, *supra* note 6

loss,⁴⁹ as long as Article 74⁵⁰ is interpreted taking into account the principle of good faith in international trade that is to be promoted per article 7 of the Convention.⁵¹ It appears that this is the only way in which disgorgement can be applied under the CISG.

II. A TEST FOR DISGORGEMENT UNDER THE CISG: A PROPOSAL

While admitting that the issues discussed in the first section are far from being settled, the second section will aim to provide a perspective on a very related, but much less discussed topic: the requirements for granting damages using disgorgement of profits as a calculation method under the CISG. This section is based on the premise that disgorgement is only a *method* of calculating compensatory damages rather than a remedy in itself, and that as a method, it can be made available under the Convention.

Due to the lack of discussion concerning this second issue, it appears that there are no generally accepted guidelines to determine which cases would justify an application of the disgorgement method. This raises an interesting

question: should there be a particular test to justify using this calculation mechanism? This would be in addition to the already-existing test for damages under the CISG, requiring, *inter alia*, the damages to have been foreseeable at the time of contracting and to have been reasonably mitigated by the aggrieved party.⁵² In our view, there should be a particular test for disgorgement due to the exceptional nature of this method⁵³ and for the sake of legal certainty. The existence of these requirements aims to be a safeguard against a potential abuse of the disgorgement method.

A second interesting question is, “where should this test come from?” The text of Article 74 CISG does not provide answers in this sense, as it remains silent on methods of calculating damages altogether. Articles 75 and 76 do contain calculation methods, but they are to be used in very specific circumstances which will be mentioned below. Therefore, this is a matter of gap-filling that should be solved by the general principles of the Convention⁵⁴. While these general principles may be helpful in determining the availability of the disgorgement method, it is impossible that they shed any light on the matter of which specific requirements should be put in place to justify its use. In the absence of any

⁴⁹ Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 205-206; Schmidt-Ahrendts, *supra* note 11, at pg. 102

⁵⁰ This provision is silent on the *methods* of calculating damages, opening the doorway for this interpretation

⁵¹ Article 7 CISG states that in the interpretation of the Convention, regard is to be had to the need to promote the observance of good faith in international trade.

⁵² Articles 74, 77 CISG

⁵³ Butler, *supra* note 6, at pg. 51

⁵⁴ Article 7(2) CISG

better alternative, we propose to look at the solutions offered by some of the legal systems where there has been a development of disgorgement as a remedy for breach of contract, or as a method of calculating damages. A possibility is adapting the requirements found in these legal systems to suit the CISG, in an attempt to comply with its mandate to create autonomous terminology in line with its international character.

One of these legal systems is that of the Netherlands. Article 6:104 of the Dutch Civil Code views disgorgement as a method of *estimation* of damages, stating the following:

If someone, who is liable towards another person on the basis of tort or a default of complying with an obligation, has gained a profit because of this tort or non-performance, then the court may, upon the request of the injured person, estimate that damage in line with the amount of this profit or a part of it.

While this provision supports the idea that disgorgement may be seen as nothing more than

a method of quantifying damages, it provides no further help in establishing what are the requirements for granting it. The article contains a requirement of causation between the non-performance and the profit (or loss) but this is already part of article 74 CISG.

We now turn to the case law of the courts of England and Wales, where a test for disgorgement in contract law has developed.⁵⁵ Somewhat ironically, the United Kingdom has not signed the CISG. However, we consider this test to be the most appropriate, as it has been upheld in several cases concerning various areas of the law.⁵⁶ One of the leading scholars on damages under international commercial law has suggested to use this test when considering disgorgement under the Convention.⁵⁷

The original test found in these cases is the following: that the aggrieved party had a legitimate interest to prevent the breach; that the breach was cynical; and, finally, that regular damages are inadequate to compensate the claimant⁵⁸. We propose an adapted version of

⁵⁵ This includes employment, real estate and intellectual property contracts.

⁵⁶ *Attorney General v. Blake*, House of Lords (United Kingdom) 27 July 2000, case no. UKHL 45; *Esso Petroleum v. Niad*, *supra* note 2; *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc. and Edward Chalpin*, Court of Appeal (England and Wales) 20 March 2003, case no. EWCA Civ 323; in 2018, however, the Supreme Court of the United Kingdom, settled a case concerning a request for an account of profits relying on the “Wrotham Park damages”

requirements rather than on the requirements mentioned here, and renamed the former as “negotiating damages”.

⁵⁷ Djakhongir Saidov, “*The Law of Damages in International Sales: The CISG and other International Instruments*”, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2005, at pg. 34-35

⁵⁸ *Attorney General v. Blake*, *supra* note 56; *Esso Petroleum v. Niad*, *supra* note 2; *Experience Hendrix LLC v. PPX Enterprises Inc. and Edward Chalpin*, *supra* note 56; *Devenish Nutrition Limited and others v. Sanofi Aventis SA*

this test that better fits the CISG, requiring that: **A)** the aggrieved party had a legitimate interest to prevent the breach; **B)** there was a breach of *good faith*; **C)** other *methods of calculating damages* are inadequate.

We will now assess the three elements of this test, their original content according to case law, and whether they require any adaptation:

A) The aggrieved party had a legitimate interest to prevent the breach

The first requirement found in the English and Welsh case law concerning disgorgement is that the aggrieved party has a legitimate interest to prevent the breach. This was first discussed in the landmark case *Attorney General v. Blake*, where a British secret intelligence officer breached the confidentiality obligations in his employment contract through the publication of a memoir containing secret government information. The profits of his publishing contract were stripped and given to the Crown. The wording of this requirement will be left unaltered, as it relates to the exceptionality of the disgorgement remedy.⁵⁹

In our case, however, we refer to the

exceptionality of the disgorgement method.

The somewhat abstract meaning of a “**legitimate interest**” can be interpreted from these cases as *the existence of a compelling reason to prevent the breach*, referring to a special value attributed to the performance of the contract. Under the CISG, this interest must be economically valuable.⁶⁰ In *Attorney General v. Blake*, there is an evident rationale of deterring future offenders, as well as protecting secret government information, justifying the legitimate interest of the Crown. This will not be relevant when considering a case under the CISG. However, other cases may illustrate the standard of a “legitimate interest” in a commercial context:

1. *Esso Petroleum v. Niad*.⁶¹

This decision is part of the English and Welsh case law on disgorgement, and is therefore not directly related to the CISG, but still a matter of commercial contracts. In this case, Esso, the gasoline company, had introduced a marketing scheme called “Pricewatch”, designed to undercut its competitors’ prices. The service stations that were part of the scheme were supposed to sell at the low prices recommended

and others, Court of Appeal (England and Wales) 14 October 2008, case no. EWCA Civ 1086

⁵⁹ Ralph Cunnington, “*Rock, Restitution and Disgorgement*”, *Journal of Obligation and Remedies*, Northumbria

University, February (2004), at pg. 51; *Attorney General v. Blake*, *supra* note 56

⁶⁰ Schmidt-Arehndts, *supra* note 11, at pg. 101

⁶¹ *Esso Petroleum Company Limited v. Niad Limited*, *supra* note 2

by Esso and were financially compensated for it. Niad, a service station owner, agreed to join the scheme, but in fact sold gasoline at higher prices, thus making a higher profit, while still being compensated by Esso.

The legitimate interest held by Esso was justified by the court, as the pricing scheme was considered to be fundamental to its business model and was widely publicized. Taking this into account, disgorgement was granted as a remedy.

2. *Adras Construction v. Harlow*.⁶²

This case, finally settled by the Israeli Supreme Court, was a typical second sale, where the seller did not deliver the full amount of goods, but rather sold them to a third party for a higher price⁶³. Several scholars consider that second sales justify gain-based damages.⁶⁴ However, in our view, this is debatable, precisely in light of the “legitimate interest” requirement. On one hand, when parties are dealing with a marketable commodity, for which a substitute can be found

in the market, there seems to be no special value that can be attributed to performance,⁶⁵ as the buyer may buy substitute goods and still comply with its obligations towards third parties. In these cases, there is no legitimate interest to prevent the breach. Things will change, of course, in these scenarios: the goods are non-generic or unique;⁶⁶ the goods are sold to a direct competitor of the buyer, or directly to the buyer’s clients;⁶⁷ and, the buyer is not informed of the non-delivery until it is too late to find substitute goods in the market. Given these circumstances, the legitimate interest to prevent the breach and ensure performance may be affirmed.

It is important to point out that article 75 CISG expressly provides for a method of calculation of damages where a buyer avoids a contract and makes a substitute purchase,⁶⁸ for which a solution for many second sale cases is already available. Finally, article 76 CISG allows an abstract calculation of damages when there was no substitute purchase,⁶⁹ covering the case where the buyer cannot find substitute goods.

⁶² *Adras Construction Co. Ltd. v. Harlow & Jones GmbH*, Supreme Court (Israel) 2 November 1988, case no. 20/82

⁶³ This case was decided under ULIS, the CISG’s predecessor. Nonetheless, disgorgement was granted on the basis of Israeli unjust enrichment law.

⁶⁴ Saidov, *supra* note 58, at pg. 34; Schwenzer and Hachem, *supra* note 8, at pg. 101; Butler, *supra* note 6, at pg. 51

⁶⁵ Ad-hoc Arbitration Award of 19 November 2001 (*AB Corporation v. CD company*). Available at:

http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/eng/cases/sine_nomine.htm

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Muñoz & Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 202

⁶⁸ “The party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction”

⁶⁹ Butler, *supra* note 6, at pg. 62

3. Breach of ethical or human rights standards.⁷⁰

This is a hypothetical scenario, where the seller produces the goods through child labor, violation of environmental laws or by paying salaries below the minimum wage, despite having agreed with the buyer not to do so. Here, the seller will make a higher profit in detriment of the agreement of the parties. Arguably, these ethical standards have an economic value,⁷¹ and thus will be capable of creating a legitimate interest in the sense of the disgorgement test for the buyer. At this point, an element to consider is what happens in each case after the sale. A first option is that the buyer intends to use the goods itself. If it proves that it would have paid less for the goods had it known about the production conditions⁷², the legitimate interest could be justified.

If the buyer intended to resell the goods, there are more scenarios. It could be that the buyer is still able to resell the goods for the same price that it would have resold “untainted goods”.⁷³ In this

case the legitimate interest standard will probably not be reached. Contrarily, it is also possible that the unethical origin of the goods is disclosed, and this results in the buyer not finding a third party to buy the goods. Here the legitimate interest is justified. In the end, however, targeting the additional profits made by the seller through the breach will result in an odd situation where the buyer receives the resources that were supposed to go to the underpaid workers, for instance.⁷⁴

From the above, we can conclude that not every contractual right will meet the legitimate interest standard. In practice, it will probably be difficult to discern when is that the case. After all, the legitimate interest test has been described as ill-defined⁷⁵ and inherently uncertain.⁷⁶ Cases of intellectual property infringement very clearly show the existence of a legitimate interest, as parties have a compelling reason to protect their assets. We conclude that these compelling interests are more difficult to find, but still may exist within commercial contracts.

⁷⁰ Schmidt-Arehndts, *supra* note 11, at pg. 101; Schwenzer and Hachem, *supra* note 8, at pg. 101; Butler, *supra* note 6, at pg. 51-52

⁷¹ Schmidt-Arehndts, *supra* note 11, at pg. 101

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ A further concern may be that the payment of damages will not amend the wrong (the environmental, labor or human rights violation). This is a matter of the seller’s place

of business’ state to deal with. The interest of the buyer is tied to the contract only.

⁷⁵ Katy Barnett, “Accounting for Profit for Breach of Contract: Theory and Practice”, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, at pg. 142

⁷⁶ Cunnington, *supra* note 60, p. 51

B) There was a breach of good faith.

The second original requirement was that the breach of contract was cynical or deliberate. From analyzing these cases, it can be argued that the standard of **cynical** refers to *a party deliberately breaching the contract in detriment of his counterparty*. This is further evidenced when the breaching party is aware of the importance attributed to performance by the aggrieved party.⁷⁷ Again, some facts of the English cases are alien to the CISG. However, the general notion of a cynical breach can be adapted and applied to commercial standards, under the lens of the **good faith principle** found in the Convention.

Therefore, the requirement of a cynical breach may be transformed into a breach of good faith, in order for it to be more compatible with the CISG. While it is the breach of contract that gives rise to the right to damages, the breach of good faith will merely be a requirement to enable the disgorgement method of calculation. The following are some cases where a breach of good faith is illustrated:

1. *Bonaventure v. Pan African Export*.⁷⁸

In *Bonaventure v. Pan African Export*, a case resolved under the CISG, the buyer had a negative obligation not to resell the goods in Europe, as the seller had distributorship contracts in several European countries under the same brand name. During the performance of the contract, the seller demanded proof of the destination of the goods, which was not provided, for which the seller declared the contract avoided. The buyer started litigation, where it was found that it was the buyer itself who had breached the contract by reselling the goods in Spain. The court found the conduct of the buyer—and particularly its position as plaintiff in the proceedings—to be contrary to the principle of good faith found in the Convention.

2. *Esso Petroleum v. Niad*.⁷⁹

While this case is not directly related to the CISG, it shows an obvious breach of good faith. The service station knew about Esso's price scheme, was paid for supposedly being a part of it, and still sold at higher prices.

⁷⁷ Saidov, *supra* note 58, at pg. 35

⁷⁸ *BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export*, *supra* note 46

⁷⁹ *Esso Petroleum Company Limited v. Niad Limited*, *supra* note 2

3. *Pressure sensors case*.⁸⁰

This is a CISG case concerning the sale of pressure sensors and the license to integrate them into the buyer's other products. The seller claimed that the buyer accessed the contract as a tactical step to obtain access to the seller's proprietary technology to copy it, displacing the seller from business. The tribunal found that the buyer indeed copied the seller's technology. The breach of good faith, as well as other misconducts, are evident in this case.

C) Other methods of calculating damages are inadequate.

