

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA OCTAVA EDICIÓN

Editorial

PANORAMA ACTUAL Y FUTURO DE LA
INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE
INTERNACIONAL: IMPLEMENTACIONES,
OBSTÁCULOS Y CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Édgar E. Méndez Zamora

RE-EXAMINING THE SCOPE OF THE CRIME OF
GENOCIDE: UNDERSTANDING THE MEANING OF
THE "GENUS" IN THE PUNISHMENT OF THE CRIME
OF CRIMES

Viviana Méndez y Lucía Soley

LEX SPORTIVA: ¿EL NUEVO JUGADOR EN LA CANCHA
DE FÚTBOL DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL?

Juan Felipe Wills

LA EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA DEL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO
INTERNO

Ana Paola Murillo Nassar

LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA Y LA EROSIÓN DE
NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

Valentina Vera Quiroz

ENTREVISTA

Sr. Gary B. Born, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr
LLP

VIII EDICIÓN

I semestre
2018



CONSEJO EDITORIAL

Director General:

Édgar E. Méndez Zamora

Consejo Editorial:

Elia Naranjo Morelli
Diego Alexandre-García Fernández
Javier Antonio Vives Blen
Felipe Antonio Armijo Losilla
Luis Palacios Degwitz
Diego Gallegos Chacón

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 8

I semestre 2018

Fecha de publicación: 8 de julio de 2018

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



COMPETENCIA INTERNACIONAL
EDUARDO JIMÉNEZ
de ARECHAGA



ÍNDICE

05 Presentación de la octava edición.

EDITORIAL

06 **Panorama actual y futuro de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional: implementaciones, obstáculos y consideraciones jurídicas**

Édgar E. Méndez Zamora

ARTÍCULOS

25 **Re-Examining the Scope of the Crime of Genocide: Understanding the Meaning of the “Genus” in the Crime of Crimes**

Viviana Méndez y Lucía Soley

53 **Lex sportiva: ¿El nuevo jugador en la cancha de fútbol de la sociedad internacional?**

Juan Felipe Wills

71 **La evolución de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en el Derecho interno**

Ana Paola Murillo Nassar

87 **La interpretación evolutiva y la erosión de normas del Derecho Internacional**

Valentina Vera Quiroz

ENTREVISTA

97 **Gary B. Born**

*Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr
LLP*

(Disponible en inglés y español)

Presentación

Octava Edición



La VIII Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional combina el análisis de materias tradicionales con la proposición de enfoques novedosos. Sus artículos reconocen la vigencia de temas consolidados y presentan una nueva forma de abordarlos.

Primeramente, Viviana Méndez, máster en Derecho de la Universidad de Harvard, y Lucía Soley, estudiante de la Universidad de Costa Rica, hacen un minucioso análisis del tipo penal del genocidio, según se describe en la Convención del Genocidio de 1948. A partir de ello, evalúan la posibilidad de incluir diversos grupos –no contemplados en la redacción del tipo penal– en el ámbito de protección de dicho tratado. A la luz de la evolución del Derecho Penal Internacional, fomentan la reflexión al respecto.

De seguido, Juan Felipe Wills, abogado colombiano y asesor en la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa Nacional de su país, se refiere a la creciente importancia que han conseguido órdenes legales transnacionales, como la *lex sportiva*, en la regulación de actividades a nivel internacional, tales como el deporte. Hace particular énfasis en la autonomía y el protagonismo que han adquirido en el plano internacional, a pesar del dominio casi absoluto que los Estados siempre han ejercido en este medio.

Por su parte, Ana Paola Murillo Nassar, abogada costarricense con experiencia en Derecho Internacional Público, se adentra en la doctrina y la jurisprudencia internacional del control de convencionalidad. Estudia la aplicación de esta teoría en el derecho doméstico, así como sus consecuencias en la interacción entre el derecho nacional e internacional.

Por último, Valentina Vera Quiroz, de la Universidad de los Andes de Colombia y coordinadora de la maestría de Derecho Internacional de dicha institución, desarrolla el concepto de la interpretación evolutiva que han adoptado los tribunales internacionales para complementar las reglas generales de interpretación de tratados. Sin embargo, sugiere que esta práctica ocasiona una erosión de la regla, puesto que se presta para cambiarla, incluso en su esencia. Para ejemplificar su argumentación, hace referencia a precedentes vinculados con la región latinoamericana.

Para esta octava edición, tuvimos el honor de entrevistar al señor Gary B. Born, eminente abogado, árbitro y doctrinario internacional. Experto indiscutible en el campo del arbitraje y el litigio internacional, ejerce su profesión en la firma Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP, en Londres, Reino Unido. En esta ocasión, el señor Born nos habla sobre las aplicaciones y los efectos de nuevas tecnologías en la resolución internacional de disputas. En este sentido, complementa acertadamente el tema expuesto en la nota editorial, la cual analiza, desde un punto de vista práctico y jurídico, la aplicación de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional.

El Consejo Editorial agradece a los autores y al entrevistado 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

Panorama actual y futuro de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional: implementaciones, obstáculos y consideraciones jurídicas

Édgar E. Méndez Zamora
Director General

Desde su creación, los programas de computación (*software*) han traído consigo innovaciones disruptivas que transforman sustancialmente la vida en sociedad. Su veloz, constante e insaciable desarrollo cambia el mundo de una manera imprevisible e impredecible. Desde sus inicios en 1950 –década en la que comenzó la migración de las computadoras modernas hacia el ámbito de los negocios y se acuñó, por primera vez, el término “software”– hasta el presente, cada decenio de este corto período histórico se ha visto impregnado de invenciones sin precedentes en el campo de la ingeniería informática.

El nacimiento de la industria del software de computadoras personales en los años setenta,¹ la comercialización de las computadoras portátiles en la década de los ochenta, el desarrollo de la *World Wide Web* en los años noventa,² la llegada de las redes sociales y el *crowdsourcing* en el decenio de dos mil³ y el surgimiento de servicios de “nube” y la proliferación de los *blogs* en la década de 2010,⁴

1. Martin Campbell-Kelly, *From Airline Reservations to Sonic the Hedgehog: A History of the Software Industry* (Cambridge: The MIT Press, 2003), 7.

2. Capers Jones, *The Technical and Social History of Software Engineering* (Boston: Pearson Education, Inc., 2014), 404.

3. Jones, 590.

4. Jones, 677-678.

EDITORIAL

todos revolucionaron la vida moderna y cambiaron significativamente la manera de interactuar y hacer negocios.

En los años diez, se ha empezado a experimentar comercialmente con tecnologías de software que prometen dar mucho más que sus predecesoras. Se trata de la cadena de bloques (*blockchain*)⁵ y la inteligencia artificial, de la cual derivan tecnologías como el aprendizaje automático (*machine learning*), el procesamiento de lenguaje natural (*natural language processing*), la extracción de datos (*data mining*), el análisis predictivo (*predictive analytics*), la automatización de documentos (*document automation*), la automatización robótica de procesos (*robotic process automation*) y la revisión asistida por tecnología (*technology assisted review*).⁶

Todas estas novedosas implementaciones de software trabajan en armonía para proponer una realidad en la cual la tecnología es crecientemente capaz de realizar complejas tareas que tradicionalmente

han sido realizadas por seres humanos. Esto amenaza incluso a los trabajadores altamente capacitados, que corren el riesgo de ser sustituidos por un programa automatizado más eficaz, más veloz y menos costoso.

Un ejemplo de esto es la impresionante computadora Watson,⁷ desarrollada por IBM e introducida al mercado en 2010. Se trata de un ordenador equipado con inteligencia artificial que, gracias a la colaboración del Memorial Sloan Kettering Cancer Center de Nueva York, se está empleando para diagnosticar patologías médicas. Actualmente, es capaz de detectar cáncer con una precisión del 90%, mientras que un médico suele hacerlo correctamente el 50% de las ocasiones.⁸

El Derecho y, en específico, el arbitraje internacional, no escapan de esta fuerte ola de cambios, que permea incontables prácticas y profesiones. Si bien la tecnología se ha interesado en otras áreas del conocimiento antes de introducirse en ésta, el fenómeno denominado *LawTech* (tecnología legal) ya

5. "La Cadena de Bloques es una base de datos de digital, distribuida (descentralizada) y de acceso público que mantiene copias idénticas de la totalidad de sus registros en múltiples sistemas de cómputo alrededor del mundo, por medio de internet. Opera a través de la instalación de programas informáticos (aplicaciones) determinados en dispositivos terminales (computadoras de usuarios), que se sincronizan y despliegan a nivel global un único registro de transacciones consecutivas en bloques. Además, utiliza un complejo sistema de criptografía para garantizar la seguridad y la autenticidad de los datos que se envían y reciben entre usuarios. Por la manera en que opera, la Cadena de Bloques es considerada virtualmente incorruptible." Édgar E. Méndez Zamora, "La solución de controversias en línea para relaciones transfronterizas de consumo electrónico: el contrato inteligente como alternativa para la ejecución de laudos" *Revista Costarricense*

de Derecho Internacional 7 (2017): 19, obtenido de https://docs.wixstatic.com/ugd/4a4273_b94746368e224519a711a9f80889b12c.pdf

6. Paul Stothard, Matthew Plaistowe y Cara Dowling, "Jargon Buster: Legal Technology," *Norton Rose Fulbright International Arbitration Report* 9 (2017): 19-20.

7 "Watson," IBM, obtenido el 16 de mayo de 2018, <https://www.ibm.com/watson/about/index.html>

8. Paul Cohen y Sophie Nappert, "The March of the Robots," *Global Arbitration Review*, 15 de febrero de 2017, <https://globalarbitrationreview.com/article/1080951/the-march-of-the-robots>.

empieza a tener presencia y a desarrollarse con mayor velocidad.

Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales tienen a su disposición cada vez más herramientas que les permiten agilizar y ordenar su trabajo, reducir costos y mejorar la calidad de sus resultados. Sin embargo, en un futuro no muy distante, esta tecnología podría pasar de complementar su trabajo a sustituirlo enteramente, lo cual tendría fuertísimas repercusiones para los profesionales involucrados, así como implicaciones jurídicas por tomar en cuenta.

En esta nota editorial, se comenzará por exponer algunas **(I)** implementaciones actuales y desarrollos potenciales de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional. Posteriormente, se determinarán ciertos **(II)** obstáculos por superar para lograr un arbitraje internacional automatizado, seguido de **(III)** un análisis de algunos temas de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad con respecto a la automatización en la solución de controversias. Finalmente, se hará un recuento de las **(IV)** conclusiones que derivan de esta nota.

I. Implementaciones actuales y desarrollos potenciales de la inteligencia artificial en el arbitraje internacional

a. Implementaciones actuales: algunos ejemplos ilustrativos

La inteligencia artificial (en adelante también referida como “IA”) es un campo de la ciencia de la computación que está compuesto por tecnologías como el aprendizaje automático, el procesamiento de lenguaje natural, los sistemas expertos, la robótica y la visión industrial.⁹ Al ser utilizado como una herramienta auxiliar, es capaz de maximizar el potencial de las destrezas cognitivas humanas, así como de automatizar tareas lentas y tediosas.

A pesar de que muchos creen que la implementación de esta tecnología en el ámbito profesional del Derecho pertenece exclusivamente al futuro, existen herramientas contemporáneas que la utilizan para resolver problemas en el ejercicio de la profesión.

Innovaciones en el campo de la IA asisten a los abogados a revisar documentos y acuerdos, estimar costos judiciales y arbitrales e incluso predecir resultados. Existen incluso empresas incipientes (*startups*) de tecnologías de la información que ofrecen programas de manejo de casos y servicios

9. Stothard et al, 19.

de predicción a la comunidad de arbitraje internacional.¹⁰

Dispute Resolution Data es una novedosa compañía que recolecta datos provenientes de todo tipo de casos relacionados con disputas comerciales. Éstos son proporcionados por instituciones arbitrales, por medio de mecanismos de anonimato que permiten evitar cualquier problema de confidencialidad. La información obtenida es utilizada por su programa de IA, con el fin de brindar a sus usuarios herramientas que les permitan obtener datos útiles para su práctica profesional, tal como cuantía promedio por tipo de caso, cantidad otorgada en laudo en comparación con dicha cuantía, localización de partes, resultados de arbitrajes con base en el tipo de caso, duración promedio de casos, tendencias y particularidades procesales y de conformación del tribunal arbitral, probabilidad de recuperar costas y frecuencia con la que los tribunales judiciales intervienen en los procesos arbitrales, entre otros.¹¹

Con esta enorme cantidad de información, el programa de computación genera automáticamente tablas y gráficos que permiten al usuario compararla por región o por sede arbitral, o visualizar valores a nivel global. Esto le permite optimizar su rendimiento y tomar decisiones informadas a la hora de

realizar tareas importantes, como la capacitación de los abogados de planta (*in-house*) de sus clientes, la negociación en la oferta de servicios legales, la redacción de cláusulas de compromiso arbitral, la evaluación de opciones y conveniencia de acudir a procesos alternativos (como la mediación o la negociación) y el planteamiento de una estrategia legal. Todo esto se genera automáticamente y a partir de datos anónimos, actualizados y confiables.¹²

Esta herramienta procesa información proveniente de una muy diversa y cada vez más larga lista de centros de arbitraje. Por ahora, cuenta con la participación del *International Chamber of Commerce* (Francia), el *International Center for Dispute Resolution* (Estados Unidos), el *Vienna International Arbitral Centre* (Austria), la *Corte de Arbitraje de Madrid* (España), el *Centre for Effective Dispute Resolution* (Reino Unido), la *Camera Di Commercio Milano* (Italia), el *Australian Centre for International Commercial Arbitration* (Australia), el *Bahrain Chamber for Dispute Resolution* (Baréin), el *Centro de Mediación y Arbitraje CANACO* (México), el *Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje* (Venezuela), el *Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas* (Venezuela), la *Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz* (Bolivia), el *Centro de Arbitraje y Mediación*

10. Lucas Bento, "International Arbitration and Artificial Intelligence: Time to Tango?" *Kluwer Arbitration Blog*, 23 de febrero de 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/02/23/international-arbitration-artificial-intelligence-time-tango/?print=print>

11. "Home," *Dispute Resolution Data*, obtenido el 17 de mayo de 2018, <http://www.disputeresolutiondata.com/>

12. "Subscription Benefits," *Dispute Resolution Data*, obtenido el 17 de mayo de 2018, http://www.disputeresolutiondata.com/subscription_benefits

Santiago (Chile), el *Centro de Conciliación y Arbitraje de Bogotá* (Colombia), el *Centro de Arbitragem e Mediação de la Câmara de Comércio Brasil-Canadá* (Brasil), el *Centro de Resolución Alternativa de Controversias de la Cámara de Comercio y Producción de Santo Domingo* (República Dominicana) y el *Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá* (Panamá).¹³

Para el año 2017, *Dispute Resolution Data* recibió el premio “Mejor innovación por un individuo u organización” (“*Best innovation by an individual or organisation*”), otorgado por el *Global Arbitration Review*.¹⁴

Judge Analytics es otro novedoso programa de IA que debe ser mencionado. Se trata de una plataforma lanzada en 2015 por *Ravel Law*, una empresa incipiente que provee acceso a investigación jurídica asistida por computadora (*computer-assisted legal research*)¹⁵ para Estados Unidos de América. *Judge Analytics* coteja y procesa enormes cantidades de datos provenientes de cortes estadounidenses para proveer a los usuarios de información sobre cómo piensa un juez en particular. Hace refe-

rencia a las opiniones que ha expresado en sus resoluciones, así como a los casos y demás fuentes que cita para fundamentar sus aseveraciones.¹⁶

Esta herramienta resulta de mucha utilidad para predecir el resultado de revisiones judiciales de laudos estadounidenses. Si bien su aplicación se restringe al análisis de jueces estatales y federales de este país, parece inevitable que se creen instrumentos equivalentes en otras jurisdicciones.

Plataformas similares se están en desarrollo para analizar y estudiar árbitros internacionales. Una de ellas es la iniciativa *Arbitrator Intelligence*, la cual, a través de cuestionarios contestados por las partes de múltiples procesos arbitrales, produce reportes con datos relevantes sobre una pluralidad de árbitros. Este proyecto, fundado por la profesora Catherine Rogers, de la facultad de Derecho de la Universidad Penn State, se desarrolla en colaboración con la compañía de edición profesional *Wolters Kluwer*, que se encargará de ofrecer y distribuir los reportes. Su misión es “promover la transparencia, rendición de cuentas y diversidad en el nombramiento de árbitros” en todo el mundo.¹⁷ La infor-

13. “About Data Contributors,” *Dispute Resolution Data*, obtenido el 17 de mayo de 2018, http://www.disputeresolutiondata.com/about_dc

14. “Home,” *Dispute Resolution Data*, obtenido el 17 de mayo de 2018, <http://www.disputeresolutiondata.com/>

15. *Computer-assisted legal research* es un tipo de investigación jurídica que utiliza bases de datos especializadas que contienen, clasifican, evalúan y ordenan el contenido

de jurisprudencia, cuerpos legales, documentos judiciales y demás fuentes del Derecho.

16. James Rogers, Matthew Buckle, “The future of arbitration in the world of Big Data,” *Norton Rose Fulbright International Arbitration Report* 9 (2017): 13.

17. “Home,” *Arbitrator Intelligence*, obtenido el 1 de abril de 2018, <http://www.arbitratorintelligence.org/>

mación que brinda *Arbitrator Intelligence* facilitaría significativamente la labor de debida diligencia realizada por los abogados de las partes de previo al nombramiento de árbitros, lo cual ahorraría tiempo y recursos para los involucrados.

La IA también está siendo aplicada para llevar a cabo tareas de otras índoles. Se está implementando el aprendizaje automático y el procesamiento de lenguaje natural en el ejercicio de tareas de debida diligencia precontractual y en el análisis de lenguaje contractual.

Sobresale el caso de la compañía *eBrevia*, que, en conjunto con la Universidad de Columbia, desarrolló un sistema que ofrece, entre otras, herramientas llamadas “Analizador de Contratos” (“*Contract Analyzer*”) y “Acelerador de Diligencias” (“*Diligence Accelerator*”), por medio de las cuales un software especializado es capaz de analizar lenguaje contractual, identificar patrones o anomalías en sus términos (sin importar el estilo de su redacción) y asegurarse de que no falten elementos clave.¹⁸

Destaca también la empresa *Luminance*, cuyo programa de IA “lee y entiende contratos y otros documentos legales en cualquier idioma, de manera

que encuentra información relevante y anomalías sin necesidad de recibir instrucciones”.¹⁹

Otro caso relevante es el del sistema de resolución de disputas en línea de *eBay* y *PayPal*. Estas compañías, que administran un mercado virtual y un sistema de pago para la compraventa de todo tipo de mercadería, ofrecen a sus usuarios un servicio de resolución de disputas en línea desde 2002. Aseguran que, para 2010, su plataforma había resuelto alrededor de sesenta millones de disputas entre compradores y vendedores, en su mayoría sin intervención humana.²⁰ Éste es un interesante ejemplo de controversias sencillas y de baja cuantía que hoy están siendo resueltas por sistemas de cómputo automatizados. No se trata de arbitraje internacional ni de casos complejos, pero representa el comienzo de un nuevo tipo de resolución de conflictos.

Los ejemplos señalados son representativos de avances que está logrando la IA en el campo del Derecho y, en específico, en la práctica del arbitraje internacional. Por ahora, estos programas se están encargando, sobre todo, de procesar grandes cantidades de datos (macrodatos o *big data*) —que normalmente no podrían ser procesados por aplicaciones informáticas tradicionales— y presentarlos a sus usuarios de manera ordenada y útil. Además, se

18. Stothard et al, 20; “Overview,” *eBrevia*, obtenido el 21 de mayo de 2018, <https://ebrevia.com/#overview>

19. “Home,” *Luminance*, obtenido el 21 de mayo de 2018, <https://www.luminance.com/>

20. Maxime Hanriot, “Online Dispute Resolution as a Solution to Cross Border Consumer Disputes: The Enforcement of Outcomes,” *McGill Journal of Dispute Resolution* 2 (2015-2016): 4, obtenido de <http://ssrn.com/abstract=2811195>

ocupan de la comprensión y revisión de texto técnico legal. Queda claro que la IA no es tema exclusivamente de un futuro lejano ni cercano, sino que es una novedad que está siendo implementada en la actualidad.

b. Desarrollos a corto plazo: la implementación de tecnologías existentes

Al implementar la IA en la práctica del arbitraje internacional, el principal objetivo de los usuarios es el mejoramiento de la calidad del servicio brindado y la disminución de sus costos e ineficiencias.²¹ Las tecnologías existentes que de ella derivan, mencionadas en la introducción de esta nota editorial, pueden ser utilizadas para desarrollar sistemas que permitan acercarse cada vez más a esta meta.

Tal y como lo han demostrado los programas de IA mencionados en el apartado anterior, existen los medios informáticos necesarios para crear herramientas que asistan a los profesionales en el ejercicio del arbitraje internacional. Es cuestión de pocos años para que desarrolladores se aboquen a la tarea de diseñarlos y hacerlos realidad.

Los potenciales desarrollos a corto plazo en el uso de IA para el arbitraje internacional probablemente vendrían a permear las funciones de todos los invo-

lucrados en esta práctica, desde los clientes, los árbitros, los abogados y las instituciones, hasta los académicos e, incluso, los terceros financiadores (*third-party funders*).

Programas especializados podrían asistir en labores de nombramiento de árbitros, de tal forma que elijan a los mejores candidatos para un caso en particular y, a la vez, corrijan el problema de falta de diversidad en dichas designaciones (por medio de algoritmos de diversidad).²² También posibilitarían la redacción preliminar automatizada de laudos e incluso la simulación de una revisión judicial, con los posibles resultados expresados en grados de probabilidad. Además, el manejo de casos podría ser automatizado, lo cual simplificaría el trabajo de las instituciones arbitrales.

La tecnología de procesamiento de lenguaje natural, en conjunto con la automatización de documentos y la revisión asistida por tecnología, podrían emplearse para producir resúmenes ejecutivos de laudos largos y complejos, lo cual sería de gran utilidad para investigadores que deseen ubicar rápidamente decisiones y precedentes con contenido relevante.²³

El análisis predictivo podría emplearse para predecir activamente los costos, la duración y el resultado de una decisión sobre el fondo de un caso en particular. Con base en el resultado, los programas

21. Bento.

22. Rogers y Buckle, 13.

23. Bento.

podrían recomendar a las partes acudir a mecanismos de solución de disputas más sutiles y económicos, como es la resolución de disputas en línea. Si bien se han mencionado ejemplos de software que ya empieza a encaminarse en esta dirección, su nivel de sofisticación y precisión debería aumentar en años venideros.²⁴

Los productos de software impulsados por IA podrían ser de utilidad para los abogados al diagnosticar ineficiencias en sus equipos y automatizar tareas tediosas y repetitivas. Un ejemplo de ello se encuentra en la etapa de obtención de prueba (*discovery*). Una de las labores que más consumen tiempo a la hora de preparar o contestar una demanda arbitral es el análisis de todo tipo de prueba documental que podría ser relevante para la controversia. Frecuentemente, en conflictos internacionales de alta cuantía, ésta suele estar compuesta por cientos, miles o decenas de miles de elementos por examinar. En esta labor, brilla particularmente la IA, que, por medio de la tecnología de procesamiento de lenguaje natural, es capaz de analizar y extraer significado de todos estos elementos en un tiempo exponencialmente menor.²⁵

Además, nuevas tecnologías son capaces de automatizar la ejecución de laudos. Se trata de potenciales aplicaciones de la cadena de bloques y los

contratos inteligentes. Tal como se expuso en la nota editorial de la séptima edición de esta revista académica, éstos pueden ser programados para ejecutar decisiones en procesos alternativos de resolución alternativa de disputas (en los que las partes pueden mantenerse completamente anónimas), de forma inmediata, a un bajo costo y sin la necesidad de intervención por parte de un tercero. Operan de manera totalmente independiente del poder estatal, por lo que son capaces de ejecutar laudos sin que éstos sean sometidos a revisión judicial.²⁶

Los clientes podrían beneficiarse de aplicaciones que les permitan preseleccionar un equipo legal con base en sus habilidades, preparación y capacidad para manejar un caso en particular. Un programa de computación podría producir resultados y recomendaciones de esta índole según datos como su tasa de éxito, su experiencia previa y evaluaciones realizadas por pares. A partir de los resultados arrojados por el software, el cliente puede tomar la decisión de contratar al equipo analizado, buscar una segunda opinión u optar por los servicios de otro.²⁷

Finalmente, programas de IA podrían dar información sofisticada sobre casos y tendencias generales de la ley, de tal forma que terceros financiadores

24. Bento.

25. Gauthier Vannieuwenhuysse, entrevista por la firma internacional de abogados Hogan Lovells, Paris, Francia. 16 de enero de 2018.

26. Winston Maxwell, entrevista por la firma internacional de abogados Hogan Lovells, Paris, Francia. 16 de enero de 2018.

27. Bento.

tengan los datos necesarios para tomar decisiones informadas sobre cuáles casos financiar.²⁸

Como puede observarse, el desarrollo a corto plazo de la IA tiene una amplia gama de aplicaciones en la práctica del arbitraje internacional. A partir de las tecnologías existentes y su constante y exponencial mejoramiento, pueden crearse todo tipo de herramientas para asistir a los involucrados en el proceso de solución de disputas, desde sus más tempranos inicios hasta su culminación. A fin de cuentas, la imaginación y la creatividad son el límite.

c. Desarrollos a mediano y largo plazo: ¿árbitros robot?

De persistir el impresionante ritmo que el desarrollo informático ha experimentado desde su creación, especulaciones sobre un futuro predominantemente automatizado tienden, cada vez más, a convertirse en una profecía.

En años venideros, en un mediano o –más conservadoramente– largo plazo, la inteligencia artificial dará paso a la proliferación de una tecnología que hoy da sus primeros pasos: la inteligencia artificial

fuerte (*artificial general intelligence*, en adelante también referida como IAF).

La inteligencia artificial fuerte es la inteligencia de una máquina que iguala o excede la inteligencia humana. Es definida como la capacidad de una máquina de realizar cualquier labor intelectual con un mismo nivel de calidad que un ser humano, o incluso mejor que éste. Es decir, se trata de inteligencia artificial que es capaz de superar la llamada “prueba de Turing”.²⁹

Esta tecnología podría permitir la aparición de árbitros artificiales y cien por ciento automatizados, es decir, árbitros robot. Éstos estarían diseñados para resolver controversias de igual o mejor forma que lo hacen los humanos. Si bien, de primera entrada, esta idea podría parecer propia de una verdadera distopía, basta recordar lo que la IA ya hace y comprender que un árbitro automatizado partiría de un agregado de todas estas capacidades, desarrolladas exponencialmente y trabajando en armonía. Si un programa de IA es capaz de predecir, con base en hechos determinados, cómo va a resolver un juez, ¿por qué no programar a un software de IAF para resolver tales casos directamente?³⁰

28. Bento.

29. La prueba de Turing, propuesta por Alan Turing (uno de los padres de la ciencia de la computación), es superada cuando una máquina muestra la habilidad de exhibir un comportamiento indistinguible del de un ser humano; Stothard et al, 19.

30. Evan Hebert, “Artificially Intelligent Arbitration: The Logical Endpoint of ADR,” *Sovereignty & Sophistry Law School*, 27 de marzo de 2017, <https://www.sovereigntyandlaw.com/2017/03/artificially-intelligent-arbitration-logical-endpoint-adr/>

Los árbitros automatizados tendrían a su favor las enormes ventajas del procesamiento de datos en computadora, tal como la velocidad y la profundidad en la captación, interpretación y análisis jurídico en masa de toda la prueba, doctrina, jurisprudencia y alegato que esté a su disposición. Además, presumiblemente, esto les permitiría tomar decisiones más lógicas y mejor fundamentadas que las de cualquier humano.

Sin embargo, probablemente carecería de un auténtico sentir y entender de valores éticos, hasta ahora considerados intrínsecamente humanos y fundamentales a la hora de resolver, como la empatía, la compasión y el sentido de justicia.

Conforme pase el tiempo, la IA ganará experiencia y perfeccionará sus propios algoritmos. Es probable que, en el mediano plazo, sea capaz de tomar decisiones que dirijan el procedimiento arbitral y compongan laudos. El valor del árbitro humano podría disminuir, de modo que empiecen a fungir más como auxiliares del software inteligente en temas particularmente complejos, en lugar de tener control sobre el desarrollo integral del proceso. Este cambio responderá probablemente al mismo incentivo que lleva a las partes a acudir al arbitraje y no

a otros métodos de resolución de disputas, que es su relación costo-beneficio.

En el largo plazo, los árbitros humanos podrían tornarse obsoletos, incluso si la IAF no logra incorporar a su sistema una simulación realista de experimentación y expresión de sentimientos y valores.³¹ A pesar de que siempre existirá gente que considere que la discreción humana forma parte inalienable de la resolución de disputas, aquel arbitraje que siga sirviendo los intereses puramente económicos de comerciantes —que tienden a preferir que el elemento humano de la interpretación quede fuera de la disputa—³² probablemente se automatizará por completo cuando la tecnología ofrezca soluciones más rápidas, más baratas, con un margen de error reducido y basadas en datos y estadísticas.³³

II. Obstáculos por superar para lograr un arbitraje internacional automatizado

Gracias al rol fundamental que juega el principio de autonomía de la voluntad de las partes, someter una disputa al conocimiento de un árbitro cien por ciento automatizado podría ser posible. Las partes de un arbitraje de tal naturaleza tendrían que dar su consentimiento previo y ponerse de acuerdo en

31. Algunos estiman que, de mantenerse el desarrollo de la IA en la misma trayectoria que sigue actualmente, este fenómeno podría darse no en el largo, sino en el mediano

plazo, pues será posible tener árbitros automatizados en tan solo dos décadas; Cohen y Nappert.

32. Hebert.

33. Rogers y Buckle, 14.

cuanto al procedimiento. Podrían disponer, incluso, que ciertos temas sean resueltos por humanos y otros por IAF, o que el tribunal esté compuesto por una mezcla entre seres humanos y sistemas automatizados. Además, en caso de revisión judicial, las autoridades correspondientes podrían evaluar el laudo resultante con base en los mismos principios de jurisprudencia arbitral ya existentes.³⁴

Sin embargo, existen importantes obstáculos que deben superarse para que una realidad así sea sostenible y justificable. Éstos consisten en lograr que los programas de IAF puedan (a) percibir, interpretar, comprender y predecir emociones; que (b) expliquen y fundamenten sus decisiones; que (c) se resguarde la confidencialidad de los procesos arbitrales; y que (d) se mitigue el riesgo de la piratería informática.

a. La necesidad de percibir, interpretar, comprender y predecir emociones.

A pesar de que los sistemas de IA han mejorado drásticamente en los últimos años, éstos aún no son capaces de comprender, percibir ni predecir emociones con precisión. Para poder hacerlo, deben ser

capaces, por lo menos, de entender signos provenientes de expresiones faciales, gestos y tonos de voz.³⁵ Esta deficiencia en los sistemas de IA presentan una desventaja importante a la hora de considerar su capacidad de resolver adecuadamente una disputa. Tal como lo afirman Dieter Flader y Sophie Nappert en su artículo “*The Psychology of Persuasion in International Arbitration – A Project*”, “no darle el reconocimiento apropiado a las reacciones emocionales de las partes discutiblemente obstaculiza el entendimiento que el árbitro tendrá del caso, ya que no toma en cuenta el rol que jugaron las emociones de las partes en las circunstancias que llevaron a la disputa.”³⁶

Además, las emociones son fuente de información, causa de motivación e influyen la forma en que un individuo procesa información. Por ejemplo, la indignación juega un papel de suma importancia en la determinación de hacer justicia. La empatía, por su lado, permite entender las intenciones, ilusiones, expectativas y suposiciones de los demás, predecir su comportamiento y experimentar sus emociones. Por último, existen habilidades que se desarrollan a partir de una comprensión humana de las emociones. Un ejemplo de ello es la metacognición,³⁷ que

34. Hebert.

35. José María de la Jara, Alejandra Infantes y Daniela Palma, “Machine Arbitrator: Are We Ready?” *Kluwer Arbitration Blog*, 4 de mayo de 2017, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/04/machine-arbitrator-are-we-ready/>

36. Dieter Flader y Sophie Nappert, “The Psychology of Persuasion in International Arbitration – A Project,” *Transnational Dispute Management* 1 (2010).

37. La metacognición se refiere a pensar sobre el pensar, el sentir y otros pensamientos y emociones.

podría considerarse indispensable a la hora de resolver una disputa.³⁸ Así, parece que, para que un sistema de IAF logre sustituir exitosamente a un árbitro humano, deberá –por lo menos– poder percibir, interpretar, comprender y predecir emociones humanas.

b. La explicación y fundamentación de decisiones

Actualmente, los sistemas de IA no son capaces de explicar sus propias decisiones lógicamente y en un lenguaje comprensible para un humano promedio. Esto representa un problema fundamental que debe ser superado para hacer posible el arbitraje automatizado con sede en un Estado determinado, pues frecuentemente se exige que los laudos estén debidamente razonados y fundamentados por escrito.³⁹

Además, incluso en foros donde los laudos sin razonamiento están permitidos si las partes así lo disponen,⁴⁰ la explicación de decisiones sigue siendo necesaria en la resolución de temas preliminares que tienen recurso de apelación ante una sede judicial.

