Asociación Costarricense de Derecho Internacional

Revista Costarricense de Derecho Internacional

PRESENTACIÓN DE LA SÉPTIMA EDICIÓN

Editorial
LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA PARA RELACIONES TRANSFRONTERIZAS DE CONSUMO ELECTRÓNICO: EL CONTRATO INTELIGENTE COMO ALTERNATIVA PARA LA EJECUCIÓN DE LAUDOS
Édgar E. Méndez Zamora

JURISDICTIONAL DIFFICULTIES OF INTERNATIONAL ARBITRATION TRIBUNALS WHEN ADDRESSING PRICE REVIEW DISPUTES CONCERNING GAS SUPPLY AGREEMENTS
Diego Alexandre-García Fernández

THE ARBITRABILITY OF CORPORATE DISPUTES: LATIN AMERICA AND WESTERN EUROPE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE
Sara Scordo

EL PODER DE DISCRIMINAR Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS LGBTI
Herman M. Duarte

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y SU RESPETO EN FACEBOOK EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN ARGENTINA
Mila Jazmín Cantar

ENTREVISTA
Sr. Evan Wolfson, Freedom to Marry
Sr. Víctor Madrigal Borloz, Organización de las Naciones Unidas

VII
EDICIÓN
II semestre
2017

ACODI
ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

CONSEJO EDITORIAL

Director General:

Édgar E. Méndez Zamora

Consejo Editorial:

María José Araya Álvarez
José Daniel Rodríguez Orúe
Mónica Valverde Smith
Luis Antonio Molina Chacón
Sergio Segura Retana

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 7
II semestre 2017
Fecha de publicación: 23 de diciembre de 2017
San José, Costa Rica
ISSN: 2215-325X

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

CONSEJO ASESOR

Jaime Granados Brenes
Derecho del Comercio Internacional

Dyalá Jiménez Figueres
Derecho de Arbitraje Internacional

Juan José Obando Peralta
Derecho Internacional Privado

Elizabeth Odio Benito
Derecho Penal Internacional

Joseph Thompson Jiménez
Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Mauricio Salas Villalobos
Derecho Internacional Público y Económico

ACODI

ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

COMPETENCIA INTERNACIONAL EDUARDO JIMENEZ de ARECHAGA

ÍNDICE

05 Presentación de la séptima edición.

EDITORIAL

06 **La solución de controversias en línea para relaciones transfronterizas de consumo electrónico: el contrato inteligente como alternativa para la ejecución de laudos**
Édgar E. Méndez Zamora

ARTÍCULOS

26 **Jurisdictional Difficulties of International Arbitration Tribunals when Addressing Price Review Disputes Concerning Gas Supply Agreements**
Diego Alexandre-García Fernández

46 **The Arbitrability of Corporate Disputes: Latin America and Western Europe in Comparative Perspective**
Sara Scordo

61 **El poder de discriminar y los derechos de las minorías LGBTI**
Herman M. Duarte

78 **El derecho a la identidad de género y su respeto en Facebook en relación con la legislación argentina**
Mila Jazmín Cantar

ENTREVISTAS

103 **Evan Wolfson**
Freedom to Marry

119 **Víctor Madrigal Borloz**
Experto independiente de la ONU

Presentación
Séptima Edición

La VII Edición de la Revista Costarricense de Derecho Internacional promueve un mensaje de paz social. Combina temas de resolución alternativa de disputas con análisis relativos al respeto y la promoción de los derechos humanos de minorías, de manera que fomenta la convivencia en armonía.

Primeramente, Diego Alexandre-García Fernández, experto en resolución de disputas, se refiere a la resolución alternativa de controversias provenientes de contratos de suministro de gas natural. Identifica problemas y propone soluciones con respecto a la jurisdicción de tribunales arbitrales para conocer conflictos sobre la revisión del precio contractualmente establecido para dicho combustible fósil.

De seguido, Sara Scordo, abogada italiana, realiza un interesante análisis comparativo en cuanto a la posibilidad de someter a arbitraje disputas corporativas en América Latina y Europa occidental. Expone los criterios de arbitrabilidad impuestos por la ley y la jurisprudencia de distintos Estados en ambas regiones, de manera que identifica y califica las tendencias actualmente existentes y propone reformas a favor de la posibilidad de arbitrar.

Por su parte, Herman M. Duarte, fundador de la fundación Igualitos y de la firma HDuarte-LEX, contribuye a esta edición con un estudio jurídico que analiza los alcances del término "discriminación" y la imposibilidad que tienen los Estados de emplearlo con el fin de limitar el matrimonio civil a uniones heterosexuales. Así, argumenta a favor del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, tema que se encuentra en boga y es objeto de particular controversia a nivel nacional e internacional.

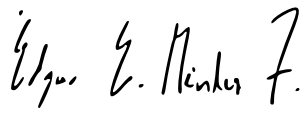
Por último, Mila Jazmín Cantar, abogada argentina y ganadora del Concurso de Ensayos Jurídicos en Derechos Humanos Rodríguez Rescia, contribuye a esta edición con una novedosa investigación en la cual se refiere a la protección jurídica que otorga la República Argentina a datos sensibles que revelan la identidad de género de sus habitantes. De seguido, somete a una rigurosa crítica las políticas de recolección y almacenamiento de datos del gigante de las redes sociales –Facebook– y cuestiona su compatibilidad con el ordenamiento jurídico en cuestión.

En comparación con ediciones anteriores, ésta amplía la sección de entrevistas.

Por un lado, contamos con el honor de conversar con el señor Evan Wolfson, quien, por medio de su organización Freedom to Marry, lideró el movimiento a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo en los Estados Unidos de América. Sus acciones han tenido un impacto profundo en la difusión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por otro lado, el señor Víctor Madrigal Borloz, costarricense recientemente electo para el mandato de experto independiente en temas de orientación sexual e identidad de género de la Organización de Naciones Unidas, parte de su amplio conocimiento técnico para hablarnos de su mandato y de diversos temas en relación con la población LGBTI.

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



Édgar E. Méndez Zamora
Director General

La solución de controversias en línea para relaciones transfronterizas de consumo electrónico: el contrato inteligente como alternativa para la ejecución de laudos

Édgar E. Méndez Zamora
Director General

EDITORIAL

El desarrollo sin precedentes que han experimentado las tecnologías de la información durante las últimas décadas ha traído consigo consecuencias significativas en prácticamente todo aspecto de la vida cotidiana y de las relaciones económico-sociales. El comercio no es excepción a este fenómeno; con cada vez más frecuencia, los consumidores y los comerciantes acuden al uso de Internet para llevar a cabo sus negocios.[1]

El comercio electrónico[2] deviene cada día más común, a tal punto que su presencia empieza a compararse con la de las relaciones comerciales "cara a cara", que siempre han sido la regla. Lo anterior es particularmente cierto en transacciones de consumo,[3] que se caracterizan por ser de un alto volumen y relativamente bajo valor económico.[4] Además, el carácter internacional por antonomasia del

1. Amy J. Schmitz, "Building Trust in Ecommerce Through Online Dispute Resolution," *University of Colorado Law School* (2012): 1, obtenido de http://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/schmitz/SchmitzBuildingTrustinEcommerceThroughOnlineDisputeResolution.pdf

2. El comercio electrónico, según la Organización Mundial del Comercio, se define como "la producción, mercadeo, ventas y distribución de productos y servicios vía redes de telecomunicaciones y siete principales instrumentos: a- teléfono, b- fax, c- televisión, d- pagos electrónicos, e- transferencia electrónica de fondos, EDI (Electronic Data Interchange), y d- Internet."; Joan Hortalá, Franco Roccataglia y Piergiorgio Valente, *La Fiscalidad del Comercio Electrónico* (Valencia: Editorial CISS, 2000), 21.

3. Las relaciones de consumo electrónico se caracterizan por estar compuestas, por un lado, por un comerciante y, por el otro, por un particular no comerciante, llamado consumidor.

4. Se estima que el valor de las transacciones transfronterizas de consumo electrónico para las Américas ronda los 100 dólares estadounidenses; AMIPCI, "Estudio de Comercio Electrónico," (septiembre 2008), obtenido de http://www.razonypalabra.org.mx/N/n67/varia/oislas/emarketer_2000531.pdf; Colin Rule, Vikki Rogers y Louis del

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Internet favorece que consumidores y comerciantes de todo el mundo desarrollen relaciones transfronterizas sin contratiempos ni dificultades.[5]

Esta situación ha creado la necesidad de contar con un sistema accesible, eficiente y económico de resolución de conflictos que provea a los comerciantes y consumidores un método para satisfacer sus pretensiones en caso de surgir una controversia transfronteriza de consumo electrónico.[6] La vía judicial tradicional no es una verdadera opción en estos casos, ya que los elevados costos y demás dificultades que representa un litigio internacional para las partes tornan inviable cualquier intento de acceder a la justicia.[7]

En respuesta a esta problemática surge la solución de controversias en línea (*Online Dispute Resolution*, en adelante "ODR"). Se trata de un mecanismo de solución alternativa de conflictos que hace uso de la plataforma existente de comunicaciones electrónicas y demás tecnologías de la información para llevar a cabo el proceso sin la necesidad de comparecencia física de las partes.[8] Así, ofrece una solución sencilla, rápida y flexible para resolver disputas a través de Internet, sobre todo en transacciones internacionales de baja cuantía.[9]

Ahora bien, a pesar de las múltiples ventajas que la ODR ofrece para resolver conflictos en materia internacional de consumidor, ésta enfrenta un importante problema que pone en peligro su utilidad como método eficaz de resolución de controversias e impide su desarrollo y expansión: la ejecución de laudos vinculantes provenientes de procesos adjudicativos suele ser complicada, costosa o ineficaz. Esto disminuye la confianza que las partes puedan tener en un procedimiento de ODR; no parece razonable ni práctico pretender que todo desfavorecido cumplirá con el resultado de un proceso de esta naturaleza simplemente por buena fe.[10]

Debido a los altos costos típicos de una ejecución judicial, los centros de ODR tradicionalmente han utilizado métodos extrajudiciales –tanto directos como indirectos– para la ejecución de sus laudos. No obstante, ninguno de los mecanismos empleados hasta el momento ofrece una solución integral al problema existente.