The third of the original requirements was the “inadequacy of damages”. This means that losses are difficult to calculate or prove, leaving the aggrieved party with nothing but nominal damages.⁸¹ As these damages did not truly compensate an aggrieved party, they were considered inadequate, giving rise to disgorgement of profits as a new remedy.

Here, we are not proposing to create a new category of damages or a new remedy under the CISG, but rather analyzing disgorgement as a mechanism to calculate damages that are still in the realm of compensation. Therefore, the third requirement should be that other *methods of calculating* damages are inadequate.

Other methods of calculating damages will be inadequate where the aggrieved party cannot prove the loss or is not in a position to do so, or where the loss, due to its nature, is materially difficult to calculate or prove.⁸² It is submitted that if traditional methods of calculating loss prevent the aggrieved party from making a claim, then the disgorgement mechanism may be the only option to achieve full compensation. There seems to be a consensus between scholars that the difficulty of proving damages is inextricably linked to the disgorgement mechanism in the CISG,⁸³ showing the importance of this requirement. Precisely, this difficulty can be seen as one of the main reasons to justify the availability of the disgorgement method, as under the principle of good faith, a party should

⁸⁰ Stockholm Chamber of Commerce Arbitration Award of 5 April 2007 (*Pressure sensors case*). Available at: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070405s5.html>.

⁸¹ Jack Beatson, Andrew Burrows, and John Catwright, “*Anson's Law of Contract*”, Oxford University Press, 2010, at pg. 534; a reader with a *Common Law* background may associate the idea of damages being inadequate with a claim for specific performance. In fact, it has been argued that there is a strong connection between specific performance and disgorgement of profits as a remedy. An inter-

esting perspective is that disgorgement is a monetized version of specific performance, and that it is appropriate when specific performance is no longer available because the contract was irreversibly breached.

⁸² Saidov, *supra* note 58, at pg. 34; Attorney General v. Blake, *supra* note 56; *Esso Petroleum Company Limited v. Niad Limited*, *supra* note 2; *Pressure sensors case*, *supra* note 81

⁸³ Butler, *supra* note 6, at pg. 51; Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 219; Saidov, *supra* note 58 pg. 34.

not be deprived of its right to damages just because its losses are inherently difficult to prove.⁸⁴ Again, intellectual property cases might be helpful to make this point. When intellectual property rights are infringed, the verifiable damages of the owner are limited, but the profits of the wrongdoer are immense.⁸⁵ We will now comment on some specific cases:

1. *Lack of pre-orders from clients or lack of experience.*

An interesting example to discuss the difficulty of proof is when the buyer did not have any pre-orders from its own clients at the time of the breach, or had never traded with the unique type of goods at stake, making it impossible to show an assumed loss from its own books.⁸⁶ In our view, in this case the loss could be proven by other means, such as expert testimony, market information or business records of similar enterprises, which have been considered to be acceptable under the CISG.⁸⁷

2. *Bonaventure v. Pan African Export.*⁸⁸

This case showcases a considerable difficulty in determining the extent of damages. As explained, the buyer was reselling goods in Europe, despite an agreement to the contrary with the seller, who had other distributorship contracts in Europe. The seller's loss could be easily presumed, but proving its extent would be practically impossible, due to the amount of sales involved and the difficulty in determining to what extent the buyer's activity undermined the seller's interests in Europe. It has been stated that the profits made by the buyer through its sales in Spain would most likely be reflective or an indication of profits the seller lost as a result of the breach⁸⁹.

We are convinced that *Bonaventure v. Pan African Export* proves the usefulness of a gain-based calculation method. Another illustrative scenario is when the goods are not part of official listings or widely known published databases.⁹⁰ In this case, this method "releases the aggrieved party from the burden of demonstrating a market price for goods that are not widely commercialized."⁹¹

We admit, nonetheless, that other flexible

⁸⁴ Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 208-209

⁸⁵ Hondius and Janssen, *supra* note 1, at pg. V

⁸⁶ Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30

⁸⁷ CISG-AC Opinion No. 6, *supra* note 9

⁸⁸ *BRI Production "Bonaventure" v. Pan African Export*, *supra* note 46

⁸⁹ Saidov, *supra* note 58, at pg. 35; Schwenzer and Hachem, *supra* note 8, at pg. 102

⁹⁰ Muñoz and Ament-Guemez, *supra* note 30, at pg. 214

⁹¹ *Ibid.*

calculation methods and tools could achieve the same purpose. A flexible and case-by-base calculation of damages is largely accepted under the damages provisions of the CISG.⁹² In the end, a tribunal may have a choice between relying on the disgorgement method and relying on alternative calculation tools (an expert witness, market information, or other similar sources) to find the extent of an aggrieved party's presumed loss. In both cases, determining this amount will be difficult and the risk of overcompensation will not disappear. Perhaps this will all boil down to an issue of costs and procedural efficiency.⁹³ However, at this point the discussion exits the exclusive territory of the CISG, and procedural laws and rules must be considered.

CONCLUSION

The use of disgorgement of profits as a remedy in contract law remains a controversial topic. With regards to the CISG, disgorgement as a remedy does not have any legal basis, but it may fit into the Convention as a method for calculating compensatory damages. On this premise, we propose that, given the exceptionality of the disgorgement method for calculating damages, some sort test should be put

in place to determine which cases justify such a mechanism. Thus, to calculate damages by reference to the profits of the breaching party under the Convention, a tribunal should first find that the requirements set forth by it to grant damages are met (causation, foreseeability, mitigation), but also run an additional test to determine whether the use of this method is justified. Here, we propose to adapt a test taken from English and Welsh case law. Other proposals are, of course, welcome.

⁹² CISG-AC Opinion No. 6, *supra* note 9; Schmidt Arehndt, *supra* note 11.

⁹³ It is possible that the similarities between disgorgement and punitive damages will discourage tribunals from

choosing this method in a commercial context, as the latter are usually excluded when the law or the agreement of the parties do not expressly provide for them.

Libertad religiosa: ¿licencia para discriminar?

Herman Duarte*

Resumen: *La libertad religiosa es una de las manifestaciones más sagradas e íntimas de las personas. Su goce debe garantizarse para todas las personas, incluyendo aquellas cuya creencia es la de no creer, pero ¿qué ocurre cuando existe un conflicto entre la libertad religiosa de una persona y normas que están diseñadas para el buen funcionamiento de la sociedad? En este artículo hacemos un repaso para encontrar esa verdad que se esconde entre discusiones, humo y actualidad política en donde surgen grupos fundamentalistas a rasgarse sus vestiduras por considerar que les violentan su libertad religiosa o ¿serán sus prejuicios?*

Palabras claves: *libertad religiosa; discriminación.*

Abstract: *Religious freedom is one of the most sacred and intimate manifestations of people. Its enjoyment must be guaranteed to all people, including those whose beliefs is that of not believing. But what happens when there is a conflict between a person's religious freedom and the norms that are meant to ensure the proper functioning of society?*

Keywords: *religious freedom; discrimination.*

* Herman Duarte es abogado en El Salvador y Costa Rica. Fundador de Fundación Igualitxs y Hduarte Legál. Oficial del Comité de Derechos Humanos de la International Bar Association, fiscal de la Junta Directiva del Rule of Law Alliance, vocal del Instituto Costarricense de Derecho Procesal Civil y Científico y embajador para Costa Rica del programa de Arbitrator Intelligence. Es Licenciado en Ciencias Jurídicas por la ESEN, convalidado por la Universidad de Costa Rica. Maestría en derecho (LLM) en arbitraje internacional comercial por la Universidad de Estocolmo. Contacto: Herman@Hduartelegal.com

"De ser necesario, tendré que morir por lo que creo"¹ fueron las palabras que pronunció Muhammed Ali, un musulmán pacifista, campeón mundial de boxeo que, de conformidad con su fe y más profundas convicciones, rehusó a entrar al ejército americano para pelear la guerra de Vietnam². Aunque además del componente religioso había un componente anti-racismo en esta decisión: "*No Vietcong ever called me nigger*"³.

Estamos en el año de 1967, tan solo 3 años posterior a la instauración del Civil Rights Act que tanto empujó el presbítero Dr. Martin Luther King, por lo que, a pesar del cambio legislativo, los grupos nacionalistas y racistas estaban en su apogeo resistiendo la integración que predicaba el Nobel de la Paz. Muhammed Ali y Martin Luther King representaban a dos pilares en la lucha del movimiento de derechos civiles, por un lado, el boxeador era creyente del *Nation of Islam* (NOI) la cual predicaba una visión radicalmente diferente al integracionismo, protestas no violentas y la fuerza transformacional del amor que el

pastor bautista Martin Luther King esparcía. No obstante ello, tenían un norte en común, que era terminar con el tratamiento racista que sufría la población negra.⁴

Para el año de 1967, Ali era el rostro más visible a la oposición al reclutamiento militar forzado para participar en la guerra de Vietnam. Su convicción de no participar en la guerra llegó al punto que fue condenado a 5 años de prisión, una multa de \$10,000 y le fueron despojados todos sus títulos de boxeo. El caso llegó a la Corte Suprema titulado como "*Cassius Marcellus Clay Jr. También conocido como Muhammed Ali contra Estados Unidos*"⁵ y en 1971 se revirtió la condena de Ali: "*El Departamento de Justicia simplemente se equivocó como cuestión de derecho al advertir que las creencias del peticionario no tenían una base religiosa y no se habían mantenido sinceramente.*"

El derecho a la libertad religiosa es un aspecto sagrado e íntimo de cada persona, pues viene

¹ Hudson, D. (21 de febrero de 2013). Muhammad Ali and the First Amendment. The Freedom Forum Institute, Extraído de: <https://www.freedomforuminstitute.org/2013/02/21/muhammad-ali-and-the-first-amendment/>.

² En el período de la Alemania Nazi se reportaron que testigos de Jehová se rehusaron en participar del Estado Nazi y fueron enviados a campos de concentración por ello. Rozett, R.; Shmuel S. (2000). Dachau. Extraído de: <http://www.yadvashem.org/yv/es/holocaust/about/pdf/dachau.pdf>.

³ Kennedy, R. (2002). *Nigger: The Strange Career of a Troublesome World*. United States: Pantheon Books, p.37.

⁴ Si existiera una medalla de oro por las amenazas de muerte, ambos personajes se habrían llevado el primer premio, decía el medallista olímpico John Carlos, según reporta: Zirin, D. (18 de enero de 2015). Dr. Martin Luther King, Muhammad Ali and What Their Secret Friendship Teaches Us Today. *The Nation*, Extraído de: <https://www.thenation.com/article/dr-martin-luther-king-muhammad-ali-and-what-their-secret-friendship-teaches-us-today/>.

⁵ SCOTUS, Clay vs. United States. 403 U.S. 698 (1971). Extraído de: http://www.supremecourttopinions.wustl.edu/files/opinion_pdfs/1970/70-783.pdf

profundamente ligado con la identidad de cada quien. En este sentido, el Estado no tiene cabida en violentar nuestras más personales reales convicciones, como dijo el Dr. Luther King: "*No importa lo que pienses de la religión del Sr. Muhammad Ali, ciertamente debes admirar su valentía*"⁶, soslayando el principio fundamental según el cual el Estado no puede restringir una religión.

Pero no todos los que alegan la protección de una convicción religiosa son Muhammad Ali o Martin Luther King. No podemos olvidar que con la religión se ha justificado la esclavitud, el racismo racial⁷, el nazismo⁸, la subyugación de la mujer, negar brindar servicios en restaurantes a negros⁹, hasta prácticas sexuales¹⁰ que hace necesario estudiar, a fin de esclarecer la discusión, sobre

cuando se trata del ejercicio legítimo del derecho a la libertad religiosa y cuando no.

La libertad religiosa: ¿espada o escudo?

La libertad religiosa está consagrada en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos de los Derechos Humanos y en los artículos 18 al 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, facultando a la persona para cambiar de religión o creencias y que tenga la posibilidad de manifestarla, enseñarla y practicarla. Este es un derecho individual que, como muchos, permea la esfera pública.¹¹

La CORTE IDH ha indicado: "79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las

⁶ Martin Luther King, Jr talks about Muhammad Ali, 1967. (1 de febrero de 2011). [Video]. Extraído de: https://www.youtube.com/watch?time_continue=33&v=G DYGHmfFQg.

⁷ Algunos casos, recuerdan a la objeción de conciencia que se justificó por años para no prestar servicios a las personas afroamericanas: "I never take dictation from a nigger" como lo reporta: Kennedy, R. (2002). *Nigger: The Strange Career of a Troublesome World*. United States: Pantheon Books, p. 18.

⁸ **El 24 de febrero de 1920 el partido Partido Nacional Socialista Obrero Alemán proclamó 25 puntos que definirían su agenda. En el punto 24 establecía lo siguiente:** "24) Pedimos la libertad en el seno del Estado de todas las confesiones religiosas, en la medida en que ellas no pongan en peligro su propia existencia o no ofendan el sentimiento moral de la raza germánica. El Partido, en tanto que tal, defiende el punto de vista de un cristianismo positivo, sin ligarse a ninguna denominación determinada. Combate el espíritu materialista en el interior y en el exterior y está convencido de que una recuperación duradera

de nuestro pueblo no puede tener éxito más que desde el interior, sobre la base del principio siguiente: El interés general prima sobre el interés particular." Hernández, E. (1995). *Los fascismos europeos*. Madrid, España: Ediciones Istmo S.A. Extraído de: https://www.istmo.akal.com/libro/los-fascismos-europeos_31062/.

⁹ En el caso: SCOTUS, *Newman v. Piggie Park Enterprises, Inc.*, 390 U.S. 400 (1968), se escuchó el reclamo contra una cadena de restaurantes que se negó a atender a los clientes negros en función de sus creencias religiosas que se oponen a la integración racial.