Por lo tanto, la capacidad de explicar y fundamentar lógicamente decisiones tomadas es una condición inexorable para conducir exitosamente un proceso arbitral. Sin esta destreza, los arbitrajes conducidos por un árbitro automatizado violentarían flagrantemente el debido proceso, lo cual resultaría en nulidad absoluta e inejecutabilidad.

La capacidad para superar este obstáculo podría esconderse detrás del desarrollo y perfeccionamiento de la tecnología de IA llamada “automatización de documentos”, que es capaz de redactar documentos legales utilizando modelos basados en reglas y árboles de decisión.⁴¹

A pesar de lo anterior, debe tomarse en cuenta y acotarse que, en casos en los que se incorpore al arbitraje un sistema de ejecución automática (basado en tecnologías como contratos inteligentes), la tradicional amenaza de nulidad e inejecutabilidad de un laudo no sería obstáculo para someter disputas a procesos con decisiones no razonadas ni fundamentadas, pues no habría necesidad de intervención estatal en ninguna de sus fases. El arbitraje se desligaría completamente de la jurisdicción de cualquier Estado y no se vería obligado a respetar

38. José María de la Jara et al.

39. Como dato curioso, en mayo de 2018 entró a regir el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, que prohíbe la toma de decisiones automatizadas en la elaboración de perfiles si los algoritmos utilizados no pueden ser explicados a sus usuarios. A esto se ha denominado “el derecho a una explicación”. Sin embargo, la exigencia ha sido

criticada por la dificultad que podría significar la comprensión de código complejo y matemática avanzada por parte de un ciudadano ordinario.

40. Un ejemplo de esto es el caso de Perú; José María de la Jara et al.

41. Stothard et al, 20.

más que sus propias reglas, elegidas exclusivamente por las partes.

c. El resguardo de la confidencialidad

Por regla general, el arbitraje comercial internacional es confidencial. El rol crecientemente protagonista que juegan los sistemas de software en su funcionamiento y desarrollo va a implicar una intervención cada vez más invasiva de humanos que desarrollan, manipulan y dan mantenimiento a estos sistemas. Ellos son externos al proceso y podrían significar una vulnerabilidad para el resguardo de la confidencialidad.

Éste es un obstáculo fácil de superar, pues, tal y como lo propone Vannieuwenhuysse, bastaría con firmar un acuerdo de confidencialidad con cualquier persona que intervenga en el proceso. Esta ha sido la práctica con otras personas que intervienen en la administración de un arbitraje.⁴²

d. La mitigación del riesgo de piratería informática

Un riesgo intrínseco en cualquier sistema informático es la piratería o *hacking*. Se trata del empleo de técnicas de programación con el fin de obtener acceso no autorizado a un sistema de cómputo y,

eventualmente, alterar su funcionamiento. Conforme la IA permea el arbitraje internacional, el daño que un uso malintencionado de sistemas de información es capaz de ocasionar a los involucrados aumentará significativamente. A través de complejas técnicas de manipulación de código, podría alterarse el razonamiento interno de un sistema de IAF, con el fin de parcializarlo a favor de una decisión determinada. Esto sería particularmente grave y esperable en procesos cuantiosos, en los cuales se discuten intereses millonarios.

Por lo tanto, deben emplearse todas las medidas necesarias para reducir al máximo la posibilidad de que un árbitro automatizado sea alterado. Problemas de esta naturaleza podrían arruinar la confianza de los usuarios y anular su utilización. Resulta particularmente grave que, por la naturaleza misma de las ciencias jurídicas, una pequeña y virtualmente imperceptible alteración inducida en el razonamiento del árbitro robot podría ser suficiente para producir laudos diametralmente opuestos.

Si bien esta amenaza es grave y podría llevar a consecuencias nefastas, no debe olvidarse que los problemas de imparcialidad y corrupción de árbitros no son una novedad. Han existido desde los inicios mismos del arbitraje y previsiblemente seguirán existiendo, aunque sea en una modalidad informática.

42. Vannieuwenhuysse.

Es argumentable que, con la implementación de la IAF, la incidencia de problemas de este tipo disminuirá, pues la dificultad de alterar un sistema complejo de computación avanzada es mucho mayor que la de corromper a un ser humano.

III. Algunos temas de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad con respecto a la automatización en la solución de controversias

El planteamiento de la posibilidad de contar con árbitros automatizados que solucionen controversias debe ir de la mano con un análisis de algunos problemas jurídicos que podrían surgir ante tal eventualidad, con base en normativa actualmente vigente. Deben evaluarse algunos temas de (a) legalidad o de (b) constitucionalidad y convencionalidad con respecto a la automatización en la solución de controversias.

a. Consideraciones de legalidad

A nivel de derecho comparado, la legislación de arbitraje internacional que existe hoy no está diseñada para prohibir ni permitir expresamente la designación de programas de informática como árbitros de una disputa, debido a que, a la hora de su redacción, no se contemplaba esto como una posibilidad real. Sin embargo, conforme pasa el tiempo, podría darse la necesidad de reformar estas leyes.

En algunas legislaciones, la definición de árbitro queda indeterminada, pues no se indica si en este cargo sólo puede ser nombrada una persona. Esto podría dar paso al arbitraje automatizado. En otras, el árbitro es definido como una persona, lo cual, en tesis de principio, descartaría la posibilidad de que un sistema de IAF dirima una disputa. A continuación, se analizarán casos concretos que tienden hacia ambas posibilidades.

Entre las leyes de arbitraje internacional que no delimitan la definición de árbitro, se encuentran la chilena,⁴³ la colombiana,⁴⁴ la costarricense⁴⁵ y la mexicana.⁴⁶ De esta misma manera, se comporta la

43. Ley número 19.971. "Ley sobre arbitraje comercial internacional" (24 de septiembre de 2004) República de Chile, Capítulo III.

44. Ley número 1563. "Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones" (12 de julio de 2012) República de Colombia, artículo 7 y Sección Tercera. En cuanto al arbitraje doméstico, la ley colombiana sí exige que el árbitro "debe ser ciudadano en ejercicio"

45. Ley número 8937. "Ley sobre arbitraje comercial internacional basada en la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

(CNUDMI)" (27 de abril de 2011) República de Costa Rica, Capítulo III. Por el contrario, en la ley que regula el arbitraje doméstico costarricense, sí se dispone que "pueden ser árbitros todas las personas físicas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles"; Ley número 7727. "Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social" (9 de diciembre de 1997), artículo 25.

46. "Código de Comercio" (13 de diciembre de 1889) Estados Unidos Mexicanos, Capítulo III del Título Cuarto.

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual, con o sin modificaciones, forma parte de la legislación vigente de más de ochenta Estados y un total de ciento once jurisdicciones.⁴⁷ La redacción de estos textos normativos parece dejar el portillo abierto para la posibilidad del nombramiento de árbitros automatizados.

Por el contrario, legislación de arbitraje internacional en países como Perú,⁴⁸ Brasil⁴⁹ y Ecuador⁵⁰ sí exigen que los árbitros sean personas o les requieren tener capacidad de actuar. En principio, esto descarta la posibilidad de nombrar un árbitro robot, que, según legislación vigente, no cumple con tales requisitos.

Aunque parezca improbable, no debe descartarse la posibilidad de que, en años por venir, los sistemas de IAF experimenten un cambio en su condición jurídica. Por ejemplo, algunos miembros del Parlamento Europeo han propuesto otorgar a sistemas de cómputo avanzado con capacidades de aprendizaje

automático una “personalidad electrónica”, de manera que respondan por sus actos u omisiones. Una disposición de esta naturaleza podría habilitar la posibilidad de designar árbitros automatizados en legislaciones que restringen tal puesto a una “persona”.⁵¹

Finalmente, debe recordarse que, incluso si las leyes de arbitraje no permitieran la designación de computadoras como árbitros, esto no significa que sujetos de derecho privado no puedan utilizarlas como mejor les parezca. A final de cuentas, la libertad contractual les permitiría ejecutar acuerdos privados en los cuales se estipule la resolución de una controversia a partir de tales medios informáticos.⁵²

b. Consideraciones de constitucionalidad y convencionalidad

El límite de la posibilidad de nombrar sistemas de IAF como árbitros de una controversia internacio-

47. “Situación actual – Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006,” Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, obtenido el 31 de mayo de 2018, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html

48. Decreto legislativo número 1071. “Decreto Legislativo que norma el arbitraje” (1 de septiembre de 2008) República del Perú, artículo 20.

49. Ley número 9.307. “Lei de arbitragem” República Federativa de Brasil, artículo 13.

50. Ley número 000 RO/145. “Ley de arbitraje y mediación” (4 de septiembre de 1997) República de Ecuador, artículo 19.

51. Esta propuesta ha sido acusada de ser un intento de los fabricantes de librarse de responsabilidad proveniente de los actos de sus máquinas; José María de la Jara et al; Janosch Deleker, “Europe divided over robot ‘personhood,’” *Politico*, 11 de abril de 2018, <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/>

52. José María de la Jara et al.

nal se encuentra en las constituciones de los Estados, así como en las convenciones internacionales de las que forman parte.

El derecho a un debido proceso legal⁵³ es denominador común en la mayoría de las constituciones modernas. También es piedra angular de las convenciones internacionales de Derechos Humanos. Comprende nociones como el derecho a un juicio justo, el cual podría ser interpretado como el derecho a que la situación de una persona sea evaluada y solucionada por otros seres humanos, pues sólo éstos pueden combinar adecuadamente una aplicación estricta de la ley y la jurisprudencia con consideraciones más sutiles y casuísticas de equidad, que se fundamentan en características humanas clave, como la empatía, la lógica, la experiencia, la sana crítica y el sentido de la justicia.⁵⁴

No parece existir, en términos generales, problema de constitucionalidad o convencionalidad en el nombramiento de árbitros automatizados cuando ambas partes están de acuerdo con ello y no se vulneran estándares procedimentales mínimos. Sin embargo, podría presentarse una situación distinta cuando alguna de las partes no está de acuerdo con el nombramiento de un árbitro robot. En el procedimiento de conformación de un tribunal arbitral,

frecuentemente se dispone que cada parte nombrará a un árbitro y que los designados nombrarán al presidente. ¿Qué sucedería si una de las partes designa a un árbitro robot, pero la otra se opone a tal nombramiento por el simple hecho de no ser humano? ¿Podría la institución arbitral imponerle este árbitro automatizado y continuar con el procedimiento? ¿Se estaría violentado el derecho fundamental de esta parte a un debido proceso? ¿Existiría un irrespeto a la dignidad humana por someter a un ser humano a las órdenes de una máquina autónoma?

Otra situación interesante podría presentarse con respecto a la aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz* por parte de un árbitro robot. ¿Si la competencia de un sistema informático para resolver un asunto es cuestionada por alguna de las partes, podría ésta decidir sobre su propia competencia? ¿Debería permitírsele a una computadora decidir si un ser humano ha consentido someterse a su autoridad? ¿O debería, por consideraciones de dignidad humana, reservarse esta decisión a la discreción de un tribunal humano?

En caso de que un tribunal competente declare que alguno de los panoramas mencionados violenta los derechos fundamentales de las partes, cualquier laudo resultante de tales circunstancias sería nulo y,

53. Es definido por el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como “el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,

en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.”

54. Maxwell.

en consecuencia, inejecutable por vía judicial. En el caso de los países que han suscrito la Convención de Nueva York,⁵⁵ la denegatoria de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero se fundamentaría en virtud de su artículo V(d). La utilización de sistemas de IAF en procedimientos arbitrales tradicionales devendría nula.

Sin embargo, incluso una declaratoria de inconstitucionalidad o inconvencionalidad sería incapaz de detener por completo este fenómeno de automatización, pues, tal como se mencionó en el primer apartado de esta nota editorial, la ejecución de laudos podría realizarse automáticamente y sin ser sometidos a revisión judicial, por medio de contratos inteligentes y la cadena de bloques.

IV. Conclusiones

El arbitraje internacional está siendo permeado por tecnologías disruptivas sin precedentes, que cambian la manera en que se ejerce esta práctica y abren un mundo de nuevas posibilidades. La inteligencia artificial (IA) ofrece herramientas que, desde ya, permiten maximizar el potencial de las destrezas cognitivas de los involucrados en estos procesos de resolución alterna de conflictos.

Actualmente, modernos sistemas de software asisten en la revisión de documentos legales, estimación de costos, predicción de resultados y manejo de casos, entre otros. Destacan en esta área los programas informáticos de *Dispute Resolution Data*, *Judge Analytics*, *Arbitrator Intelligence*, *eBrevia* y *Luminance*, que procesan información de tal forma que producen resultados y proveen servicios antes inaccesibles. También es destacable la labor del servicio de resolución de disputas que ofrecen *eBay* y *PayPal*, en el cual sistemas automatizados resuelven controversias sencillas, sin intervención humana.

En el futuro cercano, la inteligencia artificial y las tecnologías que de ella derivan tienen el potencial de permitir la creación de una amplia variedad de herramientas que beneficiarían a todos los involucrados en el mundo del arbitraje, incluyendo clientes, árbitros, abogados, instituciones, académicos y terceros financiadores. Programas especializados podrían asistir en el nombramiento de árbitros, la redacción preliminar de laudos, la simulación de una revisión judicial, el manejo de casos, el resumen de jurisprudencia, la predicción de costos, duración y resultado de procesos determinados, la proposición de estrategias legales, la evaluación de

55. Entiéndase, por “Convención de Nueva York”, la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, de 1958.

equipos legales, el análisis de prueba e, incluso, la ejecución automática de laudos.

Ante tan rápido desarrollo tecnológico, el mediano o largo plazo trae consigo posibilidades antes inimaginables. El advenimiento de la inteligencia artificial fuerte (IAF) podría permitir la aparición de árbitros artificiales y automatizados potencialmente capaces de resolver controversias con mayor eficiencia, menor margen de error y a un menor costo que los humanos. Esto amenaza con tornar obsoleto al árbitro tradicional, particularmente en temas puramente económicos.

Sin embargo, para que tal panorama pueda ser sostenible y justificable, las nuevas tecnologías deben superar obstáculos que podrían impedir su implementación exitosa, como lo son la percepción, interpretación, comprensión y predicción de emociones y la explicación y fundamentación de sus propias decisiones en un lenguaje comprensible para humanos promedio. Además, debe resguardarse adecuadamente la confidencialidad de los procesos conforme éstos mutan y se modernizan y deben aplicarse todas las medidas posibles para mitigar el riesgo de piratería informática.

Finalmente, deben tomarse en cuenta consideraciones de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad que podrían surgir a partir del nombramiento de árbitros robot.

Algunas leyes de arbitraje internacional dejan abierto el portillo para que esta posibilidad sea concebible, mientras que otras lo cierran, pues limitan la conformación del tribunal a personas. Sin embargo, incluso si la ley de arbitraje internacional no lo permite, en virtud del principio básico de libertad contractual, las partes podrían pactar la ejecución de un contrato privado en el que se convenga la utilización de un sistema informático para la resolución de una controversia determinada. Por otro lado, no debe descartarse que la condición jurídica de los sistemas de inteligencia artificial fuerte podría cambiar en el futuro, de manera que se les otorgue algún tipo de personalidad que los convierta en candidatos para ser árbitro en ordenamientos jurídicos que hoy son más restrictivos.

Debe evaluarse si el nombramiento de árbitros automatizados podría violentar derechos fundamentales contemplados en constituciones y convenciones internacionales, como lo es el derecho a un debido proceso. Una declaratoria de inconstitucionalidad o inconventionalidad sería suficiente para imposibilitar la ejecución judicial de cualquier laudo producido por sistemas informáticos. En tal caso, la única alternativa para una ejecución exitosa provendría de la utilización de la cadena de bloques y los contratos inteligentes, que operan de forma absolutamente independiente del poder y la revisión judicial.

Según puede apreciarse del análisis expuesto, la tecnología de la información ofrece interesantísimas soluciones y propuestas en el campo del arbitraje internacional. No obstante, éstas no están claramente expuestas; su mecánica y funcionamiento no ha sido descifrado por completo. Se trata de un proceso incipiente con un enorme pero abstracto potencial de romper paradigmas y revolucionar prácticas.

La tecnología, por medio del ingenio de equipos multidisciplinarios, tarde o temprano proveerá soluciones y el cambio se impondrá. Será, entonces, deber del ser humano conservar su esencia, resguardar su independencia y utilizar las máquinas como herramientas que le permitan complementar el gran valor agregado que sólo un miembro de su especie puede ofrecer.

Re-Examining the Scope of the Crime of Genocide: Understanding the Meaning of the “*Genus*” in the Crime of Crimes

Viviana Méndez*

Lucía Soley**

Resumen: Las secuelas de la segunda guerra mundial impulsaron la creación del derecho internacional penal moderno mediante la enunciación de los principios de Núremberg, los cambios paradigmáticos en la concepción de la jurisdicción internacional y el reconocimiento y tipificación del crimen del genocidio en la Convención del Genocidio de 1948. En cuanto al genocidio, la tipificación del crimen fue inevitablemente influenciada por el contexto histórico en el cual el crimen se manifestó. Por consiguiente, mientras que, etimológicamente, el término genocidio implica la destrucción de cualquier comunidad humana, quienes tipificaron el crimen delimitaron su ámbito de aplicación protegiendo de su perpetración sólo a ciertos grupos humanos afectados durante la guerra (grupos étnicos, raciales, religiosos o nacionales). La decisión de excluir otros grupos del ámbito de aplicación del crimen ha dado pie a debates importantes con respecto a si la protección de grupos humanos del crimen del genocidio debería construirse de manera restrictiva o ser ampliada mediante interpretación. Este trabajo explora ambas posturas e invita a reflexionar sobre cómo las leyes del genocidio deberían evolucionar.

Palabras clave: Genocidio – tipificación – grupos protegidos - ámbito de aplicación – Convención del Genocidio

Abstract: The aftermath of the Second World War marked the genesis of modern International Criminal Law; notably, through the enunciation of the Nuremberg principles, the paradigm shifts in the conception of international jurisdiction, and the recognition and punishment of genocide in the 1948 Genocide Convention. As to genocide, the process of punishing this crime was, from the outset, inextricably linked to the historical context in which it was developed. In this regard, while etymologically genocide means destroying any human group, the drafters of the Convention fleshed out the scope of the crime largely from the War experience, thus choosing to only protect certain groups who had an ethnical, racial, religious, or national backdrop. The decision to eschew other groups has left many wanting since the Convention was first written. It has further sparked debates as to whether the groups protected from genocide should be narrowly construed or broadened by interpretation. This piece explores both positions regarding the protected groups, and invites readers to reflect on how genocide law should move forward.

Key words: Genocide – genus – protected groups – scope of application – Genocide Convention

* Viviana Méndez is a Costa Rican lawyer and an LL.M. Graduate from Harvard Law School. Contact information: vmendezvalle@llm18.law.harvard.edu

** Lucía Soley is a Costa Rican law student. She recently completed an internship at the International Criminal Court, and will now intern at the United Nations Special Tribunal for Lebanon. Contact information: luciasoley@gmail.com.

The opinions expressed in the article are their own.

Fecha de postulación del artículo: 17 de febrero de 2018. Fecha de aprobación del artículo: 23 de junio de 2018

In May 2017, three activist groups lodged a complaint before the International Criminal Court (“ICC”) accusing the Chechen President Ramzan Kadyrov and state officials of the Russian Republic of Chechnya (“Chechnya”) of committing the crime of “genocide”¹ against homosexual people. The complaint comes after a Russian independent newspaper, *Novaya Gazeta*, international news outlets, and important politicians have denounced the existence of an effort by the Chechen Government to destroy the gay population² by establishing gay concentration camps or anti-gay pogroms³ in which homosexual men are “systematically abducted by security services and held in”.⁴ Chechen

authorities have rejected these accusations, arguing that no gay men exist in Chechnya.⁵

While accusations of gay genocide have surfaced before in the press,⁶ whether they can meet the legal definition of genocide remains unsettled. The term genocide was coined by Polish Professor Raphael Lemkin in the early twentieth century from a mixture of the Greek “*genos*”, meaning race or tribe, and the termination “*cide*”, from the Latin “*caedere*”, meaning to kill.⁷ It gained widespread recognition when it appeared in the indictment of

¹ Samuel Osborne, *Chechnya accused of “genocide” against gay people in complaint to International Criminal Court*, *The Independent*, 17 May 2017, available at: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/chechnya-gay-genocide-international-criminal-court-torture-detain-homosexual-russia-region-a7740271.html>; Josh Lowe, *French LGBT Groups take Chechnya to Court over “gay Genocide”*, *Newsweek*, 16th June 2017, available at: <http://www.newsweek.com/chechnya-lgbt-rights-gay-genocide-icc-court-case-610056>. See also Kevin Ponniah, *Chechen gay men hopeful of finding refuge in five countries*, *BBC News*, 19 May 2017, available at: <http://www.bbc.com/news/world-europe-39974512>

² Lizzie Dearden, *Russia backs Chechnya Government’s denials over killings of gay men*, *The Independent*, 20th April 2017, available at: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/russia-chechnya-gay-men-killing-torture-vladimir-putin-dmitry-peskov-chechen-leader-ramzan-kadyrov-a7693291.html>

³ Andrew E. Kramer, *They Starve You. They Shock You: Inside the Anti-Gay Pogrom in Chechnya*, *The New York Times*, 21st April 2017, available at: <https://www.nytimes.com/2017/04/21/world/europe/chechnya-russia-attacks-gays.html>

⁴ Amy Mackinnon, *America, don’t abandon gay Chechens*, 4 June 2017, *CNN*, available at: www.cnn.com

⁵ Andrew E. Kramer, *They Starve You. They Shock You: Inside the Anti-Gay Pogrom in Chechnya*, *The New York Times*, 21st April 2017, available at: <https://www.nytimes.com/2017/04/21/world/europe/chechnya-russia-attacks-gays.html>

⁶ See, e.g., the case of Uganda, where in 2009, Uganda’s Government attempted to enact death penalty laws to be implemented against criminals found guilty of “aggravated homosexuality”, namely sexual acts undertaken between people of the same sex in conditions that include, amongst others, that one of the persons be under age, or that one of the persons be disabled. The attempts to signal the Bill garnered general opprobrium at the time, and were labeled as a form of genocide.

⁷ RAPHAEL LEMKIN, *AXIS RULE IN OCCUPIED EUROPE. LAWS OF OCCUPATION, ANALYSIS OF GOVERNMENT, PROPOSALS FOR REDRESS*, Lawbook Exchange, 1944, p. 79. See also UN Doc. A/ 96(I) (1946), 11 December 1946 defining genocide as: “a denial of the right of existence of entire human groups.” See also International Court of Justice, *Reservations to the Genocide Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, 28th May 1951, p. 12.

the Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal,⁸ and, subsequently, in 1948, when it was criminalized in the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (“Genocide Convention”).⁹ Under Article II of this Convention, genocide was defined as the undertaking of any of the following acts against a “national, ethnical, racial or religious” group with the intent to destroy, in whole or in part, such group. These actions encompassed: killing¹⁰ members of the groups, causing seriously bodily harm to the members of the group, imposing measures intended to prevent births, forcibly transferring children of a group to another group, or deliberately inflicting conditions of life calculated to bring about the physical destruction of such group,

in whole or in part. The definition of genocide under the Genocide Convention has been adopted in nearly *verbatim* terms by the Statutes of the Ad-Hoc Tribunals of the Former Yugoslavia (“ICTY”) and Rwanda (“ICTR”)¹¹, as well as by the laws of other United Nations’ hybrid courts, such as the Extraordinary Chambers of the Courts of Cambodia (“ECCC”)¹². It also served as the basis for the drafting of Article 6 of the Rome Statute of the International Criminal Court (“Rome Statute”)¹³ and Article 17 of the Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind (“ILC Draft Code of Crimes”).¹⁴ Nowadays, the definition is further considered to form part of *jus cogens*, barring states to derogate from it by international agreement.

From a plain reading of Article II of the Convention, invoking the commission of genocide requires

⁸ Indictment, Trial of the Major War Criminals before the International Military Tribunal, Official Documents, Vol. 1, pp. 43 and 44 stating that genocide consisted of: “the extermination of racial and national groups [...] to destroy particular races and classes of people and national, racial or religious groups.”

⁹ See Article I of the Genocide Convention, which states that: “[t]he Contracting Parties confirm that genocide, whether committed in time of peace or in time of war, is a crime under international law which they undertake to prevent and to punish.” It is important to note, however, that while the Convention was the first instrument to formally punish genocide, it has been generally viewed as codifying a norm of international law that had been long recognized by states, and that would soon achieve the rank of a peremptory norm of *jus cogens*. See, e.g., Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports (1951), p. 23.

¹⁰ While the English text of the Genocide Convention uses the word “killings”, international jurisprudence has preferred

to use the French term “meurtre”, as killings may include intentional or unintentional homicides, whereas “meurtre” is more precise for the crime of genocide, as it only foresees the possibility of intentional killings. See Akayesu Trial Judgment, ¶500.

¹¹ See Article 4 of the Statute of the ICTY, and Article 6 of the Statute of the ICTR. See also Al-Bashir Pre-Trial Chamber Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, ¶118.

¹² See Article 4 of the Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea.

¹³ See Article 6 of the Rome Statute. See also Al-Bashir Pre-Trial Chamber Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, ¶121.

¹⁴ See Article 17.

satisfaction of *chapeau* elements of the crime; namely, proving that the *mens rea* and the *actus reus* of the crime are met. As to the requisite *mens rea*, a perpetrator guilty of genocide must have specific intent (*dolus specialis*) to undertake one of the acts enlisted by Article II; this is, the intent to destroy at the very least, a “substantial part” of the targeted group in question.¹⁵ Regarding the *actus reus*; *i.e.*, the commission of the prohibited act or omission by criminal law,¹⁶ the latter is satisfied following the complacency of two elements. The first element is met when the perpetrator commits any of the actions enlisted by Article II of the Genocide Convention. The second element is fulfilled when the actions undertaken by the perpetrator were committed against a specific group of people who belong to an ethnical, racial, national, or religious group.¹⁷ This means that the individuals selected as victims of genocide had to be chosen based on their belonging to such a group, rather than on an individual basis.¹⁸ The requirement to prove that the crime is specifically directed towards

a particular human group, in whole or in part, differentiates the crime of genocide from that of extermination, in the sense that in the latter, the targeted population does not necessarily have to belong to a common national, ethnical, racial, or religious group, and it also covers situations where “some members of a group are killed while others are spared”.¹⁹

Seen *vis-à-vis* the *actus reus* of genocide, precisely in relation to the protected groups, accusations of gay genocide are difficult to flourish as a claim before the ICC – even if we assumed that the Court would be able to surpass the jurisdictional issues that taunt this case. It is thus important to revisit: (I) how the protected groups from genocide came to be, and analyze (II) whether a time has come for the protection of other groups to be considered from the crime of genocide.

¹⁵ See, *e.g.*, Krstić Appeals Judgement, ICTY, ¶¶8-11; Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶122; Musema Trial Judgement, ICTR, ¶¶ 164-166; Rutaganda Trial Judgement, ICTR, ¶59; Al-Bashir Pre-Trial Chamber Decision on the Prosecution’s Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, ¶118. See also International Court of Justice, Application of Genocide Convention, Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgement of 27 February 2007, p. 85 ¶198. In the crime of genocide, the coveted destruction must be material or biological in nature, meaning that a perpetrator who seeks to destroy cultural, linguistic, religious or other identity features of a certain group does not meet the required specific intent of genocide. See

Report of the International Law Commission on the Work of its forty-eight session, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, p. 46.

¹⁶ IRYNA MARCHUK, *THE FUNDAMENTAL CONCEPT OF CRIME IN INTERNATIONAL LAW: A COMPARATIVE ANALYSIS*, Springer, 2014, p. 8.

¹⁷ David L. Neressian, *The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals*, TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Vol. 37: 213, 2003, p. 255.

¹⁸ Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶¶124, 521.

¹⁹ Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶¶500.

I. The Protected Groups under the Crime of Genocide: A Brief History

The chapeau of Article II of the Convention certainly requires the crime of genocide to be committed against one of the four groups explicitly enlisted in the Convention. If these groups are exclusive of others, however, is a question pending resolve under International Criminal Law.

Before human groups were designated as the entity deserving of protection from genocide, the concept of genocide was diluted within the definition of crimes against humanity, in that it required a combination of “extermination and persecutions on political, racial or religious grounds” and was intended to cover the intentional destruction of groups in whole or in substantial part.²⁰ On the closing of the Second World War, many small nations expressed their dissatisfaction with the definition of crimes against humanity given by the Nuremberg Tribunals, as they only encompassed the crimes committed in times of War, and left out the ones that were committed in times of peace. This

drove nations to negotiate a compromise and recognize the criminalization of certain atrocities in times of peace, with regards to a limited scope of crimes against humanity. The scope chosen would comprise the crime of genocide,²¹ as this was one of the most prominent crimes committed during the War, and it did not pose a threat to colonialist countries, who feared for persecution given treatment of their colonies.

Although the crime of genocide itself had occurred in human history, it was Raphael Lemkin, as noted *supra*, who had first described the term “genocide” as a separate crime, establishing it as the one that sought the destruction of “national”, “racial”, or “religious” groups through physical, biological, and cultural means.²² Through his writings, Lemkin often used the term “national minorities” interchangeably with “racial”, “national”, and “religious” groups, propelling some to argue that Lemkin’s understanding of the protected groups was molded in the context of what “national minorities”

²⁰ Kayishema & Ruziganda Trial Judgement, ICTR, ¶89. See also U.N. Economic and Social Council, Prevention and Punishment of Genocide, Comments by Governments on the Draft Convention Prepared by the Secretariat, Communications from Non-Governmental Organizations, U.N. Doc. E/623 of 30 January 1948, where it is the position of France that: “[...]the French Government regrets that the study of genocide was not undertaken [...] in connection with the concept of crime against humanity, of which genocide is merely one aspect.

²¹ William Schabas, *The Odious Scourge: Evolving Interpretations of the Crime of Genocide*, *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, Vol. 1:2, 2006.

²² Initially, Lemkin first proposed at the International Conference for Unification of Criminal Law held in Madrid in 1933 to declare the purposeful destruction of racial, religious or social collectives a crime under the law of nations; see Malin Isaakson, *The Holocaust and Genocide in History and Politics*, University of Gothenburg, School of Global Studies, p. 85

were at the time.²³ As Lemkin was the first to describe genocide, his definition of genocide, together with the protected groups he designated, would be taken into consideration to begin the hard work of punishing the crime of genocide through International Law.

In 1946, the United Nations' ("U.N.") General Assembly Resolution 96(I)²⁴ first declared genocide as an international crime that denied the existence of human beings. The Resolution expanded Lemkin's protection of "national", "racial", or "religious" groups by conceding that genocide could also be committed against any "other" ones.²⁵ It likewise established that genocide had occurred in many instances against political, racial, and other

groups – making it unclear as to whether "political" groups could also be victims of genocide.

Aside from elevating genocide to a crime under International Law, Resolution 96(I) commissioned the drafting of a "Genocide Convention" as to deter the possibility of repeating the crimes committed during the Second World War. It was on this instruction that the U.N. Economic and Social Council joined efforts to punish genocide by designating the U.N. Secretariat and a Commission of experts to write the U.N. Secretariat's Draft Convention on the Crime of Genocide ("Secretariat's Draft") of May 1947.²⁶ This text added²⁷ to the protection from genocide, "political" and "linguistic" groups,²⁸ in replacement of Resolution 96 (I) protection of "other groups." While the text proved to

²³ WILLIAM A. SCHABAS, *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, pp. 104-105, stating that Lemkin's choice to describe genocide as the destruction of groups that were racial, national, or religious is merely fleshing a reflection of the idea of minorities, without changing the essential content. The argument gains favor if one considers that at the time of Lemkin's writings, the term "minorities" was used synonymously to the concepts of "national, racial or religious" groups in many international treaties; cf. Article 13(1) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights to Article 1(4) or 2(2) of the International Convention for the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and Article 29 (1) (d) of the Convention on the Rights of the Child.

²⁴ United Nations General Assembly Resolution 96 (I) U.N. Doc. A/64/Add.1, 11th December 1946.

²⁵ See United Nations General Assembly Resolution 96 (I) U.N. Doc. A/64/Add.1, 11th December 1946. See also David Shea Bettwy, *The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Custom-*

ary International Law, NOTRE DAME JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Vol. 2:1, 2011, p. 169; WILLIAM A. SCHABAS, *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, p. 102.

²⁶ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Secretariat and Ad Hoc Committee Drafts, U.N. Doc. E/447.

²⁷ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Secretariat and Ad Hoc Committee Drafts, U.N. Doc. E/447. See also WILLIAM A. SCHABAS, *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, p. 105.