Duca, "Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims–OAS Developments," *Uniform Commercial Code Law Journal* 42 #3 (junio 2010): 222-223, obtenido de http://colinrule.com/writing/ucclj.pdf

5. Ibid.

6. Schmitz, 2.

7. Rule, Rogers y Del Duca, 222-223.

8. Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea), "Solución de controversias en línea en las operaciones transfronterizas de consumo electrónico," *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (2015): 6, obtenido de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/workinggroups/wg_3/crp3-s.pdf

9. Ibid., 4.

10. 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

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Sin embargo, lo anterior podría estar por cambiar. En los últimos años, en medio de la vasta diversidad de innovaciones informáticas, se vislumbra un incipiente pero prometedor método para garantizar la ejecución de laudos provenientes de ODR: el contrato inteligente. Basada en una novedosa tecnología llamada la Cadena de Bloques (*Blockchain Technology*), esta herramienta es potencialmente capaz de automatizar la ejecución de laudos sin necesidad de intervención por parte de un tercero, sin importar la ubicación geográfica o jurisdiccional de las partes intervinientes y a un costo virtualmente inexistente.

En esta nota editorial se comenzará por exponer ciertas **(I)** generalidades sobre el funcionamiento y marco jurídico de la ODR, de manera que se proporcione un panorama preliminar que permita comprender esta figura jurídica y conocer su regulación e implementación a nivel nacional, regional e internacional. Posteriormente, el análisis se centrará en **(II)** los mecanismos de ejecución extrajudicial de laudos, seguido por una exposición de **(III)** la promesa del contrato inteligente y sus limitaciones. Finalmente, **(IV)** se presentarán las conclusiones que se derivan del análisis realizado.

I. Generalidades sobre el funcionamiento y marco jurídico de la ODR

A. El funcionamiento de la ODR

La ODR se refiere a la implementación de resolución alterna de conflictos a través del uso de Internet. Como tal, puede ser utilizado para resolver disputas mediante diferentes tipos de procesos, como lo son la negociación, la mediación y la adjudicación, cada uno con sus características particulares.[11]

Para efectos de esta nota editorial, el enfoque se centrará en los procesos adjudicativos de ODR, que se caracterizan por resolver un contradictorio y producir un resultado final (o laudo) que suele ser vinculante para las partes que han aceptado voluntariamente someterse a él. Entre éstos se encuentra el arbitraje, la adjudicación, la decisión de expertos o determinación pericial y los procesos de junta de examen de controversias.[12]

Un típico proceso de ODR se conforma por dos partes, un tercero neutral, una plataforma de ODR y un administrador de dicha plataforma. Una de las partes es aquélla que inicia el proceso (el actor), mientras que la otra es a quien se dirige el aviso de demanda (el demandado). El tercero neutral es quien

11. Ibid., 2.

12. Nicholad Gould, "Adjudication and ADR: an overview," *Fenwick Elliot* (2007): 3, obtenido de https://www.fenwickelliott.com/sites/default/files/nick_gould_-_adjudication_and_adr_-_an_overview_matrics_paper.indd_.pdf

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

asiste a las partes con el fin de solucionar la controversia por medio de una decisión final.[13]

Debido a que el proceso de ODR se lleva a cabo a distancia y sin la presencia física de las partes, éste requiere de un intermediario de base tecnológica que permita generar, enviar, recibir, almacenar, intercambiar y procesar las comunicaciones entre las partes. A dicho sistema se le conoce como la plataforma de ODR. Ésta es administrada y coordinada por un administrador, que puede ser una entidad distinta de la plataforma ODR o formar parte de la misma.[14]

Existen compañías, cámaras, asociaciones y demás organizaciones que se dedican a proveer servicios de ODR, como lo son la American Arbitration Association, Arbitranet, Arbiclaims, la Camera Arbitrale di Milano, el Cibertribunal peruano y Electronic Consumer Dispute Resolution, entre muchos otros.[15] Éstos se encargan de proveer a las partes las facilidades necesarias para llevar a cabo el proceso en línea, de manera que ofrecen una plataforma ODR debidamente administrada y someten la disputa al conocimiento de un tercero imparcial, que en ocasiones podría ser un software especializado.[16]

Por su parte, ciertas páginas de internet ofrecen servicios de ODR para resolver disputas exclusivamente entre sus propios usuarios y sobre temas predeterminados. Entre ellas, destacan la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), eBay y PayPal, que han logrado emplear el sistema exitosamente. Se trata de compañías que acumulan años de experiencia en la materia y que han resuelto una vasta cantidad de casos. ICANN se dedica a asignar nombres de dominio en internet y su sistema de ODR opera desde principios de la década de 1990, mientras que eBay y PayPal, que ofrecen un mercado virtual para la compraventa de mercadería, trabajan en conjunto para ofrecer su servicio de resolución de disputas desde 2002. Estos últimos aseguran que, para 2010, su plataforma de ODR había resuelto alrededor de sesenta millones de disputas entre compradores y vendedores, en su mayoría sin intervención humana.[17]

B. Marco jurídico e implementación de la ODR

La ODR ha sido sujeto de regulación e implementación por instrumentos normativos a nivel nacional, regional e internacional. Éstos tienen acercamientos muy variables que regulan –con mayor o menor detalle– aspectos de diversa índole.

13. Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea), 6.
14. Ibid.
15. "Provider List", National Center for Technology and Dispute Resolution, consultado el 17 de octubre de 2017, http://odr.info/provider-list/
16. Hanriot, 2-3.
17. Ibid.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

A nivel nacional, debe advertirse que la naturaleza geográficamente limitada del ámbito de aplicación de normas domésticas es crecientemente incompatible con la tendencia del comercio electrónico de proyectarse a una escala internacional.[18]

No obstante, esto no ha impedido que ciertas jurisdicciones implementen exitosos sistemas de ODR. Entre ellas, sobresale el caso de la plataforma mexicana de ODR llamada Concilianet, implementada por la Procuraduría Federal del Consumidor y regulada por la Ley Federal de Protección al Consumidor y otras leyes, reglamentos, códigos, decretos, acuerdos, lineamientos y manuales.[19]

Diseñada para resolver controversias en materia de consumidor en todo el territorio mexicano, recibe disputas dirigidas contra cualquier comerciante, independientemente de si está registrado o no en su servicio. Esta plataforma es monitoreada y asistida por personal del Poder Judicial mexicano, por lo que ofrece un alto nivel de apoyo estatal. Se estima que ha logrado reducir a la mitad el tiempo de resolución de disputas de consumidor, y que un noventa y seis por ciento de los casos que atiende terminan por una conciliación entre las partes involucradas. Sin embargo, su uso es voluntario, pues las partes no pueden ser obligadas a utilizar la plataforma. Además, a través de sus laudos, los consumidores únicamente pueden lograr la ejecución forzosa de las obligaciones contractuales del comerciante; cualquier pretensión de resarcimiento por daños y/o perjuicios debe plantearse en la vía judicial común y corriente.[20]

A nivel regional, sobresale el caso de la Unión Europea, que recientemente ha emitido dos instrumentos normativos relativos a la resolución alternativa de conflictos y la ODR: la Directiva de Resolución Alterna de Conflictos (Directiva 2013/11/EU1, en vigor desde el 9 de julio de 2015 y, en adelante, "la Directiva ADR") y el Reglamento de Solución de Controversias en Línea (Reglamento 524/20132, en vigor desde el 9 de enero 2016 y, en adelante, "el Reglamento ODR").[21] La Directiva ADR impone una serie de normas generales en materia de consumidor, aplicables a los sistemas de solución alterna de disputas que funcionan tanto por medios tradicionales como en línea. Por su parte, el Reglamento ODR implementa una plataforma ODR europea al servicio de consumidores y comerciantes que llevan a cabo sus transacciones por medios electrónicos.[22]

18. Pietro Ortolani, "Self-Enforcing Online Dispute Resolution: Lessons from Bitcoin," *Oxford Journal of Legal Studies* (2015): 6, doi: 10.1093/ojls/gqv036