¹⁰ Paz, O. (2014). *La llama doble*. Barcelona, España: Seix Barral, p.23-26.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Extraído de: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf. Artículo 18.

personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso, sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias.”¹²

El concepto de libertad religiosa engloba la libertad de conciencia y la libertad de culto. La primera de ellas tiene su núcleo en el fuero interno de la persona a fin de elegir una fe o creencia en particular. Incluso comprende la posibilidad de abstenerse de elegir alguna convicción.¹³

La jurisprudencia costarricense da una aproximación de estas dos libertades: “...en primer lugar, se refiere al plano individual, es decir, la libertad de conciencia, que debe ser considerada como un derecho individual frente al Estado,

para exigirle abstención y protección de ataques de otras personas o entidades. Consiste en la posibilidad, jurídicamente garantizada, de acomodar el sujeto, su conducta religiosa y su forma de vida a lo que prescriba su propia convicción, sin ser obligado a hacer cosa contraria a ella. En segundo lugar, se refiere al plano social, la libertad de culto, que se traduce en el derecho a practicar, externamente, la creencia hecha propia. Esta última libertad, en cuanto manifestación externa de la libertad religiosa, comprende el derecho a mantener lugares de culto y a practicarlo, tanto dentro de recintos como en el exterior, siempre dentro de las limitaciones establecidas por el ordenamiento, sea por norma constitucional o norma legal. En este sentido, es el mismo texto constitucional el que permite el libre ejercicio en la República de otros cultos – diferentes de la religión católica-, siempre y cuando “no se opongan a la moral universal, ni a las buenas costumbres”.¹⁴

La finalidad de proteger a las personas a practicar una religión subyace en respetar el individuo en sus convicciones y en garantizar que nadie podrá ser perseguido ni eliminado por sus creencias religiosas, o por no tenerlas. Asegura que no será

¹² CORTE IDH. Sentencia “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile” (2001).

¹³ Campbell, D. y Putnam, R. (2010). *American Grace: How Religion Divides and Unites Us*. Nueva York, NY, Estados Unidos: Simon and Schuster. Cerdas, V. (2016). La Libertad religiosa como un derecho humano y su tratamiento por la jurisprudencia costarricense en contraste

con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Extraído de: http://iiij.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/viviana_maria_castro_cerdas_tesis_completa.pdf, p.44-45.

¹⁴ CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional Voto 6576-06; y, CSJ de Costa Rica, Sala Constitucional Voto 8763-04.

posible obligar a alguien a rendir culto a una religión que no profesa (como la Alemania Nazi), ni restringir a nadie la religión que profesa: “*el Estado debe respetar las creencias particulares, por disparatadas que parezcan, sin identificarse con ninguna Iglesia, pues si lo hace inevitablemente terminará por atropellar las creencias (o la falta de) de un gran número de ciudadanos.*”¹⁵.

Supone la libertad del individuo de expresar sus creencias en la manera que quiera, sin ser juzgado o perseguido por ello¹⁶. ¿Pero qué implica la religión? ¿qué determina que algo sea una religión? Esa es una discusión importante, pero que escapa al alcance de este artículo; sin embargo, traigo a escena los matices críticos determinantes en una religión que detalló Huxley: “*Toda religión completamente desarrollada existe simultáneamente en varios niveles diferentes. Existe como un conjunto de conceptos abstractos sobre el mundo y su gobernanza. Existe como un conjunto de ritos y sacramentos, como un método tradicional para manipular los símbolos, mediante el cual se expresan las creencias sobre el orden cósmico. Existe como los sentimientos de amor, miedo y devoción evocados por esta manipulación de símbolos. Y finalmente existe como*

un tipo especial de sentimiento o intuición: un sentido de la unidad de todas las cosas en su principio divino, una realización (para usar el lenguaje de la teología hindú) que “tú eres Eso”, una experiencia mística de lo que parece evidentemente para ser unión con Dios. La conciencia ordinaria de vigilia es muy útil y, en la mayoría de las ocasiones, un estado mental indispensable; pero de ninguna manera es la única forma de conciencia, ni en todas las circunstancias es la mejor. En la medida en que trasciende su yo ordinario y su modo ordinario de conciencia, el místico puede ampliar su visión, mirar más profundamente en el insondable milagro de la existencia. La experiencia mística es doblemente valiosa; es valioso porque le da al experimentador una mejor comprensión de sí mismo y del mundo, y porque puede ayudarlo a llevar una vida menos egocéntrica y más creativa.”¹⁷

¿Quién impone a quién? Libertad religiosa y los “otros” derechos.

Cuando se utiliza la religión para afectar la vida de otra persona, estamos ante una imposición religiosa injustificada. La Corte IDH¹⁸ estableció

¹⁵ Vargas Llosa, (23 de febrero de 1997). Defensa de las sectas. El País. Extraído de: https://elpais.com/diario/1997/02/23/opinion/856652403_850215.html

¹⁶ Corvino, J., Anderson, R., et al. (2017). *Debating Religious Liberty and Discrimination*. Nueva York, NY, Estados Unidos: Oxford University Press.

¹⁷ Huxley, A. (1958). *Drugs that Shape Men's Minds*. Extraído de:

<https://es.scribd.com/document/338716314/Huxley-Drugs-That-Shape-Men-s-Minds> Un análisis de Huxley sobre este tema: Popova, M(s/f). Aldous Huxley on Drugs, Democracy and religion. Brainpickings. Extraído de: <https://www.brainpickings.org/2014/03/25/aldous-huxley-moksha-drugs/>

¹⁸ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-22/16. (2016). Serie A No. 22.

que las convicciones religiosas juegan un importante rol en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual o de cualquier otra categoría protegida.

Al hablar de temas controversiales como la eutanasia, la fertilización *in vitro*, derechos sexuales, derechos reproductivos, identidad de género o el matrimonio civil accesible para todas las personas sin distinción de orientación sexual, abrimos las puertas a intensos debates¹⁹ permeados de moral y convicciones religiosas.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos al analizar las reacciones de personas que presencian a una pareja del mismo sexo tomarse de la mano en público: “*Me imponen su estilo de vida*”, “*me*

obligan tolerarlos”, “*me violentan mi libertad religiosa*”.²⁰ Pero ¿se trata de una imposición que afecta la libertad religiosa de una persona? O más bien ¿es la reacción que produce la activación de un prejuicio? Yo me inclino más por la segunda, pues en ningún momento se impone que deba tomarse de la mano con alguien de su mismo sexo, ni tampoco se exige que asista a eventos de *Voguing*, que vea *Ru Paul* o que realice otras actividades estereotipadas para hablar de una imposición, por parte de la población sexualmente diversa.

El malestar es síntoma de la enfermedad que explicó Postman²¹ cuando comparó a Orwell con Huxley, advirtiendo que llegaríamos a un momento en donde la verdad se ahogaría en un mar de irrelevancia: “*Lo que Orwell temía eran los que prohibirían los libros. Lo que Huxley temía*

¹⁹ Solano, J. (20 de enero de 2018). Iglesia Católica y Evangélica se unen contra matrimonio gay. CrHoy, Extraído de: <https://www.crhoy.com/nacionales/iglesia-catolica-y-evangelica-se-unen-contra-matrimonio-gay/>. No a la eutanasia, reitera el papa a congregación católica belga. (11 de agosto de 2017). Mensaje: radio vaticana, Extraído de: <https://www.mensaje.cl/no-a-la-eutanasia-reitera-el-papa-a-congregacion-catolica-belga/>. Sequeira, A. (13 de septiembre de 2015). Iglesia católica ante decreto sobre FIV: ‘Tener hijos no es un derecho, es un don’. La Nación, Extraído de: <https://www.nacion.com/el-pais/politica/iglesia-catolica-ante-decreto-sobre-fiv-tener-hijos-no-es-un-derecho-es-un-don/LTKQWNPLNZHCJNNNU4GXM4C6Q/story/>. El debate por la despenalización. Con marchas en todo el país, la Iglesia se puso al frente del rechazo al aborto. (25 de marzo de 2018). Clarín, Extraído de: https://www.clarin.com/politica/marchas-pais-iglesia-puso-frente-rechazo-aborto_0_HkgZEir9G.html.

²⁰ En relación con estas expresiones, conviene recordar lo expresado por la OC 24/17: “223. *En ese sentido, la Corte*

observa que, en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; ... el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso...” CORTE IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17. (2017). Serie A No. 24., párr. 223.

²¹ Postman, N. (2005) *Amusing Ourselves to Death: Public Discourse in the Age of Show Business*. [Versión Kindle] Extraído de: www.amazon.com. En el mismo orden de ideas: Vargas Llosa M. (2012). *La civilización del espectáculo*. Ciudad de México, México: Alfaguara. De igual forma, la sección 4 del capítulo IX de este libro.

era que no habría ninguna razón para prohibir un libro, ya que no habría nadie que quisiera leer uno. Orwell temía a los que nos privarían de información. Huxley temía a aquellos que nos darían tanto que nos reduciríamos a pasividad y egoísmo. Orwell temía que la verdad se nos ocultara. **Huxley temía que la verdad se ahogara en un mar de irrelevancia.** Orwell temía que nos convirtiéramos en una cultura cautiva. Huxley temía que nos convirtiéramos en una cultura trivial.” Estas discusiones son un ejemplo de ello, por el hecho que resulta difícil encontrar la verdad al encontrarse enterrada entre tanta (des) información, lo cual genera la ilusión de una “imposición” cuando no lo es. Es complejo diferenciar cuándo algo se trata de una “imposición” de religión y cuándo se trata de una violación a la libertad religiosa.

Considero que, con este panorama nublado, se vuelve necesario trazar una regla general que dé soluciones conforme a derecho. Por lo tanto, siguiendo los criterios de Corvino²², Feldman²³ y Wolfson²⁴, propongo una regla bajo el siguiente

mantra: todos tenemos derecho a decidir los aspectos personales de nuestras vidas (amistades y romances); pero cuando voluntariamente entramos en el mercado de bienes y servicios, el principio de trato igualitario y no discriminación, son los que deben regir la actuación. De lo contrario, estaríamos diciendo que: “*las doctrinas profesadas de las creencias religiosas sean superiores a la ley de la tierra y, de hecho, permitir que cada ciudadano se convierta en una ley en sí mismo.*”²⁵

Es decir, el Estado de Derecho viene a ser el terreno en donde todos podemos coexistir, a pesar de nuestras diferencias en convicciones más íntimas. Decidir socializar bajo el amparo de la infraestructura jurídica del Estado implica el respeto a las reglas que aseguran la convivencia. Es así como en sociedades democráticas debe coexistir de forma pacífica lo secular y lo religioso, por lo que el rol de los Estados es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro.

²² Corvino, J. y Gallagher M. (2012). *Debating Same-Sex Marriage*, USA: Oxford University Press. y Corvino, J., Anderson, R., et al. (2017). *Debating Religious Liberty and Discrimination*. Nueva York, NY, Estados Unidos: Oxford University Press.

²³ Feldman, N. (2016). Airbnb’s anti-discrimination policy gets it right. *Waterloo Region Record*, Extraído de: <https://www.therecord.com/opinion-story/6868318-airbnb-s-anti-discrimination-policy-gets-it-right/>. Feldman, N. (2014). Why you Can’t Ban Gays from Lunch

Counter. *Bloomberg*, Extraído de: <https://www.bloomberg.com/view/articles/2014-02-24/gay-marriage-opponents-find-firmer-legal-ground>.

²⁴ Wolfson, E. (2005). *Why marriage matters*. America, Equality, and Gay People’s Right to Marry. New York, USA: Simon & Schuster Paperbacks.

²⁵ SCOTUS. Reynolds v. United States, 98 U.S. 145 (1878), p. 98.

Libertad religiosa desde la óptica de relaciones comerciales y personales.

Dentro de la gran variedad de manifestaciones de conflictos entre la libertad religiosa y otros derechos, me voy a concentrar en el posible choque que ocurre con relaciones comerciales y personales.

Todas las personas tienen un ámbito de libertad y autonomía personal que es innegable, así yo tengo la libertad absoluta de decidir sobre mis convicciones religiosas y nadie tiene el derecho a imponer sobre otra sus convicciones personales. Lo contrario significaría, por ejemplo, que un director de un hospital, testigo de jehová, tendría la posibilidad de prohibir todas las transfusiones sanguíneas²⁶, o que una pareja del mismo sexo que quiera acceder a los ritos del matrimonio religioso (no civil) podría exigirle a un sacerdote que oficie la ceremonia religiosa. En ambos casos, estaríamos en situaciones de imposiciones injustificadas de un derecho frente al otro.

La diferenciación de la imposición injustificada se torna mucho más difícil en otros casos menos obvios. Por ejemplo, en un restaurante se prohíbe la entrada a personas pelirrojas, por la firme convicción de que no tienen alma, o que el gobierno

nos impone, por ley, que una persona no pueda discriminar quién será su amigo o su amante.

Por ejemplo, una persona podría decidir no ir a un comercio por afectar sus convicciones personales, también podría decidir únicamente tener amigos con determinadas características. Pero no podría negar un servicio comercial porque son contrarias a sus convicciones personales. Al crear un negocio con fin de lucro, de manera implícita, se acepta cumplir las reglas de no discriminar de manera injustificada.

¿Existe una diferencia si las convicciones religiosas son utilizadas para tomar decisiones a lo interno de la empresa? Por ejemplo, que se decida no brindar beneficios de maternidad a parejas del mismo sexo, ¿sería justificable? Las empresas tienen libertades en lo que respecta a su organización y buen gobierno, pero también se encuentran sujetas a las leyes laborales, por lo que ofrecer un beneficio únicamente para un grupo de empleados, estando en la misma jerarquía, sería injustificado. Es decir, que, si se ofrece algo para un grupo de empleados, debe estar disponible para todas las personas dentro de las mismas jerarquías.