²⁸ Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, the Secretariat and Ad Hoc Committee Drafts, U.N. Doc. E/447. This draft proved controversial, and invited discussion regarding the scope of the groups by the Governments of Denmark, France, Haiti, Venezuela and the United States as well as two new drafts by France and the United States. See United Nations Economic and Social Council, *Prevention and Punishment of Genocide, Comments by Governments on the Draft Convention Prepared by the*

be comprehensive, it was arguably equally controversial: even for the drafters, such as Lemkin, political groups did not warrant inclusion to the protection from genocide, as they lacked permanence.²⁹

The Secretariat's draft was thus soon replaced. Specifically, the U.N. Economic and Social Council created an Ad-Hoc Committee, conformed by: China, France, Lebanon, Poland, Venezuela, the Union of Soviet Socialist Republics ("USSR"), and the United States of America.³⁰ Amongst others, the Committee's task was to draft a genocide convention based on Resolution 96(I), and the Secretariat's Draft.³¹

From its creation, the Ad-Hoc Committee was requested to define, *inter alia*, whether all human groups should be protected from genocide, or

whether only some racial, national, linguistic, religious, political, or other human groups warranted protection.³² A problem soon arose, however, as all the delegates had juxtaposed opinions on what the scope of the groups should be. For instance, the USSR representative favored protection of "racial, national (religious)" groups³³ but strongly opposed the inclusion of political groups, as these unjustifiably broadened the scientific and etymological term of the "genus". The Poles refuted protecting political groups on the basis that they lacked a fully established historical background, and "stable form" where they did not disappear "simply because [their] head was eliminated" or given reprisals against their leaders.³⁴ The Chinese called for the inclusion of national, racial, and religious groups³⁵ but had doubts to include political groups, given their shortage of the "stability" and "homogeneity" of other groups.³⁶ The French considered

Secretariat, Communications from Non-Governmental Organizations, U.N. Doc. E/623 of 30 January 1948 where, regarding the selection of groups, the Danes agreed on all groups protected by the Draft Convention, and the Americans agreed to the inclusion of political groups but found "linguistic" groups as unnecessary for they did not believe that genocide could be practiced solely on linguistic traits. Other non-governmental organizations also submitted comments to the Secretary General. Notably, the Consultative Council of Jewish Organizations asked for the exclusion of political groups to ensure a fast acceptance of the Convention by states. See also WILLIAM A. SCHABAS, *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, pp. 101-108.

²⁹ WILLIAM A. SCHABAS, *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, p. 53.

³⁰ See U.N. Economic and Social Council, Resolution No. 117(IV), 3 March 1948.

³¹ U.N. Economic and Social Council, Resolution No. 117(IV), 3 March 1948.

³² U.N. Economic and Social Council, Document E/AC.25/2, in *Genocide Convention Preparatory Works*, p. 646.

³³ U.N. Economic and Social Council, Document E/AC.25/7, in *Genocide Convention Preparatory Works*, p. 696.

³⁴ U.N. Economic and Social Council, Document E/AC.25/W.1, Ad Hoc Committee on Genocide Commentary on articles adopted by the Committee, 26 April 1948.

³⁵ U.N. Economic and Social Council, Document E/AC.25/SR.4, Ad Hoc Committee on Genocide Summary Record of the Fourth Meeting, Lake Success, New York, Wednesday, 07 April 1948.

³⁶ U.N. Economic and Social Council, Document E/AC.25/SR.3, in *Genocide Convention Preparatory Works*,

necessary to protect groups formed “on the basis of the opinions of their members,”³⁷ and Venezuela sided with France’s view initially, before backtracking as it foresaw great difficulty in the Convention being accepted under these terms.³⁸ The Lebanese advocated for the inclusion of political groups.³⁹ Yet, they did call to attention that political groups were different from racial, national and religious ones, as the first “ bore an inalienable character”, whilst the others were “far less stable.”⁴⁰

At the end, after a vote was won four to three, the Ad-Hoc Committee’s Draft included a definition of genocide that protected “national”, “racial”, “religious”, and “political” groups,⁴¹ and the Draft was sent for a final review to the “Sixth Committee” (the U.N. primary forum for the consideration of legal questions of the General Assembly).

Upon its submission, the Sixth Committee immediately questioned the groups protected from genocide. Like in the Ad-Hoc Committee’s discussions, some countries favored the inclusion of political groups, while others opposed it. Notably, the United States, Paraguay, Sweden, the Netherlands, New Zealand, Haiti, Bolivia, and Guatemala all advocated for their inclusion,⁴² as they argued that genocide was committed against groups “held together by a common origin or a common ideology”,⁴³ even if they had “less stable” characteristics than others,⁴⁴ as evidenced by the experiences of the War. The Greek delegation also believed that countries should be free to decide which groups to protect, as there was no prior definition of genocide.⁴⁵

In contravention, other countries argued against protecting political groups for various reasons. Some held their inclusion would difficult acceptance of the Convention, as many states would

p. 699 *et seq.* United Nations Economic and Social Council, Document E/AC.25/SR.4, Ad Hoc Committee on Genocide Summary Record of the Fourth Meeting, Lake Success, New York, Wednesday, 07 April 1948.

³⁷ U.N Economic and Social Council, Document E/AC.25/SR.3707, in Genocide Convention Preparatory Works, p. 699 *et seq.*

³⁸ U.N Economic and Social Council, Document E/AC.25/SR.3707, in Genocide Convention Preparatory Works, p. 699 *et seq.*

³⁹ U.N Economic and Social Council, Document, E/AC.25/9, Ad Hoc Committee on Genocide Draft Articles for the Inclusion in the Convention on Genocide Proposed by the Delegation of China on 16 April 1948.

⁴⁰ U.N Economic and Social Council, Document E/AC.25/SR.4, Ad Hoc Committee on Genocide Summary Record of the Fourth Meeting, Lake Success, New York, Wednesday, 07 April 1948.

⁴¹ U.N Economic and Social Council, Document E/AC.25/W.1, Ad Hoc Committee on Genocide Commentary on articles adopted by the Committee, 26 April 1948.

⁴² U.N. Document A/C.6/SR.75., Sixth Committee Seventy-Fifth Meeting of 15 October 1948.

⁴³ U.N. Document A/C.6/SR.74., Sixth Committee Seventy-Fourth Meeting of 14 October 1948.

⁴⁴ *Idem.*

⁴⁵ *Idem.*

reject limitations to their right to suppress internal disturbances in the aftermath of facing unwarranted charges.⁴⁶ Others, such as Norway and the USSR, considered that the scope of the protected groups had to be crafted based on “legal and historic grounds”,⁴⁷ and political groups were not so “clear-cut” as national or racial groups, thus deserving exclusion. A third batch of countries, including Brazil,⁴⁸ Poland,⁴⁹ Venezuela,⁵⁰ Egypt,⁵¹ Norway, the United Kingdom,⁵² and Iran,⁵³ opposed the inclusion of political groups because genocide could only be committed against groups that had essential elements of “stability” and “permanence”, and political groups lacked the necessary “homogeneity and stability”⁵⁴ or cohesive traits of these groups,⁵⁵ as they were prone to “frequent and inevitable changes of political opinion”

derived from their political freedom.⁵⁶ Political groups were different than religious or national ones, as in these last ones, while the members could renounce membership, the decision to do so was much more difficult.⁵⁷ Therefore, some of these countries found that it was more heinous to target permanent groups than mobile ones, as “chance alone had grouped [these people] together”⁵⁸ through “accidents of birth.”⁵⁹

While countries heavily debated the issue, Sweden proposed the introduction of “ethnic” groups.⁶⁰ When a vote was cast on the subject, the Sixth Committee first voted to protect political groups and to include ethnic ones,⁶¹ but this position was ultimately reversed. Although ethnic groups were maintained, political groups were not⁶² – leaving

⁴⁶ U.N. Document A/C.6/SR.64, Sixth Committee Sixty-Fourth Meeting of 1 October 1948.

⁴⁷ U.N. Document A/C.6/SR.74., Sixth Committee Seventy-Fourth Meeting of 14 October 1948.

⁴⁸ U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948.

⁴⁹ U.N. Document A/C.6/SR.64, Sixth Committee Sixty-Fourth Meeting of 1 October 1948.

⁵⁰ U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948.

⁵¹ U.N. Document A/C.6/SR.64, Sixth Committee Sixty-Fourth Meeting of 1 October 1948.

⁵² U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948.

⁵³ U.N. Document A/C.6/SR.64, Sixth Committee Sixty-Fourth Meeting of 1 October 1948.

⁵⁴ U.N. Document A/C.6/SR.64, Sixth Committee Sixty-Fourth Meeting of 1 October 1948 and U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948. Brazil’s delegate stressed that he viewed crimes

committed for political conflicts as ephemeral, free from the intention of destroying the opposing group as “today’s enemies became the friends of tomorrow.

⁵⁵ U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948.

⁵⁶ U.N. Document A/C.6/SR.64, Sixth Committee Sixty-Fourth Meeting of 1 October 1948.

⁵⁷ U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948.

⁵⁸ U.N. Document A/C.6/SR.74., Sixth Committee Seventy-Fourth Meeting of 14 October 1948.

⁵⁹ U.N. Document A/C.6/SR.69, Sixth Committee Sixty-Ninth Meeting of 7 October 1948.

⁶⁰ U.N. Document A/C.6/SR.73., Sixth Committee Seventy-Third Meeting of 13 October 1948.

⁶¹ U.N. Document A/C.6/SR.75., Sixth Committee Seventy-Fifth Meeting of 15 October 1948.

⁶² U.N. Document A/C.6/SR.128., Sixth Committee One Hundred and Twenty-Eight Meeting of 29 November 1948.

the Convention to only protect “national”, “ethnic”, “racial”, and “religious” groups.

To date, it generally remains unclear whether all countries agreed on a “stable” and “permanent” threshold as to exclude political groups; or whether the decision to exclude other groups was taken since the drafters decided to solely protect the groups most affected from the War’s experiences. To the contrary, all that is acquiesced as of now is that the decision to protect the four groups was largely taken as a form of political compromise, to ensure the greatest acceptance from states.⁶³

II. Should the Protected Groups from Genocide Be Expanded to Accommodate LGBTI Groups?

For some, the groups under Article II of the Genocide Convention are exhaustive. As noted by Professor Schabas, the language used in the Convention “does not even invite the application” of other

analogous groups.⁶⁴ Notwithstanding the previous, in 1998, the ICTR Trial Chamber, in the case of Akayesu, held that the groups under Article II could be broadened to protect analogous groups to those selected by the drafters of the Convention insofar these new groups shared stable and permanent traits. In the Trial Chamber’s opinion, it was “particularly important to respect the intention of the drafters of the Genocide Convention, which, according to the *travaux préparatoires*, was patently to ensure the protection of *any* stable and permanent group.”⁶⁵

These positions illustrate the dichotomy surrounding the groups protected under the scope of genocide: on the one hand “restrictivists” pit for the narrow construction of genocide;⁶⁶ on the other spectrum, “expansionists” needle for more flexibility in

⁶³ Adam Jones, Genocide and Political Groups, *JOURNAL OF GENOCIDE RESEARCH*, 15:1, 2013, pp. 106-109.

⁶⁴ WILLIAM A. SCHABAS, *GENOCIDE IN INTERNATIONAL LAW: THE CRIME OF CRIMES*, Cambridge University Press, p.102; Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶¶500. *See also* U.N. General Assembly Resolution 96 (I) U.N. Doc. A/64/Add.1, 11th December 1946.

⁶⁵ *See* Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶516.

⁶⁶ David L. Neressian, The Contours of Genocidal Intent: Troubling Jurisprudence from the International Criminal Tribunals, *TEXAS INTERNATIONAL LAW JOURNAL*, Vol. 37: 213, 2003, p. 255; David Shea Bettwy, The Genocide Convention

and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law, *NOTRE DAME JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW*, Vol. 2:1, 2011, p. 167. *See also* U.N. Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, It., June 15–17, 1998, Rome Statute of the International Criminal Court, art. 7(1), U.N. Doc. A/CONF.183/9, 17 July, 1998 where Professor Schabas argues that the “so-called lacunae” of the Genocide Convention with regards to protected groups has been filled by the law on crimes against humanity, 30 which covers a non-exhaustive list of groups.

the interpretation of the chapeau of the crime in different degrees.⁶⁷ For some expansionists, any massacre constitutes genocide.⁶⁸ Others contend that political groups should be protected from genocide,⁶⁹ and a last batch of practitioners argue that groups with similar “stable” and “permanent” characteristics that are not listed under Article II can be protected from genocide. Altogether, there is merit to both positions, particularly when they are examined with relation to groups based on sexual orientation. These positions are examined below, followed by an analysis as to whether international law, as it exists today, favors the inclusion of

LGBTI groups into the protection of the crime of genocide.

A. Adhering to a Strict Construction of the Victim Groups

Most scholars, as well as the ICC⁷⁰ and the ICTY⁷¹ Chambers agree that the plain text of the Genocide Convention does not protect all human groups; rather, its application is confined solely to those that display positive characteristics⁷² proper of ethnical, racial, religious, or national groups.⁷³ Although

⁶⁷ See Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶516; Musema Trial Judgement, ICTR, ¶162.

⁶⁸ See Israel W. Charny, Towards a Generic Definition of Genocide, in George J. Andreopoulos, ed., GENOCIDE: CONCEPTUAL AND HISTORICAL DIMENSIONS, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 64-94. See also Frank Chalk and Kurt Jonassohn, The History and Sociology of Genocide. Analyses and Case Studies (New Haven, CT: Yale University Press, 1990) p.4.

⁶⁹ See George J. Andreopoulos establishing that a consensus has emerged among students of genocide and among the leaders of international human rights groups urging protection of social and political groups by the UN convention and supporting further research on attempts to destroy such groups. The roots of the current consensus tap several sources: The 1946 report of the UN's Ad Hoc Committee on Genocide which included political groups among the human groups to be protected in the convention; The argument advanced in 1959 by the Dutch jurist Pieter N. Drost, assailing the exclusion of political and other groups from the UN definition of genocide; The recommendations of the International Commission of Jurists in 1973 that the definition of genocide be expanded to include political groups; The recommendations advanced in 1985 by Benjamin Whitaker, the UN rapporteur on genocide, in his revised and updated report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide.

⁷⁰ Omar Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC, ¶21. In this case, the President of the Republic of Sudan is suspect of perpetrating the crime of genocide against the Fur, Masalit, and Zaghawa ethnic groups and the Pre-Trial Chamber of the ICC established that the crime of genocide could only be perpetrated against four protected groups - national, ethnical, racial or religious ones.

⁷¹ See Milomir Stakic, Appeals Judgment, ICTY, ¶21 where the ICTY Appeals Chamber held that genocide was originally conceived as the destruction of specific groups, ever since Lemkin's definition, and not as “the destruction of various people.” See also Krstić, Appeals Chamber, ICTY, ¶¶15-21, where the Appeals Chamber determined that the groups protected from genocide are the four groups consecrated in the fourth article of the ICTY statute, and determined that the Bosnian Muslims formed part of a national group.

⁷² International Court of Justice, Application of Genocide Convention, Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgement of 27 February 2007, p. 85 ¶193; Al-Bashir Pre-Trial Chamber Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest Against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, ICC, ¶135 stating that, in other words, “it is, therefore, a matter of who the targeted people are, not who they are not”.

⁷³ International Court of Justice, Application of Genocide Convention, Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgement of 27 February 2007, p. 85 ¶191; Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶554.

these groups are not defined by the Genocide Convention,⁷⁴ nor are there internationally accepted precise definitions thereof,⁷⁵ the Ad-Hoc Criminal Tribunals⁷⁶ have established objective⁷⁷ and subjective⁷⁸ criteria to differentiate them from one another⁷⁹ (although the concepts often overlap and may on occasion be synonymous).⁸⁰

Human groups who are identified by non-heterosexual preferences, such as homosexuals, do not strictly fall within one of the protected groups from genocide under Article II of the Genocide Convention. In this regard, these groups (often referred to as members of the “LGBTI Community”) are not bonded by ethnicity, distinct racial features, a shared religion, or belonging to a same nationality. Contrarily, LBGTI members can be integrated

within one of the groups protected from genocide: for instance, they can belong to a given ethnical group, or identify with a given human race.

Thus, as groups based on sexual orientation alone do not fall within the four groups under the Convention, a claim as the one filed against Chechnya at the ICC cannot succeed. The question that remains is whether there are still compelling reasons to hold that other minorities should still be excluded from the crime of genocide in 2017. To this extent, as stated by Professor Cassese, since the time of the Genocide Convention, “international law has undergone significant transformation, most noticeably, the development of the doctrine of human rights”, for which it is “conceptually more difficult to understand why the current attacks against

⁷⁴ David Shea Bettwy, *The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law*, NOTRE DAME JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Vol. 2:1, 2011, p. 172. *See also* Rutaganda Trial Judgement, ICTR, ¶55; Musema Trial Judgement, ICTR, ¶161.

⁷⁵ Musema Trial Judgement, ICTR, ¶161.

⁷⁶ ICTY & ICTR.

⁷⁷ Objective evaluation establishes the existence of objective characteristics that a group must possess to be determined as ethnical, national, religious or racial. National groups are comprised of individuals sharing a common citizenship, united by descent and cultural factors (*see* Andreas Henriksen, “The Interpretation of the Genocide Convention’s Protected Groups Definition”, 2003, accessed at <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=download-File&recordId=1558257&fileId=1564593>, ¶ 56; ICJ, *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, “Second Phase”, Judgement, 6 April 1995, ¶ 56); ethnical groups tend to have a common language, culture, or ties to the land; racial groups share hereditary physical traits; and religious groups

are those that practice the same religion, denomination or mode of worship (*see* Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶¶512-515).

⁷⁸ The subjective approach consists in the perception of the group that both, the members of the groups as well as others, including the perpetrators of the crimes against them have. *See* Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶¶555-557. *See also* International Court of Justice, *Application of Genocide Convention, Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgement of 27 February 2007, p. 85 ¶191.

⁷⁹ *See* Kajelijeli Trial Judgement, ICTR, ¶811; Kayishema and Ruzindana Trial Judgement, ICTR, ¶98; Musema Trial Judgement, ICTR, ¶¶162-163; Rutaganda Trial Judgement, ICTR, ¶¶56,3744; Brđanin Trial Judgement, ICTY, ¶¶684-685; Stakić, Appeals Judgement, ICTY, ¶ 20. Some chambers have further considered that identification is more subjective rather than objective matter, *see* Jelisić Trial Judgement, ICTY, ¶ 70.

⁸⁰ Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶555; Musema Trial Judgement, ICTR, ¶161.

members of groups, other than those listed in the Genocide Convention, cannot be considered as amounting to genocide.”

In analyzing the reasoning for maintaining the scope of the protected groups restricted, there are strong compelling reasons for holding that the Genocide Convention denies protection of all human collectives. For once, Article II reads that “genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group [...]”. The function of the conjunction “or” in the text after “a national, ethnical, racial [group]” and before “religious group” indicates an alternative; the Convention protects either one of the groups before the conjunction (ethnical, national or racial), or the group after the conjunction (religious), but no more. Unlike other texts that punished genocide, which permitted protection of “other groups”, the Genocide Convention provides no such alternative. Therefore, it leaves no room for interpretation on

the protected groups, other than the precise definition of each one of them.⁸¹

A narrow interpretation of Article II’s text is also consistent with the rules of interpretation laid out in Vienna Convention on the Law of Treaties (“VCLT”).⁸² The VCLT calls for treaties to be interpreted in good faith in accordance with ordinary meaning of words in the given context, object, and purpose of each treaty,⁸³ or secondarily, in light of other “supplementary means of interpretation”, such as the preparatory works of a treaty.⁸⁴ *Vis-à-vis* these rules, Article II forbids inclusion of other groups under the crime of genocide.⁸⁵ In evaluating the context in which the Convention was prepared, it is important to highlight that the instrument was crafted straight out of World War II, in a world where the Holocaust wounds were fresh for many, where the Nuremberg and Tokyo Trials were taking place, where the USSR existed but the Popular Republic of China did not, and where the

⁸¹ See article II of the Genocide Convention, which states: “In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

⁸² Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969. *See also* Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶ 541.

⁸³ Katanga, Trial Chamber II, ICC, ¶45. *See also*. Islamic Republic of Iran v. United States of America case, Judgment, ICJ, ¶23; Legality of the use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict case, Judgment, ICJ, ¶19; Libyan Arab Jamahiriya/Chad case, Judgment, ICJ, ¶41; Denmark v. Norway case, Judgment, ICJ, ¶22-40.

⁸⁴ See Articles 31 & 32 of the VCLT.

⁸⁵ David Shea Bettwy, *The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law*, NOTRE DAME JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Vol. 2:1, 2011, p. 175.

concepts of colonialism were first being challenged.⁸⁶ Given the context in which it was made, the Convention's purpose was, ultimately, to prevent the repetition of the War's atrocities. This is supported by the discussions entered by the Ad-Hoc and Sixth Committee, where various representatives were emphatic about the War's relevance on the definition of genocide: Yugoslavia's representative wanted to include references to Nazism/ Fascism, as genocide was the direct consequence of these policies,⁸⁷ the U.S. delegate emphasized the urgent need to draft a convention on genocide before the "barbarous acts committed by the Nazi and Fascist forces" had faded,⁸⁸ and the Polish Representative established that "the aim of the Convention was to prevent a repetition of the atrocities perpetrated during the last war."⁸⁹ As the Convention's purpose was to avoid the repetition of the War's occurrences, it is difficult to argue that the drafters conceived the inclusion of future groups more than the ones the explicitly chosen portraying the atrocities of the War.⁹⁰

The Convention's preparatory works further reinforce that the drafters did not consider that all human groups warranted equal treatment and protection from genocide under International Law. Reliance on the drafting records of a Convention is often the source of criticism and should be approached with caution. To this extent, the draftsmen of any instrument will generally have opposing views on certain points during the drafting period, for which it is easy to reference source material that support either point of view in an argument,⁹¹ altogether lessening the importance of an instrument's *travaux préparatoires*. Yet, if analyzing the Genocide Convention's preparatory works as a supplementary means of interpretation, these support the intention of the drafters to narrow the groups protected from genocide. Throughout the minutes of the Ad-Hoc and Sixth Committee, there is ample material that suggests that the groups selected were chosen with caution,⁹² leaving no question that "the drafters intended to list the protected groups in an exhaustive fashion".⁹³ Firstly, most

⁸⁶ Hiram Abtahi & Philippa Webb, *Genocide Convention's Preparatory Works*, p. xxvii.

⁸⁷ U.N. Document A/C.6/SR.63 Sixth Committee Sixty-Third Meeting, 30 September 1948.

⁸⁸ U.N. Document, E/SR.219, Ad-Hoc Committee Two-Hundred and Nineteenth Meeting, 26 August 1948.

⁸⁹ U.N. ECOSOC, Report of the Ad Hoc Comm. on Genocide, 4th mtg. at 10-11, U.N. Doc. E/AC.25/SR.4 (Apr. 15, 1948).

⁹⁰ Omar Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC, ¶22.

⁹¹ DAVID L. NERESSIAN, *GENOCIDE AND POLITICAL GROUPS*, Oxford University Press, 2010, p. 53.

⁹² Report of the International Law Commission on the Work of its forty-eight session, Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, p. 45.

⁹³ David Shea Bettwy, *The Genocide Convention and Unprotected Groups: Is the Scope of Protection Expanding under Customary International Law*, NOTRE DAME JOURNAL OF INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, Vol. 2:1, 2011, p. 175.

countries were of the understanding that it was necessary to choose a clear list of protected groups, so that it “should be made clear who was protected”⁹⁴ from genocide. This was partly because countries understood that the General Assembly, in commissioning the preparation of a convention, intended to include only specific protected groups. Equally, the drafting parties stressed that the delimitation of the human groups was necessary to comply with the principles of legality⁹⁵ and *nullum crimen sine lege*,⁹⁶ required to guarantee the rights of an accused.⁹⁷ This seemed to be of special importance at the time, in view of the issues of credibility faced at the ongoing Nuremberg Trials, where many considered that the judgements contravened these principles. Thus, the drafters emphasized that the Con-

vention should “dissipate any doubt” that the punishment of genocide was impermissible⁹⁸ against an exhaustive list of collectives.⁹⁹ Thirdly, the decision to settle on a restrictive list of groups is explained in political terms, as most countries were of the view that it was necessary to achieve greater recognition of the Convention, and they understood that including a broad list of groups would not help achieve this objective. Finally, the preparatory works, read in their entirety, do not objectively dissipate doubts as to what criteria the drafters used to choose groups. To this extent, undoubtedly, the preparatory works illustrate a number of discussions held during the preparation of the Convention that do signal an undeniable contention as

⁹⁴ E/AC.25/SR.11. See Also. Hiram Abtahi and Philippa, Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires* Vol. II (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p.849.

⁹⁵ See Hiram Abtahi and Philippa, Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires* Vol. II (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), p.720. See intervention made by the French delegate: “it was the rule in criminal law to present an exact definition of an offence bearing in mind the inadvisability of any broad interpretation being given. All enunciative enumeration should therefore be excluded.”

⁹⁶ See Delalić et al., Trial Judgment, ICTY, ¶402-403. Konov v. Latvia, European Court of Human Rights (“ECtHR”), ¶¶185-186; United Nations Security Council, S/25704, 3 May 1993 where the U.N. Secretary General also referred to the importance of this principle, as at the time of the creation of the ICTY and its statute, this office emitted a report on this topic, establishing that the Tribunal should apply rules of International Humanitarian Law which form part of customary law, when trying violations of international humanitarian law. See also, Blakić, Trial Chamber, ICTY, ¶164.

⁹⁷ Beth Van Schaack, *The Principle of Legality in International Criminal Law*, Santa Clara Law Digital Commons, 2011, p. 101. See also Delalić et al., Trial Judgment, ICTY, ¶402-403. Konov v. Latvia, European Court of Human Rights (“ECtHR”), ¶¶185-186; Hiram Abtahi and Philippa, Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires* Vol. II (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp. 718-720; Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2nd ed., 2008, pp. 35-36. See also, Akayesu, Trial Chamber, ICTR, ¶501; Kristić, Trial Chamber, ICTY, ¶484.

⁹⁸ See U.N. Document E/AC.25/11, Ad-Hoc Committee List of Substantive Items to be Discussed in the Remainin Stages of the Committee’s Session, 21 April 1948. See also U.N. Document, E/621, Prevention and Punishment of Genocide Historical Summary, 2 November 1946-20 January 1947, where the *United Kingdom* representative said it essential to ensure that the rule *nullum crimen sine lege* could not be invoked in the future.

⁹⁹ Konov v. Latvia, European Court of Human Rights (“ECtHR”), ¶143.

to whether the groups included should hold permanent and stable characteristics or not.¹⁰⁰ However, while some countries argued for the selection of groups on their “cohesiveness, homogeneity, inevitability of membership, stability and tradition,”¹⁰¹ there was ultimately no single criterion adopted to determine which groups warranted protection from genocide.¹⁰² For instance, countries as the USSR believed that groups had to be selected based on historical relevance created according to the reality faced by the world before, during, and after the Second World War.¹⁰³ Likewise, the Greek delegates argued that, as there was no prior definition of genocide, it was for the countries to freely decide which groups to include and which ones to exclude.¹⁰⁴ The different criterion used by different countries altogether makes it difficult to ascertain that groups were chosen based on a criterion of stability exclusively. All that is evident after the discussions of the preparatory works is that the countries settled on choosing exclusive language, including terms like “as such”, as well as the word

“or”, as these words avoided confusion with the result of the Convention and its future application.¹⁰⁵ Accordingly, all that can be extracted from the preparatory works of the Genocide Convention is that the list of groups was not meant to be infinite.

As a matter of policy, there are also pressing reasons to maintaining a restrictive approach in relation to the groups protected from genocide. Primarily, as synthesized by the ICTY Prosecutor, it is “in the interests of international justice, [that] genocide should not be diluted or belittled by too broad an interpretation” and a strict interpretation is needed to “justify the appellation of genocide as the ultimate crime.”¹⁰⁶ This approach is most reasonable, particularly given that the limitation of protected groups from the crime of genocide is not equivalent to a *lacuna* in the Convention, as other groups are protected under the context of Crimes Against Humanity.¹⁰⁷ In this sense, the fact that a group does not meet the requirements to fall under the precise protected groups under the crime of genocide does not mean that the victims will not receive justice.

¹⁰⁰ Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶516.

¹⁰¹ Agnieszka Szpak, National, Ethnic, Racial and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals, *The European Journal of International Law*, Vol. 23:1, 2012, p. 159.

¹⁰² Agnieszka Szpak, National, Ethnic, Racial and Religious Groups Protected against Genocide in the Jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals, *The European Journal of International Law*, Vol. 23:1, 2012, p. 159.

¹⁰³ Krstić Trial Judgement, ICTY, ¶¶555-557.

¹⁰⁴ U.N. Document A/C.6/SR.74., Sixth Committee Seventy-Fourth Meeting of 14 October 1948.

¹⁰⁵ Hrad Abtahi and Philippa, Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires Vol. II* (Martinus Nijhoff Publishers, 2008), pp. 849-852, 856-866.

¹⁰⁶ See Prosecutor v. Karadžić and Mladić, Case No. IT-95-18-I, Transcript of Hearing, Opening Statement of Eric Ostberg, Prosecutor of the ICTY at 25 (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Jun. 27, 1996).

¹⁰⁷ Omar Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC, ¶22.

Crimes Against Humanity protects all civilian populations¹⁰⁸ that are not contemplated within the scope of the crime of genocide. Likewise, there have been numerous opportunities to expand the protected groups from the crime of genocide, yet expansion has not been supported. Such opportunities were the creation of the Statutes of the ICTR, the ICTY and the ICC, all of which adopted the definition of genocide in nearly *verbatim* terms from the Genocide Convention.¹⁰⁹ Similarly, a majority of states, have not decided to expand the scope of the protected groups of genocide, denoting that no international consensus exists on this matter.

B. Broadening the Protected Groups to Include those with “Permanent” and “Stable” Characteristics

Since the Genocide Convention was first enacted, there have been numerous campaigns where human groups have been targeted and set up for annihilation. However, very few of these campaigns managed to fit the high threshold of genocide, for they

encompassed the actions of genocide in all but in the targeting of a “correct” human group.

Although the Genocide Convention marked an important development in international law, it has, since its creation, been severely criticized for its shortcomings in many legal aspects, including the failure to include certain groups under its protection.¹¹⁰ Through the years, many of its defects have been ebbed using customary international law, for instance, with regards to the introduction of a universal jurisdiction regime by the Israeli Supreme Court in the case of Eichmann. In the case of human groups, the limitations of the Convention with regards to the protected groups was addressed by the ICTR. As referenced above, in the *Prosecutor v. Akayesu*, the ICTR Trial Chamber held that human groups that were not “ethnic”, “racial”, “national”, or “religious” could be protected from the commission of the crime of genocide.¹¹¹ The Trial Chamber reasoned that the purpose of the drafters of the Convention was always to protect “any” stable and permanent group,¹¹² this is, groups that acquired memberships by birth.¹¹³ In the Trial Chamber’s view, such protection of stable groups was

¹⁰⁸ See Article 7, Rome Statute.

¹⁰⁹ See Article 6 of the Rome Statute. See also Article II of the Genocide Convention; Article 4 of the ICTY Statute; Article 2 of the ICTR Statute; William A. Schabas, *Groups Protected by the Genocide Convention: Conflicting Interpretations from the International Criminal Tribunal for Rwanda*, ILS Journal of International & Comparative Law, Vol.6: 375, p. 378.

¹¹⁰ Yuval Shany, *Part I Introduction: The Road to the Genocide Convention and Beyond*, in Paola Gaeta (ed.) *THE U.N. GENOCIDE CONVENTION: A COMMENTARY*, Oxford Commentaries on International Law, 2009, p. 25.

¹¹¹ *Akayesu Trial Judgement*, ICTR, ¶516.

¹¹² *Akayesu Trial Judgement*, ICTR, ¶¶516, 701.

¹¹³ *Akayesu Trial Judgement*, ICTR, ¶516.

evidenced by the careful choosing of the Convention's groups, which all satisfied a common criterion of stability and permanence.¹¹⁴ This holding was then replicated by the ICTR in the Prosecution v. Musema and the Prosecution v. Rutaganda;¹¹⁵ and it has further been deemed part of customary international law. Specifically, in the Darfur Commission's Report, the drafters found that what mattered of the expansive interpretation of groups by the ICTR was that such interpretation was "in line with the object and scope of the rules on genocide (to protect from deliberate annihilation essentially stable and permanent human groups [...])" and that it did not depart from the text of the Convention itself. Particularly seeing that the broad interpretation had not been challenged by states, the Darfur Commission established that it may "be safely held that that interpretation and expansion has become part and parcel of international customary law."¹¹⁶

While the Trial Chamber in Akayesu, Musema and Rutaganda did not provide a definition for what is considered a stable and permanent group was, it

did, however, state that this determination had to be reached on a case-by-case basis, taking into account "both the relevant evidence proffered and the specific political, social and cultural context in which the acts allegedly took place."¹¹⁷

The Akayesu reasoning regarding groups has considerable merit to it. Although it is grounded on the interpretation of the preparatory works of the Genocide Convention, and the intention of the drafters, it does signal to some interesting points. To begin with, the sole definition and nature of the crime of genocide is testament to the fact that the latter is a classic example of an incomplete crime: the definition fails to even provide a definition for each group, meaning that the text will always need to be subject to analysis by judges.¹¹⁸ The definition likewise suffers from serious ambiguities, owing to the fact that it is the product of a compromise between a plethora of nations¹¹⁹ that reflects the prevailing views on genocide at the time of the adoption of the Convention.¹²⁰

¹¹⁴ Akayesu Trial Judgement, ICTR, ¶516, ¶702.