19. Sergio Daniel Michel Chávez, "Memoria Documental Concilianet," *Procuraduría Federal del Consumidor* (2012): 10-12, obtenido de http://www.profeco.gob.mx/transparencia/resol_comite/anexos_informe/MD-%20Concilianet.pdf

20. Schmitz, 15-16.

21. Ortolani, 3.

22. Ibid.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Una de los principales metas de estos instrumentos normativos es impulsar el comercio electrónico entre países miembros de la Unión Europea. Pretenden ofrecer a los consumidores y comerciantes un sistema de resolución de disputas que sea simple, eficiente, rápido y económico, sobre todo para casos transfronterizos. Además, están dirigidos a solventar problemas preexistentes en los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos de consumidor, como lo son la ausencia de estándares de calidad, el desconocimiento de su existencia por parte de los consumidores y la inexistencia de entidades de solución alternativa de disputas para atender quejas.[23]

El Reglamento ODR exige la creación de una plataforma de ODR orientada al consumidor y amigable con el usuario, que es sujeto de una constante y rigurosa examinación. Cada estado miembro de la Unión Europea debe designar un punto de contacto para la plataforma, que se encarga de dar información al público sobre el sistema y su funcionamiento. Además, supervisa a los comerciantes y las entidades de solución alterna de conflictos para que cumplan con criterios de experticia, transparencia, efectividad, imparcialidad, libertad y legalidad. De esta manera, se asegura también la ejecución de laudos provenientes de la plataforma ODR. Para lograr su difusión, se requiere a todos los comerciantes incluir un enlace en sus páginas web hacia el sitio de la plataforma ODR.[24]

En el plano regional, también vale la pena mencionar la iniciativa ODR de la Organización de Estados Americanos. Se trata de una propuesta presentada en 2010 por la representación de los Estados Unidos. Aunque no se ha implementado, propone la creación de una plataforma ODR para la resolución de disputas transfronterizas de consumo electrónico por debajo de los diez mil dólares estadounidenses, que provea una rápida resolución y ejecución de los conflictos tramitados. Diseñada para promover la confianza del consumidor en el comercio electrónico, operaría en diferentes idiomas y en consonancia con las múltiples jurisdicciones involucradas.[25]

Para lograrlo, la propuesta promueve, entre otros, leyes modelo sobre resolución alterna de conflictos en transacciones transfronterizas de consumo electrónico, la creación de autoridades administrativas competentes en cada Estado para atender temas como la ejecución de laudos[26] y la preparación de guías legislativas para los Estados. Además, pretende ajustar el costo económico que la utilización de la plataforma pueda significar para sus usuarios,

23. Schmitz, 13-14.
24. Ibid., 15
25. Rule, Rogers y Del Duca, 234-235.
26. Mike Dennis, "Building a Practical Legal Framework for E-Commerce Dispute Resolution," *Pace Law*: 30, obtenido de www.law.pace.edu/lawschool/files/iicl/odr/Dennis.ppt

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

de manera que éste no sea desproporcionado a la cuantía del conflicto por resolver.[27]

A nivel internacional, los esfuerzos por crear un instrumento normativo que regule el procedimiento y la figura del ODR han sido realizados por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante "la CNUDMI"). En 2010, creó el Grupo de Trabajo III, encargado expresamente con del mandato de "emprender trabajos en el campo de la resolución de controversias en línea en relación con transacciones comerciales electrónicas transfronterizas," de manera que se produjera un texto de reglas aplicables a transacciones comerciales y en materia de consumidor.[28]

Así, durante los siguientes cinco años, el Grupo de Trabajo III se enfocó en la preparación de un conjunto de reglas procesales para la ODR. Sin embargo, el proyecto debió ser abandonado cuando, en febrero de 2015, representantes de Estados Unidos y la Unión Europea sugirieron detenerlo por falta de consenso en cuanto al contenido que debían tener dichas reglas procesales. Entonces, en vez de desintegrar el Grupo de Trabajo III, la CNUDMI optó por redefinir el mandato original, de manera que se le encargó "elaborar un documento descriptivo no vinculante que refleje los elementos de un proceso de solución de controversias en línea […] excluyendo la cuestión de la etapa final del proceso de solución de controversias en línea."[29]

Bajo este nuevo objetivo, el Grupo de Trabajo III finalizó su labor en marzo de 2016, con la elaboración del documento titulado "Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea" (en adelante "las Notas Técnicas"). En las propias palabras de su prefacio, este documento es "un instrumento descriptivo no vinculante en el que se recogen los elementos del sistema de solución de controversias en línea." Incluye secciones que brevemente describen los siguientes aspectos del proceso de ODR: principios; etapas; definiciones, funciones y responsabilidades; comunicaciones; apertura del proceso; negociación; arreglo facilitado; etapa final; nombramiento; facultades y funciones del tercero neutral; idioma; y gobernanza.[30]

Sin embargo, este documento no parece tener una verdadera utilidad práctica para implementar y regular procesos de ODR transfronterizos por sí solo. Si bien describe superficialmente las primeras eta-

27. Rule, Rogers y Del Duca, 234-235.

28. Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea), "Online dispute resolution for cross-border electronic commerce transactions," *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (diciembre 2010), obtenido de https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V10/574/10/PDF/V1057410.pdf?OpenElement

29. Karim Benyekhlef y Nicolas Vermeys, "UNCITRAL Adopts Technical Notes on ODR," *Slaw*, 18 de abril de 2016, http://www.slaw.ca/2016/04/18/uncitral-adopts-technical-notes-on-odr/

30. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, "Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea," *Naciones Unidas* (2017), obtenido de http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/odr/V1700385_Spanish_Technical_Notes_on_ODR.pdf

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

pas del proceso que propone, que son la negociación y el arreglo facilitado, no se adentra en la "etapa final", que es aquélla a la que debe acudirse en caso de que las partes no lleguen a una solución amigable de su controversia. Esto excluye, por lo tanto, cualquier mención a un proceso adjudicativo de ODR. Además, debido a su carácter general y no vinculante, las Notas Técnicas carecen de disposiciones que garanticen un funcionamiento armónico en diferentes jurisdicciones. No existe compromiso alguno por parte de los Estados para colaborar en la construcción de un verdadero orden internacional en lo que respecta al proceso ODR, que es lo que, a fin de cuentas, más convendría para lograr su funcionamiento óptimo a nivel transfronterizo.

Como es de esperar, por la ausencia de cualquier descripción de procesos adjudicativos de ODR, las notas técnicas tampoco hacen referencia a uno de los mayores problemas de los procesos de ODR transfronterizos: la ejecución de laudos. A diferencia de los sistemas empleados en México y la Unión Europea, que cuentan con apoyo de los Estados para ejecutar con relativa sencillez los resultados de los procesos, a nivel internacional no existe disposición alguna que permita tal facilidad, por lo que debe recurrirse a la ejecución por vía judicial convencional, que suele ser costosa, lenta y relativamente compleja.

II. Los mecanismos de ejecución extrajudicial de laudos

A pesar de que existen instrumentos que regulan e implementan la figura y el proceso de ODR y proveen mecanismos jurídicos que ofrecen alternativas nacionales e incluso regionales para la ejecución de laudos, no se cuenta con una verdadera solución internacional que opere indistintamente de las jurisdicciones involucradas. En el caso de las relaciones de consumo transfronterizo de baja cuantía, la ejecución judicial debe ser descartada de entrada; su alto costo frustra cualquier intento por obtener un cumplimiento por esta vía. A final de cuentas, los gastos en los que debe incurrir el interesado son mayores que el beneficio económico que obtendrá de la ejecución.

Por suerte, en estos procesos, el laudo resultante suele ser sencillo, pues se limita a ordenar o excusar una transferencia de dinero entre las partes (el pago o el reembolso del precio originalmente pactado).[31] Esto ha permitido que se desarrollen mecanismos extrajudiciales con miras de ejecutar lo dispuesto sin intervención de un aparato estatal. Éstos promueven o garantizan el cumplimiento del laudo del proceso de ODR de manera sencilla, eficaz y económica.

Existen diversos métodos utilizados tradicionalmente para lograr dicho objetivo. Empero, cada

31. Hanriot, 18.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

cual tiene limitaciones intrínsecas que impiden o dificultan una ejecución ideal. Éstos pueden ser clasificados en dos grandes categorías, según las cuales serán analizados: *(A)* los mecanismos indirectos y *(B)* los mecanismos directos.

A. Mecanismos indirectos de ejecución extrajudicial

Los mecanismos indirectos de ejecución extrajudicial se dedican a fomentar el cumplimiento voluntario de los laudos de ODR por medio de sistemas que evalúan la confiabilidad de los comerciantes y consumidores del comercio electrónico.[32] Esto implica una evidente limitación intrínseca de estos mecanismos: no pueden garantizar la ejecución, sino únicamente promoverla. Sin embargo, lo anterior no descarta que sean de utilidad para lograr su objetivo. Entre ellos se encuentran (i) las calificaciones de usuario, (ii) los *trustmarks* y (iii) las listas negras.

i. Las calificaciones de usuario

Las calificaciones de usuario son utilizadas ampliamente por sitios de internet de comercio electrónico, entre los cuales destacan exponentes como Amazon, eBay, Mercado Libre y Wish. Este sistema consiste en dar a los compradores y vendedores la posibilidad de calificar públicamente a la contraparte de cada transacción en la que participan, una vez que la misma ha concluido.[33] De esta manera, los usuarios con buenas calificaciones construyen una valiosa reputación que constituye un atractivo para cerrar futuras transacciones. Por su parte, aquéllos con malas calificaciones son excluidos del mercado por el desinterés y la desconfianza que éstas producen en los demás participantes.