Pongamos el ejemplo de la familia Green, quien organizó su negocio en torno a los principios de

²⁶ En Costa Rica se rechazó un amparo a una persona que profesaba que su religión (Testigo de Jehová) le prohibía hacerse examen de sangre para efectos de tramitar la renovación de la licencia de conducir, el amparo fue

rechazado al analizar los fundamentos de la religión era para transfusiones y no para hacerse exámenes. CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. No. 1706-08. (2008).

la fe cristiana y se negó a cumplir con la obligación, como empleador de más de 20 mil personas, de brindarle un paquete de cobertura médica a los empleados que ofrezca anticonceptivos. El caso, evidentemente, es más complejo que el anterior, por lo que cabe preguntarse: ¿cotizan en bolsa? ¿Cuántas personas estarían afectadas por esta decisión? ¿Qué opinan las personas que podrían ser afectadas? ¿Qué religiones practican las personas afectadas?

La Corte Suprema de los Estados Unidos falló a favor del empleador²⁷, que lo hacía de manera extremadamente excepcional ya que se trata de una persona jurídica (que no tienen ese derecho), pero lo hizo al considerar que el *ownership* de la empresa era “*closely held*” en el círculo familiar. No obstante, la decisión de mayoría (5-4), la Jueza Ginsburg hace un razonamiento en su opinión disidente que hace más eco que lo decidido, advirtiendo que avalar dicha postura, estaría permitiendo que los empleadores impongan su religión a sus empleados de manera indirecta, abriendo portillos a que testigos de Jehová prohíban transfusiones sanguíneas, los cientólogos a los antidepresivos, mientras que judíos, musulmanes e hindús toda medicina derivada de cerdos como la anestesia.

Ginsburg cita en su opinión disidente el caso que la Corte Suprema de Minnesota²⁸ decidió en contra de una empresa con fines de lucro que, previo a contratar a una persona, al ser cristianos fundamentalistas, no contrataban a una persona que viviera en una unión de hecho, a una mujer soltera sin contar con el consentimiento de su padre, a una mujer casada sin el consentimiento de su marido, ni tampoco a “*fornicadores o a homosexuales*”. ¿Esto es algo que debe permitirse en las relaciones comerciales/laborales? Por supuesto que no, pues sería crear la facultad para que cada persona pueda definir sus propias reglas de comportamiento en el mercado.

En el caso de tratarse de una organización sin fin de lucro (ONG), la regla no debería cambiar. Esto sucede las mismas razones: al obtener la aprobación estatal para operar en una jurisdicción determinada, se debe someter a las reglas de operación que define el Estado de Derecho con su bloque de constitucionalidad. Si esa entidad se encuentra en un territorio del sistema interamericano, deberá respetar las categorías protegidas.

Veamos un ejemplo: imaginemos una ONG de corte evangélico que se dedica a brindar de manera gratuita servicios de migración. ¿Sería justificado negar atención a una pareja del mismo

²⁷ SCOTUS, *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. ____ (2014). Extraído de: https://www.supremecourt.gov/opinions/13pdf/13-354_olp1.pdf.

²⁸ Supreme Court of Minnesota. *State by McClure v. Sports & Health Club*. 370 N. W. 2d 844, 847 (1985).

sexo por ir en contra de sus convicciones religiosas? En mi opinión²⁹, no sería justificado discriminarlos, pues al contar con la autorización de funcionamiento estatal, deben brindar los servicios que ofrecen al público, sin discriminar. Distinto será el caso de la motivación personal de los empleados de las ONG, pues en ese caso el Estado no podrá motivar a punta de decreto, a una persona que cumpla con su trabajo de buena forma. Por lo tanto, en lo que se refiere a los aspectos de calidad, la solución cae en manos del libre mercado, abriendo portillos de responsabilidad civil en caso de incumplimientos defectuosos.

El asunto se vuelve un tanto más complejo cuando la convicción personal o religiosa se interpone a confeccionar una obra artística o literaria, y todo ello dependerá en buena medida de qué tanto se toque el tema de las convicciones personales en el momento de efectuar el entregable. Pongamos un ejemplo. Imaginemos que un cliente me busca en mi oficina Hduarte Legal para pedirme una investigación específica sobre un tema que va en

contra de mis convicciones. ¿Podría negarme de manera justificada?

Depende. Si ofrezco servicios de investigación sobre cualquier rama, y la labor sería únicamente la de recopilar, sistematizar y presentar un entregable, estaría obligado a brindar el servicio, aunque el contenido de la investigación fuera en contra de mis convicciones. Distinto sería el caso si, además de pedir el informe, me exigen suscribir y aceptar el contenido en contra de mis convicciones, pues ello iría en contra de la creación literaria.

¿Qué hay con un artista? ¿Podría un artista católico rehusarse a efectuar un encargo de pintar un cuadro de la “Última Cena” manifiestamente hereje³⁰? En este caso, el artista sí podría, por cuanto estaría plasmando su firma, su sello distintivo en una producción artística y resultaría casi imposible efectuar la separación entre su signo distintivo y lo genérico del encargo (como sería el caso que le encargaran pintar unas manzanas, por ejemplo).

²⁹ CSJ de Costa Rica. Sala Constitucional. Sentencia 16881-2008. escuchó un caso similar, pues consideró que era discriminador que una Asociación de Desarrollo Integral acordara no alquilar a un grupo de vecinos evangélicos: *“la cancha de deportes ni el salón multiuso, ya que ese tipo de eventos influyen directamente o indirectamente en la fe católica, y además hay muchas cosas que no compartimos...”*.

³⁰ El caso contrario fue lo que ocurrió el 10 de noviembre del 2016 ante la Corte de Instrucción de Pamplona, en donde se resolvió el caso de una intervención artística para

hacer conciencia sobre la pedofilia dentro del clero de la Iglesia Católica en donde se utilizaron hostias (el pan sacramental utilizado en la celebración de las misas). La Corte razonó que no era un delito de odio, por cuanto dicha intervención no se llevó a cabo en una Iglesia, ni tampoco se interrumpió una ceremonia religiosa. Se trata de una profanación, un acto irreverente, pero de ninguna manera mostraba hostilidad u odio frente a la Iglesia. Auto Juzgado de Corte de Instrucción n° 2 de Pamplona No.429/2016, Proceso 1084/2016.

En un caso, la Corte Suprema de Nuevo México consideró que un Estudio Fotográfico³¹ que se rehusó a tomar fotografías a una pareja de lesbianas, era contrario a las leyes de no discriminación de dicho Estado, indicado que podrían haber indicado: “...una exención de responsabilidad en su sitio web o en la publicidad de su estudio que opongan el matrimonio entre personas del mismo sexo pero que cumplan con las leyes anti-discriminatorias aplicables. También sostenemos que el NMHRA es una ley neutral de aplicabilidad general, y como tal, no viola la Cláusula de Ejercicio Libre de la Primera Enmienda.”. El caso, a pesar de que estoy a favor de su decisión, me deja un sin sabor por cuanto considero que los fotógrafos³² sí tienen un sello artístico, por lo que debería haberse exigido únicamente tomar fotos genéricas, sin que se vea comprometido su sello artístico en respeto a sus convicciones.

En el caso del pastelero que se rehusó a hacer el pastel de bodas de una pareja del mismo sexo, por ir en contra de sus convicciones religiosas, la Corte Suprema³³ no entró en el fondo, no decidió si la religión se podría utilizar para discriminar. La Corte decidió el caso indicando que el ente

que había sancionado al comerciante había sido “hostil” contra la religión y no reflejaba una postura imparcial e independiente.

El Magistrado propuesto por Donald Trump, Neil Gorsuch, en una magistral clase de “*homofobia cordial*”³⁴ tomó en cuenta para su opinión concurrente, que los hechos del caso ocurrieron en el 2012, por lo que era razonable que se opusiera dado que no existía matrimonio civil igualitario. Continuando en su análisis del expediente, consta que la Comisión de Derechos Civiles de Colorado, además de escuchar el caso del pastelero, conoció de 3 casos adicionales, donde otros empresarios se rehusaron a hacer pasteles a raíz que buscaban crear mensajes odiosos contra parejas del mismo sexo (ejemplo: un pastel en forma de Biblia que dijera: “*Dios odia a las maricas*”), señalando que era un trato diferenciado e injusto que a los que se oponían al odio y a la degradación de homosexuales, sí se les permitiera rehusar hacer el pastel; pero no al que objetaba al amor.

Finalmente, destaco que en su análisis indica que no se trataba de un caso de homofobia, pues el pastelero además de rechazar vender el pastel a

³¹ New Mexico Supreme Court. Elaine Photography, LLC v. Willock, 309 P.3d 53 (2013).

³² Aprovecho en agradecer a mis amigos fotógrafos por su gran labor artística en particular a Anthony Murillo de Costa Rica.

³³ SCOTUS. Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission, 584 U.S. ____ (2018).

³⁴ Término co-autorizado con el director de Fundación Igualitxs: Dr. Amaral Palevi Gómez. Ver: Arevalo, A. y Duarte, H. (2018). De lo Hardcore a lo light: injurias y homofobia cordial en El Salvador. Extraído de: <http://revista-seletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/28368>.

la pareja, también rechazó venderlo a la madre de la pareja. De tal manera que no importaba si el cliente era homosexual o heterosexual, siempre se rehusaría a vender pasteles para bodas entre parejas del mismo sexo. Ese razonamiento es equivocado, pues el acto de la homofobia no proviene solo del cliente, sino del mensaje detrás de la denegación del producto.

Es decir, la homofobia viene en rehusarse a vender (es un negocio) pasteles para bodas civiles de parejas del mismo sexo. El señor pastelero tiene todo el derecho de no regalar pasteles a parejas del mismo sexo, así como también tiene todo el derecho a poner los rótulos que quiera en contra de la igualdad de las personas, también puede decidir no tener amistades homosexuales; pero si entra en el mundo de los negocios, debe entender que, al hacerlo, cruza un puente y entra a una dimensión donde todas las personas deben ser tratadas iguales.

La magistrada Ginsburg, en la opinión disidente emitida en conjunto con la honorable jueza Sotomayor, considera que no existe una violación de los derechos del pastelero, y pone sobre la mesa que después de analizar las “creaciones artísticas” de Phillips, que podría haber entregado un

pastel genérico a las parejas del mismo sexo, sin ser obligado a plasmar “su sello artístico” en el mismo. En resumen:

- Si se ofrece un bien o servicio debe estar disponible para todas las personas.
- Si el bien o servicio requiere una habilidad especial, entonces debe respetarse la convicción personal, pero se debe entregar un servicio o bien genérico.
- La diferencia que existe entre el producto genérico y el que lleva el “sello artístico” será la motivación que no es posible obligar por medio de una ley, sino que será el libre mercado el cual debe resolver.

Como bien lo explica el profesor de Georgetown Paul Smith: *“La gente en este país tiene todo el derecho a desaprobador personalmente mi matrimonio. Pero no deberían tener derecho a traducir esas creencias en políticas de exclusión cuando abran un negocio como la Masterpiece Cakeshop. Pueden elegir a quién asociar en sus vidas privadas. Pero no cuando abren un negocio que sirve al público.”*³⁵

³⁵ Smith, P. (2018) The real cost of Masterpiece: It’s personal. Balkinization. Extraído de: <https://balkin.blogspot.com/2018/04/the-real-cost-of-masterpiece-its.html>. De Smith, también resulta importante destacar que fue uno los abogados que lideró la victoria ante la Corte Suprema de Lawrence Vs. Texas (2003) que

significó la abolición de la criminalización de la homosexualidad en Texas, el perfil completo del profesor puede revisarse en: Paul M. Smith. (s.f.) Extraído de: <https://www.law.georgetown.edu/faculty/paul-m-smith/>.

Fundamentalismo religioso con aspiración política

La religión ha sido aliada en muchas causas justas, como olvidar el rol predominante que jugó en la lucha de los derechos civiles que lideró el pastor Dr. Martin Luther King. La religión sigue siendo aliada en esta batalla de poderes, pues quien busca saciar las necesidades espirituales de una persona, quien tiene ese don, no necesita de las herramientas del desprecio al prójimo, para lograrlo. En esta sección, se advierte de uno de los fenómenos políticos que mayor peligro representa para la continuidad del goce y ejercicio de derechos humanos de grupos minoritarios, predominantemente que componen la diversidad sexual y mujeres.

Se trata, de esta manera, del señalamiento de las aspiraciones políticas por medio del uso de la fe, de algunos de los líderes del sector evangélico

pentecostal, de la línea ideológica de la prosperidad³⁶ los cuales representan un riesgo para el Estado de Derecho³⁷. Una de sus notas características, según apunta el Doctor Calderón, se trata del: *“el uso profesional del marketing (de la fe y la política) centrado en la idea de consumo religioso cercano al consumo show -al estilo Factor X”*; así como la manipulación de las masas por medio de la metáfora de: *“la “idea del mal” como una lucha terrenal en contra de demonios: feminismos, derechos sexuales y reproductivos, entre muchos otros temas de discusión no religiosa -como la lucha contra el demonio³⁸ político del “castrochavismo.”³⁹*

El contenido de su mensaje engloba predominantemente⁴⁰ posturas ultraconservadoras en rela-

36 *“La ideología de la prosperidad es entonces una marca que distingue a los neo pentecostales y que a su vez los ubica como aliados del neoliberalismo. Sus feligreses son los más pobres de las sociedades latinoamericanas, los trabajadores precarizados, los más golpeados por la economía, a quienes el relato de una vida próspera les convence, aunque sólo lo logren los que llegan a ser pastores, o a fundar sus propios emprendimientos religiosos.”* Calderón, J. y Zúñiga, T. (2018). *Evangélicos, pentecostales y neo pentecostales: de la fe a la política*. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/evangelicos-pentecostales-y-neopentecostales-de-la-fe-a-la-politica/>

37 Existen otros grupos religiosos que si bien tienen una ideología de odio (Westboro Baptist Church) no representan el riesgo que los fundamentalistas evangélicos de la prosperidad por cuanto no tienen ni el poderío económico, ni humano que sí tienen los grupos de la prosperidad.