¹¹⁵ Musema Trial Judgement, ICTR, ¶162.

¹¹⁶ International Commission of Inquiry in Darfur, Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General, 25 January 2005, ¶501.

¹¹⁷ Musema Trial Judgement, ICTR, ¶163; Rutaganda Trial Judgement, ICTR, ¶57 referring to the Summary Records of the Sixth Committee of the General Assembly of 21st September – 10th December 1948, Official Records of the United Nations General Assembly.

¹¹⁸ Jerry Fowler and William Schabas, *Genocide in International Law: A discussion with William Schabas*, United States Holocaust Museum, March 30 2004, accessed at <https://www.ushmm.org/confront-genocide/speakers-and-events/all-speakers-and-events/genocide-in-international-law-a-discussion-with-william-schabas>

¹¹⁹ Michael M. Gunter, *Turkey Past and Future: What is Genocide? The Armenian Case*, Assembly of Turkish American Associations, Middle East Quarterly, Winter 2013, p. 37.

¹²⁰ ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, Oxford University Press, 3rd. Edition, p. 109 et seq.

In this regard, the changes in the Law since 1948 harbor the possibility that the provisions in the Genocide Convention now merely serve as a “mandatory minimum” for the crime itself. For instance, in two notable examples where the Genocide Convention had “strictly” and “clearly” set forth a principle of territorial jurisdiction for the crimes of genocide (Article VI), as well as that of individual criminal responsibility (Article III), these dispositions have since been disregarded by new conceptions of International Law. As to territorial jurisdiction, the Supreme Court of Israel in the Eichmann case set forth an unchallenged rule articulating that states possess “the universal power” under customary international law to prosecute genocide, even if it did not occur within the confines of their jurisdiction. As to individual criminal liability, the International Court of Justice, in its Judgement on the Application of Genocide Convention, in the case of *Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, held that states –not only individuals– were liable for genocide – thus disregarding the strict

provision under Article III, which limited genocide responsibility to individuals.¹²¹ It thus follows that Article II of the Convention, setting forth the definition of genocide, is subject to the same scrutiny of interpretation as the other articles, in light of a new understanding of the Law, which can help determine the true scope of the groups englobed within the Convention itself.

An interpretation of a treaty must be done in accordance to the purpose for which the treaty was made. The Genocide Convention was written with the purpose to create obligations to criminalize genocide in each country, and promote international cooperation between countries to facilitate the prevention and punishment of the crime.¹²² “This is already made clear by the preamble, where the drafters, after declaring that genocide is a crime under international law, set out their conviction that ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge, international co-operation is required.’”¹²³ Since the Convention, there have been many major victim groups that have been targeted

¹²¹ In a clear example, Article VI of the Convention reads that “persons charged with genocide (...) shall be tried by a competent tribunal of the state in the territory of which the act was committed, or by such international penal tribunal as may have jurisdiction with respect to those Contracting Parties which shall have accepted its jurisdiction.” Yet, although the Convention was clear that only certain courts could try the commission of genocide (establishing a principle of territorial jurisdiction) the Israeli Supreme Court found that states possess “the universal power [...] to prosecute for crimes of this type” under customary international law. The Eichmann rule, generally unchallenged, considered that the provisions

of the Genocide Convention merely set “a compulsory minimum”, that did not affect customary international law. *See also* International Court of Justice, *Application of Genocide Convention, Bosnia Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgement of 27 February 2007, where the Court found that not only individuals were liable for genocide but also States could carry responsibility for it.

¹²² Eichman District Court Judgement, Criminal Case No. 40/61 ¶22.

¹²³ ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, Oxford University Press, 3rd. Edition, p. 109 et seq.

for mass destruction and who have not been able to benefit from the protection of genocide. This holds true in the case of Burundi, Indonesia, Cambodia, East Timor and Ethiopia, where relatively stable groups have been targeted for destruction, and yet the definition of genocide seems unlikely, given a technicality.¹²⁴ Only once did the U.N. General Assembly declare, based on the Genocide Convention, that genocide had occurred in the case of Sabra and Shatila.¹²⁵ This failure has been considered widely as a “deficiency” by the Genocide Convention. A compelling reason to broaden the definition of the crime of genocide finds ground on the fact that not allowing the expansion of the crime to other stable and permanent groups would contravene the purposes of the Genocide Convention itself.

Cumulatively, if interpreting the Convention in purview of its preparatory works, these do provide ample material to extract a possible intention by the drafters to protect other groups that share traits of stability and permanence. Like restrictivists, expansionists recognize that a reading of the Genocide Convention’s *travaux préparatoires*, evidences that the drafters of the Convention intended, early on, to limit the scope of genocide to only certain groups¹²⁶ out of a spectrum of human groups,

including “racial”, “religious” “national”, “economic”, “linguistic”, “political”, or “ideological” ones. There is little doubt, in that regard, that the crime of genocide was not meant to be applicable to all human groups; in fact, it is acknowledged that, initially, most nations unanimously agreed on solely protecting the groups that had been victimized during Nazi German (namely, religious, racial, and national groups), and it was later that discussions arose as to which other groups –if any– needed to be added to such list. However, unlike restrictionists, expansionists argue that it was necessary to find a more objective test to define which groups were truly deserving of inclusion.

In reading the discussion on this topic, it becomes clear that a criterion based on stability and permanence soon arose. The Lebanese and the Chinese Delegations first introduced the concept of “stable” and “permanent” groups during the meetings of the Ad-Hoc Committee, which drew a distinction between some groups and others in terms of the traits that defined them. Such a requirement would be echoed during the Sixth Committee, where at least 15 out of the 40 nations stated that the protected groups from genocide had to share some sort of “clear-cut”, “determinable” traits of “stability”, “homogeneity”, and “permanence” in which the

¹²⁴ Jonassohn, Kurt, “What is Genocide?” in Fein Helen (ed.), *Genocide Watch*. 1992. New Haven: Yale University Press, pp. 18-19.

¹²⁵ U.N. General Assembly Resolution A/RES/37/123 of 16 December 1982.

¹²⁶ United Nations General Assembly, Resolution 3rd Session of the Sixth Committee, p. 664.

members of the groups could not easily abandon it, or where the existence of the group was not dependent on a leader who could warrant protection from genocide. This requirement of meeting a certain level of stability served to neatly justify the inclusion of some groups and the exclusion of others,¹²⁷ most notoriously, political and economic groups, that were branded as groups to be excluded given their “mobile” nature. The UN Rapporteur at the time, Mr. B. White, stated that, in the end, the exclusion of political groups was what was most sought by the nations, particularly the USSR. Today, many agree that it was pursuant to this threshold of “permanence” and “stability” that the drafters of the Convention ultimately settled on the four groups reflected under Article II.¹²⁸

It is plausible to consider that the decision to only choose four groups under the Convention was not done as a manner to exclude others in the future, but rather, that the groups chosen for protection were merely the ones known at the time in response to the single phenomenon of the genocidal campaign in the Jewish Holocaust¹²⁹ during Nazi Germany.¹³⁰ This is supported as early as the birth of

the term genocide, with Lemkin’s writings, where Lemkin’s groups were only those that had in history been targeted against annihilation. It is also supported by the fact that the Convention was written, to an extent, under the “naive assumption [...] that, after the horrendous genocide of European Jews in the Second World War and the stiff punishment of many of its planners and perpetrators at the hands of criminal courts, contracting states themselves would not dare to engage in genocide.”

The question that remains is whether the four groups of stable and permanent traits chosen are exclusive of others that share traits of “stability”, “homogeneity”, and “permanence”. Yet, there is nothing in the Genocide Convention that would suggest the contrary for various compelling reasons. First, while the drafters of the Convention wanted to limit the scope of the crime, the delegations advancing that selection be based on stability and permanence made it relatively clear that “all groups” that had stable and characteristic features in common could be victims of genocide, especially given the disadvantage of their birth to a group which they could not easily renounce to.¹³¹

¹²⁷ Jelisić Trial Judgement, ICTY, ¶69.

¹²⁸ ANTONIO CASSESE, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, Oxford University Press, 3rd Edition, p. 109 et seq.

¹²⁹ TATIANA SAINATI, *A COMPARATIVE APPROACH TO GENOCIDE*, *DUKE JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, Vol. 62: 161 2012, p. 163.

¹³⁰ See Basic Principles of a Convention on Genocide Proposed by the Delegation of the Union of Soviet Socialist Republics on 5 April 1948, Ad Hoc Comm. on Genocide, art. I,

U.N. Doc. E/AC.25/7 (1948) (“The crime of genocide is organically bound up with Fascism-Nazism”); U.N. ECOSOC, Report of the Ad Hoc Comm. on Genocide, 4th mtg. at 10–11, U.N. Doc. E/AC.25/SR.4 (Apr. 15, 1948) (“The aim of the convention was to prevent a repetition of the atrocities perpetrated during the last war.”).

¹³¹ Claus Kreß, *The Crime of Genocide under International Law*, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW REVIEW*, Koninklijke Brill NV, 2006, p. 474.

In the words of the Polish delegate “genocide [is] (...) a crime committed against a group of people who ha[ve] certain stable and characteristic features in common.”¹³² Likewise, the delegate of Iran stated genocide was a crime that consisted on the destruction of a group of human beings that “had permanent characteristics such as race, nationality or religion”. The use of the determiner “such” and the preposition “as” denotes that the concepts of race, nationality, and religion were merely used as exemplifiers of groups with permanent and stable characteristics. In fact, one could argue this to be true, especially if one examines that during the drafting of the Convention, initially only three groups were perceived to meet the criterion of stability: these were national, racial, and religious groups. However, the drafters did not oppose the later inclusion of ethnical groups proposed by Sweden, as this group was viewed to display the same desired characteristics. Had the drafters thought

about other groups with these characteristics, it would have been difficult to exclude them.

Furthermore, Genocide Law has already changed substantially, denoting a trend in countries to adopt a more fitting definition of the crime.¹³³ Since the adoption of the Convention, many countries have changed the definition of genocide demonstrating that there is now an understanding shared that other human groups can also be the subject of genocide. For instance, France,¹³⁴ Andorra,¹³⁵ Burkina Faso,¹³⁶ the Czech Republic,¹³⁷ Finland¹³⁸, and Georgia¹³⁹ now protect “other” groups from genocide, including groups that are comparable to the ones in the Genocide Convention.”¹⁴⁰ Paraguay,¹⁴¹

¹³² A/C.6/SR.64

¹³³ ANTONIO CASSESSE, *INTERNATIONAL CRIMINAL LAW*, Oxford University Press, 3rd. Edition, p. 109 et seq.

¹³⁴ See Article 211-1 of the French Criminal Code, which reads: “[c]onstitue un génocide le fait, en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, racial ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre ou de faire commettre, à l'encontre de membres de ce groupe, l'un des actes suivants [...]”

¹³⁵ See Article 456 of Andorra’s Criminal Code, which states: “Celui qui, en exécution d'un plan préconçu visant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique ou religieux, ou d'un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, commet un des délits suivants, doit être puni [...]”

¹³⁶ See Article 313 of Burkina Faso’s Criminal Code.

¹³⁷ See Section 400 of the Czech Republic’s Criminal Code, which states that a person commits genocide when they have the intention “to completely or partially eradicate a racial, ethnic, national, religious, class, or other similar group of people.”

¹³⁸ See Chapter 11, Section 1 of Finland’s Criminal Code, which criminalizes genocide and protect under its definition “national, ethnic, racial, or religious groups or another comparable group.”

¹³⁹ See Article 407 of Georgia’s Criminal Code, which protects groups united by “any other signs.”

¹⁴⁰ See Article 407 of Georgia’s Criminal Code.

¹⁴¹ See Article 319 of Paraguay’s Criminal Code.

Peru,¹⁴² Switzerland,¹⁴³ Estonia,¹⁴⁴ and Lithuania¹⁴⁵ include social groups, or groups of social character or affiliation, in their definitions of genocide. Switzerland and Lithuania protect political groups, or groups with political affiliation, as do Colombia,¹⁴⁶ Ethiopia,¹⁴⁷ Ivory Coast,¹⁴⁸ Costa Rica¹⁴⁹, and Panama¹⁵⁰ (the latter two using the term “political belief”). Estonia,¹⁵¹ Ivory Coast,¹⁵² and Spain have further added unique groups not replicated in other jurisdictions, with Estonia protecting “groups resisting occupation”, Ivory Coast protecting “sectarian/denominational” groups, and Spain¹⁵³ including groups determined by the “disability” of its members. Canada has chosen to protect “identifiable groups of persons, as such, that, at the time and in the place of its commission, constitutes genocide according to customary international law or conventional international law or by virtue of its being criminal according to the general principles of law recognized by the community of

nations, whether or not it constitutes a contravention of the law in force at the time and in the place of its commission.”¹⁵⁴ Finally, while other countries like Israel or Bolivia define genocide in almost the same terms as the Genocide Convention, both countries’ courts have allowed other types of genocide to be prosecuted: in Israel, the Israeli District and Supreme Court stated that genocide was the extermination of “racial” “religious”, or “social” groups,¹⁵⁵ in Bolivia, the Bolivian Supreme Court upheld a conviction for genocide of the killings of a clandestine political group, known as the massacre of Harrington Street, which occurred in the 1980s, by extending genocide to cover massacres.¹⁵⁶

The interpretation broadening the protected groups would not necessarily contrive the principle of legality. The principle of legality, in conjunction with that of non-retroactivity, serve as two of the founding pillars of International Criminal Law,¹⁵⁷

¹⁴² See Article 319 of Peru’s Criminal Code.

¹⁴³ See Article 264(1) of Switzerland’s Criminal Code, which uses the term “political affiliation.”

¹⁴⁴ See Article 90 of Estonia’s Criminal Code.

¹⁴⁵ See Article 99 of Lithuania’s Criminal Code, which uses the term “political group”.

¹⁴⁶ See Article 101 of Colombia’s Criminal Code.

¹⁴⁷ See Article 281 of Ethiopia’s Criminal Code.

¹⁴⁸ See Article 137 of Ivory Coast’s Criminal Code.

¹⁴⁹ See Article 357 of Costa Rica’s Criminal Code.

¹⁵⁰ See Article 311 of Panama’s Criminal Code.

¹⁵¹ See Article 90 of Estonia’s Criminal Code.

¹⁵² See Article 137 of Ivory Coast’s Criminal Code.

¹⁵³ See Article 607 of Spain’s Criminal Code.

¹⁵⁴ See Section 4(3) of the Canadian Crimes Against Humanity and War Crimes Act of 2000.

¹⁵⁵ Eichmann District Court Judgement, Criminal Case No. 40/61 ¶17.

¹⁵⁶ García Meza *et al.* Supreme Court Judgement, 21 April 1993.

¹⁵⁷ Valentina Spiaga, Non-retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga, 9 *Journal of International Criminal Justice*, 2011, p. 11; Kenneth S. Gallant, “Legality as a Rule of Customary International Law: Non Retroactivity of Crimes and Punishments”, 14 June 2011, accessed at https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID1972296_co_de1560374.pdf?abstractid=1864930&mirid=1&type=2, pp. 74-77.

requiring countries to enforce it and not to depart from it in iota, as to avoid contravening fundamental rights of the accused. However, by its sole definition and nature, genocide is the “classic incomplete crime”, meaning that, given its definition, it will always need to be subject to analysis by judges.¹⁵⁸ This is especially supported if one analyzes how the scope of the *actus reus* of genocide has been interpreted. In a quintessential example, Article II of the Genocide Convention confines the definition of genocide to the five enlisted acts committed with the intent to destroy one of the protected groups. A narrow construction of the crime would suppose that any other acts committed, even if undertaken with the required genocidal intent, would fail to fall within the construction of the crime of genocide. Despite the constraint, both the ICTY and the ICTR have interpreted the scope of the acts as wider than listed by textual definition by allowing acts of sexual violence in the Rwandan context or acts of forced transfers in the Yugoslav wars to be considered a means of destruction of the ethnic Tutsi group, or the Bosnian-Muslims – albeit the acts of “rape” and “forced transfers” do not comfortably wield within the statutory actions described by Article II. It would be contradictory to an extent to allow a broadened interpretation of the

actus reus of the crime of genocide with regards to the acts that can constitute genocide, but not the groups that can be the subject of genocide – particularly if new human groups can fit the criteria of selection that most nations advocated for when vouching for the inclusion of national, ethnical, racial, and religious groups.

In addition, the principle of legality cannot be contravened if it is established that, at the time of the commission of a crime, customary international law reflected the establishment of a conduct as a crime at the time of the perpetration of the crimes.¹⁵⁹ This has been uncontested in the Eichmann Supreme Court Judgement, cited above, where the Supreme Court of Israel’s view, rather than overriding Article VI of the Genocide Convention calling for territorial jurisdiction, considered that the latter merely set “a compulsory minimum” regarding jurisdiction “which did not affect the existing jurisdiction of states under customary international law.”

Similar to the Eichmann judgement, it can be contended that regional customary international law might have changed in certain places of the world to contemplate the targeted killings of other stable

¹⁵⁸ Jerry Fowler and William Schabas, *Genocide in International Law: A discussion with William Schabas*, United States Holocaust Museum, March 30 2004, accessed at <https://www.ushmm.org/confront-genocide/speakers-and->

[events/all-speakers-and-events/genocide-in-international-law-a-discussion-with-william-schabas](https://www.ushmm.org/confront-genocide/speakers-and-events/all-speakers-and-events/genocide-in-international-law-a-discussion-with-william-schabas)

¹⁵⁹ Eichmann Appeals Judgement, Supreme Court of Israel p. 19.

groups, and, thus, Article II of the Genocide Convention sets “a compulsory minimum” regarding the protected groups. The transition from narrow groups to broadened ones suggests that, where the Genocide Convention contains deficiencies, customary law is capable not only of filling in the gaps, but also of exerting overriding legal force.”

C. Does International Customary Law to Date Accommodate the Protection of LGBTI Groups within the Scope of Genocide?

The decision to include or not groups based on sexual orientation as protected under the scope of genocide is based on the interpretation given to Article II of the Convention, in accordance with the black letter of the law and customary international law at the time that the text is interpreted.

Interpretations of the Genocide Convention will vary, and, as such, it will be hard for international criminal law to uniformly move forward, if it con-

fines the discussion of the groups protected by genocide solely to the interpretation of the groups under the Convention. Conversely, an analysis as to whether the protection of groups based on sexual orientation is deemed as customary international law is easier to analyze. Customary international law, formed by state practice¹⁶⁰ and *opinio juris*,¹⁶¹ enshrines the obligations that emerge from recurrent international practice and not directly from international treaties. *Opinio juris* is “the subjective element” of customary international law.¹⁶² It is met when the acts concerned amount to a constant practice, and when these acts are carried out in a manner that evidences the belief that this practice is obligatory by a rule of law.¹⁶³ This second condition is not fulfilled by habitual acts motivated by “courtesy, convenience or tradition, and not by any legal sense of duty”.¹⁶⁴ On the contrary this condition is met when the state concerned believes that they are complying to what amounts to a legal obligation. Conversely, state practice is considered to be the objective element of customary international law, and it has been defined as the behavior of a

¹⁶⁰ Mark Weisburd, *The International Court of Justice and the Concept of State Practice*, pp. 302-303. See also. *Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* ICJ Judgment of 3 June 1985, para. 27.

¹⁶¹ Malcom N. Shaw, *International Law* 80, (5th ed., Cambridge, 2003). See also *Case Concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, ICJ Judgment of 2 June 1985. *Case concerning questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, ICJ, 20 July 2012 (*Belgium v. Senegal*), p.6; Article 38(1)(b) of the Statute of the International Court of Justice.

¹⁶² *Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* Merits Judgment of 27 June 1986, para. 207.

¹⁶³ *Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* ICJ Judgment of 3 June 1985, para.77.

¹⁶⁴ *Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* ICJ Judgment of 3 June 1985, para.77. See also. *Lotus case*, PCIJ, Series A, No. 10, 1927, p. 28.

state regarding a particular issue that amounts to a direct action by, or that has a direct effect on, this state.¹⁶⁵

Proving that customary international law has advanced to protect LGBTI groups from genocide is difficult, largely because both state practice and *opinio juris* are not easily met. As to *opinio juris*, the International Court of Justice (“ICJ”) has stressed that, for it to exist, there must be shared, general, and uncontested understanding that an action or practice is mandatory under international law.¹⁶⁶ This is, consensus on the existence of a rule must be absolute. In its opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons Advisory Opinion, the ICJ turned to customary international law to examine whether there was a general rule under international law that indicated that it was illegal to use nuclear weapons. In examining various United Nations General Assembly (“UNGA”) resolutions, the Court agreed that there was a growing concern in the international community against the

use of nuclear weapons”.¹⁶⁷ But, for the ICJ, the fact that several UNGA resolutions on the threat of nuclear weapons had been adopted with abstentions or negative votes showed that, although a clear concern existed on the use of these weapons, this concern still “[fell] short of establishing the existence of an *opinio juris* on the illegality of the use of such weapons.”¹⁶⁸

In present time, there appears to be no shared understanding on the protection of groups based on sexual orientation. In Akayesu, the International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”) supported the protection of all stable and permanent groups, on the basis that these were the groups that the drafters of the Genocide Convention had intended to protect.¹⁶⁹ But the ICC, the ICJ, and the ICTY sustain that the four groups are exhaustive.¹⁷⁰ Similarly, while many countries allow LGBTI people to exist in peace, countries like Uganda, Russia, India, Saudi Arabia, and Iran prohibit, and some even punish with death, same-sex relations.¹⁷¹ Likewise,

¹⁶⁵ Weisburd, A. Mark, The International Court of Justice and the concept of State Practice, Journal of International Law of the University of Pennsylvania, Volume 31 Issue 2, 2009.

¹⁶⁶ See International Court of Justice, Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, July 8 1996, ¶67 stating that: “[T]he Members of the international community are profoundly divided on the matter of whether non-recourse to nuclear weapons over the past fifty years constitutes the expression of an *opinio juris*. Under these circumstances the Court does not consider itself able to find that there is such an *opinio juris*.”

¹⁶⁷ Nuclear weapons case, ICJ, paras. 254-258.

¹⁶⁸ *Id.*, at para. 71.

¹⁶⁹ Akayesu, Trial Chamber I, ICTR, para. 701. See also. Musema, Trial Chamber, ICTR, paras 162-163; Rutaganda, Trial Chamber, ICTR, para. 57.

¹⁷⁰ Omar Al Bashir, Pre-Trial Chamber I, ICC, ¶30. See also Krstić, Trial Chamber, ICTY, ¶554; Stakić, Appeals Chamber, ICTY, ¶21; Brđnin, Trial Chamber, ICTY, ¶736.

¹⁷¹ See Articles 145 and 146 of Uganda's Criminal Code. See also the Russian federal law for the Purpose of Protecting Children from Information Advocating for a Denial of Traditional Family Values, which is also known as the Gay Propaganda or the Anti-Gay Law; Section 377 of the Indian Penal Code; In Saudi Arabia, authorities, used The Hanbali jurist Mar'ibn Yūsuf al-Karmī al-Maqdisī on Liwat or sodomy,

the Russian Government emitted a federal law for the Purpose of Protecting Children from Information Advocating for a Denial of Traditional Family Values, known as the Anti-Gay Law which was created in order to prevent children from exposition to norms related to homosexuality in society, under the premise that these norms would violate the traditional family.¹⁷² This denotes that there is no universal understanding that creates a binding rule of customary international law, as States clearly do not react in a way that evidences that they are obliged by practice, to protect groups other than the four enshrined in article 2 of the Genocide Convention.

Further, even supposing that the requirement for *opinio juris* could be met, the same cannot be said when it comes to state practice. In the North Sea Continental Shelf case, the ICJ established that, for a rule to be considered as a rule of international law, it requires state practice. This includes that “states whose interests are specially affected” should have uniformly and extensively regulated a provision in the same manner; and this unification should have occurred in “a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved”.¹⁷³ The ICJ stressed that, while the

precise number of states necessary in order for state practice to exist is not specific, this will depend on whether or not there was a sufficiently extensive and representative number of states that carried out a practice in a consistent manner.¹⁷⁴

To date, no country yet recognizes the protection from the crime of genocide of LGBTI groups, with the exception of countries like France, Andorra or Ivory Coast, which allow the inclusion of groups with similar characteristics as those others under law. Further, the drafting of more recent texts criminalizing genocide, such as the Rome Statute, reflect careful consideration to exhaustively limit these groups, thus showing that most countries agree that this is the law that should rule international criminal matters.

Ultimately, this finding comes to show that, while the law might evolve, such is not the case right now, meaning that a claim as the one filed against the Chechens might have difficulty succeeding.

The term genocide is freely used by individuals, politicians, and even lawyers on an interchangeable

which is used to penalize those who engage in homosexual relations, as well as the second royal decree that authorized the Committee for the Promotion of Virtue and the Prevention of Vice to arrest and detain homosexual people; Iran Criminal Code Articles 121-126.

¹⁷² European Court blasts Russia 'gay propaganda' law, BCC news, 20 June 2017.

¹⁷³ Case concerning the Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta) ICJ Judgment of 3 June 1985, para. 74.

¹⁷⁴ Mark Weisburd, *The International Court of Justice and the Concept of State Practice*, p. 302.

ble basis when referring to crimes against humanity, war crimes, or other crimes that attempt against international humanitarian law. The free liberalization of the word is partly responsible for creating ample confusion as to the exact construction of genocide and to the scope of the crime. It is thus of the utmost importance to detangle what is genocide and what it is not.

However, while the non-trivialization of the crime of genocide remains important, the truth is that the definition of genocide has gone so far as to allow the purposeful destruction of stable permanent groups that the Genocide Convention sought to halt. In the case of homosexuals (for instance, the case of Chechnya, or other countries as Uganda), the systematic destruction of gay individuals to eliminate their group satisfies the criteria of genocide in all but in name. This was arguably also the case in East Timor, Cambodia, Indonesia, or Ethiopia, where the destruction of human groups was arguably done with the intent to destroy those groups, even though they were not racial, religious, national, or ethnical.

Therefore, it is important to be mindful of whether countries should want to move further with a broadened definition of genocide, as to avoid the continuation of atrocities that continue to occur, like the one in Chechnya. In the end, this will be a decision that countries will have to face in the years moving forward.

Lex sportiva: ¿El nuevo jugador en la cancha de fútbol de la sociedad internacional?

Juan Felipe Wills*

Resumen: *En el presente ensayo, pensaré a la sociedad internacional como si fuera una cancha de fútbol. El partido es uno de nunca acabar. El Estado lleva mucho tiempo jugando en la posición de delantero, y no hay indicio de que vaya a ceder su lugar. Sin embargo, nuevos jugadores se están poniendo la camiseta y empiezan a calentar. Algunos de ellos son los órdenes legales transnacionales como *lex sportiva*. Este orden, que regula todas las actividades concernientes al deporte a nivel global, es independiente del Estado en la creación, aplicación e interpretación de derecho. Es un nuevo jugador que podría evidenciar cómo la cancha de juego está cambiando, pues habría jugadores distintos al Estado. No obstante, considero que a la cancha le falta mucho todavía para transformarse del todo. Lo que veo es la conformación de un nuevo equipo con más jugadores que trabajan juntos entre sí. Si bien *lex sportiva* es autónomo, todavía necesita del Estado para jugar.*

Palabras clave: *Lex sportiva – rol – sociedad internacional – independencia del Estado – Derecho administrativo global*

Abstract: *In this essay, I will conceive the international society as if it were a football pitch. The match is one that never ends. The State has been playing for a long time in the forward position, and there is no indication that it is going to cede its place. However, new players are getting their shirts on and starting to warm up. Some of them are transnational legal orders, like *lex sportiva*. This order, that regulates all activities concerning global sport, is autonomous in the creation, application, and interpretation of law. It is a new player that could show how the field of the game is changing, as there would be players beside the State. Nonetheless, I consider that there is still a long way to go before the pitch is fully transformed. What I see is the conformation of a new team with more players that are working together. Even though *lex sportiva* is autonomous, it still needs of the State to play in the game.*

Keywords: *Lex sportiva – role – international society – State independence – Global Administrative Law*

* Abogado con Opción en Estudios Internacionales de la Universidad de los Andes en Bogotá, Colombia. Durante su pregrado, participó en el concurso Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition, donde obtuvo el premio al mejor orador en las rondas nacionales de Colombia, en el año 2016. Actualmente, se desempeña como profesor asistente de la cátedra de Derecho Internacional Público en la Universidad de los Andes y es asesor en la Dirección de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ministerio de Defensa Nacional de Colombia. Información de contacto: jf.wills10@uniandes.edu.co. Fecha de postulación del artículo: 26 de abril de 2018. Fecha de aprobación del artículo: 23 de junio de 2018

Introducción

¿Le ha metido el deporte global un gol al Estado? ¿Está el Estado entrando en un período de *time-out*? ¿Ha permitido el Estado a nuevos jugadores en la cancha? Estas preguntas son las que me surgen de evidenciar cómo, a partir de la globalización, se ha generado un nuevo tipo de regulación que trasciende al Estado. Un ejemplo de dicha regulación es el caso de la *lex sportiva*, o el régimen jurídico transnacional que regula todas las actividades concernientes al deporte a nivel internacional. Las federaciones internacionales de deportes, el Movimiento Olímpico y demás entes deportivos han emergido como instituciones que logran regular una actividad de manera independiente del Estado. En tal sentido, se pone en jaque la supremacía del Estado en la creación, aplicación e interpretación del derecho, así como su primacía en la sociedad internacional. Por tal motivo, en este ensayo me propongo cuestionarme si un régimen como la *lex sportiva* es un reflejo de que la sociedad internacional está mutando hacia una en la que los Estados no son lo principal. Para esto, debo también preguntarme si, en verdad, el régimen deportivo internacional de los deportes es autónomo. Al respecto, argumentaré que, si bien *lex sportiva* sí resulta ser un orden legal transnacional que goza de autonomía del Estado, esto no implica una completa transmutación de la sociedad internacional, pues los órdenes autónomos como

éste pueden seguir jugando en la misma cancha con los Estados.

Para lograr lo anterior, en primer lugar, haré referencia al concepto de sociedad internacional y analizaré algunas variaciones de dicha noción. Esto permitirá entender si es conceptualmente posible pensar una sociedad en la que participen jugadores distintos del Estado. En segundo lugar, explicaré el concepto de derecho administrativo global y enunciaré cómo éste ha permeado la *lex sportiva* y cómo esto contribuye al fortalecimiento de su legitimidad. En tercer lugar, argumentaré por qué considero que *lex sportiva* es un orden legal autónomo, esto sin perjuicio de sostener que es un jugador en la cancha que interactúa con el Estado. En cuarto lugar, en aras de fortalecer la idea de autonomía del orden, resaltaré el papel de la Corte de Arbitraje para el Deporte. En quinto lugar, con el mismo objetivo que el anterior, presentaré el caso de la atleta Dutee Chand como muestra de que este orden es auto-regulado, pero que esto puede conllevar ciertos inconvenientes. En sexto lugar, expondré las interacciones de *lex sportiva* con el Estado, sosteniendo así mi tesis de interacción entre regímenes. Por último, brindaré algunas conclusiones.

I. Sociedad internacional

Para empezar, debo mencionar que la noción de sociedad internacional no ha permanecido estática. En ese sentido, hay que analizar los diferentes estadios por los que ha pasado el concepto, para así poder aseverar en cuál de ellos nos encontramos en este momento. Así, será factible ubicar el ejemplo de la *lex sportiva* como un reflejo de una sociedad que posiblemente se aleja de la supremacía estatal.