Este mecanismo es empleado para promover el cumplimiento voluntario de laudos de ODR. Una vez concluido el procedimiento, aquellos usuarios que han participado en un procedimiento de esta naturaleza son invitados a calificar el comportamiento de la contraparte, de manera que aquél que no cumpla con las disposiciones del laudo recibe una calificación negativa.[34]

Ahora bien, el sistema de calificaciones de usuario tiene sus claras desventajas. La naturaleza subjetiva de las calificaciones, el desinterés de los usuarios para rendir una calificación y su imprecisión a la hora de hacerlo constituyen obstáculos importantes y difícilmente superables.[35] Además, debe tenerse en cuenta la posibilidad de calificaciones falsas o malintencionadas.[36]

32. Ortolani, 11.
33. Riikka Koulu, "Blockchains and Online Dispute Resolution: Smart Contracts as an Alternative to Enforcement," *Scripted* 13 (2016): 11, doi: 10.2966/scrip.130116.4
34. Ortolani, 11.
35. Hanriot, 16.
36. Koulu, 11.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

ii. Los *trustmarks*

Los *trustmarks* o marcadores de confianza son etiquetas que certifican la calidad de un determinado comerciante por medio de un sello o logo.[37] A diferencia de las calificaciones de usuario, éstos son otorgados por autoridades centralizadas que exigen estándares de conducta. Ciertos *trustmarks* son concedidos a comerciantes que se someten a procedimientos de ODR y cumplen voluntariamente con lo dispuesto en el laudo resultante. En cambio, si no cumpliesen con la ejecución, el marcador les podría ser denegado o revocado. De esta manera, los consumidores pueden evaluar a los comerciantes y dar preferencia a aquéllos que cumplen sin necesidad de tomar medidas coercitivas.[38] Por su parte, los comerciantes colaboran con el cumplimiento para obtener o preservar el *trustmark* y proyectar así una imagen positiva al consumidor.[39]

Sin embargo, el sistema de *trustmarks* también tiene sus debilidades. En realidad, los comerciantes pueden acudir a autoridades centralizadas con estándares más bajos para evitar aquéllas que son exigentes, lo que podría resultar en una especie de *forum shopping*. Además, sobre todo a nivel internacional, el sistema de marcadores de confianza no se encuentra debidamente regulado y armonizado, por lo que cada autoridad elige libremente sus estándares para otorgar acreditaciones. Esto también ha resultado en que exista una considerable multiplicidad *trustmarks*, lo que termina por confundir consumidor, quien pierde interés en ellos.[40] Por otro lado, los marcadores de confianza sirven únicamente para fomentar el cumplimiento por parte del comerciante, pero no tienen injerencia alguna con respecto al consumidor.

iii. Las listas negras

Finalmente, otro mecanismo indirecto de ejecución extrajudicial son las listas negras. Se trata de registros mantenidos por los comerciantes de una determinada industria, que almacenan información de consumidores que no cumplen voluntariamente con el resultado de un proceso de ODR o, por alguna otra razón, son considerados fraudulentos o riesgosos. Los datos almacenados contienen datos de tarjetas de crédito, nombres de consumidores, direcciones de correo electrónico, direcciones físicas y países.[41] Así, los comerciantes que tienen acceso a la lista pueden evitar comerciar con ellos. Por su parte, el sistema incentiva a consumidores regulares a cumplir con los laudos de buena fe.

37. Hanriot, 16.
38. Ortolani, 11.
39. Una de las instituciones más conocidas en el ámbito de los *trustmarks*, llamada SquareTrade, asegura que sus comerciantes incrementan sus ventas en más de un quince por ciento luego de obtener su marcador de confianza; Hanriot, 16.
40. Hanriot, 16-17.
41. (Natalie Goodis, Fraud Prevention Blacklists)

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

A pesar de su enorme popularidad,[42] las listas negras tienen dificultades para identificar correctamente a los usuarios indeseados, lo que puede ser contraproducente. No toda la información correspondiente a un consumidor en rebeldía o fraudulento necesariamente debe ser incluida en la lista, ya que esto puede afectar a otros usuarios. Por ejemplo, al registrar direcciones compartidas –como lo es el caso de usuarios que viven en un mismo edificio– se impide el comercio con consumidores potencialmente honestos. Además, nada imposibilita a aquéllos que han sido incluidos en la lista cambiar sus direcciones, tarjetas de crédito y demás datos personales con el fin de continuar consumiendo.[43]

***

Si bien los mecanismos indirectos de ejecución extrajudicial juegan un papel importante para lograr el cumplimiento voluntario de laudos de ODR, resulta absolutamente necesario complementar su funcionamiento con mecanismos directos de ejecución extrajudicial. Esto se debe a que, aun cuando incentivan efectivamente a consumidores y comerciantes frecuentes, no tienen mayor efecto en compradores y vendedores ocasionales, a quienes poco les importa su reputación y que son cada vez más comunes en internet. Además, no detienen a usuarios malintencionados de llevar a cabo sus fechorías en una primera instancia, sino que únicamente previenen su reincidencia a futuro.[44]

B. Mecanismos directos de ejecución extrajudicial

Los mecanismos directos de ejecución extrajudicial son aquellos que son capaces de ejecutar laudos de ODR forzosamente y sin la necesidad de intervención de un aparato estatal.[45] Existen diversas modalidades, de las cuales la mayoría se relaciona con la asignación de dinero a alguna de las partes de la transacción. De ellas, se analizarán las más populares, que son (i) el reembolso forzoso o *chargeback*, (ii) las cuentas *escrow* y (iii) la preautorización de pago.

i. El reembolso forzoso o *chargeback*

El reembolso forzoso es posible cuando se utiliza una tarjeta de crédito como medio de pago para una transacción. Ocurre cuando el emisor de la tarjeta toma la decisión de revertir el pago hecho por el consumidor y reembolsar el dinero a su cuenta.[46]

42. Según la Encuesta Global sobre Fraude del Merchant Risk Council para el año 2017, 96% de los comerciantes entrevistados reportaron utilizar el sistema de listas negras para prevenir el fraude en línea y un 1% planeaba implementarlo en el futuro cercano; (Natalie Goodis, Fraud Prevention Blacklists).

43. Natalie Goodis, "Fraud Prevention Blacklists: The eCommerce Sales Killer," *Riskified Blog on eCommerce Fraud*, 29 de Agosto de 2017, https://blog.riskified.com/fraud-prevention-blacklists-the-ecommerce-sales-killer/

44. Ortolani, 11-12.

45. Hanriot, 18.

46. Koulu, 45.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Este sistema puede ser utilizado para ejecutar ciertos laudos provenientes de procesos de ODR. Por ejemplo, si un laudo ordena el reembolso a favor de un consumidor que no recibió su mercancía o la misma le fue entregada en mal estado, dicha decisión puede ser comunicada al emisor de la tarjeta de crédito para que éste realice el *chargeback* correspondiente.

Sin embargo, este mecanismo tiene particularidades que limitan su funcionalidad. Primero que todo, está limitado a pagos realizados por tarjeta de crédito. Además, requiere colaboración y reconocimiento recíproco entre el proveedor de ODR y el emisor de la tarjeta de crédito. El emisor de la tarjeta no necesariamente reconocerá como válido el laudo del proveedor de ODR y probablemente querrá investigar la situación por sus propios medios, sobre todo en casos transfronterizos.[47]

Ahora bien, suponiendo que el emisor realice el reembolso, este trae consigo costos para las partes. Por un lado, existe un costo económico que consiste en el cobro de un monto por servicio. Generalmente, este cargo incrementa cada vez que se solicita un nuevo *chargeback*. Esto podría impedir la utilización de este mecanismo para transacciones de consumo de baja cuantía. Por otro lado, al realizarse un reembolso, el comerciante pierde credibilidad frente al emisor de la tarjeta de crédito, lo cual perjudica su récord crediticio y genera una consecuencia adicional a la simple ejecución del laudo.[48]

Finalmente, las políticas de operación de los *chargebacks* varían dependiendo del emisor y de la jurisdicción en la que éste se encuentre, lo que resulta en confusión e inseguridad para las partes, sobre todo en transacciones transfronterizas.[49]

ii. Las cuentas *escrow*

La utilización de cuentas *escrow* es una alternativa propuesta por la Secretaría de la CNUDMI para la ejecución extrajudicial directa de laudos de ODR.[50] El sistema consiste en utilizar la cuenta bancaria de una tercera persona (denominada cuenta *escrow*) para almacenar temporalmente el dinero del pago de la transacción. Si transcurre un determinado tiempo sin que surja una controversia entre las partes, el titular de dicha cuenta transfiere el dinero al vendedor. En cambio, si surge una controversia, el dinero se mantiene guardado en la cuenta *escrow* hasta que el conflicto sea resuelto por un procedimiento de ODR. El laudo final le es comunicado al titular de la cuenta para que lo ejecute, de manera que transfiera el dinero a la parte que corresponda.[51]