38 Orozco, R. (13 de octubre del 2008). *El diablo me atrapó*. El País. Extraído de: https://elpais.com/diario/2008/10/13/sociedad/1223848802_850215.html

39 Calderón, J. y Zúñiga, T. (13 de mayo del 2018). *Evangélicos, pentecostales y neo pentecostales: de la fe a la política*. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/evangelicos-pentecostales-y-neopentecostales-de-la-fe-a-la-politica/> y Calderón, J (4 de febrero del 2018). *La re-espiritualización de la política*. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/la-re-espiritualizacion-la-politica/>

40 Calderón, J. (8 de noviembre del 2017) *Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica*. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/iglesias-evangelicas-poder-conservador-latinoamerica/>

ción con la familia y restricciones en las libertades de los demás,⁴¹ incluyendo todas sus demandas en el término **ideología de género**,⁴² lo cual ya se ha advertido que es una especie más de los muy variados ejemplos que pueden existir de discursivas peligrosas. Además, son grupos aliados con el neoliberalismo y la sociedad de consumo, dada la armonía que existe entre dicha visión y la ideología de la prosperidad del evangelio.

Otro punto por destacar es que dentro de sus fieles se mueven grupos de las clases sociales más altas (y de las más bajas también), con un gran poder de levantamiento de capital.⁴³ Finalmente, es necesario destacar que son entidades que cuentan con sus propios mecanismos para efectuar la difusión de sus mensajes, ya que son propietarias de canales de televisión y redes sociales.

El número de creyentes de las iglesias evangélicas de la prosperidad es demoledor: “19 mil iglesias neo-pentecostales en el continente, que organizan a más de cien millones de creyentes.”⁴⁴ Su crecimiento exponencial es explicado por Calderón en los siguientes términos: “... la necesidad de un acercamiento la derecha política (en especial de la conservadora) y las iglesias neo pentecostales que movilizaban, ya para entonces, amplios sectores despolitizados y socialmente marginados. Esta alianza logró imponer un sentido común en las clases populares de la defensa –a ultranza– de la familia, creando constructos y marcos como la ya mencionada “ideología de género” y campañas como “con mis hijos no te metas”. De esta forma, la derecha en su disputa logró culpabilizar a la izquierda o a perspectivas progresistas de todo aquello que

41 “Hoy la mayor parte de los grupos evangélicos defienden políticas neoliberales en lo económico y conservadoras en lo social, con posturas que criminalizan el aborto, contrarias al matrimonio entre personas del mismo sexo y a los avances en políticas de género.” Lucía, I. (23 de Noviembre del 2017). La gran marcha de la Iglesia evangélica en América Latina. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/11/23/la-gran-marcha-de-la-iglesia-evangelica-en-america-latina/>

42 Alcantára, M. (4 de abril del 2018). La religión en la política. El País. Extraído de: https://elpais.com/elpais/2018/04/03/opinion/1522768168_990629.html?rel=mas

43 El pastor Copeland, en el año 2003, reportaba a todos sus feligreses que la Iglesia su Iglesia ha recibido más de 1000 millones de dólares. Ver: Copeland, K. (s/f). I am a billionaire. Extraído de: <https://www.youtube.com/watch?v=XFV0dIa70JY> En esta misma línea, el televangelista (pastor evangélico que

se auxilia de la televisión) solicitó ayuda a sus fieles para comprar un jet de 54 millones de dólares. Laborde, A. (31 de mayo del 2018). Un telepredicador pide 54 millones de dólares a sus fieles para un avión de lujo: “Dios quiere que lo tenga”. El País. Extraído de: https://elpais.com/internacional/2018/05/30/mundo_glo-bal/1527698869_139355.html Mientras que en América Latina, en el año 2014 Forbes reportaba la construcción de un templo en Brasil por 300 millones de dólares, ver: Anderson, A. (30 de julio del 2014). God Has A New Home: A \$300 Million Mega Temple In Sao Paulo. Forbes. Extraído de: <https://www.forbes.com/sites/andersonantunes/2014/07/30/god-has-a-new-home-a-300-million-mega-temple-in-sao-paulo/#36c5666a5a91>

44 Calderón, J. (8 de noviembre del 2017) Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/iglesias-evangelicas-poder-conservador-latinoamerica/>.

podiera “dañar” al núcleo central de la sociedad.”⁴⁵

El poderío no es solo los números de feligreses, sino también en lo económico pues además de estar estructuradas en redes internacionales, de estar exenta del pago de impuestos, también mueven miles de millones de dólares en Brasil, Costa Rica⁴⁶, Colombia⁴⁷, y Guatemala.⁴⁸ La historia no termina ahí, pues su capacidad de formar alianzas con otros grupos, sin intenciones políticas, pero que son conservadores. Ejemplo de esto lo hemos visto en las multitudinarias marchas “por la familia” y “contra la ideología de género” organizadas en Panamá, Costa Rica, México, Perú, Colombia; con lo cual demuestra el poderío detrás de una mayoría sesgada con prejuicios.

Es decir, cien millones de creyentes pueden estar expuestos a mensajes que se califican como discursiva peligrosa en perjuicio de los derechos de

las personas LGBTIQ. Esto es el equivalente a jugar a tirar fósforos a un barril de gasolina. Un ejemplo de esta preocupante situación, lo encontramos en Brasil: “*Brasil es el país que más preocupa: 387 brasileños LGTB fueron asesinados y 58 se suicidaron tan solo en 2017, una subida del 30% en un año. La causa no es otra que la emergencia de discursos ultraconservadores; la Iglesia evangélica y el político radical Jair Bolsonaro tienen mucho que ver en esta ecuación, pues crean impunidad y destruyen la solidaridad de la sociedad. En septiembre un juez legalizó las “terapias de conversión” de homosexuales.*”⁴⁹

Además, las situaciones de riesgo también se evidencian en la política partidaria. Así vemos que es cada vez más común, que las iglesias evangélicas tomen un rol protagónico en eventos electorales: Morales en Guatemala, Alvarado en Costa

45 Calderón, J. (4 de febrero del 2018). La re-espiritualización de la política. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/la-re-espirtualizacion-la-politica/> En relación a los cambios teológicos: Lucía, I. (23 de Noviembre del 2017). La gran marcha de la Iglesia evangélica en América Latina. El Orden Mundial. Extraído de: <https://elordenmundial.com/2017/11/23/la-gran-marcha-de-la-iglesia-evangelica-en-america-latina/>

46 En Costa Rica, la cantidad de las iglesias evangélicas han aumentando un 174% en los últimos 31 años, llegando a 3752 congregaciones en todo el país, ver: Avendaño, M. (17 de febrero del 2018). Movimiento evangélico en Costa Rica: del "servicio a Dios" a la conquista política. El Financiero. Extraído de: <https://www.elfinanciero.com/economia-y-politica/movimiento-evangelico-en-costa-rica-del-servicio-5NROWY6WQVHH-RIFU2JSSV2JHEE/story/>

47 En Colombia tienen reportados activos por 5 mil millones de dólares, mientras que en Brasil por 7 mil millones

de dólares. En ambos lugares manejan franquicias, templos, escuelas, redes de apoyo, terapias, casas de préstamo, convirtiéndose en una iglesia, comunidad, así como una especie de un mini Estado. Calderón, J. (13 de febrero del 2018). Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. Redes Cristianas. Extraído de: <http://www.re-descristianas.net/iglesias-evangelicas-y-el-poder-conservador-en-latinoamerica-javier-calderon-castillo>

48 Guatemala tiene el mayor número de cristianos evangélicos per cápita de toda América Latina: 2.790 registradas: seis templos evangélicos por cada parroquia católica. Nolan, R. (13 de mayo del 2018). Cash Luna y su nave espacial en la colina. El Faro. Extraído de: <https://elfaro.net/es/201805/centroamerica/21861/Cash-Luna-y-su-nave-espacial-en-la-colina.htm>

49 Calderón, J. (4 de febrero del 2018). La re-espiritualización de la política. CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/la-re-espirtualizacion-la-politica/>

Rica, Murillo en Nicaragua. De igual forma, el factor evangélico ha demostrado ser determinante en eventos críticos para un país: el acuerdo de Paz de Colombia que fue rechazado por la manipulación a la cual fue sometida la población conservadora; o el juicio político con el cual se destituyó a Dilma en Brasil.⁵⁰

La religión no es el problema, sino la manera como algunas personas la utilizan para generar beneficio personal, en perjuicio del prójimo. En este sentido, no me resulta posible concluir que la religión es un generador de discriminación, ya que la historia da pie para ambas posiciones. En cualquier caso, los fundamentalistas religiosos, con sus posturas extremistas y sus ambiciones políticas, sí representan un riesgo para la democracia, el Estado de Derecho y el goce pacífico de los derechos. Ante esta realidad, es necesario permanecer alertas, denunciar los abusos de poder y recordar que, aunque sean mayoría, en las democracias, las minorías se respetan.

Conclusión

En un Estado Constitucional democrático de Derecho deciden las mayorías, pero con respeto a

las minorías. Existen las condiciones para que todas las personas, sin importar sus cualidades personales, puedan coexistir. Los Estados deben generar los espacios para que todas las personas puedan gozar y ejercer las libertades y derechos fundamentales inherentes a la calidad de dignidad humana, sin importar raza, edad, género, identidad de género, orientación sexual, nacionalidad o cualquier otro factor.

Como ocurre con el concepto de discriminación, existe un indebido dimensionamiento del alcance de la libertad religiosa. Por religión, por ejemplo, una persona puede decidir hacer o dejar de hacer algo: no comer cerdo (judíos), no hacerse una transfusión sanguínea (testigos de jehová), o rehusarse a participar en una guerra (varias religiones). Pero esa convicción, no es extensible a terceros. De tal forma que una persona que se rehúsa a recibir transfusiones sanguíneas por su fe no puede obligar a alguien que necesita y quiere recibir transfusiones, a no recibirlas. Este desentendimiento, producto del espectro cultural en el que se interactúa en la sociedad, genera que grupos conservadores experimenten una falsa sensación de “imposición”, cuando no pueden

50 Vargas Llosa, A (24 de febrero del 2018). Los evangélicos y las urnas. La Tercera. Extraído de: <http://www.la-tercera.com/reportajes/noticia/columna-alvaro-vargas-llosa-los-evangelicos-las-urnas/77854/>. Calderón, J. (8 de Noviembre del 2017). Iglesias evangélicas y el poder conservador en Latinoamérica. CELAG Extraído de:

<http://www.celag.org/iglesias-evangelicas-poder-conservador-latinoamerica/>

Calderon, J. y Zúñiga, T. (13 de mayo del 2018). Evangélicos, pentecostales y neopentecostales: de la fe a la política, CELAG. Extraído de: <http://www.celag.org/evangelicos-pentecostales-y-neopentecostales-de-la-fe-a-la-politica/>

hacer valer sus convicciones personales en los demás.

Toda persona tiene derecho a definir sus convicciones personales y creencias religiosas, haciéndolas valer, sin que el Estado pueda interferir la autonomía de la voluntad persona. En cierta forma, todas las personas tienen un derecho a decidir quién puede involucrarse (y quién no) en sus asuntos personales, íntimos y privados. Pero cuando voluntariamente entran en el mercado de bienes y servicios, con o sin finalidad de lucro, el principio de trato igualitario y no discriminación deben regir toda actuación empresarial. En este sentido, pueden instaurar todas las reglas que consideren oportunas, pero en respeto y apego a esos dos pilares.

En este sentido, la importancia de un debido y adecuado entendimiento de esta libertad es crucial, dado que grupos populistas conformados por religiosos con aspiración política utilizan la fe para manipular masas y promover agendas antidemocráticas que ponen en riesgo la libertad de todas las personas.

Colin Rule

Vicepresidente de Resolución de Conflictos en Línea de Tyler Technologies.

Exdirector de la plataforma de resolución de conflictos en línea de eBay y PayPal.

Mr. Colin Rule is a pioneer of Online Dispute Resolution (ODR) and has worked within the dispute resolution field for over 25 years as a mediator, trainer, and consultant. Mr. Rule holds a Master's degree from the Kennedy School of Government of Harvard University in conflict resolution and technology, a graduate certificate in dispute resolution from UMass-Boston, as well as a Bachelor of Arts from Haverford College.

In 1999, Mr. Rule co-founded one of the first ODR providers, named Online Resolution, and served as its CEO and President. Additionally, Mr. Rule co-founded the Online Public Disputes Project (now titled eDeliberation.com), which applies ODR to public, multiparty disputes. Mr. Rule served as the General Manager of Mediate.com, the largest online provider in the dispute resolution field. He also held the position of Online Dispute Resolution Director for eBay and PayPal from 2003 to 2011.

As an author, Mr. Rule has published two books, *Online Dispute Resolution for Business*, published by Jossey-Bass in September 2002, and *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, published by the ABA in 2017. Furthermore, he has contributed to a myriad of academic articles and publications regarding alternative dispute resolution.

Currently, Mr. Rule is Vice President for Online Dispute Resolution at Tyler Technologies, as well as Co-Chair of the Advisory Board of the National Center for Technology and Dispute Resolution at UMass-Amherst and a Non-Resident Fellow at the Gould Center for Conflict Resolution at Stanford Law School.

Mr. Rule kindly granted the Costa Rican Journal of International Law an interview to expand on ODR systems and their future, both on a national and international level.

El Sr. Colin Rule es pionero de la Solución de Controversias en Línea (SCL) y ha trabajado en el campo de la resolución alterna de conflictos durante más de 25 años como mediador, capacitador y consultor. El Sr. Rule tiene una maestría del Kennedy School of Government de la Universidad de Harvard en resolución de conflictos y tecnología, un certificado de posgrado en resolución de conflictos de UMass-Boston, así como una Licenciatura en Artes de Haverford College.

En 1999, el Sr. Rule fue cofundador de uno de los primeros proveedores de sistemas de SCL, titulado *Online Resolution*, donde desempeñó el cargo de Director Ejecutivo y Presidente. Además, el Sr. Rule fue cofundador del *Online Public Disputes Project* (ahora denominado eDeliberation.com), que aplica la SCL a disputas públicas en las que participan múltiples partes. El Sr. Rule mantuvo el puesto de Gerente General de *Mediate.com*, el mayor proveedor en línea en el campo de resolución de conflictos. También ocupó el cargo de Director de Resolución de Conflictos en Línea para eBay y PayPal del 2003 al 2011.