Para esto, vale hacer mención de Hedley Bull, uno de los teóricos más importantes de las relaciones internacionales de siglo XX, y de su famosa obra “La Sociedad Anárquica”. Al respecto, dicho autor recalca que, a través de la historia, se han podido evidenciar tres grandes tradiciones de pensamiento en relación con la idea de una sociedad internacional: la tradición Hobbesiana o realista, la Kantiana o universalista y la Grociana o internacionalista (Bull, 1977, p. 23). En primer lugar, la tradición Hobbesiana, como afirma Bull (1977, p. 23), describe a las relaciones internacionales como un estado de guerra de todos contra todos, en donde los Estados se encuentran en un constante conflicto en el que priman los intereses nacionales de cada Estado sobre los otros; es un juego de suma-cero. Para esta tradición, la paz no es el estado constante de la sociedad internacional, sino el período de recuperación entre una

guerra y la otra. En otras palabras, para esta visión, el partido de fútbol es violento, hay mucha sangre, lesiones y cada jugador se vale por sí mismo. En esta concepción, como recuerda Bull (1977, p. 24), los Estados son libres de perseguir sus objetivos sin ninguna restricción moral o legal, pues lo que se piensa es que lo único que puede llegar a circunscribir el comportamiento de los Estados en la esfera internacional son las reglas de la prudencia y la conveniencia. En este sentido, puede haber acuerdos entre Estados, pero sólo serán cumplidos si resulta prudente y conveniente para los Estados cumplirlos.

En segundo lugar, la tradición Kantiana o universalista considera que, en oposición a la Hobbesiana, la naturaleza esencial de la política internacional yace no en el conflicto entre los Estados, sino en los vínculos sociales transnacionales que unen a los individuos, que son los sujetos o ciudadanos de los Estados (Bull, 1977, p. 24). Desde esta visión Kantiana, hay una relación meramente aparente entre los Estados, pues la verdadera relación subyacente en la sociedad internacional es aquella entre todos los individuos que forman parte de la humanidad. Ahora bien, Bull (1977, p. 25) recuerda que, también en oposición a la visión Hobbesiana, la tradición universalista considera que existen unos imperativos morales en las relaciones internacionales que limitan la actuación de los Estados, pero dichos imperativos no implican

coexistir y cooperar con los Estados, sino más bien derrocar el sistema de Estados vigente e instaurar una sociedad cosmopolita.

En tercer lugar, se encuentra la visión Grociana o internacionalista, que puede ubicarse en una línea media entre las tradiciones Hobbesiana y Kantiana. Bull (1977, p. 25) afirma que esta tradición describe a la política internacional en términos de una sociedad de Estados o sociedad internacional. Recalca que, en contraposición a los Hobbesianos, los Grocianos no creen que los Estados se encuentren en un escenario de conflicto perpetuo, sino que están limitados a los conflictos los unos con los otros por reglas comunes e instituciones, así como por reglas e imperativos morales y no solamente prudencia o conveniencia (como creen los Hobbesianos). Además, Bull señala que, contrario a lo que opinan los Kantianos, los Grocianos aceptan la premisa Hobbesiana de que los Estados soberanos son la realidad predominante en la política internacional, por lo que son éstos los grandes miembros de la sociedad internacional. Ahora bien, en relación con la conducta de los Estados, la visión Grociana prescribe que los Estados se comportan de acuerdo con las reglas e instituciones de la sociedad de la que hacen parte (Bull, 1977, p. 25).

Ahora bien, Bull (1977, p. 26) recuerda que estas visiones de lo que sería la sociedad internacional han tenido sus variaciones a lo largo de la historia, pero enfatiza en que la tradición Grociana es la que siempre ha estado presente en el pensamiento relacionado con el sistema de Estados. Adicionalmente, el autor afirma que sí hay un componente de realidad en aseverar que existe una sociedad internacional, puesto que no se puede afirmar que, en alguna etapa, la concepción de los intereses comunes de los Estados, de reglas comunes aceptadas por ellos e instituciones comunes creadas por los mismos, haya dejado de tener influencia.¹

De tal manera, puedo evidenciar con lo anterior que, en todas las visiones acerca de lo que sería la sociedad internacional, el Estado juega un papel determinante. Bien sea para darle fundamento a la sociedad como su actor principal o no, el Estado y el poder con el que se relaciona resultan ser uno de los factores cruciales para analizar la presencia o no de una sociedad internacional. De cualquier modo, hay que señalar que autores más recientes, como Alarcón, Otálora y Machado, han optado por una nueva lectura e interpretación, que sostiene que el papel del Estado en la sociedad internacional ha estado en disputa a lo largo de la historia (Alarcón, Otálora y Machado, 2015, p. 61).

¹ Esto no implica que no haya habido momentos en que la noción de sociedad y de aceptabilidad de reglas e institucio-

nes comunes haya estado en peligro, pero esto no ha sido suficiente como para afirmar que la sociedad ha dejado de existir.

En ese orden de ideas, los mencionados autores recuerdan que ha sido un lugar común en ciertos sectores de la doctrina, el afirmar que desde la Paz de Westfalia de 1948, la sociedad internacional es la que se compone primordialmente de los Estados, y que solamente es ahora –recientemente– con los procesos de globalización y desarrollo del derecho internacional, que dicha supremacía estatal se ha empezado a debilitar. Consideran, pues, que no siempre primó ni ha primado la idea de una sociedad internacional compuesta exclusivamente por Estados (Alarcón, Otálora y Machado, 2015, p. 61). Para sostener esto, tienen en cuenta la teoría de Hugo Grocio, pero recalcan que su noción de sociedad internacional parte del apetito del hombre por socializar. Esto hace, entonces, que dicha sociedad no estuviera solamente enmarcada en la soberanía del Estado de forma impenetrable. Por el contrario, afirman que esta es una concepción de una sociedad cosmopolita (Alarcón, Otálora y Machado, 2015, p. 66-67). En tal sentido, la tradición Grociana, e incluso desde mucho atrás (desde Vitoria y Suárez), “la estricta separación entre individuo y Estado no existía en la literatura jurídica, y se concebía una sociedad internacional en función de las personas” (Alarcón, Otálora y Machado, 2015, p. 70).

Adicionalmente, Alarcón, Otálora y Machado (2015, p. 73-75) presentan algunos de los debates contemporáneos sobre la sociedad internacional.

Relatan que, acerca de esto, hay dos grandes visiones. Por un lado, las visiones liberales consideran que no hay un esquema de valores subyacente a la sociedad internacional, distinto de la coexistencia pacífica y supervivencia de individuos. Entonces, se busca encontrar un equilibrio entre los sujetos que son primordialmente los Estados, por lo que su voluntad es lo más importante. Por otro lado, mencionan las visiones constitucionales, que sostienen que sí hay un esquema de valores subyacente y compartido por la sociedad internacional. Estas visiones, como recuerdan los autores, disminuyen el rol decisivo del Estado en la formación del derecho y se ven mucho más dispuestas a traspasar el velo de la soberanía estatal en lo que concierne a la regulación.

Sin embargo, los autores señalan que estas dos grandes visiones no alcanzan a abarcar completamente todas las teorías sobre la sociedad internacional. Por ejemplo, consideran que estas visiones no capturan las nuevas teorías que le restan importancia al derecho internacional, como lo son el derecho administrativo global o las redes regulatorias transnacionales, aspectos fundamentales para este trabajo. No obstante, los autores afirman, y concuerdo con ellos, en que estas concepciones también tienen elementos de las dos grandes visiones explicadas. Particularmente, el derecho administrativo global, que busca la creación de un conjunto de elementos que puedan evitar la

arbitrariedad a nivel de gobernanza global y las redes regulatorias que buscan la cooperación e interacción entre las soberanías desagregadas de reguladores, jueces, etc. tienen muchos aspectos constitucionales, en el sentido que intentan negar la primacía de la voluntad estatal en la formación, aplicación, y transformación del derecho internacional (Alarcón, Otálora y Machado, 2015, p. 75).

Con base en lo anterior, puedo decir que: (i) han existido y existen diferentes nociones sobre la sociedad internacional; (ii) el rol del Estado en la sociedad es definitorio para la concepción de la misma; (iii) actualmente, predomina la teoría de la primacía estatal en la sociedad; pero (iii) esto no ha sido siempre así ni tampoco es exclusiva dicha visión; y (iv) nuevas teorías que le restan importancia a la voluntad estatal, especialmente en la creación del derecho y regulación, han emergido. Dichas teorías, como el derecho administrativo global, que explicaré a continuación, permiten dar cuenta de cómo un orden legal ajeno al Estado, como lo podría ser *lex sportiva*, podría representar una sociedad internacional que se aleja de la supremacía estatal.

II. Derecho administrativo global

Con la globalización, han surgido nuevas formas de regulación y de gobernanza que tienen un alcance verdaderamente mundial. Una de ellas son

las nuevas formas de la administración global. A raíz de esto, ha nacido el concepto de derecho administrativo global (en adelante “DAG”). Al respecto, Kingsbury, Donaldson y Vallejo (2016, p. 8) mencionan que el DAG son las normas relacionadas con la transparencia, participación, razonabilidad, revisión y reconsideración y *accountability* de los tomadores de decisiones en la arena internacional. Entonces, esto significa que estas normas y principios mencionados anteriormente, que provienen del derecho público administrativo de los sistemas nacionales, se han trasladado a la esfera global, donde ahora se exige de igual manera que haya cierto tipo de procedimiento, publicidad y justicia en las tomas de decisiones.

En ese sentido, el DAG contiene un requisito de *lo público o publicness*. Esto implica que su contenido se encuentra en los principios del derecho público, como lo son la legalidad, la racionalidad, la proporcionalidad, el estado de derecho y el respeto por los derechos humanos (Urueña, 2016, p. 17). De tal forma, es posible darle al DAG un contenido normativo y justificarlo como derecho. Es así que Urueña (2016, p.17) afirma que el DAG puede ser considerado como derecho e invocar una legitimidad normativa de este orden legal. Así, resulta peculiar que a través de esta manera de regulación, que nace en el seno de las instituciones globales, se crea un régimen que tiene cierta

legitimidad normativa, como el derecho nacional, y no es proveniente del Estado.

Ahora bien, las nuevas formas de administración global pueden tomar diversas formas. De Bellis (2015, p. 413), menciona que los estudiosos del DAG han podido identificar cinco tipos diferentes de administración que trascienden al Estado. Éstas son: la administración por organizaciones internacionales oficiales, la administración basada en la acción colectiva de las redes transnacionales de funcionarios gubernamentales, la administración distribuida, la administración híbrida intergubernamental/privada y la administración por instituciones privadas con funciones de regulación. Lo interesante de estas nuevas normas globales es, como menciona De Bellis (2015, p. 414), que la aplicación de éstas se aparta del modelo tradicional del derecho internacional. Es así, ya que no surgen por la ratificación de tratados o por la emergencia de costumbre internacional, sino que se configuran simplemente como *soft law* voluntario (De Bellis, 2015, p. 414), que resulta ser altamente efectivo y aplicado.

Lo anterior se puede ver en el caso de las normas que regulan el deporte, como en las normas relativas al *doping*. Por ejemplo, en relación con la exigencia de decisiones razonadas, Kingsbury, Stewart y Kirsch (2010, p. 26), recuerdan que “en el régimen anti-doping global, una decisión escrita y razonada ha sido tomada como requisito

para tomar medidas contra un atleta particular”. A su vez, en materia de revisión de las decisiones, los autores recalcan el establecimiento de una Corte de Arbitraje para el Deporte, en la cual los atletas que están en un proceso de doping pueden apelar. Esto se encuentra en consonancia con una de las características extensamente aceptadas en derecho administrativo doméstico, la cual es el derecho a que una decisión de un organismo administrativo que afecta los derechos de una persona pueda ser revisada por otra corte o tribunal independiente (Kingsbury, Stewart y Kirsch, 2010, p. 27). Así, veo presente el DAG en la *lex sportiva*.

Teniendo en cuenta esto, puedo afirmar que el lenguaje del DAG permite dar cuenta de: (i) la existencia de un conjunto de reglas y principios de derecho público administrativo doméstico que se han trasladado a la esfera internacional; y que (ii) estas reglas y principios se han aplicado en un orden legal transnacional, como lo es *lex sportiva*. De tal manera, como el DAG, que no es un orden normativo proveniente del Estado, ha permeado la *lex sportiva*, puedo decir que en tanto ésta siga cumpliendo cabalmente con el DAG, se podría fortalecer la idea de que el Estado ha perdido su estatus como el jugador principal, para dar paso a nuevos jugadores que ahora conforman la sociedad internacional.

III. *Lex sportiva*: ¿Un orden legal autónomo?

La globalización del deporte ha tenido varios impactos significativos en lo que tiene que ver con la regulación internacional del mismo. El deporte es una actividad que, sin lugar a dudas, trasciende las fronteras nacionales y requiere, pues, de una regulación especial. Dicha regulación no ha tenido como fuente primaria los canales tradicionales de formación del derecho internacional. En cambio, se ha visto influenciada por distintos entes, en su mayoría privados, pero a veces también híbridos público-privados, que ponen en jaque la noción de una sociedad internacional en la que los sujetos principales y quienes establecen su marco normativo son únicamente los Estados.

En este sentido es que se ha considerado la existencia de un régimen jurídico especial concierne al deporte a nivel global. De manera genérica, se le ha denominado *lex sportiva* a este orden que regula todas las situaciones relacionadas con actividades deportivas. Sin embargo, es importante precisar el concepto, pues autores como Ken Foster hacen una distinción entre *lex sportiva* o derecho global de los deportes y un derecho internacional deportivo. Para el mencionado autor, el concepto de derecho internacional deportivo tiene una estrecha relación con el derecho internacional público. Así, el derecho internacional deportivo resulta ser el conjunto de principios de derecho

internacional público aplicables al deporte, pero que también incluye las garantías constitucionales presentes en la democracia, tales como la existencia de reglas claras, procedimientos justos y no arbitrarios, decisiones racionales e imparciales, entre otros (Foster, 2003, p.2).

En cambio, el derecho global de los deportes puede definirse como el orden legal transnacional y autónomo que ha sido creado por las instituciones globales privadas que gobiernan el deporte internacionalmente (Foster, 2003, p. 2). De tal manera, éste es al que conceptualmente debe denominarse *lex sportiva*, según Foster. Este autor considera que las dos características fundamentales de este orden son: (i) que es un orden contractual que surge a partir de los acuerdos que le dan autoridad y jurisdicción a las federaciones internacionales de deportes y (ii) que no está gobernado por los sistemas legales nacionales (Foster, 2003, p. 2). Así, *lex sportiva*, entendido de esta forma, es el nuevo jugador autónomo del Estado que entra a jugar en la cancha.

Ahora bien, debo mencionar otros tres elementos fundamentales que forman parte del derecho global deportivo. Hay que recalcar que este derecho: (i) se compone de normas transnacionales generadas por las prácticas y reglas de las federaciones internacionales; (ii) tiene una jurisprudencia única y diferente de aquella de las cortes nacionales, proveniente de la Corte de Arbitraje para el

Deporte y (iii) que es constitucionalmente independiente de la ley nacional (Beloff, 1999, citado por Foster, 2003, p. 8). Con estos elementos en mente, puedo afirmar que este derecho goza de autonomía respecto del Estado y, por tanto, es entendible que reclame inmunidad frente al mismo.

Adicionalmente, Cassini (2015, p. 2) menciona que las reglas del deporte son genuinamente derecho global, porque tienen un alcance en todo el mundo, involucran los niveles doméstico e internacional y afectan directamente a los individuos (en este caso, los atletas). Para afirmar esto, relata algunas de las instituciones y reglas que forman parte de la *lex sportiva*. Dicho *corpus* está compuesto por la Carta Olímpica, el Comité Olímpico Internacional, la Agencia Mundial Anti-Doping, el Código Mundial Anti-Doping, la Convención de la UNESCO contra el Doping en el Deporte y las Federaciones Internacionales de Deportes que regulan de manera exclusiva un deporte a nivel mundial, como la FIFA o la ITF (Federación Internacional de Tenis, por sus siglas en inglés).

En este punto, hay que tener en cuenta varias precisiones. Primero, que la Carta Olímpica es un acto privado el cual todos los Estados cumplen (Cassini, 2015, p. 2). Segundo, que la Agencia Mundial Anti-Doping que adoptó el Código Mun-

dial Anti-Doping es una agencia internacional independiente compuesta y financiada igualmente tanto por los movimientos deportivos como por los gobiernos (WADA, 2017). Siendo así, es un ente híbrido público-privado que genera una regulación transnacional que se aplica en todo el mundo, pues las prácticas y reglas Anti-Doping han tenido una gran acogida. Tercero, que las Federaciones Internacionales adoptan ciertas regulaciones concernientes a los deportes respectivos que regulan y administran, las cuales tienen un verdadero alcance global. De hecho, no en pocas ocasiones, estas reglas se adoptan de manera interna en cada Estado. Además, esto tiene sentido, pues la regulación de cada deporte debería ser específica y unificada.

Por otra parte, Cassini (2015, p. 4-6) menciona que las instituciones que regulan el deporte han alcanzado un nivel de interconexión tan alto que se ha generado una verdadera “red” global del deporte. Afirma que esta estructura tiene como base no solamente una serie de normas de *soft law*, sino que también se encuentra caracterizada por las relaciones inter-institucionales. Es así, ya que la organización de las instituciones deportivas consiste de múltiples estructuras piramidales a la par de estructuras horizontales, que se formalizan en diversos grados.² En virtud de estas interacciones

² En este punto, vale recalcar que el Comité Olímpico Internacional es la autoridad suprema en lo que se denomina el

Movimiento Olímpico Internacional. El capítulo 1, artículo 1 de la Carta Olímpica establece que el Comité es la cabeza del

entre las instituciones deportivas es que se puede hablar de un sistema o régimen global de los deportes. Por ejemplo, el grupo de instituciones deportivas internacionales, como el Comité Olímpico Internacional, la Agencia Mundial Anti-Doping, la Corte de Arbitraje para el Deporte, las más de cien Federaciones Internacionales y las miles de instituciones nacionales (comités olímpicos nacionales, agencias anti-doping nacionales y federaciones nacionales), se encuentran reguladas en detalle por documentos como la Carta Olímpica o el Código Mundial Anti-Doping, lo que le brinda elementos estructurales que permiten asumir la existencia de un sistema (Cassini, 2015, p. 6). De manera particular, vale señalar que Cassini enfatiza en que este sistema tiene 3 características que, a mi modo de ver, sirven para otorgarle legitimidad normativa y declarar que tiene autonomía: (i) que nace una red institucional, como ya he mencionado; (ii) que hay un crecimiento de las tareas administrativas y mecanismos procedimentales, lo que relaciono con la aplicación del DAG en *lex sportiva* que ya he explicado y (iii) que hay un rol clave de los cuerpos cuasi-judiciales, pues cada vez hay más necesidad

de sistemas centralizados que se encarguen de la revisión de las decisiones deportivas. Tal es el caso de la Corte de Arbitraje para el Deporte y los tribunales dedicados a la apelación de penas impuestas por Federaciones Nacionales o Internacionales (Cassini, 2016, p. 6-8).

En virtud de lo anterior, puedo sostener que: (i) *lex sportiva* es un orden legal independiente del Estado; que (ii) ha generado una verdadera red global de la regulación del deporte y sus instituciones a nivel mundial. Para reforzar la idea de autonomía de este régimen, a continuación presentaré dos ejemplos concretos que dan cuenta de ello. Éstos son la existencia de una Corte de Arbitraje para el Deporte y la auto-regulación que se puede evidenciar en el caso de la atleta Dutee Chand

IV. Corte de Arbitraje para el Deporte

El establecimiento de una Corte de Arbitraje para el Deporte en 1984, con un alcance verdaderamente global, es un gran paso hacia la autonomía

movimiento que abarca las organizaciones, atletas y demás personas que se ajusten a la Carta. El artículo 2 del mismo capítulo señala que el Movimiento consta de tres partes constitutivas, que son el Comité, las Federaciones Internacionales y los Comités Olímpicos Nacionales. A su vez, el capítulo 1, artículo 3 establece que además de lo anterior, hacen parte del movimiento las federaciones nacionales deportivas, el comité

organizador de los juegos, los clubes, las personas dependientes de las federaciones, atletas, así como todos los jueces, árbitros, entrenadores, personal oficial y técnico del deporte (Carta Olímpica, 2004, capítulo 1). De esta manera, puedo evidenciar una estructura del deporte a nivel global que tiene en su centro al Comité Olímpico Internacional y su Carta Olímpica.

de un régimen deportivo global. Como en los sistemas jurídicos nacionales, es de vital importancia tener un órgano o una rama del poder público que se dedique a la aplicación e interpretación de las normas. Considero que esta Corte cumple con dichas características, dándole así fortaleza al sistema de *lex sportiva*. Al respecto, Fach (2015, p. 112) establece que la globalización ha creado nuevos instrumentos informales de regulación y que el arbitraje resulta ser una herramienta eficiente para hacerlos cumplir. En este orden de ideas, el arbitraje que se lleva a cabo en la Corte para el Deporte es un mecanismo para hacer cumplir las normas, principios y regulaciones que emergen en *lex sportiva*.

Sobre la Corte, vale decir que: (i) es una institución independiente de cualquier tipo de organización deportiva que tiene como propósito facilitar el arreglo de disputas relacionadas al deporte a través del arbitraje o la mediación con reglas procedimentales específicas adaptadas al mundo deportivo;³ (ii) tiene 300 árbitros de alrededor de 87 países, elegidos por sus conocimientos de arbitraje y derecho deportivo; (iii) recibe alrededor de 300 casos al año; (iv) resuelve disputas legales a través de laudos que tienen la misma fuerza ejecutoria que las sentencias de cortes ordinarias; (v) las disputas pueden ser relacionadas al deporte de

manera directa o indirecta, por ejemplo, pueden ser sobre contratos comerciales, problemas de patrocinadores, disputas disciplinarias, casos de *doping*, reglas de juego, etc.; (vi) puede acceder a la Corte cualquier individuo o persona jurídica con capacidad para actuar, tales como atletas, clubes, federaciones deportivas, organizadores de eventos deportivos, patrocinadores, compañías de televisión, entre otros; (vii) para que una disputa pueda ser sometida a la Corte, las partes deben consentir por escrito; (viii) puede adelantar procedimientos ordinarios o también apelaciones; (ix) el derecho aplicable es el que las partes elijan libremente o, en su defecto, el derecho suizo, si es un caso ordinario (problemas contractuales o daños); en el contexto de apelaciones, los árbitros decidirán con base a las regulaciones de primera instancia; (x) los laudos son obligatorios para las partes desde el momento en que son comunicados y pueden ser ejecutoriados de acuerdo con la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 y (xi) los laudos son apelables por motivos muy limitados, como falta de jurisdicción o violación de reglas procedimentales elementales, ante el Tribunal Federal Suizo (CAS, 2017).

Ahora bien, dicha Corte tiene una gran acogida y ha resultado ser el órgano al que se acude cuando

³ El procedimiento es aquél del Código de Arbitraje Deportivo.

se busca resolver disputas deportivas. Muchas Federaciones Internacionales, por ejemplo, en sus propias regulaciones, establecen que las disputas y apelaciones deberán dirigirse ante la Corte. Al respecto, Fach (2015, p. 125) recuerda que artículos como el 61.2 de la Carta Olímpica, el 64.3 de los Estatutos de la FIFA de 2014, el 15 de la Constitución de la IAAF⁴ y el 13 del Código Mundial Anti-Doping de 2015, establecen que la única autoridad que resolverá las disputas deportivas de manera obligatoria será la Corte de Arbitraje para el Deporte. Sin embargo, las federaciones pueden retener jurisdicción sobre ciertos temas específicos. Es el caso de la FIFA, que retiene jurisdicción para tratar sobre disputas que tengan que ver con las reglas del juego del fútbol o las suspensiones de hasta cuatro partidos (Estatutos de la FIFA, 2016, artículo 58).

Adicionalmente, Cassini (2010, p. 11) enuncia que la Corte de Arbitraje para el Deporte tiene un papel tripartito en la creación de la *lex sportiva*, lo que, a mi juicio, fortalece también la noción de su estatus en la cancha como un jugador no-estatal, autónomo, auto-contenido y auto-reflexivo. Según el dicho autor, la Corte permite el desarrollo de principios legales comunes, pues, general-

mente, los laudos hacen referencia al derecho internacional público y a principios que harían parte de un derecho deportivo. A su vez, ésta contribuye a la interpretación del derecho deportivo y tiene influencia sobre la creación de normas, puesto que, si bien sus laudos no generan un precedente, las decisiones sí han mostrado ser coherentes con su propia jurisprudencia. Por último, la Corte ayuda a la armonización de las normas globales a través del procedimiento de apelaciones, ya que es el “órgano de cierre” del deporte mundial. Recibe las apelaciones de los casos que se han tratado en las federaciones o comités nacionales de todo el mundo.⁵

Con base en lo anterior, puedo sintetizar, en relación con la Corte, que: (i) es una institución que forma parte de la red global de *lex sportiva*; (ii) tiene autonomía y alcance global; (iii) sus laudos pueden ser ejecutoriados a través de la Convención de Nueva York y (iii) contribuye a la formación y consolidación de un derecho global de los deportes. Todo esto, en mi opinión, le brinda una fortaleza a la autonomía del régimen de *lex sportiva*. La Corte es un factor esencial en dicha aseveración, puesto que un orden legal verdaderamente ajeno al Estado debe tener un órgano global

⁴ Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo, por sus siglas en inglés.

⁵ Vale agregar que esta Corte se basa sobre el consentimiento de las partes. Generalmente, los estatutos y regulaciones de

cada institución deportiva establecen una clausula *ad hoc* para acceder a la Corte (Cassini, 2010, p. 17).

de resolución de disputas independiente, que sea la cara (cuasi) judicial del mismo.

V. Inconvenientes de la autorregulación: el caso Dutee Chand

Dutee Chand es una atleta de la India. Tiene una condición médica llamada Hiperandrogenismo, lo que significa que tiene niveles excesivos de andrógenos en su cuerpo. Particularmente, tiene un nivel de testosterona (que es un andrógeno) significativamente alto en comparación con otras mujeres. Dicha hormona, que se presenta con mayor nivel en los hombres es la que se encarga de la caracterización de los rasgos masculinos en la pubertad, de favorecer la tonificación muscular, la fuerza, el crecimiento del vello e incluso el mayor rendimiento físico.

Ahora bien, en virtud de que las competencias deportivas generalmente se dividen por sexos (hombres y mujeres), las instituciones deportivas han optado por regular lo concerniente a las personas que tienen niveles hormonales fuera de lo común, como Chand. Por ejemplo, la IAAF tiene unas regulaciones sobre la elegibilidad de las mujeres que poseen Hiperandrogenismo para competir en competencias femeninas (CAS, 2014, párrafo 4). Dichas regulaciones establecen criterios restrictivos cuando una mujer tiene altos niveles de testosterona, puesto que esto podría significar una

ventaja significativa sobre las otras competidoras con niveles de testosterona normales (es decir, bajos). Con base en estas regulaciones, la atleta Chand fue suspendida el 31 de agosto de 2014 de participar en competencias deportivas femeninas, luego de establecerse que sufría de Hiperandrogenismo (CAS, 2014, párrafo 27).

Como era de esperarse, la atleta no guardó silencio y solicitó la revocatoria de la decisión. Sostuvo que no la podían penalizar por una condición completamente natural de su cuerpo, la cual ella no buscó contribuir de ninguna forma, pues no cometió *doping* (CAS, 2014, párrafo 29). Decidió apelar a la Corte de Arbitraje para el Deporte para invalidar las regulaciones de la IAAF sobre el tema. Entonces, al recibir el caso, el panel de arbitramiento debió pronunciarse sobre si las regulaciones de Hiperandrogenismo discriminaban de una manera impermissible frente a las atletas mujeres por sus características físicas naturales o su sexo (CAS, 2014, párrafo 32). A la hora de resolver el caso, los árbitros tomaron una postura bastante peculiar. Decidieron emitir un laudo provisional (“*interim award*”) en el que ordenaron la suspensión por 2 años de las regulaciones sobre Hiperandrogenismo. Lo anterior se debió a que la IAAF no cumplió con la carga probatoria de demostrar que las regulaciones eran proporcionales y necesarias para cumplir el objetivo legítimo de organizar competencias femeninas deportivas que

aseguren la justicia (CAS, 2014, párrafo 547). Además, le dieron oportunidad a la IAAF para presentar las pruebas suficientes, so pena de declarar las regulaciones nulas definitivamente.

De esta manera, el debate sigue abierto. Prontamente, la Corte deberá decidir sobre el particular, si la IAAF presenta las pruebas pertinentes que permitan dar cuenta de la validez de las regulaciones. Por ahora, vale decir que este ejemplo de la regulación que surge de manera autónoma de los organismos deportivos puede llegar a plantear ciertos problemas y afectar directamente la vida de los atletas. En este caso, puedo evidenciar cómo un régimen legal transnacional auto-regulado (predominantemente privado) trae a colación debates que deberían darse en la esfera de lo público. Me refiero a las clásicas dicotomías hombre-mujer y al hecho de penalizar a una persona por factores que son completamente externos a su voluntad, como su conteo de hormonas. En este punto, hay que tener en cuenta que resultan muy problemáticas, a mi modo de ver, este tipo de regulaciones, que dejan por fuera ciertas realidades. Por ejemplo, hay hombres con bajos niveles de testosterona, pero a ellos no se les hacen exámenes para determinar su conteo normal y ver si hay algún tipo de ventaja o de desventaja. Además, ¿si a un hombre le encontraran un nivel mucho más alto de testosterona que a sus demás compañeros, debería ser también suspendido? ¿No influyen

muchos más factores en el rendimiento de un atleta?

Con lo anterior, puedo demostrar que: (i) *lex sportiva* es un régimen autónomo en el cual se crean sus propias regulaciones; (ii) que pueden llegar a ser muy controversiales; (iii) que no se dejan de lado debates que se presentan cotidianamente en la esfera pública en el contexto de un Estado. Por lo tanto, el orden legal transnacional debe también ocuparse de temas tan sensibles como el del caso Chand. Debe hacerlo de manera independiente del Estado, pero buscando siempre respetar aspectos tan fundamentales como la no discriminación. Solo así podrá erigirse como un orden ajeno al Estado, pero que goza de legitimidad.

VI. Interacción Estado – *lex sportiva*

Hasta aquí, he argumentado cómo *lex sportiva* resulta ser un orden legal transnacional autónomo. Esto lo convertiría en un nuevo jugador que haría que la cancha de fútbol, que es como veo en este ensayo la sociedad internacional, cambie. No obstante, no considero que esto sea necesariamente así. Veo la cancha como una interacción entre el delantero, que es el Estado, y otros jugadores que entran a jugar. *Lex sportiva* es uno de estos nuevos jugadores que nacieron, crecieron y se entrenaron de manera autónoma, pero que en la cancha

no van a jugar por sí solos. Por el contrario, necesitan del delantero para hacer un gol.

Para sostener lo anterior, debo mostrar entonces cómo el Estado y *lex sportiva* interactúan en la cancha de juego, es decir, en la sociedad internacional. Primero, como menciona Cassini (2015, p. 2), las leyes nacionales “observan” el sistema de normas producido por las instituciones deportivas internacionales y los Estados cumplen con las provisiones que se encuentran en los documentos fundacionales del sistema deportivo. A su vez, recuerda el autor que las normas nacionales generalmente hacen referencia a la Carta Olímpica, e incluso ésta se ha visto incorporada en legislaciones domésticas.

Segundo, en algunos aspectos, los mismos Estados forman parte del sistema de *lex sportiva* y contribuyen a su formación y consolidación como régimen autónomo, auto-contenido y auto-regulado. Éste es el caso de la Agencia Mundial Anti-Doping que, como ya he mencionado anteriormente, se compone de privados y de gobiernos. Esto muestra como incluso el Estado brinda su consentimiento y acepta la existencia y legitimidad de este orden legal. Tercero, Cassini (2015, p. 6) recalca que es posible identificar ciertas características comunes en todos los sistemas legales nacionales, en lo que concierne al deporte. Por ejemplo, entre éstas está el otorgamiento de naturaleza jurídica de derecho público a las agencias

nacionales anti-*doping* o el alto grado de involucramiento de las autoridades públicas de una ciudad o país sede en las juntas directivas organizadores de juegos deportivos.

Cuarto, el autor Klaus Dieter Wolf considera que un sistema supuestamente autónomo, como lo es *lex sportiva*, que es un reflejo de lo que sería una verdadera autorregulación privada, solamente puede adquirir dichas funciones constitucionales en virtud de que está al alcance de un orden internacional inter-estatal (Dieter Wolf, 2014, p. 291). Es así, pues es el sistema de Estados basado en su consentimiento, el que, a fin de cuentas, le puede otorgar validez o negarse a reconocérsela. Además, Dieter Wolf (2014, p. 295) afirma que la autonomía del deporte opera plenamente en el marco contextual generado por el derecho internacional. Según él, esto no es algo que fue conferido de manera *ex ante*, sino que el espacio en el que el sistema se ha podido desarrollar es uno generado por el Estado. En palabras de mi analogía de la cancha de fútbol, los nuevos jugadores pueden entrar a jugar solo si el delantero, que es el Estado, se lo permite y les da cierto lugar en el terreno de juego.

Con esto en mente, puedo decir que: (i) si bien *lex sportiva* es un orden autónomo; (ii) dicha autonomía no es total, puesto que necesita de los Estados y de la sociedad internacional para interactuar y así manifestarse. Dicha interacción se puede ver

en que los Estados han aceptado la legitimidad y existencia de *lex sportiva*. De esta manera, los dos tipos de jugadores, Estado y *lex sportiva*, juegan conjuntamente en la cancha.