Un excelente ejemplo de utilización exitosa del sistema de cuentas *escrow* es el caso de PayPal, una internacionalmente destacada y exitosa compañía

47. Ortolani, 12.
48. Ibid, 24.
49. Koulu, 45.
50. Ortolani, 24.
51. Ibid.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

que se dedica a facilitar pagos por internet y a resolver disputas que surjan entre sus usuarios. En este caso, PayPal actúa como proveedor de servicios de ODR y simultáneamente como titular de la cuenta *escrow*, por lo que logra que el proceso y su ejecución sean particularmente sencillos.[52]

Ahora bien, al igual que los anteriores mecanismos de ejecución extrajudicial, existen desventajas a la hora de utilizar las cuentas *escrow*. El más evidente de todos es que se requieren dos transferencias de dinero para que funcione, indistintamente de si surge o no una disputa entre las partes. Esto implica necesariamente un mayor costo económico para las partes involucradas, lo cual, como se ha mencionado anteriormente, puede significar un obstáculo insuperable en casos de transacciones transfronterizas de baja cuantía. Además, no debe descartarse que algunos servicios de *escrow* podrían actuar de manera fraudulenta.[53]

iii. La preautorización de pago

El sistema de preautorización de pago se asemeja a una transacción regular con tarjeta de crédito, pero tiene una importante diferencia: los fondos utilizados no son transferidos inmediatamente a la cuenta del vendedor, sino que son congelados temporalmente en la cuenta del comprador, de manera que éste no puede disponer de ellos. Una vez que transcurre un determinado período de tiempo, en caso de no surgir controversia entre las partes, el sistema da al vendedor la opción de ejecutar el pago, de manera que se trasladan los fondos congelados a su cuenta y se finaliza la transacción.[54]

Por el contrario, si el comprador plantea una disconformidad e inicia un proceso de ODR, la opción de ejecutar el pago es otorgada al proveedor de servicios de ODR y no al vendedor. De esta manera, una vez obtenido un laudo, el mismo proveedor puede ejecutarlo según corresponda.[55]

Este sistema presenta claras ventajas sobre los anteriormente mencionados: no involucra costos adicionales a los de una simple transacción por tarjeta de crédito y no afecta el récord crediticio de las partes. Además, es considerablemente seguro para ambos, en tanto el vendedor sabe que el dinero correspondiente a su pago no puede ser utilizado para otros fines y el comprador retiene su dinero hasta que el vendedor cumpla con sus obligaciones.[56]

Sin embargo, una vez más, este sistema requiere de una cercana colaboración entre el emisor de tarjetas de crédito y el proveedor de servicios ODR. Tal cooperación no siempre es factible, sobre todo en transacciones transfronterizas, que podrían involu-

52. Hanriot, 18.
53. Ortolani, 25.
54. Ibid., 27.
55. Ortolani, 27-28.
56. Ibid., 29.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

crar un sinnúmero de emisores y proveedores. Además, los emisores de tarjeta de crédito están sujetos a regulaciones provenientes de su jurisdicción, lo cual podría limitar su funcionamiento y presentar variables que afecten el sistema de preautorización.

III. La promesa del contrato inteligente y sus limitaciones

Los métodos de ejecución extrajudicial analizados ofrecen a los usuarios de ODR una solución aceptable para asegurar el cumplimiento de laudos provenientes de procesos ODR por controversias de consumo transfronterizo. No obstante, algunos son relativamente costosos, otros requieren de una logística compleja y otros se limitan a incentivar un cumplimiento voluntario por parte del perdidoso. Además, todos exigen a las partes poner su confianza en uno o varios sistemas centralizados no automatizados que dependen de la administración de un tercero.

Ante estas desventajas, ha surgido recientemente una innovadora alternativa que parece tener gran potencial para ofrecer una solución integral: el contrato inteligente. Se trata de un programa de software especializado que se construye sobre un moderno protocolo llamado Cadena de Bloques (*Blockchain*). Permite a las partes establecer ciertas condiciones suspensivas que, al ser cumplidas, resultan en la ejecución automática del contrato, como lo puede ser la asignación automática de criptodivisas (divisas digitales) entre ellos. Es decir, son herramientas contractuales programables en código de software.[57]

Este mecanismo promete una ejecución sencilla, rápida, automática y económica, sin importar adónde se encuentren las partes. Además, deja de ser necesario que las partes depositen su confianza en un tercero que les asistirá en su ejecución (como lo puede ser el titular de la cuenta escrow o el emisor de la tarjeta de crédito), pues ésta pasa a ser completamente automatizada y llevada a cabo por un sistema descentralizado.[58]

Para poder comprender el concepto de contrato inteligente, primero es necesario explicar brevemente el funcionamiento de la nueva tecnología de Cadena de Bloques, así como de las novedosas monedas digitales llamadas criptodivisas.

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.[59] Opera a través de la instalación de programas infor-

57. Koulu, 53.
58. Ibid., 68.
59. David Schatsky y Craig Muraskin, *Beyond Bitcoin: Blockchain is Coming to Disrupt your Industry* (Deloitte: Deloitte University Press, 2015), 2.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

máticos (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.[60] Por la manera en que opera, la Cadena de Bloques es considerada virtualmente incorruptible.

Esta tecnología fue inventada en 2009 por un desarrollador de software de seudónimo Satoshi Nakamoto, cuya verdadera identidad se desconoce hasta el día de hoy. Nakamoto utilizó la Cadena de Bloques como fundamento para desarrollar un concepto nunca antes imaginado: la criptodivisa. Se trata, en palabras de Usman W. Chohan, de "un activo digital que, con base en la tecnología de la criptografía, funciona como medio de intercambio para asegurar el flujo transaccional, así como para controlar la creación adicional de unidades de la divisa."[61]

Debido a que opera por medio de la tecnología de Cadena de Bloques, el sistema de criptodivisas es descentralizado. No existe ninguna autoridad que la regule ni la controle; por su propia naturaleza, esto sería prácticamente imposible. Por lo tanto, no está asociado de ninguna manera con ningún gobierno, Estado o institución. Para poder utilizar criptodivisas, simplemente debe instalarse un determinado programa informático gratuito en una computadora con acceso a internet y crear una cuenta de usuario anónima (no requiere datos personales). Así, cada usuario obtiene su propia "billetera digital" para almacenar las unidades de criptodivisa de las que es titular. Dichos fondos pueden ser transferidos sin restricciones, gratuitamente y en cuestión de unos minutos (entre diez y sesenta minutos),[62] a la billetera digital de cualquier otro usuario, sin importar su ubicación geográfica. Toda transacción se registra automáticamente en la Cadena de Bloques de la criptodivisa utilizada.

Las criptodivisas pueden ser intercambiadas por divisas comunes (tales como el Dólar, el Euro y el Yen) en centros de intercambio especializados. Su valor con respecto a éstas es determinado por el libre mercado.[63]

La primera y más exitosa criptodivisa de la historia, llamada Bitcoin, fue presentada por Nakamoto al mundo en su artículo denominado "*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System"*. Hoy en día,

60. Sean Murphy, "Unlocking the blockchain: A global legal and regulatory guide (Chapter 1)," *Norton Rose Fulbright*, (2016): 17.

61. Usman W. Chohan, "Cryptocurrencies: A Brief Thematic Review," *Discussion Paper Series: Notes on the 21st Century* (2017): 1, obtenido de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3024330

62. Eward V. Murphy, M. Maureen Murphy y Michael V. Seitzinger, "Bitcoin: Questions, Answers, and Analysis of Legal Issues," *Congressional Research Service* (2015): 6, obtenido de https://fas.org/sgp/crs/misc/R43339.pdf

63. Liza Visser, "Why does Bitcoin have value and how is the price determined?" *Luno*, 15 de marzo de 2017, https://www.luno.com/blog/en/post/how-bitcoin-price-determined

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

existen cientos más, entre los cuales destacan Ethereum y Primecoin.[64]

Si bien originalmente fue utilizada como base para sistemas de criptodivisas, la funcionalidad de la tecnología de Cadena de Bloques no se limita a ello; tiene una vasta cantidad de posibles aplicaciones. Entre ellas se encuentra la ejecución de contratos inteligentes, que actualmente se realiza por medio de la plataforma de Cadena de Bloques llamada Ethereum.

Debido a que el concepto de contrato inteligente es exótico y de compleja comprensión, se ilustrará su funcionamiento y capacidad para ejecutar laudos de ODR por medio de un ejemplo básico.