Como autor, el Sr. Rule ha publicado dos libros, *Online Dispute Resolution for Business*, publicado por Jossey-Bass en septiembre de 2002, y *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer*

Protection, publicado por la ABA en 2017. Además, ha contribuido a una gran cantidad de artículos académicos y publicaciones sobre resolución alternativa de conflictos.

Actualmente, el Sr. Rule es el Vicepresidente de SCL en Tyler Technologies, así como Co-Director de la Junta Asesora del Centro Nacional de Tecnología y Resolución de Conflictos en UMass-Amherst y miembro no residente en el Centro Gould para Resolución de Conflictos en la Facultad de Derecho de Stanford.

El Sr. Rule concedió amablemente a la Revista Costarricense de Derecho Internacional una entrevista para ampliar el tema de los sistemas de SCL y su futuro, tanto a nivel nacional como internacional.

Interview to Colin Rule

By Édgar E. Méndez Zamora and Felipe Volio
Soley, May 14, 2019, San José, Costa Rica.

What is ODR and what has been the evolution of ODR in the last few years?

Online Dispute Resolution (“ODR”) is the use of information and communications technology to resolve disputes. It is a broad definition, but when I say, “information and communications technology”, people think about the Internet, which is very powerful in information and communications technology, but there are many others. Emailing parties, speaking over the phone, using “Track Changes”, or any use of technology in dispute resolution are all ODR. ODR also refers to technology that has not been invented yet, so there may be new things that are coming from Google, or who knows? We can use that for ODR too.

Marc Andreessen from Silicon Valley, inventor of the original browser “Netscape”, said that “software is going to eat the world”. Sounds a little scary, like Godzilla, but it’s true. Software is eating finance, medicine, entertainment, and every area of our lives. We carry around these devices all the time and call them phones, but they’re not really phones, they’re really super-computers, wirelessly connected. This is changing the way humanity operates and will change the way we dispute and resolve conflicts.

ODR began in the nineties with the growth of the internet and e-commerce. People started to buy things online and it was necessary to resolve the disputes that came up. The jurisdiction and location of these disputes was very confusing. As a result, big internet intermediaries began to invest in building ODR systems.

That’s when I was hired at eBay, because they wanted me to come in and build their system. We realised that what we built for eBay, Amazon, Buy.com and MercadoLibre is also useful in other areas. Then ODR started to go to other areas beyond e-commerce. I think ODR in courts has really accelerated in the last two or three years on an international level, it just seems like it’s getting bigger and bigger.

From your personal experience, can you tell us how was it created? How did you see this evolution?

Well, I’m fortunate enough to have been doing this since the beginning. A professor in Massachusetts, Ethan Katsh, is the real father of ODR. He wrote the first book that came up with the name “Online Dispute Resolution”. I wrote the second book the following year, which was called *Online Dispute Resolution for Business*. We tried to take face-to-face dispute resolution and just involve technology, so it was exactly the same.

The first software we designed was an exact copy of what we did offline, we just moved it online. Then, we started to realize that some of that doesn't work very well, and there's new things that you can do online that you can't do face-to-face. That was when ODR started to become its own thread.

What would you say are the biggest advantages and the biggest challenges of ODR?

Well, it depends on who you're talking about. There are advantages and disadvantages for the courts, for lawyers, for mediators, and for the parties. So, I won't go through all of those areas, because I've written about a lot of these in my books.

One of the big things that you can do online in conflict resolution that you can't do face-to-face in dispute resolution is to communicate asynchronously. There's a lot of studies that show that this kind of communication is much more convenient for the parties. They don't have to pick a time and can do it whenever it's convenient to them. It gives the parties a little cooling distance, so they don't get as emotionally involved, and allows them to do research in between responses. One of the things I learned when I was first trained in mediation is to start out by giving each of the parties uninterrupted time to explain their perspective, which can take

a long time, and be very hard to do face-to-face. Online however, all asynchronous communication is uninterrupted.

I will say one of the disadvantages, obviously, is that you can't physically see the other party and you lose non-verbal communication. With online communication, you don't have those non-verbal cues and that can complicate emotional communication because it can make it harder for the mediator to know what's going on with the parties.

Also, with an expert witness, for example.

That's right. Well, the topic of witnesses is very interesting. A lot of lawyers are very focused on evidence, finding truth, investigating, bringing in witnesses and experts, deposing. The goal of the judge is, theoretically, to find out what is the truth of the case. As a dispute resolver my orientation is a little bit different. I'm a mediator, I'm not an arbitrator. If two people have a dispute, I want them to find a solution that they both agree with. The idea of mediation is to reach an agreement, working with the parties to reach a solution that everyone can accept. We don't need the truth.

I guess that could also be seen from another perspective, that things are not interpreted with subconscious bias. Then, perhaps, the

facts are received more objectively, without being prejudiced by the way the person looks, how they speak. You can see it from both sides, right?

There's a lot of evidence to support that statement. Research shows that courts in the United States, sadly, have a lot of racism. Sometimes juries and judges have some racist opinions and, even if rationally they don't think they're going to be influenced by them, they may be affected by them. With online communication in which the counterparty is not visible, maybe some of that unconscious bias isn't as present.

Another example of unconscious bias is illustrated by a study on parole hearings in Israel over a period of ten years and the severity of the decisions rendered by the Parole Board. The study showed that said decisions were changing all the time, and that the decisions rendered in the hour before lunch or at the end of the day were 25% harsher.

I think we're a little too optimistic about the ability of people to be objective and fair. Technology can change that equation so that some of those fundamental aspects of unfairness go away.

When ODR permeates dispute resolution in general, how do you think that it will change

the role of the attorney, or even that of the judge?

It will change a lot, and I have guesses based on the platforms that I have implemented. In many Bar Associations that I present to, particularly in the United States, lawyers are very nervous about these changes. They understand the industry the way it presently works. When technology comes in, the entire system changes and creates uncertainty. A famous writer in the United States named Upton Sinclair says, "it is almost impossible to make a man understand the truth, if his paycheck depends on him not understanding the truth". Lawyers know inefficiencies and injustice of the system better than anyone, and are reluctant to change it because their paycheck depends on that very system.

I think that instead of having a small number of cases paid by the billable hour, lawyers are going to have a large number of cases, paid on a flat rate basis, and work online to assist your client with these cases. Some of these cases may take longer, so you may end up in the red on these cases, but some of these cases will resolve very quickly, so you'll be making a good amount of money.

What we have seen over time with the platforms we launch is that the volume of cases increases and the amount of money the lawyer earns per case decreases. However, the amount of work

and money the lawyer earns actually increases and lawyers spend less time doing administrative tasks. The law is not going to go away, it's going to change, evolve, and get better in terms of delivering more justice to more people. I think there are many opportunities for lawyers if they get involved with these new tools.

How to have transparency, or what elements should be taken into account when reviewing which ODR system is reliable and transparent?

We have just created an organization called ICODR ("International Council for Online Dispute Resolution"). It's standard-setting organization for ODR providers, in terms of their fairness, impartiality, security, protection of the parties' information, and accessibility. For instance, someone can build a great ODR system but then they charge US\$10,000.00 to access it, making it inaccessible. We want to certify ODR platforms all around the world that comply with our standards. People will write ODR software that does not live up to these standards, because they are not truly fair and impartial, or do not adequately protect the data of the parties.

I think what's happening now with the deployment of ODR in the courts is that citizens trust the courts. If the courts were to build an ODR

system, most citizens would say "it must be trustworthy, because the courts have made this decision". Furthermore, courts have lots of external people that are overseeing everything they do. I think trust in ODR platforms is going to be an ongoing challenge, which we have to work a lot on moving forward.

If ODR were to go into the court system, will you see this as a mandatory option or a voluntary one?

For ODR systems to be accessible, they should be free for consumers and citizens. Compulsory mediation sounds like an oxymoron to me, since mediation is a voluntary process, not mandatory. I believe that the best design is, from an ethical dispute resolution perspective, to make it optional and free to use. Despite this, I also believe that there are compelling cases for other designs. A voluntary subscription will probably be the first step and, with favorable results, it will become mandatory once they are more comfortable with it.

We want a well-designed system before the dispute arises and use it when the dispute arises. At the time of the problem, the process has been designed by all experts, consumer advocates, lawyers, judges, psychologists, even ministers, and anyone who wishes to be included in the creation of a fair process. When someone comes in, you

build the appropriate resolution process for them, maximizing the chance of a fast and fair resolution by mutual agreement. This is the best kind of outcome because people adhere to them, you don't need to enforce them.

There was an initiative from the United Nations Commission on International Trade Law to create Working Group III, whose main objective is to create a set of procedural rules for ODR. However, at the time, the states did not reach an agreement and the only final outcome produced were their technical notes. Do you think it could be possible now or in the near future to come together and create that set of procedural rules?

I was actually an active participant in Working Group III during the drafting of the procedures. The failure of Working Group III was unfortunately not due to ODR. All of the countries loved it and wanted to provide that protection to consumers. Think about it: If I were on the Costa Rican Department of Consumer Protection, and my consumers were buying from all over the world, what can I do to protect them? A global small claims resolution process would be great.

However, it became a very political discussion, especially between the United States and the European Union. The United States adopted a controversial position, stating that a consumer

should be legally bound by these outcomes, so there would be no appeal once the ODR was rendered. Although pre-dispute binding arbitration is legal in the United States, it is illegal in Europe. Therefore, the argument boiled down to having an ODR that would or would not allow consumers to go to court, and although the possibility of having a system that offered both options in different scenarios existed, the discussion turned into a political debate. The European Union launched their own ODR because of UNCITRAL, since they did not want to come up with global rules that the US had a say on and preferred to create one for themselves.

Regardless of the failure of Working Group III, representatives from all over the world agreed that ODR is the future and wanted to work towards having and using ODR. Our goal was to create a soft law, like a model law, which could in turn be adopted into their legislature. The goal was a global small claims resolution process. However, when that failed, we just went with the technical notes, which are merely aspirational and non-binding, but are available for countries when they design their own ODR mechanisms.

We believe that it is very important for Latin America take soft law into account, since we are relatively set back in this regard and it is difficult for us to adopt a new mindset and

perspective about the reality of international law and commerce.

Well, I don't know about any e-commerce companies in Costa Rica, maybe there are some small ones. However, the future of commerce and capitalism is online, e-commerce is growing at a 20% rate per year. Hopefully Costa Rican legislature can adapt to that, as Costa Rica is a very global and entrepreneurial country. It is necessary to open the doors to allow entrepreneurs in Costa Rica to compete, as it creates a massive market. Costa Rica has other advantages as well. For example, the US has made the progress it has made by trial and error. Big companies have invested a lot of money in approaches that have failed, so they then tried another strategy. The advantage that Costa Rica has is that they can skip over that process of trial and error and just go with what works and adopt the most modern mechanisms.

I was talking with a man here from the Ministry of Justice, and he told me that Uber is illegal here in Costa Rica. But when I was driving here from the airport I saw an Uber Store. So, it's all a game. Taxis did not evolve and adapt, which created a space in the market. Uber simply came in and took advantage of that competitive space.

These platforms like Uber and Airbnb are successful because they also provide security

for the consumer. You can place complaints and know they will be answered and solved, and you may even get a refund.

Exactly, what's more is that the courts are not evolving. So, what the man from the Ministry of Justice told me is that he is worried that there is going to be an Uber equivalent for dispute resolution or justice. Instead of the courts, people would prefer a private, less costly and more effective solution, and we should be worried about this. However, if the courts are smart, they will realize that they are not meeting the needs of the citizens and they will adapt to take over that competitive space in the market. That is the open question: are they going to be able to do it?

Airbnb, eBay, and Uber had to build their own justice system. What we learned from eBay, for example, is that people became more frustrated if the dispute resolution took too long. People were more frustrated if they received a full refund but the resolution took a long time to be issued (for example, after 12 days), as compared to if they got a quicker resolution and lost. My question for the courts is: how many disputes are solved within 12 days in the courts? I'd bet that it would be a miracle if you can even get the parties to respond in 12 days.

The expectations of citizens are being set by platforms like Uber and Airbnb, with 24/7 attention and easy refunds. If you go to the courts and they

tell you that you have to wait for months or even years, and you need to pay for an attorney, the parties are going to be frustrated. In Italy, for example, the waiting time from filing to the hearing is around 10 years, and a case has to be transferred from one office to another about 97 times before going to trial. Efficient countries like Japan and Germany, where cases are resolved in a matter of months, are the countries where ODR has grown the slowest.

So, if the courts are inefficient, the need for ODR is there. If the courts ignore that need, the equivalent of Uber of Airbnb will come.

How do we ensure due process with ODR?

That's a loaded term with a lot of implications. In general, lawyers and judges that don't like ODR, they always ask me "what about due process?". Just like justice, that is another slippery term. What is justice, what is just? Is it just that Costa Rica has two beautiful coasts on the Pacific and the Caribbean and other countries are landlocked? So, justice is many times seen through personal interest, and due process, I think, goes the same way. How do we ensure that a process is just?

I find that ODR is often compared to the ideal court process instead of the reality of the court process. In the United States, 70% of people in a

low dollar value civil cases can't afford a lawyer, so they choose to self-represent. These people get terrible outcomes since these courts aren't made to be navigated by someone who is not a lawyer. The complex terms, deadlines, and forms to be filled out are difficult to figure out. They can't even go to the court to ask what's next, since the court is prevented from giving legal advice. Due process in the American judicial system says that everyone should have an attorney, but that is not the reality.

My answer is that we need to evaluate the procedure and make sure there is no bias. The question I always ask is, "would you recommend this process to a friend or a family member?". That way, it is not about themselves; if they say yes, they believe the process is fair. Sometimes, ODR processes can be fast, and the process doesn't have all the same protections that you have in the courts. But what we find is that citizens are fine with that, as they consider these alternatives much more accessible and efficient, they don't miss all the due process protections from the court, it's about right sizing.