Conclusión

En este ensayo he mencionado cómo la globalización ha logrado que un orden legal transnacional de regulación, como lo es *lex sportiva*, tenga un gran alcance global, de manera independiente al Estado. Sin embargo, Duval (2013, p. 823) sostiene que la globalización no necesariamente implica que los Estados estén desapareciendo o evaporándose. Para él, el nuevo espacio transnacional es un engranaje complejo de niveles, estructuras y organizaciones. Como he dicho antes, lo que ha ocurrido con el deporte internacional es que se ha generado una verdadera red global de interconexiones entre las diferentes instituciones deportivas que regulan esta actividad. Adicionalmente, he aclarado que estas interacciones no solamente se dan entre las instituciones deportivas sino también con los Estados, quienes aplican las regulaciones y le brindan su consentimiento a la existencia de este sistema. Al respecto, Duval (2013, p. 836) enuncia que en los ordenes legales transnacionales se ve muy presente este alto grado de complejidad que estoy explicando, pues, como no hay ninguna jerarquía clara de poder, ninguno de

los sistemas puede sublevar al otro. De tal manera, lo que se evidencia es una coordinación e interacción (como la propia de los diversos jugadores en un equipo de fútbol) entre los sistemas legales que yo veo presente con *lex sportiva*. Así, la cancha de fútbol sí presenta ciertos cambios, pero no una mutación radical, pues puedo observar nuevos jugadores que ahora interactúan con el goleador estrella, que es y, por lo pronto, seguirá siendo el Estado.

Referencias

- Alarcón, R., Otálora, G. y Machado, S. (2015). *La noción de sociedad en el derecho internacional*. En Derecho internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad global. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Bull, H. (1977). *La sociedad anárquica*. Tercera Edición. Nueva York: Columbia University Press.
- Carta Olímpica. (2004). *Carta Olímpica*. Capítulo 1. Comité Olímpico Internacional (página web). Recuperado de: <https://www.um.es/documents/933331/0/CartaOlimpica.pdf/8c3b36b2-11a2-4a77-876a-41ae33c4a02b>

CAS. (2017). *Frequently Asked Questions*. Court of Arbitration for Sport. (página web). Recuperado de: <http://www.tas-cas.org/en/general-information/frequently-asked-questions.html>

CAS. (2014). CAS 2014/A/3759 Dutee Chand vs. Athletics Federation of India (AFI) & The International Association Athletics Federations (IAAF). Recuperado de: http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/award_internet.pdf

Cassini, L. (2015). *The Emergence of Global Administrative Systems: The Case of Sport*. En *Globalism: Journal of Culture, Politics and Innovation*, 1, DOI: 10.12893/gjcp.2015.1.4.

Cassini, L. (2010). *The Making of a Lex Sportiva. The Court of Arbitration for Sport: The "Provider"*. IILJ Working Paper. Global Administrative Law Series. Nueva York: New York University School of Law.

De Bellis, M. (2015). *Normas financieras globales y redes regulatorias: La perspectiva global del derecho administrativo*. En *Derecho internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad global*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Dieter Wolf, K. (2014). *The non-existence of private self-regulation in the transnational sphere and its implications for the responsibility to procure legitimacy: The case of lex sportiva*. En

Global Constitutionalism, 3:3, 275–309, doi:10.1017/S2045381714000057. Cambridge: Cambridge University Press.

Duval, A. (2013). *Lex Sportiva: A Playground of Transnational Law*. En *European Law Journal*, Vol. 19, No. 6. Reino Unido: John Wiley & Sons Ltd.

Fach, K. (2015). *Enforcing Global Law: International Arbitration and Informal Regulatory instruments*. En *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 47:1, 112-139, DOI: 10.1080/07329113.2015.1010367. Recuperado de: <https://doi.org/10.1080/07329113.2015.1010367>

Estatutos de la FIFA. (2016). Estatutos de la FIFA. FIFA. Edición abril de 2016 (página web). Recuperado de: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutswebes_spanish.pdf

Foster, K. (2003). *Is There a Global Sports Law?* Vol. 2 ESLJ No. 1.

Kingsbury, B., Donaldson, M. y Vallejo, R. (2016). *Global Administrative Law and Deliberative Democracy*. En *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, ed. Orford, A., Hoffman, F. y Clark, M. Nueva York: Oxford University Press.

Kingsbury, B., Stewart, R. y Kirsch, N. (2010). *El surgimiento del derecho administrativo global*. En Revista de Derecho Público. Bogotá: Universidad de los Andes.

Urueña, R. (2016). *Global Administrative Law and the Global South*. En Research Handbook on Global Administrative Law, ed. Cassese, S. Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.

WADA. (2017). *Who We Are*. World Anti-Doping Agency (página web). Recuperado de: <https://www.wada-ama.org/en/who-we-are>

La evolución de la doctrina del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en el Derecho interno

Ana Paola Murillo Nassar*

Resumen: Este artículo analiza y explica el origen de la doctrina del control de convencionalidad, así como el fundamento jurídico que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo al Derecho Internacional Público. También se analiza su evolución en el marco de la jurisprudencia de dicha Corte, en donde se explican las diferentes etapas del desarrollo de esta doctrina. Seguidamente, se hace breve mención a la discusión doctrinal y jurisprudencial sobre el fundamento jurídico de dicha creación. Por último, se hace mención a la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno y las consecuencias de la interacción entre ambos ordenamientos jurídicos.

Palabras clave: Control de convencionalidad – evolución – jurisprudencia – Corte Interamericana de Derechos Humanos – Derecho interno

Abstract: This article analyzes and explains the origin of the doctrine of conventionality control, as well as its legal basis according to the Inter-American Court on Human Rights and based on Public International Law. It presents its different stages throughout the evolution of the jurisprudence of the mentioned Court. Subsequently, it briefly mentions the doctrinal and jurisprudential discussion about the legal basis of this creation. Finally, it analyzes the domestic implementation of the Conventionality Control and the consequences it produces between both legal systems.

Keywords: Conventionality control – evolution – jurisprudence – Inter-American Court of Human Rights – domestic law

* Licenciada en Derecho con mención cum laude de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica. Especialización en Derecho Internacional Público en la Academia de Derecho Internacional de la Haya y en Sistema Interamericano de Derechos Humanos en la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente, Asociada de Protección en la Unidad Legal Regional para las Américas del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Contacto: ana.murnass@gmail.com
Fecha de postulación del artículo: 29 de abril de 2018. Fecha de aprobación del artículo: 23 de junio de 2018

I. Origen y conceptualización

El Control de Convencionalidad, de manera material, data del momento de entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Esto se debe a que ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en sus sentencias cuando juzga las violaciones cometidas por los actos u omisiones de los Estados a los derechos contenidos en la CADH. En los casos en los cuales ha considerado necesario, ha ordenado a los Estados realizar la corrección de la inconvencionalidad.¹

Eduardo Ferrer Mac-Gregor también ha señalado que el Control Concentrado de Convencionalidad lo ha realizado la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular.²

Éste también ha sido el control que han ejercido y ejercen los jueces o tribunales nacionales cuando han juzgado la validez de los actos del Estado. Al realizar dicho control, los confrontan

no sólo con la Constitución respectiva, sino también con el elenco de derechos humanos y de obligaciones de los Estados, contenidos en la CADH. También aplican las decisiones de la Corte IDH y deciden, en consecuencia, conforme con sus competencias, la anulación de las normas nacionales o su desaplicación en el caso concreto.³

No obstante, fue a partir del año 2003 que el ex juez Sergio García Ramírez hizo las primeras conceptualizaciones implícitas del tema, contenidas en sus votos de los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*⁴ y *Tibi vs. Ecuador*.⁵ Esto abrió paso a la primera etapa de la evolución de esta doctrina. En esas primeras referencias, se definió el Control de Convencionalidad como un ejercicio que la Corte IDH realizaba “[...] al analizar la complejidad del asunto [...] verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención [...] deb[iendo] explorar las circunstancias de jure y de facto del caso”. En la Sentencia *Tibi vs. Ecuador*, se estableció que esta concepción posee dos vertientes, dimensiones o manifestaciones: en primer lugar, una concepción tradicional o básica, en principio

¹ Brewer-Carías, A; y otros. (2015) Estudios sobre el Control de Convencionalidad. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 36.

² Voto razonado del juez Ferrer Mac-Gregor. Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, del 26 de noviembre del 2010, párr.22.

³ Brewer-Carías, A; y otros. Estudios, Op cit. Pág. 36

⁴ Corte IDH. Caso Mack Chang vs. Guatemala, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de noviembre de 2003, serie E, no. 4; Voto razonado Juez Sergio García Ramírez, párr. 27.

⁵ Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador. Voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2004, párr. 3

concentrada por un tribunal internacional, que es la Corte IDH; en segundo lugar, una concepción “transnacional”, en el orden interno de los países, por los jueces y tribunales nacionales.⁶ Eduardo Ferrer Mac Gregor denominó esta segunda vertiente como un “control judicial interno de convencionalidad”.⁷

Ahora bien, la denominación de “Control de Convencionalidad” apareció por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*. Se basó en las conceptualizaciones genéricas previamente hechas por García Ramírez. Es aquí en donde se empiezan a precisar sus principales elementos⁸. La primera denominación textual establece: “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la [CADH], sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes con-

trarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la [CADH]. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte [IDH], intérprete última de la [CADH]”.⁹

Luego de esta primera denominación, la Corte IDH ha fortalecido y precisado vía jurisprudencial el contenido, características y alcance del concepto de Control de Convencionalidad.

II. Fundamento jurídico del Control de Convencionalidad

La CADH no hace alusión expresa a este control y se ha afirmado que el origen del mismo se remonta a los desarrollos jurisprudenciales de la Corte IDH. No obstante, desde el punto de vista dogmático, es necesario referir las cuatro reglas de interpretación del Derecho Internacional, en

⁶ Brewer-Carías, A; y otros. Estudios, Op cit. Pág. 37.

⁷ Ferrer MacGregor, E. (2012) El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales. México D.F: Fundap. Pág. 211- 243.

⁸ Corte IDH. Control de Convencionalidad. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana N°17.

Consultado el 21 de abril del 2018, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>

⁹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Párr. 124.

general, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular, para fundamentarlo.¹⁰ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es una rama del Derecho Internacional Público,¹¹ por lo que la CADH debe ser interpretada de conformidad con las reglas generales de interpretación que establece la Convención de Viena¹² para los tratados internacionales en general y con las reglas especiales que surgen de su naturaleza misma de ser un tratado sobre derechos humanos.

García Ramírez, en su Voto Razonado Concurrente a la Sentencia del Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, estableció que: “En el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la [CADH], interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene y a las demás que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de

los Tratados [...]. Igualmente, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), al que infra se hace referencia, y la regla pro homine, inherente al Derecho internacional de los derechos humanos [...] que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos”.¹³

En consecuencia, lo anterior deja inferir que la CADH debe ser interpretada: i) de buena fe, conforme al sentido corriente de sus términos (interpretación gramatical semántica), teniendo en cuenta su contexto (interpretación gramatical semántica e interpretación sistemática) y su objeto y fin (interpretación teleológica o finalista); ii) de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario, en el contexto en que ocurren, según su objeto y fin (principio de la efectividad o *effet utile*); iii) de la forma más

¹⁰ “Debe recordarse que los tratados sobre derechos humanos siguen rigiéndose por el derecho internacional, por lo que su incorporación a los ordenamientos jurídicos internos a través de su ratificación, sin perjuicio de la posición jerárquica que puedan ocupar en los mismos, no afecta la manera en que se aplican, interpretan, enmiendan o derogan”. José Pedro Aguirre, *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, (2016). Consultado el 21 de abril del 2018: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf>, 79

¹¹ Castañeda, Mireya, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su recepción nacional*, Comisión

Nacional de los Derechos Humanos, 1ª edición, México 2012, p. 23

¹² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Consultado el 21 de abril de 2018: <http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf>

¹³ Corte IDH. Voto Razonado Concurrente del Juez Sergio García Ramírez a la Sentencia de Fondo y Reparaciones del Caso “Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua. Párr. 2.

extensa posible, a favor de los seres humanos (interpretación pro persona); y iv) de una manera evolutiva (interpretación evolutiva)¹⁴.

Estas reglas de interpretación del Derecho Internacional han sido recogidas por la jurisprudencia de la Corte IDH e inspiran los métodos de interpretación de la CADH, consolidándose como el fundamento del control de convencionalidad. Además de fortalecer y trazar el rumbo para el efectivo cumplimiento de las obligaciones consagradas en la CADH, estas reglas de interpretación también fijan las pautas que, con posterioridad, la Corte IDH fue precisando para referirse a las características particulares del Control de Convencionalidad.¹⁵

Por último y también ligado al principio de buena fe, al ser la Corte IDH la intérprete última de la CADH, todo control de convencionalidad debe necesariamente incluir como parámetro lo que en su jurisprudencia se haya interpretado. Este principio y el *pacta sunt servanda* son las razones por las cuales todo Estado debe honrar aquella obligación en la que reconoció tal función de la Corte IDH¹⁶. En otras palabras, la consolidación del control de convencionalidad tiene como punto de

partida la regla de interpretación derivada de estos dos principios. En virtud de lo anterior, la Corte IDH ha venido expresando que la CADH es un todo integral que debe ser interpretada en su conjunto y que los órganos del sistema deben garantizar la protección internacional que establece la Convención dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados.¹⁷

III. Evolución jurisprudencial de sus características particulares

Se puede sintetizar la evolución del control de convencionalidad en la jurisprudencia interamericana en cuatro diferentes etapas, según su evolución cronológica. Mediante estas diferentes etapas, se han articulado distintos planteamientos y ampliado su alcance y contenido de manera cronológica.

La primera etapa corresponde a sus denominaciones iniciales, es decir, las denominaciones que se hicieron en los casos de *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y *Tibi vs. Ecuador*. En estos dos votos razonados y concurrentes, García Ramírez vincula la responsabilidad estatal a la jurisdicción de la Corte IDH y, posteriormente, realiza

¹⁴ Aguirre C, Pamela J. El Control de Convencionalidad y sus desafíos en Ecuador. Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos. N° 64 (Julio/diciembre 2016). San José, Costa Rica. Pág. 269. Consultado el 21 de abril del 2018. Disponible en:

<http://www.iidh.ed.cr/iidh/media/4759/revista-64-2web.pdf>

¹⁵ Ibid. Pág. 279.

¹⁶ Aguirre C, Pamela J. El Control de Convencionalidad, Op cit. Pág. 205

¹⁷ Ibid. Pág. 271

una analogía entre la tarea de los tribunales nacionales y la tarea de control convencional que ejerce la Corte IDH.¹⁸ Esta etapa, también incluye su primera conceptualización en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, lo cual fue explicado en el primer apartado de este artículo.

De esta primera conceptualización, podemos notar ciertas características iniciales que luego evolucionaron con el tiempo:

- (i) En un primer momento, la Corte enfatizó el deber del Estado de ejercer dicho control, atribuido únicamente al Poder Judicial y no al resto del aparato Estatal;
- (ii) La Corte IDH reconoce que los jueces y Tribunales están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. La aplicación, por parte de agentes y jueces nacionales, de normas violatorias de la CADH produce responsabilidad internacional del Estado;¹⁹
- (iii) Como una tercera reflexión estableció que el Poder Judicial debe ejercer

una especie de “Control de Convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH;

- (iv) De la reflexión anterior, podemos notar que, inicialmente, sólo se previó la CADH como el Tratado Internacional de Derechos Humanos para ejercerlo;
- (v) Por último, estableció que los jueces deben tener en cuenta no sólo el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, la cuál es la intérprete última de la CADH.

Durante la segunda etapa, se logran avances y nuevos lineamientos que comienzan a clarificar la forma de llevar a cabo el control de convencionalidad. En esta etapa destacan los casos de *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*²⁰, así como en el caso *Boyce y Otros vs. Barbados*.²¹ En esta etapa, la Corte IDH desarrolló y delimitó mucho más esta doctrina, estableciendo nuevos lineamientos. Se desarrollaron las siguientes características:

¹⁸ Ibid. Pág. 283

¹⁹ Aguirre C, Pamela J. El Control de Convencionalidad, Op cit. Pág. 285

²⁰ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, 24 de noviembre de 2006, párr., 128.

²¹ Corte IDH, Caso Boyce y Otros vs. Barbados, 20 de noviembre de 2007, párrs. 77-80.

- (i) Se determina la denominación del “Control de Convencionalidad”;
- (ii) Establece que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad;
- (iii) Este control debe ejercerse *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana;
- (iv) Menciona que, evidentemente, se debe ejercer este control en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.

Durante la tercera etapa la Corte IDH, continúa ampliando su espectro, principalmente mediante el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*²². En esta sentencia, así como en el voto razonado del juez Ferrer McGregor,²³ la Corte IDH desarrolló sus siguientes características:

- (i) Este control incluye los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Ya no sólo son los jueces los que deben realizar el control, sino que amplía el espectro a

órganos de cualquier nivel que se encuentren vinculados con la tarea de administrar justicia dentro de un Estado y reafirma que este Control debe realizarse *ex officio*;

- (ii) Reafirma que el control de convencionalidad, ejercido tanto por los jueces como por la administración, debe enmarcarse al ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales internas de cada Estado;
- (iii) Asimismo, la Corte IDH señala, nuevamente, que el control de convencionalidad no solo implica que el juez y los demás órganos vinculados a la administración de justicia tengan en cuenta la normativa del tratado, sino que también forma parte la interpretación que la Corte IDH realice del mismo;
- (iv) Reafirma la obligatoriedad de tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte IDH al ejercer dicho control en el derecho interno de cada Estado;
- (v) Ferrer McGregor empieza a desarrollar las diferencias entre el modelo de

²² Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010, párr. 225 y 233.

²³ Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, voto razonado Eduardo Ferrer Mac-Gregor, 26 de noviembre de 2010, párrs., 21, 22, 36, 37 y 40.

“Control de Convencionalidad Difuso” y el modelo de “Control de Convencionalidad Concentrado”. Esto va en función del modelo de Control de Constitucionalidad que opere en el Estado. En el primero, todos los jueces se encuentran en obligación de ejercerlo. El juez menciona que, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad, todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional. En este modelo, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de desaplicar la norma inconvencional. En el segundo, el juez se refiere a que constituye un grado de intensidad máximo del “control de convencionalidad”, ya que es realizado por los Tribunales Constitucionales (los últimos intérpretes constitucionales en los modelos concentrados), que generalmente tienen, además, la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por

la inconvencionalidad de la norma nacional;

- (vi) En este mismo voto, Ferrer McGregor, hace alusión a la internacionalización del Derecho Constitucional, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en la CADH, cuando aquéllos no han sido suficientes. Por lo anterior, de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”;
- (vii) Reafirma el deber del Estado de ejercer el Control de Convencionalidad, que está estipulado en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, relativos a la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Durante la cuarta etapa, se continúa la ampliación del espectro del control de convencionalidad. En esta ocasión, amplía su concepción sobre los sujetos, parámetros y manera en la que debe efectuarse. Las sentencias que más destacan en

esta etapa son *Gelman vs. Uruguay*²⁴, *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*²⁵ y la *Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*.²⁶ En esta etapa, podemos notar que:

- (i) Menciona que ejercer el Control de Convencionalidad contribuye con la legitimidad democrática;
- (ii) Reafirma que la CADH no impone un determinado modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad;
- (iii) Los diversos órganos del Estado que realicen el correspondiente control de convencionalidad también deben realizarlo sobre la base de lo que señale la Corte IDH en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva;
- (iv) El Control de Convencionalidad debe realizarse con respecto a todos los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado sea parte,

no limitándose así exclusivamente a la CADH.

Podemos notar cómo la Corte IDH ha desarrollado y fortalecido esta doctrina en el transcurso del tiempo. Muchas características se han reafirmado desde sus orígenes y otras resultan en una ampliación de su alcance y parámetros.

IV. Controversia doctrinaria y jurisprudencial respecto a la doctrina del Control de Convencionalidad

Existe toda una controversia doctrinaria respecto al fundamento jurídico de este control, principalmente porque no existe una norma expresa dentro de la CADH que le otorgue carácter vinculante *erga omnes* a sus sentencias. Tampoco sucede con las opiniones consultivas, las cuales fueron creadas con una naturaleza totalmente distinta.²⁷

Respecto al carácter *erga omnes* que la Corte IDH le ha dado a sus sentencias mediante su jurisprudencia, llama la atención, en gran medida, el reciente voto individual del juez Eduardo Vio

²⁴ Corte IDH, Caso *Gelman vs. Uruguay*, 24 de febrero de 2011, párr. 239.

²⁵ Corte IDH, Caso *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, 30 de enero de 2014, párr. 124.

²⁶ Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-21/14 “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”*, 19 de agosto de 2014, párr. 31.

²⁷ Respecto a la competencia consultiva o no contenciosa de la Corte IDH, esta está regulada en el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y tiene como propósito central obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

Grossi, en la Opinión Consultiva OC-24/17 sobre “Identidad de Género, e Igualdad y no Discriminación entre las Parejas del Mismo Sexo” (OC-24/17). En este voto, el juez menciona que: “[...] de acuerdo [con el artículo] 68 de la Convención, el fallo dictado en el ejercicio del control de convencionalidad ejercido por la Corte ante un caso contencioso que le ha sido sometido, es obligatorio para el Estado parte del caso en que se dicta y para ese caso. En cambio, no lo es para otros casos que le sean sometidos referentes al mismo Estado ni tampoco para los demás Estados Partes de la Convención que han aceptado su jurisdicción pero que no han sido partes del caso de que se trate. [No existe] [n]orma internacional alguna [que] dispone que la sentencia de la Corte tenga efectos vinculantes más allá del Estado parte del correspondiente caso o incluso de éste. La Convención sigue así la misma orientación de otros tribunales internacionales. Consecuentemente, tampoco su jurisprudencia es vinculante para Estados no partes del caso que falla, todo ello salvo que un Estado, unilateralmente, así lo establezca en su Derecho Interno, lo que únicamente a él vincularía.”²⁸

Más adelante, en este mismo pronunciamiento, menciona: “En lo atinente al control de convencionalidad, se podría afirmar que, si se quisiera establecer la supranacionalidad de la Convención en el ámbito nacional, vale decir, que sus resoluciones tuviesen fuerza obligatoria directa al interior de los Estados Partes de la Convención, incluso sin su participación de sus órganos y con preeminencia o supremacía por sobre lo que dispongan sus respectivas Constituciones, y de esa manera proporcionar una respuesta definitiva al tema de las relaciones entre el Derecho Nacional de los Estados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se requeriría, más que un acto jurisprudencial de la Corte, una expresa e inequívoca decisión en tal dirección de quienes disponen de la facultad para dar origen a una fuente autónoma de Derecho Internacional, como es el tratado, la costumbre, los principios generales de derecho y el acto jurídico unilateral”.²⁹ También hace alusión al hecho de que ninguno de los criterios o métodos de interpretación del Derecho Internacional puede omitirse y tampoco privilegiarse y que el resultado de dicha interpretación no consiste en expresar lo que se desea que la norma disponga, sino lo que efectiva y objetivamente establece³⁰.

²⁸ Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi. Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Párr. 165.

²⁹ Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi. Corte IDH. Identidad de género, Op cit. Párr. 175.

³⁰ Ibid. Párr 9.

Existe toda una controversia respecto a este punto, ya que, para algunos académicos, concluir que la jurisprudencia de la Corte IDH goza de un efecto irradiador obligatorio en virtud de la doctrina del control de convencionalidad, por señalarlo así su propia jurisprudencia, constituye una falacia y un fundamento insuficiente según las normas del Derecho Internacional Público. Estos académicos sostienen que, para evitar caer en ello, tendrían que señalarse fuentes independientes de la jurisprudencia de la Corte IDH que establezcan el efecto *erga omnes* de sus sentencias, así como de sus opiniones consultivas, y observan que en el ámbito internacional no las hay. Esto genera una inconsistencia y un vacío de regla al respecto en el fuero internacional.³¹

Ahora bien, sobre las opiniones consultivas, la misma Corte IDH ha manifestado que el control de convencionalidad que se ejerce en el ámbito de una opinión consultiva tiene carácter preventivo y no es vinculante para los Estados, como sí lo sería si fuese expedido en relación con un caso contencioso³². No obstante, tanto la OC- 21/14 como la reciente Opinión Consultiva OC- 23/17

“Medio Ambiente y Derechos Humanos” (OC-23-17) han manifestado que el Control de Convencionalidad también debe hacerse sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia consultiva. Ésta innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, que es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”³³.

En relación a el fundamento basado en queal ser la Corte IDH última intérprete de la CADH, y que por esta razón todo control de convencionalidad debe necesariamente incluir como parámetro lo interpretado ensu jurisprudencia y sus opiniones consultivas, es un argumento debatible. Este argumento se basa en la buena fe y el *pacta sunt servanda*,razones por las cuales todo Estado debe honrar aquella obligación en la que reconoció tal función de la Corte IDH. Para algunos, esta argumentación no resulta satisfactoria del todo, pues el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final de interpretación en un proceso interamericano³⁴ no convierte automáticamente

³¹ Tello Mendoza, Alonso. (2015) La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad. Revista Prudentia Iuris, 80. Buenos Aires: Universidad Católica de Argentina. Pág 205. Consultado el 27 de abril del 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf>

³² Voto individual del juez Eduardo Vio Grossi. Corte IDH. Identidad de género, Op cit. Párr. 61

³³ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente

en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Párr 28.

³⁴ Sus sentencias definitivas e inapelables, art. 67 de la CADH.

sus interpretaciones en vinculantes para las autoridades locales en todo proceso existente.³⁵

V. **La Convención Americana sobre Derechos Humanos como parte del bloque de constitucionalidad y la aplicación del control de convencionalidad en el ámbito interno**

La manera como el sistema interno de los distintos Estados Parte prevé el ingreso tanto de las convenciones internacionales como la doctrina de sus cortes, resulta determinante alrededor de la aplicación del control de convencionalidad.³⁶

Cançado Trindade señaló en su voto disidente del *Caso Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú* que, a partir de mediados del siglo XX, se pasó a hablar de la ‘internacionalización’ del derecho constitucional y, más recientemente, en las dos últimas décadas, de ‘constitucionalización’ del Derecho Internacional.³⁷

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. Es aquí donde entraría el llamado “bloque de constitucionalidad”.³⁸ Diferente es la constitucionalización del Derecho Internacional. Ésta consiste en un proceso distinto, en virtud del cual se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional. Esto implica la supremacía y respeto de los derechos humanos.³⁹ Es aquí donde entraría la doctrina del Control de Convencionalidad.

Cançado Trindade, en su voto anteriormente mencionado, defiende que la "constitucionalización" del Derecho Internacional es, a su juicio, mucho más significativo que la "internacionalización" del Derecho Constitucional. También menciona que el artículo 2 de la CADH, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la

³⁵ Tello Mendoza, Alonso. La doctrina, Op cit. Pág. 208.

³⁶ Quinche Ramírez, Manuel. El Control de Convencionalidad y el Sistema Colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional 163 núm. 12, julio-diciembre 2009. Pág 169. Consultado el 27 de abril del 2018. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>

³⁷ Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso

Trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, párr. 6.

³⁸ El bloque de constitucionalidad lo constituyen aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución, y que sirven, a su vez, de medidas de Control Constitucional de las leyes.

³⁹ Quinche Ramírez, Manuel. El Control de Convencionalidad, Op cit. Pág 169.

normativa de protección que ésta contiene, abre efectivamente la posibilidad de considerar obligatoria la realización de un "control de convencionalidad" que determine si los Estados Partes han cumplido o no la obligación general del mencionado artículo 2 de la CADH, así como con la del artículo 1.1.⁴⁰

Indica también que, de ese modo, se puede alcanzar un orden público internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. A su juicio, la "constitucionalización" de los tratados de derechos humanos, es decir, la inclusión de los Tratados de Derechos Humanos dentro del bloque de constitucionalidad, acompaña el control de convencionalidad. Este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en la protección de los derechos humanos.⁴¹

Cada Estado define el contenido de su bloque de constitucionalidad y fija el lugar que ocupan los

tratados internacionales y sus interpretaciones dentro de su derecho interno. Varios países de la región han integrado la CADH dentro de su bloque de constitucionalidad, han incorporado en su derecho interno de manera expresa el deber de ejercer el Control de Convencionalidad sin ninguna objeción e, inclusive, le han otorgado vinculatoriedad a las interpretaciones de la CADH que ha hecho la Corte IDH. Tal es el caso de Costa Rica, el cual ha incorporado la CADH dentro de su bloque de constitucionalidad y, mediante su jurisprudencia constitucional, les ha otorgado vinculatoriedad interna a las sentencias de la Corte IDH y a sus opiniones consultivas.⁴² No obstante, este no es el caso de todos los países que son parte de la CADH y han aceptado la competencia de la Corte IDH.

⁴⁰ Corte IDH. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo, Caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú. Sentencia de noviembre 30 de 2007. Serie C No. 174, párrafo 9.

⁴¹ Ibid. párrafo 10.

⁴² La sentencia No. 2014-12703 de 1º de agosto, en la cual la Sala Constitucional afirma el carácter vinculante de la Jurisprudencia de la Corte IDH, con sustento en la siguiente argumentación: "III.- CARÁCTER VINCULANTE DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. El control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (básicamente, a través de las sentencias en los

casos Almonacid Arellano y otros c/. Chile de 26 de septiembre de 2006, Trabajadores Cesados del Congreso c/. Perú de 24 de noviembre de 2006, Cabrera García y Montiel Flores c/. México de 26 de noviembre de 2010 y Gelman c/. Uruguay de 24 de febrero de 2011) es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esta Corte y sus opiniones consultivas.

VI. Conclusión

El Control de Convencionalidad realmente data del momento de entrada en vigencia de la CADH. Esto se debe a que a que ese ha sido y es, precisamente, el control que usualmente ha realizado y realiza la Corte IDH en sus sentencias cuando juzga las violaciones cometidas por los actos u omisiones de los Estados a los derechos contenidos en la CADH. No obstante, es hasta años más tarde que se le empieza a dar una conceptualización y amplitud a dicho control.

El Control de Convencionalidad surge del deber del Estado parte de la CADH de velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer, *ex officio*, un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención American. Debe enmarcarse en el ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales internas. Este deber del Estado responde al principio de buena fe y *pacta sunt servanda*. Este último está estipulado en los artículos 1 y 2 de la CADH y manifiesta la obligación de respetar los derechos humanos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para garantizar el cumplimiento de dicho Tratado Internacional.

Este control está intrínsecamente ligado con el modelo de control de constitucionalidad que opera en el derecho interno. Como lo ha explicado Eduardo Ferrer McGregor, existen diferencias entre el modelo de “Control de Convencionalidad Difuso” y el modelo de “Control de Convencionalidad Concentrado”. Ambos modelos van de la mano. En el primero, todos los jueces se encuentran en obligación y potestad de ejercerlo y, en el segundo, dicho Control lo ejerce exclusivamente un Tribunal Constitucional.

Con el tiempo, la Corte IDH ha desarrollado, ampliado y delimitado las características de dicho control, esto fundamentándose en las reglas de interpretación del Derecho Internacional, que han sido recogidas por la jurisprudencia de la Corte IDH. Estos principios interpretativos también fijan las pautas que, con posterioridad, la Corte IDH fue precisando para referirse a las características particulares del Control de Convencionalidad.

Existe un debate que no es prudente ignorar respecto al fundamento jurídico de dicho control. Ciertos académicos consideran insuficientes los argumentos que utiliza la Corte IDH al intentar fundamentarlo según las reglas de interpretación del Derecho Internacional, así como su intento de fundamentarlo de acuerdo con los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*. El hecho de que la Corte IDH sea la intérprete última de la CADH

y que, por ende, todo control de convencionalidad deba necesariamente incluir como parámetro todo lo que su jurisprudencia y sus opiniones consultivas hayan interpretado, resulta una argumentación insuficiente para algunos. Sostienen que este argumento no resulta satisfactorio del todo, pues el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final de interpretación en un proceso interamericano no convierte automáticamente sus interpretaciones en vinculantes para las autoridades locales en todo proceso existente.

También llama la atención uno de los recientes votos individuales del juez Eduardo Vio Grossi, en donde, explícitamente, establece que, de acuerdo con la CADH, el fallo dictado en el ejercicio del control de convencionalidad ejercido por la Corte ante un caso contencioso que le ha sido sometido, es obligatorio para el Estado parte del caso en cuestión y sólo para ese caso. También menciona que, respecto al control de convencionalidad, se podría afirmar que, si se quisiera establecer la supranacionalidad de la Convención en el ámbito nacional, es decir, que todas las resoluciones tuviesen fuerza obligatoria directa al interior de los Estados Parte de la Convención, se requeriría más que un acto jurisprudencial de la Corte. Sobre las reglas de interpretación de los Tratados Internacionales, también menciona que ninguno de estos criterios o métodos de interpretación pueden omitirse ni privilegiarse y que el resultado de la interpretación no

consiste en expresar lo que se desea que la norma disponga, sino lo que efectiva y objetivamente establece.