A, consumidor costarricense, desea comprar de B, comerciante chileno, un libro de colección por el precio de 8,3 Ether (criptodivisa de la plataforma Ethereum). B se compromete a enviar el libro a A por medio del servicio de correo internacional que ofrece la compañía FedEx. Para asegurar su transacción, las partes acuerdan programar un contrato inteligente que automatice el pago de A a B una vez que el libro haya sido entregado satisfactoriamente a A. Por lo tanto, el código de software del contrato inteligente, que correrá en la plataforma Ethereum, es programado para recibir 8,3 Ether de la billetera digital de A, guardarlos en una cuenta digital bajo su custodia y traspasarlos automáticamente a la billetera digital de B una vez que el programa de software confirme que (1) el paquete ha sido marcado como entregado por el servicio de rastreo de la página web de FedEx y (2) ninguna de las partes ha comenzado un procedimiento de ODR relacionado con dicha transacción en el plazo de dos semanas. Ahora bien, el contrato también es programado para suspender temporalmente el pago en caso de que alguna de las dos partes inicie un procedimiento ODR, así como para ejecutar automáticamente el laudo resultante de tal proceso por medio de la asignación del dinero retenido.

Como puede apreciarse del ejemplo anterior, el contrato inteligente tiene el potencial para automatizar la ejecución no solamente de disposiciones contractuales, sino también de laudos provenientes de procesos de ODR. Esto ofrece significativas ventajas sobre los métodos de ejecución extrajudicial de laudos que se expusieron en el apartado segundo de esta nota editorial. Primero que todo, toda transacción de dinero que implique es gratuita. Como se explicó anteriormente, la transferencia de criptodivisas no tiene costo alguno para sus usuarios. Además, es considerablemente veloz, pues la ejecución se realiza inmediatamente y la transacción de dinero no tarda más que el tiempo que toma la transacción de fondos en criptodivisa. Una gran

64. Chohan, 1.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

ventaja que trae este método de ejecución extrajudicial es su sencillez; las partes no deben preocuparse por ejecutar el laudo, pues esto se realiza de manera automática, sin necesidad de su intervención ni la de un tercero. Aunado a lo anterior, la ejecución de laudos por medio de contrato inteligente trabaja sin importar la ubicación geográfica o jurisdiccional de las partes. Finalmente, los usuarios no se ven obligados a confiar en un tercero que ejecute el resultado de un laudo, pues el contrato lo hace todo automáticamente. Esto reduce las posibilidades de fallo por error o mala fe de esta tercera persona.

Todas las anteriores ventajas son particularmente valiosas para los casos de ejecución de laudos de ODR en relaciones transfronterizas de consumo electrónico de baja cuantía, cuya problemática se ha expuesto a lo largo de esta nota editorial. Parecen, de una forma u otra, superar los principales problemas que acechan a los demás métodos de ejecución extrajudicial existentes.

No obstante, por más prometedora que suene la propuesta del contrato inteligente, tiene sus claras limitaciones que hacen de este mecanismo un proyecto a futuro más que una realidad del presente. La primera y probablemente más importante de ellas es su carácter incipiente. La tecnología de Cadena de Bloques, que sirve de fundamento para su operación, se inventó hace tan solo ocho años. El desarrollo e implementación de los primeros contratos inteligentes es todavía más reciente; se trata de una tecnología que apenas se empieza a desarrollar e implementar, sobre todo a nivel experimental. Empero, mientras ciertas compañías se han interesado preliminarmente en su desarrollo, como lo son Microsoft;[65] IBM y Samsung;[66] y UBS y Barclays,[67] otras ya se han aventurado a ofrecer servicios de configuración de contratos inteligentes al público, como, por ejemplo, la empresa Attores en Singapur.[68]

Por el momento, la programación del software necesario solamente es realizado por profesionales en computación. Sin embargo, conforme se popularicen los contratos inteligentes, su confección se hará cada vez más sencilla, económica y, en general, accesible al usuario promedio, de manera que se podría prever el surgimiento de plataformas que permitan su programación por parte de un usuario común y corriente.

65. Giulio Prisco, "Microsoft Partners with Ethereum Company, Offers Cloud-Based Blockchain Application Development Platform to Its Clients," *Bitcoin Magazine*, 2 de noviembre de 2015, https://bitcoinmagazine.com/articles/microsoft-partners-with-ethereum-company-offers-cloud-based-blockchain-application-development-platform-to-its-clients-1446484607/

66. Stan Higgins, "IBM Reveals Proof of Concept for Blockchain-Powered Internet of Things," *Coindesk*, 17 de enero de 2015, http://www.coindesk.com/ibm-reveals-proof-concept-blockchain-powered-internet-things/

67. Sarah Jenn, "UBS and Barclays Experimenting with Ethereum Platform," *NewsBTC*, 6 de Agosto de 2015, http://www.newsbtc.com/2015/08/06/ubs-and-barclays-experimenting-with-ethereum-platform/

68. "Our Products," Attores – Smart Contracts as a Service, consultado el 28 de octubre de 2017, https://attores.com/

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Otra limitación del contrato inteligente hoy en día, que es más inherente a su funcionamiento, es que se limita a usar como método de pago una criptodivisa u otro valor almacenado en una Cadena de Bloques. Este mecanismo de ejecución extrajudicial es capaz de controlar y automatizar la asignación de dinero entre las partes precisamente porque opera en la misma plataforma de Cadena de Bloques que el medio de pago utilizado. Así, un contrato inteligente basado en la Cadena de Bloques Bitcoin puede ser programado para automatizar la asignación de Bitcoins entre dos usuarios, y uno basado en la Cadena de Bloques Ethereum puede hacerlo con la criptodivisa Ether. Al menos por el momento, no es posible que un contrato inteligente trabaje con divisas normales, pues éstas están almacenadas en cuentas bancarias que trabajan con bases de datos privadas y centralizadas; es decir, no están en una Cadena de Bloques.[69]

La necesidad de utilizar una criptodivisa arrastra consigo las debilidades de este método de pago. Debido a que su precio es determinado por el libre mercado, éste tiende a ser fluctuante, lo cual ofrece poca estabilidad a sus usuarios.[70] Además, un pago hecho por este medio no puede ser revertido,[71] lo cual podría traer implicaciones indeseadas y legalmente reprochables.

Finalmente, el contrato inteligente –y la Cadena de Bloques en general– operan en un ámbito fuera del alcance del control del Estado de Derecho. No existe autoridad externa, ni pública ni privada, que pueda ordenar lo que se anota en su registro público. Por medio de un contrato inteligente, puede excluirse al Estado de todas las fases de un contrato, desde su formación, hasta su ejecución y posible resolución de disputas. Esta situación, aunada a la posibilidad de las partes de manejarse bajo el anonimato que ofrece la Cadena de Bloques, podría prestarse para abusos de poder entre partes desiguales, que fácilmente evaden el control de principios constitucionales y legales que protegen los derechos más básicos.[72]

IV. Conclusiones

La ejecución de laudos resultantes de procesos de ODR es un problema de difícil solución, particularmente en casos de relaciones de consumo transfronterizo de baja cuantía. El procedimiento judicial tradicional es demasiado costoso, complejo y lento como para que sea justificable a nivel práctico y económico su utilización en asuntos de tal naturaleza. Por lo tanto, se han desarrollado diversas alternativas que permiten facilitar este proceso y

69. Antony Lewis, "Three common misconceptions about smart contracts," *Bits on Blocks – Thoughts on blockchain technology,* 7 de marzo de 2017, https://bitsonblocks.net/2017/03/07/three-common-misconceptions-about-smart-contracts/

70. Visser.
71. Koulu, 67.
72. Ibid.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

compeler exitosamente a las partes a cumplir con lo ordenado.

Algunas soluciones se han obtenido por medio de la regulación e implementación de procesos ODR oficiales a nivel nacional y regional. Entre ellos, destaca el caso de Concilianet, en México, y el caso de la Directiva ADR y el Reglamento ODR de la Unión Europea. Sin embargo, a pesar de arduos intentos por parte de instituciones como la CNUDMI, no existe aún ningún instrumento internacional y vinculante que permita la implementación de una red de ODR global que funcione armónicamente y facilite la ejecución de laudos.

Ante este vacío, no ha quedado más alternativa que recurrir a mecanismos indirectos y directos de ejecución extrajudicial, tales como las calificaciones de usuario, los *trustmarks*, las listas negras, el reembolso forzoso o *chargeback*, las cuentas *escrow* y las preautorizaciones de pago. Sin embargo, a pesar de que a través de ellos se obtienen resultados favorables, todos padecen de uno u otro defecto, como pueden ser la ineficacia, la complejidad operativa, el costo económico y la necesidad de confiar en terceros, entre otros.

Recientemente, con los últimos avances de la tecnología, se vislumbra una alternativa que parece tener el potencial de superar estos obstáculos. Se trata del contrato inteligente, basado en la tecnología de Cadena de Bloques. Por medio de la programación de software y la utilización de criptodivisas y una plataforma especializada, este mecanismo promete ofrecer un método de ejecución novedoso, rápido, eficaz, económico, automatizado y que no exige la asignación de confianza en un tercero.