So, you are suggesting rethinking and modernizing due process to the needs of society?

Exactly, to the needs of society and the needs of the dispute. Don't make the perfect the enemy of

the good. Give people a process that fits their dispute, to a resolution flow that is appropriate to that dispute.

You mentioned the idea of lawyers thinking that written law is what it is, and that the rights of the judicial system should remain untouched and unmodified. We agree that it is interesting to rethink and question the purpose of the law instead of simply conforming to it, but it is very difficult to change this mindset. In your experience, what would you recommend to the applicants of ODR? How would you explain why we should modernize this mindset?

There are two audiences that I am speaking to. On one hand, the lawyers, courts, law schools, and judges really think about the process that begins when a lawsuit is filed. But in my opinion, as a non-lawyer mediator, I like to think about the dispute before a lawsuit is filed, where the vast majority of disputes are solved. If you think about all the disputes in society that make it to the courts, it is probably less than 1% of all the disputes that occur in society. It's like looking at the toenail of the elephant and trying to describe the elephant. I want us to think about disputes in their totality, and get disputes much earlier in the life cycle of the dispute.

When people are talking about due process, rights, laws and procedural protections, that is after the case has been filed, and we have to consider that the grand majority of cases don't make it to court. When I was designing all of these instruments, I was thinking about disputes before they make it into the court. Now, we have to think about it within the court, and how everything fits in with due process, rights, laws and procedural protections.

What happens with the sector of the population that have no access to phones?

That's true too. When I began doing this work in 2000, only rich people had access to phones, technology, and the internet. Many judges came up to me and said, we are not going to use ODR, because we would be creating a justice system for the rich. That would make no sense, especially considering that the justice system is already slanted towards the rich. Now, almost everybody has phones. For example, I work with a program in the United States which helps homeless people, and once these people check into the homeless shelter, they give these people a phone. In India, you see homeless people asleep on a cardboard box with their Nokia phones next to them. Admittedly, it's not a fancy phone, it's a burner phone, but the crucial point is that they are connected.

We are also trying to make it more accessible in other ways. For example, some people may be illiterate, so we can give them voice prompts, we have technology for that too. We designed the system for land disputes and border disputes for rural farmers in Afghanistan, people who could not read or write, and we did it through phones and voice prompts, on phones they had gotten for free.

We are not building just one type of ODR, we are building multiple ODRs, to meet the needs of all the different constituencies and disputes.

Now, we are more used to seeing people with smartphones, but we must empower people to get that information, to know that they have access to an accessible platform with understandable information instead of the complex legal jargon. We must allow people to think of it more as an app than as a complicated judicial procedure to solve resolutions, making the platform more user friendly and user centric.

Well, the law has been designed to be navigated by lawyers, and a lot of that is complicated legal language and ornate process. For instance, there are questions that lawyers think must be answered but parties don't actually need answers for. For example, if we were to reach a settlement for a dispute, we would not write a contract and say, "What if you don't do this? What if you

don't do that?". We don't answer all those questions, just as a negotiation outcome, because most of the time it works.

Therefore, we can build ODR systems that work on that basis, with additional layers of appeal should things go wrong, and then tackle issues downstream. That's why I tell law students, if you want to get involved, help invent the future and you can decide what we will be doing in 30 or 40 years.

What's the law going to look like in 30 or 40 years? If you go to business school, they teach you to be inventive to be an entrepreneur, they don't tell you what business to start. But if you go to law school, they teach you all these old cases and tell you this is how the law works, it does not change. Those days are over, we need to change legal education, give it a much more entrepreneurial spirit. We need to say that we don't know how the future is going to look, but here are some tools that we can use. That is why I like ODR, since it is so future oriented and creative.

What is your recommendation for law students and professionals who want to get involved into ODR?

The number one resource is odr.info, which is the national center [for the United States] for tech-

nology and dispute resolution. There is an affiliated website called <http://odrlatinoamerica.com>, which is based in Buenos Aires, and has content in Spanish, there's books and articles for an online fee, there are many providers you can join. I would urge someone to open an ODR provider in Costa Rica or write the book of ODR for Costa Rica. There is an open space in the marketplace. There is a lot of theory and learning that still needs to happen. It is very difficult to go into the law and change the law because you have to find tiny little spaces where something needs to change. ODR is not like that, we are still inventing it. I would urge people to go out and do some exploration.

The other thing is that there is not just ODR, ODR is a piece of something broader, an access

to justice. Think about other ways that you can provide free, low cost, and accessible legal advice and services. That is going to happen hand in glove with the development of ODR. I feel like we are just starting with ODR, we are barely at the beginning. I think that there is someone in the world who might make a billion dollars doing ODR, but they just might be someone who is in their first year of school. We just have to keep exploring. It's like surfing, you have to see the wave as it comes to you and start paddling before it reaches you so you can catch the wave, because if you don't, the wave will pass underneath you. So, there are more waves coming. Hopefully, someone will read this and catch the big wave.



From left to right: Mariel Merayo, Felipe Volio, Colin Rule, Édgar Méndez, and Fabiola Barrantes after the interview with Mr. Rule.

Alfredo Bullard González

Árbitro internacional y socio de
la firma peruana Bullard Falla
Ezcurra.

Alfredo Bullard González es un reconocido abogado en Perú, Latinoamérica y el mundo. Se destaca en las áreas de derecho de competencia, derecho económico, comercio internacional y arbitraje. Es Máster en Derecho por la Universidad de Yale (E.E.U.U.), además de ser egresado en estudios superiores de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Perú y Doctor Honoris Causa por la Universidad Continental (Perú). Dentro de sus numerosos reconocimientos está la beca de la Comisión Fulbright. Está listado como “altamente recomendado” por *Practical Law Company* y, según la revista internacional *Latin Lawyer*, es de los 34 árbitros más reconocidos de la región.

Tiene amplia experiencia en arbitraje, pues ha participado en más de 250 casos ante varias sedes

internacionales. Entre éstas están la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Adicionalmente, fue Presidente de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia para la revisión de la Ley General de Arbitraje N° 26572, que culminó con la publicación de la nueva Ley de Arbitraje del Perú.

Durante su visita a Costa Rica para el Congreso de Arbitraje Internacional 2019, el señor Bullard amablemente nos concedió una entrevista en torno al arbitraje comercial y de inversión en América Latina.

Entrevista a Alfredo Bullard

Realizada por Édgar E. Méndez Zamora y Felipe Volio Soley el 26 de febrero de 2019, en San José, Costa Rica.

1. ¿Por qué considera que Perú es un referente a nivel latinoamericano en materia de arbitraje?

Es difícil de explicar. Siempre se suman hacer algunas cosas correctas, una coyuntura favorable y mucha suerte.

El principal factor es que, al ser deficiente el Poder Judicial, se generaron incentivos para buscar justicia alternativa. Esto último determinó que, a partir de los años 90, el Estado peruano y la sociedad optaran por soluciones alternativas tomando una posición muy pro-arbitraje, lo cual es extraño, ya que usualmente el Estado no es precisamente el mayor promotor del arbitraje.

Este incentivo se expresó de diversas maneras.

En primer lugar, se aprobó una primera ley de arbitraje bastante moderna en el año 1996 basada en la Ley Modelo UNITRAL. Ciertamente, esta ley funcionó como base de la versión mejorada del año 2008, la cual ha sido bastante exitosa en términos de las reglas que estableció. La ley arbitraje de 2008 contribuyó con el florecimiento del arbitraje comercial de tal forma que, en este

momento, en Perú resulta casi imposible encontrar un contrato comercial relativamente sofisticado sin cláusula arbitral.

En segundo lugar, la promoción del arbitraje se expresó en que el Estado peruano adoptó una política agresiva de someterse al arbitraje. Usualmente, en otros países se tiende a ver una resistencia natural del Estado, donde se arbitra por excepción y no por regla. Sin embargo, en Perú es todo lo contrario. La Ley de Contratación Pública, dictada en el comienzo de los años 90, estableció claramente que el arbitraje era obligatorio para los contratos de adquisición de bienes y contratación de servicios por todas las entidades del Estado. De no pactarse se aplica una cláusula arbitral predeterminada por omisión, lo que conlleva la adición de un volumen enorme de contratos al arbitraje. El resultado es que, actualmente, incluso pequeñas empresas con contratos con el Estado tienen cláusulas arbitrales.

En tercer lugar, la política de sometimiento al arbitraje se complementa con el resto de las políticas de inversiones del Estado, que se basan en el arbitraje. Por ejemplo, los contratos de concesión, los de privatización, y la suscripción de numerosos tratados de protección de inversión tienen cláusulas arbitrales. Incluso de acuerdo con la Ley de Expropiaciones la discusión en torno a

una indemnización en una expropiación, cualquiera que sea, tiene cláusula arbitral a solicitud del expropiado

En realidad, el arbitraje se ha diseminado de tal forma que, actualmente, el Poder Judicial no podría manejar la cantidad de arbitrajes que se tramitan, y esto ha derivado en otro fenómeno interesante favorecido por la ley de arbitraje de 2008, que es la existencia de árbitros extranjeros para un arbitraje doméstico. En efecto, hoy día es muy común ver arbitrajes domésticos dirigidos por tribunales internacionales con alto nivel de sofisticación. En definitiva, la adopción de árbitros extranjeros ha fomentado el mejoramiento de la práctica arbitral de forma significativa. Los árbitros y abogados peruanos están comenzando a copiar en el arbitraje doméstico las prácticas internacionales como recurrir a las Directrices de la IBA, el uso de audiencias sofisticadas con testigos y expertos, entre otros avances

Agregado a lo anterior, hay otro ámbito muy importante que ha propiciado el arbitraje y se trata de la existencia de una posición favorable de la judicatura de respetar los recursos de anulación. En los últimos tiempos, han crecido los recursos principalmente vinculados con problemas de contratación pública. Pero aún podemos decir que el Poder Judicial es bastante respetuoso del arbitraje y tiene una razonable comprensión de

éste, sin perjuicio que siempre hay casos lamentables.

Sin embargo, cada vez hay más inclinación por que el arbitraje se consolide. En consecuencia, la práctica arbitral ha ido poco a poco girando. A pesar de que hay muchas críticas al respecto existe una cultura muy fuerte con respecto al arbitraje, y se ha desarrollado a tal nivel de que resulta difícil retroceder.

En Perú, el Tribunal Constitucional emitido diversos precedentes favorables en el tema del arbitraje. Los árbitros están autorizados a rechazar cualquier tipo de acción judicial directamente. Los amparos se aceptan solo en casos muy excepcionales. Esta limitación es importante porque el amparo es una figura que en Latinoamérica ha atentado mucho contra el arbitraje. Los únicos casos en que cabe un amparo contra un laudo son (1) si el árbitro aplica control difuso de una norma declarada constitucional por el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional (lo que implícitamente significa que los árbitros pueden hacer control difuso y desaplicar una norma que consideran inconstitucional o ilegal), (2) cuando se pretende oponer un laudo a un tercero que no ha sido parte de un arbitraje, de ahí que el Perú se ha convertido en un referente importante en materia de arbitraje o (3) cuando el laudo va contra un precedente de observancia obligatorio del

tribunal constitucional. En todos los demás casos un amparo contra un laudo es improcedente.

En los últimos meses, sin embargo, ha habido algunos casos preocupantes en que sean seguido investigaciones penales contra árbitros asociados al caso Odebrecht y donde los fiscales y jueces han mostrado una profunda ignorancia de las reglas arbitrales, sin entender, por ejemplo, como se calculan los honorarios arbitrales o como pueden darse contactos entre las partes y los árbitros. Si bien han existido casos de corrupción en arbitraje, se han encarcelado preventivamente a árbitros sin ninguna base legal ni fáctica. Ello ha levantado algunas sombras sobre el desarrollo del arbitraje peruana

2. ¿Cuáles ventajas del modelo peruano se podrían extrapolar a otros países de América Latina?

La primera gran ventaja de la ley de arbitraje de 2008 es que funciona como una ley Modelo UNCITRAL con varios elementos adicionales que pueden ser tomados en consideración para otros modelos latinoamericanos.

La segunda gran ventaja es que es una ley monista porque regula bajo las mismas normas el nacional y el internacional en un solo sistema, lo que ha favorecido muchísimo la venida de árbitros extranjeros y la incorporación de la práctica

internacional como práctica local. Si bien todavía queda mucho esfuerzo por realizar, se ha avanzado mucho en el tema y la práctica ha mejorado mucho y ha hecho más competitivos a los abogados y árbitros peruanos en el arbitraje internacional

La tercera gran ventaja es que el modelo peruano posee una buena regulación de medidas cautelares. Es un sistema *sui generis* donde, constituido el tribunal arbitral, toda la judicatura pierde cualquiera

capacidad de competencia, incluso las medidas judiciales dictadas antes del procedimiento son absorbidas por el tribunal.

Asimismo, en el modelo peruano hay muy buena regulación de las reglas aplicables al arbitraje. Prima mucho la voluntad de las partes, y a falta de reglas para el arbitraje que la *lex arbitri* o los árbitros no contemplen, éstos están obligados a aplicar los usos y costumbres arbitrales. Por ende, quedó claro que el Código Procesal Civil no se aplica al arbitraje.

Otra ventaja de la ley es su régimen de nominación de árbitros. En Perú, se privatizó completamente la nominación de árbitros por lo que actualmente no hay nominación realizada por la Cortes. Toda nominación residual es hecha por las cámaras de comercio del lugar de la sede, y en caso de que no hubiera Cámara de Comercio, es competente la sede más cercana físicamente al

lugar del arbitraje. Ciertamente, esto ha dinamizado mucho el funcionamiento del sistema, porque se evita el problema de que el Poder Judicial dure meses, si no años, discutiendo la nominación. De esta forma, se consigue que se aplique principio de carácter inevitable del arbitraje: si disparo mi cláusula arbitral nadie lo puede parar. La nominación es una forma de detenerlo –o, por lo menos, de retrasarlo– y la ley está hecha de tal manera que la capacidad del Poder Judicial de dilatar el arbitraje sea mínima. En otras palabras, ocurre en circunstancias muy particulares.