Ahora bien, la efectividad de la aplicación del control de convencionalidad va a depender en gran medida de la manera como el sistema interno de los distintos Estados Parte prevé el ingreso tanto de las convenciones internacionales como de la doctrina de sus cortes. Es aquí en donde se ha venido hablando de la “internacionalización del derecho constitucional”. Éste consiste en el proceso de inclusión del Derecho Internacional dentro del derecho constitucional interno de un país; es aquí donde entraría el llamado “bloque de constitucionalidad”. También se ha hablado sobre “constitucionalización del Derecho Internacional”, que consiste en un proceso distinto al anteriormente mencionado, en virtud del cual se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional y, como tales, implican la supremacía y respeto de los derechos humanos. Es aquí donde entraría la doctrina del Control de Convencionalidad.

Varios Estados parte de la CADH han integrado dicho Tratado dentro de su bloque de constitucionalidad y han incorporado en su derecho interno de manera expresa su deber de ejercer el Control

de Convencionalidad sin ninguna objeción. Inclusive, le han otorgado vinculatoriedad a las interpretaciones de la CADH que ha hecho la Corte IDH, facilitando así su aplicación en el ámbito interno.

Como una conclusión general, se podría decir que la doctrina del Control de Convencionalidad ha venido fortaleciéndose con el tiempo y existen varios Estados que la han incorporado en su derecho interno en cumplimiento de los principios de buena fe y *pacta sunt servanda*. No obstante, aún es una doctrina debatida, que se encuentra en constante evolución y que, sin lugar a dudas, presenta importantes retos.

La interpretación evolutiva y la erosión de normas del Derecho Internacional

Valentina Vera Quiroz*

Resumen: *La regla general de interpretación de tratados, contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, se ha tornado insuficiente para adaptar las reglas contenidas en los tratados internacionales a las nuevas dinámicas sociales. De allí, en los últimos años, tribunales internacionales han adoptado el criterio de la interpretación evolutiva como una metodología para cambiar el contenido del texto que interpretan, sin alterar el contenido escrito de la norma. Esto provoca, por lo tanto, una erosión de la regla, puesto que la convierte en otra completamente diferente. Para ilustrar esta tesis, tenemos como referencia el caso de Ángel Alberto Duque contra Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el caso Derechos de Navegación y Derechos Conexos entre Costa Rica y Nicaragua, los cuales, además de demostrar cómo la interpretación evolutiva permite un cambio de significado sin alterar el texto de la norma, también aportan un criterio material de interpretación que permite hacer una distinción entre lo legal y lo no legal. Dicha distinción establece cuáles son las verdaderas normas de derecho que merecen ser reinterpretadas y evaluadas.*

Palabras clave: *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados – interpretación evolutiva – erosión de normas – Derecho Internacional*

Abstract: *The general rule of treaty interpretation, contained in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 1969, has become insufficient to adapt the rules contained in international treaties to the new social dynamics. As such, in recent years, international tribunals have adopted the criterion of evolutionary interpretation as a methodology to change the content of the text that they interpret without altering the written content of the norm. This causes an erosion of the rule, by converting it into another completely different one. To illustrate this point, we have, as reference, the cases of Ángel Alberto Duque against Colombia, before the Inter-American Court of Human Rights, and the case of Dispute Regarding Navigational and Related Rights, between Costa Rica and Nicaragua. These cases not only demonstrate how evolutionary treaty interpretation allows to change the meaning of the words being interpreted without altering the text of the norm, but they also provide a material interpretation criterion that allows to make a distinction between what is and what is not prescribed by law, especially when establishing what are the true rules of law that deserve to be reinterpreted and evaluated.*

Keywords: *Vienna Convention on the Law of Treaties – evolutionary interpretation – erosion of rules – International Law*

* Abogada de la Universidad de los Andes de Colombia, con opción académica en Gobierno. Actual coordinadora de la Maestría en Derecho Internacional de esta misma Universidad y coordinadora del Capítulo Latinoamericano *Columbia Global Freedom of Expression*. Previa experiencia laboral en enseñanza, investigación en debida diligencia y formulación e implementación de programas afines a las legislaciones domésticas e internacionales. Experiencia internacional académica en Estados Unidos y Alemania. Información de contacto: v.vera246@uniandes.edu.co

Fecha de postulación del artículo: 30 de abril de 2018. Fecha de aprobación del artículo: 23 de junio de 2018

El presente texto evalúa la forma en la cual el método de interpretación evolutiva de los tratados altera el contenido de la norma que interpreta y genera su eventual erosión. Parte de la tesis de que, conforme pasa el tiempo, dicha interpretación evolutiva cambia el significado del texto del tratado que está tratando de interpretar. Para lograrlo, se propone, en primer lugar, hacer un estudio sobre aquella metodología en la práctica judicial internacional, con el fin de comprobar que, en efecto dicha interpretación no sólo modifica el contenido de la norma, sino que también la puede convertir en una completamente diferente. En segundo lugar, se demostrará que la interpretación evolutiva, además de contribuir en la creación de nuevas definiciones al interior de las normas, también sirve como parámetro diferenciador entre las reglas de derecho y no derecho, esto es, como criterio material de interpretación. Finalmente, se ofrecerán unas conclusiones.

I. Interpretación evolutiva a la luz de la práctica judicial internacional

En el derecho internacional, la regla general de interpretación de tratados se encuentra contenida en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (CVDT), que estipula, en su artículo 31, que los tratados deben interpretarse de buena fe y de acuerdo con el sentido or-

dinario que haya de atribuírseles, según su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. La implicación principal de la idea de que existen normas aplicables a los tratados consiste en que se requiere necesariamente un examen sobre el propósito para el cual fueron diseñadas, pues, en todo caso, su fin último contribuye también a su evaluación. De este modo, desde su concepción, las normas sobre interpretación fueron pensadas como herramientas útiles para otorgarle un significado a la norma en cuestión.

Lo anterior permite afirmar que a partir de la redacción del artículo 31 de la CVDT, que se han planteado diferentes interpretaciones con el fin de demostrar que el texto de los tratados se puede acoplar a las dinámicas cambiantes del mundo, y así, adaptarse a circunstancias que pueden ser diferentes a las cuales les dieron origen inicialmente. Por consiguiente, a continuación, es necesario enunciar las disputas que han emergido al interior de las cortes internacionales. La práctica judicial, sin duda alguna, determina el modo en el cual la interpretación evolutiva ha sido aplicada y entendida. A medida que incrementa la tendencia hacia una mayor toma de decisiones, a través de la actividad judicial, habrá, por lo tanto, más instancias para reevaluar decisiones previas. Lo anterior podría explicar también la inclinación hacia la interpretación evolutiva en el sis-

tema internacional y al mismo tiempo la necesidad por reinterpretar las normas ya existentes (Djeffal, 2016).

En este punto, vale la pena reconocer que el concepto de interpretación evolutiva es un esfuerzo por alinear los principios de interpretación (particularmente, los contenidos en el artículo 31 de CVDT) con la posible formulación de una regla de intemporalidad. Así las cosas, para autores como Richard Gardiner (2012), el desarrollo del derecho internacional y la proliferación de tratados en el mundo han contribuido aún más a la complejidad en la que se sumerge el material legal relevante. Lo anterior se agrava si se considera que la Comisión de Derecho Internacional no ha producido ningún material relevante respecto al carácter temporal de los tratados. A pesar de que el artículo 31(3)(c) CVDT reconoce que juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta cualquier norma relevante de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes, esto implicaría que el intérprete deba considerar otras reglas de tratados con el fin de llegar a un significado consistente.

Esta complejidad puede ilustrarse en el Caso Relativo a las Plataformas Petroleras, de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), de 2003. En dicha oportunidad, el voto mayoritario de los jueces invocó el artículo 31(3)(c) CVDT, para determinar si la regla internacional de defensa legítima era

aplicable a los Estados Unidos, en virtud de un tratado bilateral preexistente entre este país e Irán. De este modo, evaluaron la posibilidad de justificar los ataques cometidos a las plataformas petroleras iraníes por parte de aquel país. La mayoría encontró que Estados Unidos no podía ejercer su derecho a la defensa legítima, pero, en todo caso, encontró que no había violado ninguna provisión que pudiera estar contenida en un tratado. Esto, a todas luces, es un contrasentido. De hecho, una de las principales críticas hechas por la jueza Higgins en su salvamento consistió en afirmar que la CIJ no había aplicado de manera correcta las reglas de la CVDT, pues, según Higgins, la decisión de la Corte desplazó la ley aplicable al subestimar ésta frente al concepto de interpretación de los tratados.

Lo anterior demuestra que las reglas de interpretación de los tratados suscitan múltiples problemas que de ningún modo son ajenos a los tribunales internacionales, quienes, al tener que lidiar con una cantidad creciente de casos, deben revisar y adaptar su jurisprudencia a las dinámicas sociales. Lo anterior daría cuenta, entre otras cosas, de por qué las parejas del mismo sexo, que no tenían derecho a la pensión de sobreviviente de su pareja con base en su orientación sexual, hoy sí lo tienen. Así sucedió en el caso Ángel Alberto Duque contra Colombia en el 2016, que a continuación se estudiará. Sin embargo, este análisis no puede dejar de lado el método empleado

por la CIJ, toda vez que ésta no solo es un órgano principal de las Naciones Unidas, sino que también podría considerarse el organismo normativo para el derecho internacional público.

A. Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este caso, se alega que Ángel Alberto Duque fue víctima de una discriminación injustificada al negársele la pensión de sobreviviente de su pareja dada su orientación sexual. Para el año 2002, época en que ocurrieron los hechos, el sistema jurídico colombiano negaba a las parejas del mismo sexo un reconocimiento legal de la pensión de sobrevivientes, lo cual contravenía el derecho a la igualdad ante la ley, contenido en el artículo 24 del Pacto de San José. Dicha situación de discriminación puso en una situación de desprotección al señor Duque y afectó sus posibilidades de acceder a los servicios de salud que requería por su condición de persona que vive con VIH. Sin embargo, el Estado colombiano consideró que no incurrió en responsabilidad internacional. Las sentencias de primera y segunda instancia negaron el amparo solicitado por el señor Duque en ese entonces, por cuanto no existían elementos en el derecho internacional que le hicieran exigible a Colombia aplicar estándares internacionales para fallar de manera más favorable.

El caso ya expuesto trae a colación uno de los debates más interesantes del derecho internacional de los tratados. Consiste en cuestionar si la interpretación evolutiva de los tratados crea nuevas obligaciones, o si, por el contrario, ésta únicamente aclara el sentido de las obligaciones que se encontraban latentes, pero implícitas, en el texto del tratado. Por lo tanto, aprovecharemos este caso de estudio para analizar el debate suscitado y para prever las posibles implicaciones de aquel método interpretativo.

En este sentido, afirmamos, en primera instancia, que la interpretación implica circunscribir un texto legal en diferentes palabras, con el fin de hacerlo más comprensible. De esta forma, el intérprete se ve en la necesidad de seguir convenciones ya establecidas, o, por el contrario, de aventurarse a crear un nuevo significado. En definitiva, interpretar implica buscar el significado de un texto, llegando incluso a alterarlo, pero nunca a cambiar el texto en el cual reposa (Djefal, 2016). No obstante, se debe aclarar que la evolución interpretativa no es un medio de interpretación, pues ésta no se encuentra atada a principios como el de efectividad o el objeto y propósito de un tratado. La interpretación evolutiva tampoco es especificación, pues especificar es clarificar un significado por primera vez, lo cual se contrapone a la interpretación evolutiva, que consiste en cambiar. Ambos conceptos son mutuamente excluyentes.

Ahora bien, este ejercicio no es ilimitado. Por el contrario, establece ciertos límites que se derivan del mismo significado o de las reglas de interpretación. Así lo reconoció Georg Schwarzenberger en su texto sobre *Mitos y Realidades de la Interpretación de Tratados* (1969). El autor afirma que la mejor forma para establecer dichos límites es a través de una observación de la actividad judicial y llega a la conclusión de que la discreción judicial está limitada únicamente por dos reglas. La primera de ellas consiste en determinar si el consenso al cual han llegado las partes en el tratado ha producido algún efecto; la segunda, en caso afirmativo, determina el significado exacto y las consecuencias de cualquier compromiso asumido por las partes.

Con esto en mente, el caso de Duque aviva la posibilidad de que la interpretación evolutiva de los tratados permita la configuración de un ilícito internacional ocurrido antes de que se declarara la consolidación de dicha interpretación, que, para el caso bajo estudio, consistía en la obligación de reconocer pensiones a parejas del mismo sexo. Con este caso se demuestra cómo los tribunales internacionales han hecho uso de este método interpretativo para reconocer que éstos son instrumentos vivos que deben ser comprendidos según las circunstancias fácticas y jurídicas existentes al momento de la interpretación (Urueña, 2015). Esta afirmación se aparta indudablemente del

método exegético de interpretación de los tratados, que trae implícita la idea de la conservación del status jerárquico del derecho internacional. Lo anterior se debe a que las reglas internacionales, al no responder a la complejidad del mundo social, deben ir acompañadas de principios interpretativos que permitan superar los problemas sobre su determinación (Koskenniemi, 1997).

De esta forma, el dilema de las normas y sus estándares interpretativos socava la capacidad de control que existe en un sistema que distingue entre el derecho y el no derecho, pues enfrenta al derecho con principios, de manera que invierte la jerarquía entre el primero y el segundo. Así sucedió en Duque, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) rechazó tajantemente las razones esgrimidas por las autoridades judiciales colombianas, que afirmaban que la exclusión de las parejas del mismo sexo se justificaba puesto que lo que se pretendía era proteger a la familia. En dicha justificación, se entendía la familia como la unión entre un hombre y una mujer, lo cual transgredía notoriamente el derecho a la igualdad y no discriminación de la Carta Americana de Derechos Humanos.

B. Corte Internacional de Justicia

El caso más emblemático que refleja el método de interpretación evolutiva es el caso de los Derechos de Navegación y Derechos Conexos entre

Costa Rica y Nicaragua de 2009, en el que ambos Estados discutieron sobre la soberanía y el derecho a embarcar en el río San Juan. Las relaciones y derechos de ambos se regían por el Tratado de Límites entre Costa Rica y Nicaragua del 15 de abril de 1858, que estipulaba en su artículo VI que Nicaragua tenía soberanía sobre el río, mientras que Costa Rica conservaba el derecho de embarcarse y navegar en el río *con objetos de comercio*, lo que fue traducido por el Tribunal como *para los fines del comercio* (2009, para. 56).

La controversia que surgió consistió en determinar si ahora el comercio incluiría el tránsito de turistas en dicho río. Nicaragua, por su parte, arguyó que la noción de comercio, en ese momento, sólo se refería al comercio de mercancías. Por su parte, la Corte sostuvo que el término *comercio* era genérico y adaptable a los nuevos desarrollos. Asimismo, estableció que este término había cambiado, en el sentido que el turismo, que podría no haberse incluido en 1858, ahora estaría sujeto a la respectiva disposición del tratado. El Tribunal se basó, primero, en el sentido corriente del tratado, segundo, en su contexto y, tercero, en su objeto y propósito (2009, paras 67-69).

En este mismo fallo, la CIJ también identifica dos situaciones en las que el intérprete podría ir más allá del significado original de la norma por

interpretar. La primera de ellas es por un criterio que tiene que ver con la práctica posterior de las partes, tal y como se describe en el art. 31 (3) (b) de la CVDT. La segunda es por situaciones en las cuales la intención de las partes, al concluir el tratado, fue o se puede presumir que fue dar a los términos un significado o contenido capaz de evolucionar y no uno estático fijado de una vez por todas (2009, paras 64). Aunque la primera alternativa permite una variación del significado original percibido, la segunda busca el significado original e intenta determinar si las partes, en el momento de la celebración del tratado, intentaron dar al término un significado potencialmente evolutivo (Arato, 2010). Lo anterior, efectivamente, trae como consecuencia separar la práctica de las partes de cualquier otro método de interpretación.

Por último, en lo concerniente a la diferencia entre intenciones reales o intenciones presumibles, la Corte se inclina por adoptar esta última como criterio interpretativo, por la flexibilidad y el dinamismo que brinda. Sin lugar a dudas, esto posibilita una evolución en el sistema de normas, en contraposición a una interpretación textualista o estática, que no permite un desarrollo tan dinámico como la del primero, tal y como se expondrá a continuación.

II. Dimensión material de la interpretación evolutiva

El criterio material de la interpretación evolutiva tiene por finalidad hacer una distinción entre lo legal y lo no legal en el proceso de interpretación, pues esta diferenciación es crucial para el reconocimiento de verdaderas reglas de derecho. Así lo reconoció la CIJ en las objeciones preliminares sobre la disputa del Templo de Preah Vihear entre Camboya y Tailandia de 1961, la cual, en un debate entre textualismo y contextualismo, decidió a favor del primero. En aquella oportunidad, el Tribunal Internacional afirmó que éste, por lo general, asigna a las palabras el significado que naturalmente tienen en su contexto particular. Sin embargo, aclaró que las palabras no siempre deben interpretarse de una manera literal, pues, de lo contrario, esto le impediría a la Corte considerar circunstancias relevantes que van más allá del texto (1961, p. 32).

Otra decisión que confirma la tendencia hacia la interpretación textualista por parte de la CIJ es el caso sobre la Plataforma Continental del Mar Egeo, entre Grecia y Turquía, de 1978. Grecia le solicitó a la Corte que declarara que las islas que se encontraban en esta zona forman parte de su derecho a la plataforma continental y que, además, delimitara las demás zonas de esa plataforma pertenecientes a Grecia y Turquía. Sin em-

bargo, la CIJ decidió centrar el caso en la cuestión de jurisdicción y, para ello, interpretó la reserva de la declaración que acompaña al instrumento de adhesión griego a la Ley General de 1928 para la Solución Pacífica de Controversias Internacionales.

En un análisis sobre aquella reserva, la CIJ encontró que una mera observación sobre esta disposición no era suficiente para darle la razón a Grecia y, por lo tanto, recurrió a los trabajos preparatorios para obtener más apoyo en su decisión (1978, p. 26). Sobre la base de todos los factores examinados, incluidos los trabajos preparatorios, el Tribunal sostuvo que la Reserva únicamente hacía referencia a dos elementos distintivos, uno relacionado con el territorio y el otro con la jurisdicción interna. En consecuencia, consideró que no tenía jurisdicción para examinar la solicitud presentada por Grecia.

Como se demuestra a partir de los dos ejemplos suscitados, es claro que existe una íntima relación entre las interpretaciones de la escuela textualista y las consideraciones sobre derecho y no derecho. No obstante, esto no implica desconocer que los esfuerzos por hacer dicha distinción han sido una práctica constante de los juristas, la cual consiste en tratar de determinar criterios para hacer una diferenciación entre lo legal y lo no legal en el sistema internacional. Inicialmente, el de-

bate clásico consistía en que la autoridad normativa a nivel internacional era ejercida por un círculo cerrado de altos funcionarios que actuaban en nombre de los Estados. Sin embargo, actualmente, esta idea se ha ido desplazando paulatinamente, a medida que los criterios de informalidad y cooperación entre Estados han ascendido en el escenario internacional.

Conjuntamente al debate sobre interpretación que se ha venido planteando, surge la cuestión de la reformulación de las fuentes del derecho internacional y la forma en como los Estados, actores y diferentes grupos de interés reaccionan y se adaptan a las normas (Kennedy, 2016). Este debate va más allá de la existencia del consentimiento estatal como elemento central del derecho internacional que vincula y obliga a los sujetos de derecho internacional. Por lo tanto, consiste en que existe una nueva tendencia en el derecho internacional en que la autoridad pública que se ejerce en el plano internacional ahora se hace a través de un número creciente de reglas informales que se alejan de las fuentes formales y de los procesos clásicos.

Lo anterior representa un desafío para el derecho internacional, pues pone en tela de juicio su carácter permanente. Anteriormente, éste era asociado con ideas de certeza y consenso. Autores como Weil y D'Aspremont afirman que esta informalidad ascendente es una amenaza para la

normatividad del derecho internacional. Por lo tanto, hacen un llamado a preservar la distinción entre derecho y no derecho, así como a no alejarse del formalismo en la determinación de las normas jurídicas internacionales. Particularmente, D'Aspremont (2011) invita a que se haga un rejuvenecimiento del formalismo en la determinación de las normas jurídicas internacionales, lo cual implica un abandono de las falacias existentes en las fuentes del derecho internacional.

A pesar de lo anterior, esta idea continúa desconociendo que el derecho internacional es ineficaz para resolver los problemas mundiales, a medida que estos problemas se vuelven más evidentes. Por el contrario, la presencia y la prominencia de las instituciones y normas informales se configuran como una nueva tendencia normativa dentro del sistema de normas internacionales, puesto que traen consigo los beneficios funcionales de tal informalidad. Algunos de estos beneficios han sido: una mayor rapidez y flexibilidad en los procesos, menores costos de soberanía y la interacción de un mayor número de actores (Krisch, 2014).

Por todo lo anterior, se puede afirmar que, actualmente, el carácter prevalente del formalismo en las fuentes es una mera nostalgia ideológica que ha llegado a su fin, como resultado del ya mencionado surgimiento de elementos informales que contribuyen a la formulación efectiva de los

debates contemporáneos. Esta discusión, a su vez, fortalece la idea de que los tratados de derecho internacional son verdaderos instrumentos vivos que se deben interpretar de acuerdo con las circunstancias existentes al momento de realizar tal interpretación. De lo contrario, se privaría de todo efecto material la norma que se está intentando aplicar. Sin embargo, una vez que estas formas interpretativas son introducidas, tienden a erosionar la regla que están interpretando. Por lo tanto, la introducción de estas formas interpretativas cambia el significado del texto que originalmente fue aportado en el tratado.

III. Conclusión

Este texto se ha enfocado en cuestionarse la manera como el derecho internacional ha abordado la interpretación evolutiva de los tratados. Para ello, el documento se centró en dos discusiones centrales. La primera se refirió al modo en el cual la práctica judicial internacional ha entendido la interpretación evolutiva. Se llegó a la conclusión de que ésta de ningún modo impone ni crea nuevas obligaciones, pero sí altera y modifica el contenido de una norma, sin cambiar el texto en el cual reposa. La segunda cuestión consiste en reformular el debate entre el derecho y no derecho a través de un criterio material de interpretación y la introducción de nuevas reglas informales en el derecho internacional. En general, este estudio

afirma que la interpretación evolutiva erosiona el contenido de las normas del derecho internacional, en la medida en que, conforme pasa el tiempo, cambia el significado del texto del tratado interpretado. En todo caso, ésta surge ante la necesidad de adaptar las normas internacionales a la realidad y al contexto al cual quieren ser aplicadas.

Lista de referencias

Libros y artículos

Arato, J. (2010). Subsequent practice and evolutive interpretation: Techniques of treaty interpretation over time and their diverse consequences. *Law Practice of International Courts and Tribunals* 9(3), 443-494.

Djeffal, C. (2013). *Static and evolutive treaty interpretation: a functional reconstruction*. Cambridge University Press.

D'Aspremont, J. (2011). *Formalism and the Sources of International Law - A Theory of the Ascertainment of Legal Rules*. Oxford: Oxford University Press.

Gardiner, R. (2012). The Vienna Convention Rules on Treaty Interpretation. En D. B. Hollis, *The Oxford Guide of Treaties*. Oxford: Oxford University Press.

Kennedy, D. (2016). *A World of Struggle: How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy*. Princeton: Princeton University Press.

Krisch, N. (2014). The Decay of Consent: International Law in an Age of Global Public Goods. *American Journal of International Law*, 1-40.

Koskenniemi, M. (1997). Hierarchy in International Law: A Sketch. *European Journal of International Law*, 8(4).

Urueña, R. (2015). *Dictamen Pericial Caso Duque vs. Colombia*.

Schwarzenberger, G. (1968). *Myths and realities of treaty interpretation: Articles 27-29 of the Vienna draft convention on the law of treaties*. *Virginia Journal of International Law* 9(1), 1-19.

Casos

Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece V. Turkey) (International Court of Justice 19 December 1978).

Caso Duque vs. Colombia (Corte Interamericana de Derechos Humanos 26 de febrero de 2016).

Case Concerning the Temple off Preah Vihear (Cambodia V. Thailand) Preliminary Objections (International Court of Justice 26 May 1961).

Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America) (International Court of Justice 6 November 2003).

Dispute Regarding Navigational and Maritimal Rights (International Court of Justice 13 July 2009).

Gary B. Born

Wilmer Cutler Pickering Hale and
Dorr LLP

ENTREREVISTA

Mr. Gary B. Born is an eminent international lawyer, arbitrator, and academic, with topnotch expertise in international arbitration and litigation. He is widely acknowledged as one of the best professionals in his practice, worldwide.

Mr. Born has recently and successfully participated in numerous international proceedings, including ICC arbitrations seated in Paris, London, Singapore, and Hong Kong, a WIPO arbitration seated in Geneva, an ad hoc investment arbitration seated in Singapore, an ICSID arbitration, and various LCIA arbitrations seated in London.

Additionally, in the past decades, he has served as counsel in some of the most important international arbitrations, as well as in significant international litigation matters of European entities and a United States petroleum company. He has also served as expert witness in numerous Swedish, English, US, Japanese, and other courts.

From 2009 to 2018, Chambers Global awarded Mr. Gary Born a recognition for “Star Individual and Most in Demand Arbitrator”. He was also granted the 2019 accolade for “London Arbitration and Mediation Lawyer of the Year”. Furthermore, on 2018, Chambers Europe granted him the award for “Outstanding Contribution to the Legal Profession”.

Mr. Born is the author of multiple and influential works in his fields of expertise. His treatise “International Commercial Arbitration” is considered the standard text in the field of international arbitration. On the other hand, his commentary and materials titled “International Civil Litigation in the United States Courts” is in its fifth edition. It is considered a reference work on international litigation, and is credited with having created this field in the United States.

Recently, Mr. Born has been working on an initiative called “Arbitration Intelligence”, that uses technology to promote fairness, transparency, accountability, and diversity in international arbitrator appointments, by increasing and equalizing access to critical information about arbitrators and their decision making.

In July, 2018, Mr. Born visited Costa Rica to participate in a conference on “Innovation, Technology, and Law”, hosted by HDuarte Legal and the *Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA)* of the *Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio*. We deeply thank HDuarte Legal and its founding partner, Mr. Herman Duarte, for inviting Mr. Born and for the support provided to make this interview possible.

Interview with Gary Born

1. What is the role of technology in international arbitration and how do you think legal actors are adapting to the rapid changes in this regard?

Technology has always played a role in international arbitration. It played a role in the earliest records of arbitration, three thousand years before Christ, in what is currently Iraq, when arbitration awards were recorded on cuneiform tablets. We might not think that is very advanced technology today, but the development of writing was in that era a technological development, and, unsurprisingly, it played a role in arbitration by enabling what the arbitrators decided to be written down in a final way, recorded, and ultimately enforced. This contributed to the rule of law.

Today, technology plays a very different role. It has evolved even in the last fifty years, not to say the last five thousand years, since cuneiform tablets. Fifty years ago, when the New York Convention first began to take hold, international arbitration still used what was then contemporary technology. Documents were typewritten and digitized the way they are today. They were not even sent by courier, they were sent by ship. The idea of technology, such as hyperlinks and the

like, during this time, wasn't even something you would imagine. Very traditional technologies were used, although much more advanced, of course, than the ones used three thousand years before Christ. These were, however, by today's standards, quite undeveloped. Today, although one can say that technology will evolve more in the future, arbitration uses this technological tools in a way that, even fifty years ago, I don't think practitioners would have imagined. Many arbitration filings are today done online. Certainly, documents are exchanged through internet assisted mediums, be it Dropbox or ICSID's proprietary inhouse means of sharing documents, or through video conferences for entire hearings,

“Increasingly, international arbitrations are moving towards being paperless”

procedural directions, or live testimony of individual witnesses at a hearing. At the hearings, one uses live note, where one has

an immediate live transcript of what was just said available on computer monitors. Tribunals frequently receive written submissions with hyperlinked documents, so that they can have immediate access to the evidentiary materials and legal authorities that the parties rely on.

Increasingly, international arbitrations are moving towards being paperless. Currently, although you exchange your submissions and even exchange disclosure responses in electronic soft copy, you also, almost inevitably, follow up with

hard copy and, almost inevitably, there are copy backup files as a kind of precaution. Increasingly, one moves towards relying primarily or even entirely exclusively on electronic soft copies. USB sticks are routinely provided to the tribunal members and exchanged between the parties. They contain the documentary exhibits and the written submissions on them, and I am sure that we are only a couple of years from dispensing with hard copy entirely. I think that one has to ask questions about what additional types of technology will be available in the future that could, even more significantly, change how arbitration is conducted. Already, it is much more efficient because of technology.

2. Do you think the introduction and development of information technology in arbitration will have an impact on its cost? Will it make it more accessible?

I think it will. I think it already has made it somewhat more efficient, as it takes less time and costs less money. I think, thus far, it has not had necessarily dramatic impacts, although they can be noticeable, being able to have a procedural hearing by video conference or telephone conference, instead of having fifteen people travel physically to the same location. This involves real cost sav-

ings. Being able to search for documents electronically, as well as search terms, instead of having manual searches, also contributes significantly to efficiency. In some other ways, of course though, these technological tools increase costs. The more information that you can find, necessarily means the more information that you must find in order to represent your client, and the more information that you must evaluate and present to the tribunal. Perhaps, one of the reasons why written submissions have become longer in international arbitration in the last decade has been that there is greater access to both legal materials from around the world and to documentary evidence that is stored electronically by the client or by the other side. I don't think one can necessarily say that technology makes things cheaper. We are much more developed today, technologically, than we were twenty years ago or fifty years ago, but I think most people would say that arbitration is more expensive.

“I don't think one can necessarily say that technology makes things cheaper”

3. There has always been a concern that arbitration is not transparent enough as a method of dispute resolution. Do you believe technology can contribute to transform this perception? How so?

I think one needs to be cautious about treating transparency as an absolute value. Perhaps, one wants transparent windows in one's house; perhaps, one wants frosted glass in one's house. A lot depends on one's objectives and expectations around the values of the society. I think that, as a society, any country values confidentiality in various parts of social relations. They value confidentiality in the privacy of the home, in any employment settings, in some governmental settings. Transparency is not always an objectively positive value. I think there are serious arguments that, in some circumstances, transparency inhibits fairness, inhibits open, robust, honest debates, inhibits an objective, constructive approach to dispute resolution by two parties that, at least publicly, must take the stance that they reject one another's positions entirely. Therefore, one needs to be careful about thinking that anything that makes arbitration or other things more transparent is a good thing.

In some contexts, transparency is good, and in other contexts, perhaps it is actually negative, or, at least, not terribly important. I think technology can, for obvious reasons, increase transparency,

whether or not one thinks that is a good thing. Think about Wikileaks. Is it a good thing to have things like Wikileaks or some large social media companies distributing data very widely? In a sense, that is more transparent, but it is not necessarily something that we should all value. I think one has to be very careful to ensure that technology is used as a tool to advance the purposes that we value as a society and as a political body. Those values may be for more transparency. They may, in some cases, be for less transparency. I think, so far, technology, and especially Internet technology and social media technology encourages a kind of rampant transparency, rampant dissemination of information without thoughtful control. Then, I wonder if it is such a positive thing in all circumstances.

4. What is Arbitrator Intelligence and what role does technology play in it?

Arbitrator Intelligence is a tool that enables counsel and parties to provide objective information about the performance of individual arbitrators, and for that information to be made accessible worldwide to other parties and parties involved in international arbitration. Technology plays a useful but, in some ways, not essential role in that process. I think, in many ways, just as you could have an arbitrator on paper, you could have an arbitrator intelligence on paper. You can

collect the same information in hard copy, as well as currently is the case, in a web based database. I think technology makes much more efficient the process of collecting information from around the world, from different parties involving multiple different arbitrators, and that that makes it less expensive, more geographically diverse, and the like. But, in fact, the same objective can be achieved, although less perfectly, even without modern technology.

5. Arbitrator Intelligence aims to promote transparency, accountability, and diversity in the selection of international arbitrators. What has been the experience and the feedback from parties so far in this regard?

The feedback has all been highly positive. Everyone wants more information. Everybody, not surprisingly, thinks that they can do their jobs better as counsel and even as arbitrator, if they had more information. There is strong enthusiasm for all of the objectives of Arbitrator Intelligence.

6. Have you had concerns regarding insufficient input of data for Arbitrator Intelligence?

It would always be good to have more data. This is a project that is developing and launched, in a sense, barely three years ago. Just as it has taken decades for international arbitration to develop, it will take at least years for Arbitrator Intelligence and similar projects to reach their full potential.

7. If arbitrators that are poorly ranked and receive negative feedback consistently demand to be taken off the platform, there seems to be a risk that Arbitrator Intelligence would end up showing information only on those who are positively ranked, which is not the objective of this project. Do you think this could be a problem?