No obstante, éste no viene sin nuevas limitaciones y obstáculos que superar. Primero, su carácter incipiente hace que se trate de un mecanismo cuya implementación y desarrollo está todavía ampliamente pendiente. Segundo, la necesidad de utilizar criptodivisas arrastra consigo todas las desventajas de las que éstas actualmente sufren, como lo son la inestabilidad de su valor y la irreversibilidad de los pagos. Finalmente, el contrato inteligente tiende a funcionar por fuera del control de los Estados y sus sistemas jurídicos. El anonimato que permite la Cadena de Bloques complica significativamente la tutela de los derechos de las personas en él involucrados, lo cual es particularmente grave cuando se trata de partes en desigualdad de poder.

A pesar de todo lo anterior, la Cadena de Bloques madura día con día, de manera que es posible que sus mayores limitaciones sean resueltas conforme avanza su desarrollo y su uso en el comercio deviene más generalizado. Es muy temprano para imaginar de lo que es capaz esta tecnología. Como algunos han dicho, éste es tan solo el "comienzo del comienzo" de la era de las Cadenas de Bloques.[73]

73. Jenn.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

La atención de algunos legisladores apenas comienza a dirigirse a estos temas, que son difíciles de entender y muy complejos de regular.

Por lo tanto, sus limitaciones actuales no deben ensombrecer su gran potencial y prometedoras ventajas, cuyo aprovechamiento podría dar una excelente solución a los problemas existentes de ejecución de laudos de ODR en relaciones de consumo transfronterizo.

JURISDICTIONAL DIFFICULTIES OF INTERNATIONAL ARBITRATION TRIBUNALS WHEN ADDRESSING PRICE REVIEW DISPUTES CONCERNING GAS SUPPLY AGREEMENTS

Diego Alexandre-García Fernández*

Resumen: *Las disputas sobre revisión del precio del gas, debido a su complejidad, presentan complicaciones de diferente naturaleza en cada una de las etapas del proceso arbitral. Este artículo examina los principales problemas de índole jurisdiccional que enfrenta el tribunal arbitral, con el propósito de demostrar que una de las mayores áreas de controversia en este tipo de disputas, sino la mayor, es la de si el tribunal tiene jurisdicción para conocer del asunto. En este sentido, se sugerirá que la verificación de la existencia del (i) factor desencadenante, (ii) la activación del mecanismo de revisión de precio, (iii) el componente procesal de la cláusula de resolución de controversias, (iv) y las limitaciones en cuanto a la frecuencia en que se puede solicitar una revisión de precio; involucran en la generalidad, problemas de naturaleza jurisdiccional. Este artículo también argumenta que los anteriores problemas jurisdiccionales son, en el mayor de los casos, el resultado de defectos en la redacción de la cláusula de revisión de precio. Por lo tanto, se establece que los problemas descritos pueden reducirse en la medida en que la cláusula de revisión de precios esté redactada de una manera clara y precisa.*

Palabras clave: *disputas de revisión de precio – precio del gas – contrato de suministro de gas – factor desencadenante*

Abstract: *Due to the complexity of gas price review provisions, controversies of different nature could arise at every stage of an arbitration proceeding. This article addresses the main difficulties faced by a tribunal at the jurisdictional level, with the purpose of evidencing that one of the major areas of dispute in a gas price review case, if not the main, is whether the tribunal has jurisdiction to hear the claim. In this vein, it is suggested that the assessment of (i) the trigger, (ii) the commencement mechanism for price revision, (iii) the procedural-side of dispute resolution provision, (iv) and the restriction on the frequency of applications for revision of price; involve generally issues of jurisdictional nature. Furthermore, the article argues that such issues usually result from defects in the drafting of the price review clause. In this sense, it is stated that they are likely to be reduced insofar as the language used by the parties within the clause is clear and plain.*

Key words: *price review disputes – gas pricing – gas supply agreements – trigger*

* Diego Alexandre-García is an LLM Candidate at Harvard Law School and an LLM candidate in Comparative and International Dispute Resolution from Queen Mary University of London. He further holds a Juris Doctor from the University of Costa Rica, and has been a Professor of Civil Procedural Law in the Hispano-American University of Costa Rica. Additionally, Mr. Alexandre-García worked for nearly eight years in the legal profession, and currently works as an associate attorney of the Dispute Resolution Practice Group at BLP Law Firm. Contact information: dalexandregarc@llm18.law.harvard.edu
Fecha de postulación del artículo: 10 de julio de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 10 de diciembre de 2017

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Introduction

In the past, prior market conditions helped craft a common practice where the price set within a contract for the sale and purchase of gas (Gas Supply Agreements, hereinafter "GSAs") was fixed by reference to competing oil and fuel products. In this scenario, however, when the circumstances surrounding GSAs changed significantly, the price could be affected to the point that not only did it not match the initial agreement of the parties, but it further no longer reflected that at which it could be sold in the market. Under that given situation, a price review clause was crucial in assisting to re-establish the original conditions, by resetting the price provision.

A gas price review provision is a tool to secure the stability and viability of GSAs over time. It is a mechanism through which the economic balance of the contract is restored for the future, so that it corresponds with the terms negotiated by the parties in the original agreement. Accordingly, the price at which it is sold by the seller would enable the buyer to obtain a reasonable profit margin, while allowing him to economically re-sell the gas at a competitive price in the given market.

Price review clauses usually involve different but related stages (or features, as it will be seen below). First, a trigger event should occur, then, the requesting party must deliver a trigger notice, next, the parties have to engage in a negotiation period, and finally, if no agreement is reached, the revision can be submitted to arbitration.

Due to the complexity of gas price review provisions, controversies of different nature could arise at every stage of an arbitration proceeding. This article addresses the main difficulties faced by a tribunal (hereinafter the "tribunal") at the jurisdictional level. In doing so, the scope and limitations of the tribunal will be highlighted. The foregoing has as purpose, on the one hand, to evidence that one of the major areas of dispute in a gas price review case, if not the main, is whether the tribunal has jurisdiction to hear the claim, and, on the other, to warn prospective parties of a gas price review dispute about the possible jurisdictional complications that could be raised within an arbitration, so that they can take precautions either to avoid them or at least be prepared to deal with them. As the framework for action of the tribunal is determined by the parties, throughout the article it will be noted that, if greater care is taken in the drafting of the price review clause, many complications that arise with respect to the jurisdiction of the tribunal could be avoided.

1. Understanding the big picture of gas price review arbitration

GSAs are characterized for having a long-term duration and for having a sales price which, instead of being fixed and invariable throughout the life of

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

the contract, is set out by reference to an indexation formula. This formula, contained in a price provision, is linked to one or several indexes, including but not limited to the prices of competing fuels in the market,[1] or of a defined gas trading hub.[2] The objective of the formula is to adapt the contract so that it reflects the changes in circumstances of the indexes through which the gas price is set out.

In some places,[3] the price of gas is usually fixed and adapted by reference to reliable prices prevailing in the end-users' market. This is achieved by linking the value directly to market criterions, such as hub prices, among others. The foregoing is done with the purpose of guaranteeing that the value under the contract reflects the economic conditions on which the gas is commercialised in the market.[4] However, that is not the case in many existing contracts that were entered under other circumstances.

When many of the long-term GSAs were executed, the gas market in several of the geographical areas to which the contract referred was inexistent, undeveloped, or in monopolistic conditions. Therefore, pricing on the basis of market value was clearly not an option. There was no gas market available to refer. So, the seller and the buyer had to find an alternative to fix the gas price. In this context, since the buyer was in a monopoly situation, its main objective was to enhance downstream demand, compete with oil/fuel products, and to increase market share in the buyer's end-user market. As a bottom line, GSAs price had to include the seller's cost. Otherwise, it would not be profitable. Furthermore, to be competitive, the price had to be lower or at least similar to competing sources of energy, such as fuel/oil products and coal. Accordingly, gas price in GSAs came to be settled by reference to the value of competing alternative energy products in the destination market. As one can imagine, these prevented the price of gas to be fixed realistically, in a transparent manner, and in accordance to an independent criterion.[5]

Fixing GSAs gas price against the fluctuation of an index of a competing energy product will work as long as the destination markets remains closed and without effective competition. However, different

[1] Mark Levy, 'Gas Price Review Arbitrations: Certain Distinctive Characteristics' (*Global Arbitration Review*, 9 June 2016) <http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036074/gas-price-review-arbitrations-certain-distinctive-characteristics > accessed 30 March 2017.

[2] Steven P Finizio, 'Destination Restrictions and Diversion Provisions in LNG Sale and Purchase Agreements' (Global Arbitration Review, 9 June 2016)<http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036075/destination-restrictions-and-diversion-provisions-in-lng-sale-and-purchase-agreements> accessed 30 March 2017.

[3] Marco Lorefice, 'Crossroads in Gas Price Review Arbitrations' (*Global Arbitration Review*, 2 October 2015)<http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036058/crossroads-in-gas-price-review-arbitrations> accessed 30 March 2017.

[4] George Von mehren and LisaG Henneberry, 'Considerations in natural gas and LNG price review claim quantification' [2015] 8(2) Journal of World Energy Law and Business 103-104.