3. Tomando como referencia su libro de Economía del Derecho, ¿cuáles considera que son los principales puntos de contacto entre estas disciplinas?

Usualmente, las personas tienden a ver la economía y el derecho como dos campos que se juntan en la teoría. Yo considero que eso no es correcto; al contrario, el gran valor del análisis económico del derecho es su implicancia práctica. Lo que la economía explica es la conducta humana, es decir, la razón por la que hacemos una cosa u otra. La inflación, el crecimiento del producto interno bruto, o la baja o alza en la demanda, se explica mediante la conducta ejecutada por los individuos. En esencia, la economía tiene que ver con incentivos de la conducta, y el derecho es una disciplina de regulación de conductas. De tal

forma que si se entiende cómo funcionan los incentivos, se puede entender cómo regularlos o cómo aplicar la regulación.

Aunado a lo anterior, la economía, como disciplina, ayuda mucho a entender la lógica de la conducta humana. En esencia, poder comprender el funcionamiento de los sistemas de incentivo permite captar las conductas involucradas en temas que son jurídicamente relevantes. Si bien un abogado tiene que aplicar la ley, las normas o contratos, estas disposiciones también son consecuencia de personas queriendo regular conductas, de modo que esta disciplina ofrece una mirada más integral al derecho, simplificando, en gran medida, su estudio.

El puente entre la economía y el fenómeno jurídico también le ha permitido a los economistas entender mejor qué significa la institucionalidad. Los profesionales en economía tienden a hacer cálculos sobre cómo funciona el mundo sin entender los límites que las normas ponen a la conducta; es decir, sin entender por qué las personas actúan de una u otra manera o por qué el Estado se organiza de tal otra. El punto de convergencia entre ambas disciplinas les advierte que la economía no funciona en el vacío, sino en el conjunto de reglas que hay en la sociedad. Del mismo modo, le permite a los operadores del derecho contemplar que todas las decisiones y reglas tienen costos y beneficios. La economía les

facilita poder ver más allá de lo que en un caso concreto normalmente no podrían, y cuestionar a su vez si el incentivo de conducta a través de la regla es realmente el correcto.

4. Con base en un análisis de los incentivos negativos en los recientes casos de corrupción en América Latina, ¿cómo considera que esto ha afectado la institucionalidad del arbitraje?

Las personas tienden a realizar un diagnóstico equivocado de la situación. Se suele castigar al mensajero y no al que envía el mensaje. Es decir, la línea de pensamiento es que, si hay corrupción en el arbitraje, algo necesariamente debe estar mal en el sistema arbitral. Yo creo que la respuesta es que en realidad algo está mal en la sociedad y en particular en el Estado. En una colectividad donde hay corrupción y la institucionalidad es débil, donde el Estado es corrupto y no tiene reglas adecuadas, o donde los incentivos no están bien alineados, el arbitraje se va a corromper, como se corrompe cualquier institución que se involucre en ese juego de reglas.

Aun así, considero que el arbitraje tiene algunas vacunas contra la corrupción. Por ejemplo, un elemento importante es la competencia entre árbitros. En general, los árbitros compiten, ya por la buena reputación o por la maldad. Si se logra un nivel alto de árbitros, el sistema resulta siendo

generalmente bastante correcto, porque los árbitros tienden a ser temerosos en perder su buena reputación. Lo último no implica que no pueda haber árbitros que compitan por la maldad, pero esto no es lo común.

A veces salen voces con propuestas similares a prohibir automóviles poro que se usan en asaltos de bancos. Lo malo no es el automóvil sino su uso. Hay que capturar a los asaltantes. La solución a la corrupción es sancionar a los corruptos y crear incentivos para reducir su ocurrencia. No se trata de eliminar el arbitraje como opción.

Finalmente, se atribuyen los problemas de corrupción arbitral a la decisión del Estado de haber pasado todas sus controversias al arbitraje. Para mí, la ley no es el problema; lo que hay que hacer, como dije, es sancionar realmente a los corruptos. En otras palabras, el enfoque está mal hecho, pues no se ataca el problema de raíz. Definitivamente, se debe controlar a los árbitros y a los procuradores, o crear sistemas que realmente sancionen a los corruptos, pero no es necesario cambiar la ley. Aun así, se tiende a modificar las normas por una razón muy simple: combatir la corrupción requiere muchos recursos mientras que cambiar la ley no requiere nada. Cambiar la ley –aunque no surta efectos o solucione el conflicto– deja la impresión (equivocada) de haber hecho algo al respecto.

5. Usted mencionó en algún momento la importancia de la transparencia en el arbitraje de inversión. Sin embargo, en el área de arbitraje comercial la confidencialidad sigue siendo uno de los pilares fundamentales. ¿Qué considera usted con respecto a la transparencia en este sentido?

El arbitraje es una institución muy flexible que puede resolver problemas muy distintos. En general, creo que las discusiones que tienen que ver con los bienes o recursos públicos deben ser públicas, al menos a cierto nivel. Por ejemplo, el laudo debe ser público. De hecho, la ley peruana hace esa distinción, de forma que si una de las partes resulta ser el Estado, el laudo tiene carácter público. Es más, hay un sistema de publicación del laudo al acceso de cualquiera, incluso en temas comerciales del Estado.

Pero, el arbitraje, en su concepción original, es principalmente un problema contractual. Yo no creo en las teorías jurisdiccionales del arbitraje. Por ejemplo, que la transacción tenga efectos de cosa juzgada, no significa que sea una jurisdicción, sino que las partes han pactado un mecanismo a través del cual definen cómo resuelven un problema que tienen. El asunto de la jurisdiccionalidad del arbitraje genera un conflicto mayor y es que al adoptar esta postura, el arbitraje se entiende como un proceso que debe cumplir

las garantías jurisdiccionales que se aplican al sistema judicial de la misma manera. Entre esas garantías se encuentra la publicidad de justicia como norma, lo cual no es siempre el caso. Y dado que el arbitraje es contractual es llamativo que la partes suelen pactar voluntariamente la confidencialidad que es la regla más común.

En suma, la mayor parte de los usuarios ven en la confidencialidad del arbitraje una ventaja. Esto último responde al pensamiento de que los problemas son privados y los conflictos se arreglan de forma confidencial. Yo creo que la ley predeterminedada en el arbitraje debe ser la regla que se pacta con más frecuencia, por lo tanto, si la mayoría prefiere la no publicidad del arbitraje como precepto general, esta debería ser la disposición principal. Lo anterior no implica, desde luego, que, si un individuo quiere pactar en contra de la regla predeterminedada, no pueda hacerlo, pero en la realidad esto no es lo común.

En definitiva, sobre la confidencialidad se tejen muchos mitos por hacer trasposiciones no necesariamente legítimas de la lógica judicial. Entiendo el argumento de la no privacidad del arbitraje cuando la discusión es entre el Estado y median recursos y políticas públicas. Me parece razonable que los Estados puedan pactar un nivel menor de confidencialidad o la completa transparencia, pero creo que, por lo general, en el arbitraje comercial la situación es muy distinta.

6. Desde el punto de vista de la tecnología, usted tiene una posición con respecto a la plataforma *Arbitrator Intelligence*. ¿De qué forma contribuye esta plataforma a la mejora del ejercicio del arbitraje?

El proyecto *Arbitrator Intelligence* proporciona herramientas valiosas para el ejercicio del arbitraje. Lo interesante de esta iniciativa es que genera información útil sobre los árbitros, respetando siempre las reglas de confidencialidad de los casos. A través de encuestas realizadas a los usuarios del arbitraje, se aportan detalles sobre la inclinación o no del árbitro de dictar cautelares, sobre su rapidez o lentitud en la resolución de los casos, sobre su enfoque en los contratos o en los hechos, entre otra información. Para mí, esta plataforma es la inteligencia aplicada al arbitraje, pero sin necesidad de romper las reglas de la privacidad. En general, la confidencialidad del caso no equivale a pensar que partes no tienen derecho a conocer sobre el desempeño de los árbitros.

Los datos que esta plataforma suministra también son valiosos porque permiten que el mercado funcione mejor. En general, se favorece la entrada dinámica al mercado de árbitros y se fomenta la transparencia. *Arbitrator Intelligence* dinamiza el mercado porque esa información está al acceso de cualquiera, y eso permite la entrada

de nuevos jugadores al arbitraje. De la misma forma, un elemento esencial para tener ventaja en un arbitraje es conocer a los árbitros y saber cuál es el que se ajusta mejor al tipo de caso específico. La plataforma propone una solución a este dilema ya que obtener la información sobre los árbitros resultaría de otra manera muy complicado. Aquí es pertinente ver el aporte del análisis económico del derecho: si hay mejor información habrá mejores incentivos generados pro la competencia como pasa con cualquier mercado. Las características de este mercado exigen sin embargo medidas muy particulares.

Es importante entender que esta iniciativa también modifica la actitud de los árbitros y no únicamente la de los usuarios. Considero que la traba más grave actualmente es que los árbitros tienden a ser displicentes. Muchos no se preocupan por leer los casos, se demoran lo que quieren e incluso les imponen a las partes plazos y condiciones antojadizas, lo que proviene de una falta de competencia y de rendición de cuentas. El hecho de que el árbitro tenga un deber fiduciario de independencia y parcialidad a las partes, no quiere decir que pueden tratar a las partes de cualquier forma. En lo personal, aprecio la empatía y la atención de un árbitro, así como la búsqueda de la paz dentro del ambiente típico de tensión en estos procesos. Para mí, este es precisa-

mente el valor que genera la plataforma *Arbitrator Intelligence* como mecanismo de evaluación de árbitros en el ejercicio diario de su función.



De izquierda a Derecha: Felipe Volio, Alfredo Bullard y Édgar Méndez luego de la entrevista concedida por el señor Bullard.



¡TE INVITAMOS A PUBLICAR EN EL BLOG DE ACODI!

Invitamos a nuestros asociados a enviar breves notas sobre temas relevantes de Derecho Internacional para su publicación en este reciente espacio de estudio y difusión. Esta plataforma dinámica nos permite contribuir al debate acerca de temáticas innovadoras y relevantes sobre las diferentes ramas del Derecho Internacional.

Para su publicación, las notas deben cumplir con los siguientes **requisitos**:

- Máximo 10.000 caracteres.
- En fuente Arial, tamaño 12.
- Ser notas inéditas y exclusivas, no publicadas con anterioridad.
- Enviar las notas a la dirección de correo electrónico: juntadirectiva@acodicr.org.

Pueden consultar las notas ya publicadas en el siguiente enlace: <https://www.acodicr.org/blog>.

*Ilustración obtenida de: <https://blog.internationalstudent.com/2017/06/how-to-get-answers-to-questions-on-studying-in-the-us/>

FORMÁ PARTE DE LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Beneficios de ser asociado de ACODI:

- Pertenecer a una red interamericana de estudio del Derecho Internacional.
- Acceso a eventos académicos exclusivos.
 - o Charlas y conversatorios con profesionales influyentes en el Derecho Internacional y la diplomacia.
 - o Sesiones de discusión sobre temas relevantes del Derecho Internacional.
 - o Premio Manuel María de Peralta.
- Suscripción a la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- Suscripción a Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de ser columnista en Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de postularse como miembro de las Comisiones Temáticas de ACODI.
- Posibilidad de postularse como miembro de la Junta Directiva de ACODI.
- Ser observadora(a) de las competencias internacionales organizadas por ACODI de forma gratuita.
- Asesoría en participación en competencias internacionales.
- Posibilidad de participar como secretario(a) o juez en las competencias internacionales organizadas por ACODI.



Información para AUTORES

Sus contribuciones son bienvenidas al siguiente correo electrónico:

RevistaDerechoInternacional@acodicr.org

La Revista Costarricense de Derecho Internacional acepta contribuciones (artículos, ensayos, reseñas) para su publicación.

Las postulaciones deberán contener al menos los siguientes datos:

- i. Identificación del candidato (nombre y apellidos).
- ii. Detalles de su trayectoria en el campo del Derecho Internacional. En caso de no contar aún con un grado universitario deberá indicar la Universidad en la cual se encuentra matriculado, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en el Derecho Internacional.
- iii. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del tema sobre el cual versaría su contribución.

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

- a) Redacción en formato “.docx” (Microsoft Word).
- b) El título del artículo debe aparecer centrado.
- c) De seguido y al margen derecho, constará el nombre y apellidos del autor.
- d) Un resumen en español (titulado “Resumen”) y otro en inglés (titulado “Abstract”). Cada uno tendrá una extensión máxima de doscientas palabras, a espacio sencillo.
- e) Después deberá aparecer el artículo cuyo contenido debe tener una extensión máxima de 7,000 palabras.
- f) Las citas o referencias a documentos impresos o electrónicos que se incluyan dentro del artículo se harán utilizando un único formato de citación.
- g) El Director o el Consejo Editorial podrán apercibir al autor de corregir cualquier contenido que resulte ofensivo o que utilice lenguaje no apropiado. De no corregirse el motivo del apercibimiento, podrán rechazar el artículo.
- h) Sin perjuicio de lo anterior, los contenidos y opiniones que se vierten en cada artículo son responsabilidad exclusiva de cada autor, y no de los encargados de la Revista o de ACODI.
- i) El contenido del artículo deberá ser original y no haber sido publicado con anterioridad en algún otro medio.
- j) El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos. Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otra revista o cualquier otro soporte documental, deberá hacerlo indicando los datos de su publicación previa en la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- k) El Consejo Editorial podrán admitir la publicación de artículos o conferencias publicadas de forma previa en otras revistas o soportes documentales, en consideración a su relevancia. En este caso deberán indicarse los datos de la publicación previa.

Consultas: revistaderechointernacional@acodicr.org