I don't think so. First of all, I think that almost everyone has a high opinion of themselves, so they will assume that they will be getting positive reviews. I think other people will take the view that any publicity is good publicity, and it is better to be known, even if one's arbitration was not quite as quick as one might hope. It is better to be known than to be unknown. I think, as professor Catherine Rogers pointed out, arbitrators who decline to be ranked, will suffer some adverse reputational consequences. If I refuse to have

others evaluate me, one can draw one's own conclusions about how confident I am of my own abilities.

8. International arbitration is considered to have a very tightknit group of established and experienced arbitrators that dominates the market. To what extent to you believe Arbitrator Intelligence will benefit the introduction of newcomers in this field?

I think the mythology that there is an international arbitration mafia is very much overstated. I don't think that is true. I have sat in approximately three hundred international arbitrations, and one of the interesting things is that I very seldom sat multiple times with the same people. I have always sat with new and different people. If, in fact, there was some little mafia, that would be impossible; I would always be sitting with the same group of people. That is just not the case. I think external critics, to some extent, of international arbitration, like to present it as a mafia engaged in secret negotiations in smoke-filled rooms behind closed doors, but the reality is that it is a much more open and diverse process, already. One sometimes looks at particular cherry-picked statistics. For example, when someone asks the question "Who is sitting in ICSID arbi-

trations right now?", and gets a snapshot of a particular highly specialized type of arbitration, and draws conclusions from that about a relatively small group. When you only have fifty ICSID cases filed a year, not surprisingly you are going to have what looks like a relatively small, limited number of arbitrators who you could, at least in one view of the world, describe as a mafia. What is really important to keep in mind, though, is that that is a snapshot, in a sense, taken through a keyhole, and the keyhole is ICSID arbitrations at this particular moment in time. Those fifty ICSID arbitrations are fifty arbitrations out of ten thousand or so, twenty thousand, perhaps, international arbitrations that are filed each year. If one looked at that figure, how many international arbitrations at leading international arbitral institutions are filed each year, and what are the arbitrators in those ten or twenty thousand arbitrations, there is not conceivable way you would describe that as a mafia. It is not. If you take an average number of arbitrators, say two per case, and multiply it by an average of fifteen thousand cases per year, you get thirty thousand arbitrators there. There is no conceivable way that a mafia or thirty or even three hundred arbitrators are going to be seated in all those cases. The factual realities contradict those types of mythologies.

All that said, I do think that Arbitrator Intelligence will play a useful role in enabling younger and more diverse arbitrators to enter the market

and to be selected for larger, more interesting cases. There is, as we discussed, a shortage of information, and people are always anxious to find the best arbitrator. If you provide more information, which, almost inevitably, will be disproportionately more about younger arbitrators who, by definition, have less of a reputation, less of a track record, you will increase the likelihood that they will get selected. If, right now, you only go by the kind of word of mouth reputations and the amount of cases an arbitrator has done, it is going to favor the older arbitrators, those who have had thirty years of practice to develop their reputations and to create a list of contacts. Inevitably, that kind of gossip-based selection favors old, established names against young, upcoming names. By having a more empirically based, objectively based set data that includes information about younger arbitrators and more diverse pool of arbitrators, you will increase their likelihood of being selected.

“Arbitrator Intelligence will play a useful role enabling younger and more diverse arbitrators to enter the market and be selected for larger, more interesting cases.”

9. The legal profession is still apprehensive toward technologically-based automation. This is due, among others, to the fact that most of its cost structure is based on billable hours. In that context, to what extent do you think technology might replace the work of lawyers and arbitrators in the future?

To some extent, technology already has significantly affected the practice of law. This is a little less so for the role of an arbitrator, but, in terms of counsel, it has. Thirty, twenty-five, or even ten years ago, the role of document review was enormous. If you were a young associate, you could be sure you were going to spend two years in a warehouse reviewing documents, and that task has been, to a significant extent, automated or outsourced because of the availability of technology to lower costs. In that sense, the type of work young lawyers do has significantly changed. Legal research has also been revolutionized by technology.

I am skeptical about trying to predict the future and what else is going to be automated. I am skeptical if I try to hypothesis that we can automate the decision-making function. Do you really want a machine to decide who wins and loses a case? I think there are some online dispute resolution systems for small value transactions that, basically, have algorithms decide cases. I am

very skeptical whether any modern society would want to make decisions about Human Rights, to have someone found guilty of a criminal offense by a machine and not by a person, to decide on a criminal sentence of six months instead of six years. Is that all that different to make decisions of whether a company has to pay nothing or fifty million or five hundred million dollars? I do not think that we will, in a very, very long time, or probably never be comfortable having machines do those sorts of fundamental decisions for us.

10. Costa Rica, with its strategic location in the middle of the Americas, aims to become an Arbitration Hub. What do you think it takes for a country to become a more popular arbitration venue for parties?

Costa Rica is not missing a number of important things which, in a sense, you couldn't build easily, and therefore, you are in a strong starting position. You already are regarded as relatively neutral, in part because you are small. You are not like a Brazil, with huge numbers of international companies engaged in huge numbers of international contracts where parties won't regard you as so neutral. Costa Rica is in a more neutral position and has a strong reputation, in contrast to other countries in the region, for integrity, rule

of law, and expertise. I think there has, thus far, been strong moves in the positive direction in terms of the legislative and legal framework, like adopting the UNCITRAL Model Law, being the most obvious one. All of that puts you in a strong starting position. You could analogize Costa Rica, structurally, to a Singapore, a Switzerland, and, perhaps, to a London, which are relatively small jurisdictions with reputations for neutrality and respect for the rule of law.

I still, though, do think that there are some important things that Costa Rica should do if it wishes to become an international arbitration center. I think it needs to encourage the study, academically, of international arbitration. The law schools should teach international arbitration as a subject. That is the case in Singapore, where the National University of Singapore offers multiple courses on international arbitration. The same is true on London and in Switzerland. I think this is something the students desire, and it is also something essential to build over time in international arbitration culture. The second important step, beyond academics, is strengthening and broadening the legal community and its expertise in international arbitration. The more local lawyers who are familiar with arbitration, the more those lawyers will be reasonable choices as international arbitrators, more confidence that the local courts will be able to handle properly judicial proceedings that relate to international

arbitration, such as the recognition or enforcement of arbitral awards, interim relief proceedings, and the like. I think strengthening the legal community in regard to international arbitration is highly important. I think that there are many steps that have already been taken in that direction. You can see that from this conference, but it is a long process that is not accomplished in just one conference, or in just one or five years. It is a progressive strengthening of the legal community. I think involving non Costa Rican lawyers –international lawyers– both as counsel and as arbitrators, is an important signal to the international community, that rule of law and neutrality does prevail here. Costa Rica has benefits of having a reputation for neutrality, but I think, like Singapore, like Switzerland, having non local, international players involved in the market is very important and increases the diversity of

choice available for foreign and local parties, and that is associated with a strong arbitration reputation. I also think the government should actively support CICA and other arbitral institutions, by making sure they have adequate premises, making sure that they are able to attract and hire appropriate younger staff and counsel to supervise and administrate cases. Having the judiciary working hand in hand with the arbitration community is very important. We see that very clearly in places such as Singapore, Hong Kong, Switzerland, and England.

When you take all these various efforts together, it produces a kind of virtuous circle, in which the jurisdiction's reputation continues to develop. More cases come, more experience is gained, the reputation improves...it is an upward spiral, as opposed to a status quo or a decline.



(Left to right) Elia Naranjo, Gary Born, and Édgar Méndez in the Conference on Technology, Innovation, and Law, hosted by CICA and HDuarte LEGAL.

El señor Gary B. Born es un eminente abogado, árbitro y doctrinario internacional, con amplísima experiencia en arbitraje y litigio internacional. Es ampliamente reconocido como uno de los mejores profesionales en su área, a nivel mundial.

El Sr. Born ha participado recientemente y con éxito en numerosos procesos internacionales de resolución de disputas, los cuales incluyen arbitrajes ICC con sede en París, Londres, Singapur y Hong Kong, arbitrajes de inversión ad-hoc con sede en Singapur, un arbitraje ICSID y varios arbitrajes LCIA con sede en Londres.

Adicionalmente, en décadas pasada, ha fungido como abogado de parte en algunos de los más importantes arbitrajes internacionales, así como en relevantes asuntos de litigio internacional relacionados con entidades europeas y una compañía petrolera estadounidense. También ha servido como testigo experto en numerosas cortes suecas, inglesas, estadounidenses y japonesas, entre otras.

De 2009 a 2018, Chambers Global le otorgó al Sr. Gary Born un reconocimiento al “Individuo estrella y árbitro más solicitado” para el año 2019. También le fue entregado el premio al “Abogado del año en temas de arbitraje y mediación en Londres”. Adicionalmente, en 2018, Chambers Europa le concedió el reconocimiento

por “Contribución extraordinaria a la profesión legal”.

El Sr. Born es autor de múltiples e influyentes obras en su área de experticia. Su tratado “Arbitraje Comercial Internacional” es considerado el texto estándar en el campo del arbitraje internacional. Por otro lado, su comentario denominado “Litigio Internacional Civil en las cortes de los Estados Unidos” va por su quinta edición. Se considera una obra de referencia en litigio internacional y se le da el crédito de haber creado esta área de conocimiento en los Estados Unidos.

Recientemente, el Sr. Born ha estado trabajando en una iniciativa llamada “*Arbitrator Intelligence*”, que utiliza la tecnología para promover la justiciar, transparencia, responsabilidad y diversidad en el nombramiento de árbitros internacionales, de modo que incrementa y equipara el acceso a información crítica sobre los árbitros y su toma de decisiones.

En julio de 2018, el Sr. Born visitó Costa Rica para participar en una conferencia sobre “Innovación, tecnología y derecho” organizada por Hduarte Legal y el Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) de la Cámara Costarricense-Norteamericana de Comercio. Agradecemos sinceramente a la firma HDuarte Legal y a su fundador, el señor Herman Duarte, por haber invitado al Sr. Born y por su apoyo en hacer de esta entrevista una realidad.

Entrevista a Gary Born

1. ¿Cuál es el rol de la tecnología en el arbitraje internacional y cómo cree que los agentes jurídicos se están adaptando a los rápidos cambios en este sentido?

La tecnología siempre ha tenido un rol en el arbitraje internacional. Tuvo un rol en los más antiguos registros del arbitraje, tres mil años antes de Cristo, adonde hoy es Irak, cuando los laudos arbitrales eran registrados en tablillas cuneiformes. Puede pensarse que no esa no es tecnología muy avanzada hoy, pero el desarrollo de la escritura fue un desarrollo tecnológico en aquella era. No es sorprendente que haya jugado un rol en el arbitraje, al permitir el registro de lo decidido por lo árbitros, así como la posterior ejecución de lo laudado. Esto contribuyó al Estado de Derecho.

Hoy, la tecnología tiene un rol muy diferente. Ha evolucionado en los últimos cincuenta años, así como en los últimos cinco mil años cinco mil años, desde las tablillas cuneiformes. Cincuenta años atrás, cuando la Convención de Nueva York empezó a tomar auge, el arbitraje internacional utilizaba lo que en aquella época era tecnología contemporánea. Los documentos eran escritos a máquina y digitados de la manera en que se hace hoy. Ni siquiera eran enviados por Courier, sino que eran enviados por barco. La idea de la tecno-

logía de hoy, como los hipervínculos y otros similares, no eran algo que uno se pudiera imaginar en aquellos tiempos. Se usaban tecnologías muy tradicionales, aunque mucho más avanzadas, por supuesto, que las utilizadas tres mil años antes de Cristo. Sin embargo, dichas tecnologías eran, para los estándares contemporáneos, considerablemente subdesarrolladas. Hoy, aunque uno puede decir que la tecnología evolucionará más en el futuro, el arbitraje utiliza estas herramientas tecnológicas de una forma que, incluso hace cincuenta años, nadie hubiera podido imaginar. Actualmente, muchas de las solicitudes de arbitraje son hechas en línea. Los documentos son intercambiados por medios asistidos por la Internet, como lo son Dropbox o la plataforma de planta de ICSID para compartir documentos, así como videoconferencias para llevar a cabo audiencias de todo tipo, incluida la recepción de prueba testimonial en vivo. En las audiencias, se utilizan notas en vivo, que permiten tener en los monitores de las computadoras una transcripción inmediata de lo que se acaba de decir. Los tribunales frecuentemente reciben escritos con documentos enlazados por hipervínculos, para que puedan tener acceso inmediato al material probatorio y a la doctrina que citan las partes.

Los arbitrajes internacionales se hacen cada vez menos dependientes del papel. Actualmente, a pesar de que se intercambian escritos en su versión electrónica, casi siempre, como medida de precaución, se intercambian también sus copias impresas. Sin embargo, cada vez nos movemos más hacia un intercambio de documentos puramente electrónicos. Dispositivos de almacenamiento USB se entregan constantemente a los miembros del tribunal y a las partes. Éstos contienen prueba documental y escritos con alegatos. Estoy seguro de que estamos a un par de años de abandonar por completo la utilización de copias impresas. Creo que es necesario preguntarse qué tipo de tecnologías estarán disponibles en el futuro que podrían, incluso más significativamente, cambiar la manera en que se conduce el arbitraje. Incluso desde ahora, éste es mucho más eficiente gracias a la tecnología.

2. ¿Cree usted que la introducción y el desarrollo de las tecnologías de la información en el arbitraje tendrá un impacto en su costo? ¿Cree que lo hará más accesible?

Creo que sí lo hará. Creo que ya lo ha hecho un poco más eficiente, ya que toma menos tiempo y cuesta menos dinero. Me parece que, por el momento, no ha tenido impactos necesariamente

“Los arbitraje internacionales se hacen cada vez menos dependientes del papel”

dramáticos, pero éstos sí son notorios, al ser posible la realización de una audiencia procedimental por videoconferencia o teleconferencia, en lugar de hacer que quince personas se desplacen físicamente hasta un mismo lugar. Esto implica un verdadero ahorro en el costo. La capacidad de buscar documentos electrónicamente, así como de buscar términos específicos, en lugar de tener que realizar búsquedas manuales, también contribuye significativamente en la eficiencia. De otras formas, sin embargo, las herramientas tecnológicas incrementan los costos. Entre más información se pueda encontrar, más información debe ser encontrada para representar a un cliente y más información debe ser evaluada y presentada al tribunal. Posiblemente, una de las razones por las que los escritos de las partes han devenido más largos en el arbitraje internacional en la última década es que hay un mayor acceso a materiales jurídicos de todo el mundo y a prueba documental que está almacenada electrónicamente por el cliente o por la contraparte. No creo que uno pueda decir que la tecnología necesariamente abarata las cosas. Estamos mucho más desarrollados hoy, tecnológicamente, que hace veinte o cincuenta años, pero creo que la mayoría

de la gente diría que el arbitraje se ha vuelto más caro.

3. Siempre ha habido preocupación en torno a que el arbitraje no es lo suficientemente transparente como un medio de resolución de controversias. ¿Cree usted que la tecnología puede contribuir para transformar esta percepción? ¿De qué manera?

Creo que uno debe ser cauteloso al tratar la transparencia como un valor absoluto. Uno puede querer ventanas transparentes en su casa, así como uno puede querer que éstas sean esmeriladas. Mucho depende de los objetivos y las expectativas que rodean los valores de la sociedad. Creo que, como sociedad, cualquier país valora la confidencialidad en varias partes de las relaciones sociales. Se valora la confidencialidad en la privacidad del hogar, en los ámbitos laborales y en algunos ámbitos gubernamentales. La transparencia no siempre es un valor objetivamente positivo. Creo que hay argumentos muy fuertes a favor de que, en algunas circunstancias, la transparencia puede inhibir la justicia, así como debates abiertos, robustos y honestos. También inhibe un acercamiento objetivo y constructivo a la resolución de controversias de dos partes que, al menos públicamente, deben tomar la posición de que rechazan la posición del otro completamente.

Por lo tanto, debe ser cuidadoso de no pensar que todo lo que hace el arbitraje más transparente es algo bueno.

En algunos contextos, la transparencia es bueno, mientras que en otros, en realidad podría ser negativa o, al menos, no demasiado importante. Creo que la tecnología puede, por razones obvias, incrementar la transparencia, independientemente de si eso es o no algo bueno. Puede pensarse en Wikileaks. ¿Es bueno tener cosas como Wikileaks u otras grandes compañías de redes sociales distribuyendo información de manera muy amplia? En cierto sentido, eso es mayor transparencia, pero no es necesariamente algo que todos debemos valorar. Creo que uno debe ser muy cuidadoso para asegurarse de que la tecnología es usada como una herramienta para avanzar en los propósitos que valoramos como sociedad y cuerpo político. Esos valores podrían implicar mayor transparencia. Podrían, en ciertos

“No creo que uno pueda decir que la tecnología necesariamente abarata las cosas.”

casos, implicar menor transparencia. Me parece que, hasta el momento, la tecnología y, en especial, la tecnología de la Internet y de las redes sociales, fomentan un tipo de transparencia desenfrenada, una diseminación desenfrenada de información sin un control precavido. Entonces, me

pregunto si eso es algo tan positivo en todas las circunstancias.

4. ¿Qué es Arbitrator Intelligence y qué rol tiene la tecnología en ello?

Arbitrator Intelligence es una herramienta que permite a los abogados y a las partes proveer información sobre el desempeño de árbitros individuales y habilita el acceso a esta información a nivel mundial a otras partes que puedan estar involucradas en arbitraje internacional. La tecnología tiene un rol útil, pero no esencial, en este proceso. Me parece que, de muchas maneras, así como uno podría tener un árbitro en papel, uno podría tener un Arbitrator Intelligence en papel. La misma información puede ser recolectada en físico, así como en una base de datos en línea, como es el caso actualmente. Creo que tecnología hace mucho más eficiente el proceso de recolectar información alrededor del mundo, de diferentes partes que se involucran con diferentes árbitros, de manera que se reducen costos y se incrementa la diversidad geográfica, entre otros. Sin embargo, en realidad, el mismo objetivo puede ser obtenido sin la tecnología moderna, pero de una manera menos perfecta.

5. Arbitrator Intelligence pretende promover la transparencia, la rendición

de cuentas y la diversidad en la selección de árbitros internacionales. ¿Cuál ha sido la experiencia y la retroalimentación de las partes, hasta el momento, en cuanto a esto?

La retroalimentación ha sido altamente positiva. Todos quieren más información. Como era de esperar, todos piensan que pueden hacer mejor sus trabajos como abogados de parte o como árbitros si tuvieran más información. Hay un fuerte entusiasmo en torno a todos los objetivos de Arbitrator Intelligence.

6. ¿Han tenido preocupaciones de no poder obtener suficiente información para Arbitrator Intelligence?

Siempre sería bueno tener más información. Este es un proyecto que está en desarrollo y que fue lanzado, de cierta manera, hace apenas tres años. Así como le ha tomado décadas al arbitraje internacional desarrollarse, le tomará por lo menos años a Arbitrator Intelligence y a otros proyectos similares alcanzar su máximo potencial.

7. Si los árbitros que reciben retroalimentación negativa exigen constantemente ser retirados de la plataforma, parece haber un riesgo de que Arbitrator Intelligence termine mostrando

únicamente información sobre aquellos que tienen retroalimentación positiva, lo cual no es el objetivo de este proyecto. ¿Creen que esto podría ser un problema?

No lo creo. Primero que todo, creo que casi todos tienen una buena opinión sobre sí mismos, así que asumirán que obtendrán buenas evaluaciones. Creo que otros serán de la opinión de que cualquier publicidad es buena publicidad y que es mejor ser conocido, incluso si el arbitraje que se condujo no es tan rápido como se hubiera querido. Es mejor ser conocido que ser desconocido. Me parece que, como la profesora Catherine Rogers indicó, los árbitros que se niegan a ser evaluados sufrirán consecuencias adversas en su reputación. Si yo me opongo a que otros me evalúen, uno puede sacar sus propias conclusiones sobre que tanta confianza tengo en mis propias habilidades.

8. Se considera que el arbitraje internacional tiene un grupo cerrado de árbitros establecidos y experimentados que domina el mercado. ¿Hasta qué punto considera que Arbitrator Intelligence beneficiará la introducción de los más nuevos en este campo?

Creo que el mito de que hay una mafia del arbitraje internacional es muy exagerado. No creo

que sea cierto. Yo he participado en aproximadamente trescientos arbitrajes internacionales y algo interesante es que muy raramente me he topado a la misma gente múltiples veces. Siempre he trabajado con gente nueva y diferente. Si, en efecto, hubiera algún tipo de mafia, eso sería imposible, ya que yo siempre trabajaría con el mismo grupo de gente. Ese simplemente no es el caso. Creo que a los críticos externos del arbitraje internacional les gusta presentarlo como si fuese una mafia involucrada en negociaciones secretas que se llevan a cabo en habitaciones oscuras a puerta cerrada, pero la realidad es que es un proceso mucho más abierto y diverso. A veces uno se topa con estadísticas producidas a conveniencia. Por ejemplo, cuándo alguien pregunta: “¿quién está participando en arbitrajes ICSID en este momento?”, se obtienen datos sobre un tipo particular de arbitraje altamente especializado y se sacan conclusiones a partir de este grupo relativamente pequeño. Si se inician alrededor de cincuenta casos ICSID por año, no resulta sorprendente que lo que se muestre sea un grupo relativamente pequeño y limitado de árbitros que, de una u otra manera, podría ser descrito como una mafia. Sin embargo, debe siempre recordarse que eso como tomar una fotografía a través de un ojo de cerradura; el ojo de cerradura son los arbitrajes ICSID en un momento en particular. Esos cincuenta arbitrajes ICSID son cincuenta de alrede-

dor de diez mil o veinte mil arbitrajes internacionales que se inician cada año. Si uno analizara este número, es decir, cuántos arbitrajes internacionales son iniciados cada año en las principales instituciones arbitrales internacionales y quiénes son los árbitros en esos diez o veinte mil arbitrajes, no existe forma alguna en la que uno pueda describir eso como una mafia. No lo es. Si uno toma un número promedio de árbitros, por ejemplo, dos por caso, y se multiplica por un promedio de quince mil casos por año, se obtiene treinta mil árbitros. No hay forma posible en que una mafia de treinta mil o, incluso, trescientos árbitros van a participar en todos esos casos. Las realidades fácticas contradicen ese tipo de mitos.

Dicho lo anterior, sí me parece que Arbitrator Intelligence será útil para permitir a árbitros jóvenes y diversos entrar al mercado y ser seleccionados para casos más grandes e interesantes. Existe, como discutimos, una escasez de información y la gente siempre está ansiosa por encontrar al mejor árbitro. Si uno provee más información, que, casi inevitablemente, será desproporcionadamente más sobre árbitros jóvenes que, por definición, tienen una menor reputación y menos experiencia registrada, se incrementará la probabilidad de que sean elegidos. Si, en este momento, uno se fundamenta solamente en las reputaciones que se transmiten de boca en boca y en la cantidad de casos en los que un árbitro ha participado, esto favorecerá a los árbitros más

viejos, aquéllos que han tenido treinta años de experiencia para desarrollar sus reputaciones y crear una lista de contactos. Inevitablemente, ese tipo de “selección basada en chismes” favorece a nombre viejos y establecido frente a nombres nuevos e incipientes. Al tener más información con base empírica y objetiva que incluya información sobre árbitros más jóvenes y diversos, se incrementará la probabilidad de que sean seleccionados.

“Arbitrator Intelligence será útil para permitir a árbitros jóvenes y diversos entrar al mercado y ser seleccionados para casos más grandes e interesantes”

9. La profesión del Derecho todavía es aprensiva con respecto a la automatización basada en la tecnología. Esto se debe, entre otros, al hecho de que gran parte de su estructura de costo está basada en horas facturables. En ese contexto, ¿hasta que punto cree usted que la tecnología pueda reemplazar el trabajo de abogados y árbitros en el futuro?

En cierta medida, la tecnología ya ha afectado significativamente la práctica del Derecho. Esto ha ocurrido en menor medida en torno al rol de un árbitro, pero en términos de abogados de parte, sí lo ha hecho. Hace treinta, veinticinco o incluso diez años, el rol de la revisión de documentos era enorme. Si uno era un asociado joven, podía estar seguro de que pasaría dos años en un almacén revisando documentos. Esa tarea ha sido considerablemente automatizada o delegada a empresas externas debido a la disponibilidad de la tecnología para abaratar costos. En ese sentido, el tipo de trabajo que hacen los abogados jóvenes ha cambiado significativamente. La investigación jurídica también ha sido revolucionada por la tecnología.

Soy muy escéptico en torno a tratar de predecir el futuro y qué más será automatizado. Soy escéptico si intento suponer que podemos automatizar la toma de decisiones. ¿En realidad se

quiere que un máquina decida quién gana y pierde un caso? Creo que hay algunos sistemas de resolución de controversias en línea para transacciones de bajo valor que, básicamente, tienen algoritmos que resuelven casos. Yo soy muy escéptico en torno a si una sociedad moderna querría que una máquina tome decisiones sobre Derechos Humanos y que pueda declarar a alguien culpable de un delito penal, es decir, que pueda decidir entre una condena de seis meses o seis años. A final de cuentas, ¿existe una diferencia tan grande entre eso y tomar una decisión sobre si una compañía tiene que pagar cero, cincuenta o quinientos millones de dólares? No creo que, en mucho, mucho tiempo o, incluso, nunca, vayamos a estar cómodos con la idea de permitir a una máquina tomar ese tipo de decisiones fundamentales por nosotros.

10. Costa Rica, con su localización estratégica en el centro del continente americano, apunta a convertirse en un centro de arbitraje. ¿Qué cree que se necesita para que un país se convierta en una sede arbitral popular?

Creo que no le hace falta un número importante de cosas que, de cierto modo, no podrían construir fácilmente y, por lo tanto, están en un fuerte punto de partida. Costa Rica ya es considerado

relativamente neutral, en parte porque es pequeño. No es como Brasil, que tiene enormes cantidades de compañías internacionales involucradas en enormes cantidades de contratos internacionales en los cuales las partes no lo considerarán neutral. Costa Rica está en una posición más neutral y tiene una fuerte reputación, en contraste con otros países de la región, en torno a integridad, el respeto al Estado de Derecho, y experiencia técnica. Creo que, hasta el momento, han realizado movidas fuertes en la dirección correcta en términos legislativos y de marco jurídico, como la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI. Todo eso pone a Costa Rica en un fuerte punto de partida. Podría hacerse una analogía, en términos estructurales, entre la Costa Rica y Singapur, Suiza y, quizás, Londres, que son jurisdicciones relativamente pequeñas con reputaciones de neutralidad y respeto por el Estado de Derecho.

De todas formas, creo que hay cosas importantes que Costa Rica debería hacer si desea convertirse en un centro de arbitraje internacional. Las escuelas de Derecho deberían impartir cursos dedicados al arbitraje internacional. Eso sucede en Singapur, donde la Universidad Nacional de Singapur ofrece múltiples cursos en arbitraje internacional. Lo mismo ocurre en Londres y en Suiza. Creo que es algo que los alumnos desean y que es algo esencial que debe ser cultivado a lo

largo del tiempo para tener una cultura de arbitraje internacional. Entre más abogados locales estén familiarizados con el arbitraje, más abogados serán opciones razonables como árbitros internacionales y habrá más confianza de que las cortes locales podrán manejar adecuadamente procedimientos judiciales que se relacionen con el arbitraje internacional, tales como el reconocimiento o la ejecución de laudos y los procesos de medidas cautelares, entre otros. Creo que reforzar la comunidad jurídica en torno al arbitraje internacional es sumamente importante y me parece que hay muchos pasos que ya se han tomado en esa dirección. Eso puede verse en esta conferencia, pero se trata de un proceso largo que no se logra con solo una conferencia, o solo en uno o en cinco años. Se trata de un fortalecimiento progresivo de la comunidad jurídica. Creo que involucrar a abogados que no son costarricenses —abogados internacionales— tanto en la función de abogado de parte como en la función de árbitro, es una señal importante para la comunidad internacional, sobre que el Estado de Derecho y la neutralidad sí prevalece aquí. Costa Rica tiene el beneficio de una reputación de neutralidad, pero creo que, tal como en Singapur y en Suiza, tener actores internacionales involucrados en el mercado es muy importante e incrementa la diversidad de elección disponible para partes extranjeras y locales, lo cual se asocia con una fuerte reputación arbitral. También me parece

que el gobierno debería apoyar activamente al CICA y a otras instituciones arbitrales, asegurándose de que tengan las instalaciones adecuadas y de que puedan atraer y contratar personal y abogados jóvenes y adecuados para supervisar y administrar casos. Tener al Poder Judicial trabajando mano a mano con la comunidad arbitral es muy importante. Eso puede verse claramente en lugares como Singapur, Hong Kong, Suiza e Inglaterra.

Cuando se hacen todos estos esfuerzos conjuntamente, se produce un tipo de círculo virtuoso, en el cual la reputación de la jurisdicción se desarrolla constantemente. Más casos son atraídos, por lo cual se acumula mayor experiencia, lo cual mejora la reputación... es una espiral ascendente, en contraposición a un statu quo o una decadencia.



Gary Born en la Conferencia sobre Innovación, Tecnología y Derecho, organizada por el Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje (CICA) y HDuarte LEGAL.



PARA MÁS INFORMACIÓN:

ceja@acodicr.org

OPORTUNIDAD DE PATROCINIO:

- Sea parte de los socios estratégicos de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.
- Participe en una de las competencias más prestigiosas de Derechos Humanos en América Latina y realce su marca.
- ¡Ayúdenos en la difusión del Derecho Internacional!
- Tres paquetes de patrocinio diferentes.



Convocatoria de ensayos

2^{da} Jornadas Derecho Penal Internacional

Avances y Desafíos, con ocasión de los 20 años del Estatuto de Roma
que instauro la Corte Penal Internacional.

Requisitos:

Abordar una problemática actual de Derecho Penal Internacional o Derecho Internacional Humanitario.

Máximo de 6000 palabras, sin incluir bibliografía.

Citar utilizando el sistema Turabian (octava edición).

Estructura mínima: resumen de 200 palabras, abstract de 200 palabras, palabras clave, indicar el CV



Fecha límite de envío:
Domingo 22 de julio de 2018
a las 23:59 p.m.
(hora de Costa Rica).

Correo electrónico:
jornadas.dpenalint@gmail.com



La Comisión de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Convoca a participar en el:

**II Concurso Regional de Ensayos sobre
Derechos Humanos Rodríguez Rescia**

Para jóvenes investigadores de América Latina

El tema de este año es:

Desplazamiento forzado y el derecho a la salud

Fecha límite: 14 de octubre de 2018

Para más información:
comisiondidh@acodicr.org





¡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>

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.



Escribinos a info@acodicr.org

Información para AUTORES

Sus contribuciones son bienvenidas al siguiente correo electrónico:

RevistaDerechoInternacional@acodicr.org

La Revista Costarricense de Derecho Internacional acepta contribuciones (artículos, ensayos, reseñas) para su publicación.

Las postulaciones deberán contener al menos los siguientes datos:

- i. Identificación del candidato (nombre y apellidos).
- ii. Detalles de su trayectoria en el campo del Derecho Internacional. En caso de no contar aún con un grado universitario deberá indicar la Universidad en la cual se encuentra matriculado, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en el Derecho Internacional.
- iii. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del tema sobre el cual versaría su contribución.

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

- a) Redacción en formato WORD.
- b) El título del artículo debe aparecer centrado.
- c) De seguido y al margen derecho, constará el nombre y apellidos del autor.
- d) Un resumen en español (titulado “Resumen”) y otro en inglés (titulado “Abstract”). Cada uno tendrá una extensión máxima de doscientas palabras, a espacio sencillo.
- e) Después deberá aparecer el artículo cuyo contenido debe tener una extensión máxima de 7,000 palabras.
- f) Las citas o referencias a documentos impresos o electrónicos que se incluyan dentro del artículo se harán utilizando un único formato de citación.
- g) El Director o el Consejo Editorial podrán apercibir al autor de corregir cualquier contenido que resulte ofensivo o que utilice lenguaje no apropiado. De no corregirse el motivo del apercibimiento, podrán rechazar el artículo.
- h) Sin perjuicio de lo anterior, los contenidos y opiniones que se vierten en cada artículo son responsabilidad exclusiva de cada autor, y no de los encargados de la Revista o de ACODI.
- i) El contenido del artículo deberá ser original y no haber sido publicado con anterioridad en algún otro medio.
- j) El autor cede los derechos de publicación o copia de sus artículos. Si el autor con posterioridad desea publicar su artículo en otra revista o cualquier otro soporte documental, deberá hacerlo indicando los datos de su publicación previa en la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- k) El Consejo Editorial podrán admitir la publicación de artículos o conferencias publicadas de forma previa en otras revistas o soportes documentales, en consideración a su relevancia. En este caso deberán indicarse los datos de la publicación previa.

Consultas: revistaderechointernacional@acodicr.org