[5] Von mehren (n4) 103-104; Lorefice (n3)

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

economic/market factors can have a substantial effect on the market price of both gas and its competing fuels.[6] When the price is fixed against the fluctuation of an index of a competing energy product, variation of surrounding circumstances are likely to create a disconnection between the value of gas initially agreed, and that on the market.[7] If this is the case, price provisions would become inadequate to reflect the price of gas under the existent market conditions,[8] as their structure does not make them capable of automatically adapting the contract value to the current conditions in the market.[9]

Parties have sought to include price review clauses with the aim of ensuring the viability of their contractual relationship. This is a provision whose main purpose is to moderate, revise, and change the contract price through the amendment or replacement of the price formula. It is applicable when the circumstances of the bargain on which the contract was executed changed over time, to the point that a gap was created between the price in the initial agreement and that on the current market conditions.[10]

In the last decade, different events have impacted GSAs whose price is fixed by reference to competing oil and fuel products. First, there was a collapse in gas demand affected by the world economic recession in 2008, followed by global over-supply due to the discovery of a substantial amount of shale gas in Canada, China, and particularly in the United Sates. At the same time, over-supply was prompted by an increase in the construction of liquefied natural gas facilities.[11] Second, while the international price of gas decreased, that of fossil fuels increased across the world.[12] This lead to a considerable asymmetry between the price of gas in the market and the one of the competing fuels with reference to which the price in the contract was being fixed. Third, many countries have liberalized their gas markets. This phenomenon took place specially in Europe. It came along with the emergence and development of gas trading hubs in the European region, through which gas is sold at a market price, this is, only taking into consideration demand and supply. Fourth, there has been a recent increase of demand in the Asian markets as consequence of the Fukushima nuclear disaster in 2011.[13] Lastly, there has been an increase in the de-

[6] Levy (n1)
[7] Lorefice (n3)

[8] Ibid
[9] Ibid
[10] Von mehren (n4) 104

[11] Alex Mourre, 'Gas Price Reopeners: Is Arbitration Still the Answer?' [2015] 9(2) Dispute Resolution International.

[12] Ibid

[13] JohnA Trenor, Gas Price Disputes under Long-Term Gas Sales and Purchase Agreements. in DavidL

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

velopment of renewable energy resources as an alternative to gas and other fuel sources for power generation.[14]

In the light of the all the foregoing, an increase of price review disputes have been submitted to arbitration;[15] in regard to these, many discussions arise regarding the jurisdiction of the tribunal. This article will address the main ones.

2. How is gas priced in GSAs?

When the end-user market is closed and without effective competition, the price in GSAs is usually fixed through a formula. Unlike what happens with crude oil prices, with respect to gas it neither exists an international standard mechanism to fix the price nor a universal method applicable to every situation. Thus, it is up to the parties to balance their interests at stake, and come to a mutual agreement that accommodates both of their desires and the distinctive economic circumstances in the end-user market.[16]

The buyer of gas is generally a wholesaler/distributor that does not want the gas for himself. The buyer's purpose is to supply end users, either directly or via re-sellers. In this context, the buyer's interest is to buy gas at a price that will allow him to re-sell it in the destination market at a competitive price, while receiving a reasonable margin profit. This margin profit corresponds to the difference between the price at which the gas is purchased from the seller and the one at which it is re-sold in the destination market. On the opposite side, the seller is generally the producer. The seller's interest is to set a price that will allow him not only to recover its infrastructure and operating costs, but also to have an expected return, this is, some profit from the activity. However, it is important to take into consideration that, in the long run, the price will not be defined by what the seller hopes to receive, but by what the buyer is capable of paying in the context of the given market. Otherwise, there would be no point for the buyer in venturing into the business. Generally, if the seller does not conform with such terms, the sale will probably not be made, and the gas remaining in the ground will basically have no present economic value to the seller.[17]

Schwartz(ed), *The energy regulation and markets review* (Law Business Research Ltd 2016) 37-38

[14] AnthonyJ Melling, *Natural gas pricing and its future* (1st edn, Carnegie Endowment for International Peace 2010) 51

[15] Trenor (n13) 37-38

[16] Michael Polkinghorne, ' Predicting the unpredictable: gas price re-openers' (*Lexology*, June 2011) <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=81e269f9-11b4-4df1-9bd5-1fd532e57ec5> accessed 1 April 2017; Peter Roberts, *Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice* (3rd edn, Thomson Reuters 2011) 173

[17] Roberts (n16) 173

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Parties do not want to be linked to a fixed and rigid price for the lengthy term of the contract. As the contract will be long-termed, they are afraid that a fixed price could eventually fail to mirror the market circumstances changing over time. Instead, they opt for flexibility. However, they are also concerned that a price left absolutely to market forces could expose them to sudden and unforeseeable changes and volatility beyond their control. This means that a balance between the pursue of flexibility and stability has to be achieved. This is obtained, to a certain extent, by means of a price formula that incorporates both fixed and variable elements.

The fixed component of the formula is represented by the base price at which the parties negotiate that the gas is going to be sold to the buyer. Meanwhile, the variable element is the choice of one nominated index, or multiple indexes with different weight, that will serve as reference for the base price to be adjusted through time. Consequently, the price in the contract is expected to follow changes in the market through an adjustment mechanism that will reflect the fluctuation in the indices to which the formula refers.[18] Moreover, parties can control volatility by inserting a ceiling and a floor stop, beyond which the price cannot rise or drop.[19]

3. What are the key features of the price review clause?

There are exceptional circumstances where the agreed formula is impossible to be applied, or is incapable of providing an adjustment to the price of the contract in such a way as to reflect the real price of gas in the market. This could happen, for example, when an index or source of information for the pricing adjustment is not available anymore, when the formula no longer preserves the parties' original bargain,[20] or when the index of comparable sources of energy used stops reflecting the value of gas in the market[21] as a result of a "decoupling" between oil and gas prices,[22] among other situations. In anticipation of the foregoing, GSAs often contain price re-opener clauses allowing for the revision of the price formula, provided that particular requirements are fulfilled and specific steps are followed. Due to the aforementioned, price re-opener

[18] Polkinghorne (n16); Roberts (n16) 177

[19] Polkinghorne (n16); Roberts(n16) 181

[20] Roberts (n16) 182

[21] James Baily and Reachel Lidgate, 'LNG price reviews: a sign of the times' [2014] 7(2)Journal of World Energy Law and Business 149

[22] Miharu Kanai, 'Decoupling the Oil and Gas Prices; Natural Gas Pricing in the Post-Financial Crisis Market' (*Institut français des relations internationales*, May 2011)<https://www.ifri.org/sites/default/.../noteenergiemiharukanai.pdf> accessed 10 April 2017

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

clauses are sophisticated and contain several elements. The main five features[23] usually included are analysed next.

Firstly, the trigger is the future event that would permit one or both parties to activate the price review provision and request the revision of the gas price in the contract. The event may have different natures, and will vary from contract to contract. The trigger could also be a time factor; this could include the right to request the revision at regular periods of time,[24] and/or grant the parties a *"wild-card"* allowing, on an exceptional basis, to initiate a limited number of reviews, irrespective of the current moment in the life of the contract.[25] Additionally, the trigger can be established on the basis of an objective criterion. Examples of these are: when the index of reference increases to a certain level in a specific time; when the difference between the contract price and an agreed comparator –let's say, the market index– reaches a certain level[26]; or when one of the parties cannot reach a rate of return with the current contract price.[27] Finally, the trigger could be defined on the basis of a subjective criterion, this is, on a party's belief that a particular situation has happened.[28] Events of this kind may refer, among other aspects, to (i) significant or material changes in the economic circumstances of a given market, (ii) which occurred throughout the review period, (iii) that were unforeseeable, this is, beyond parties' control, (iii) and that had substantially affected the value of the gas sold within the contract to the extent that it no longer reflects a fair price when compared to the current gas market conditions.[29]

Secondly, the commencement mechanism for revision indicates the steps to be fulfilled by the requesting party that is seeking to obtain a price review. Their fulfilment is mandatory in order for the revision to be resorted to arbitration. This stage usually involves a cooling-off period, during which the interested party is required to deliver to the other party a notice requesting the price review, followed by a negotiation phase that will last for a predefined time interval.[30]

Thirdly, the dispute resolution provision establishes the procedure that should be followed if, during the negotiation stage, the parties fail to agree on the new price provision. Parties may consent to

[23] Roberts (n16) 190-191
[24] LisaM Bohemer, 'Arbitrating international LNG disputes: lessons learned over two decades' [2015] 8(5) Journal of World Energy Law and Business 487-488

[25] Trenor (n13) 39
[26] Culotta Culotta and Monica Hwang, 'Uncertain LNG price environment turns focus on price revision clauses' [2008] 1(1)LNG Journal 26

[27] Finizio (n2)
[28] Baily (n21) 149
[29] Bohemer (n 24) 487-488; Robert Blacke, 'Pricing Arbitrations: It's A Gas, Gas, Gas' [2014] The arbiter 8-9;David Mildon, 'Gas Pricing Disputes' (19 July 2012) <http://www.ei-sourcebook.org/cms/Gas%20Pricing%20Disputes.pdf> accessed 3 April 2017
[30] Blacke (n29) 8; Trenor (n13) 39

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

resort to litigation, regular or pendulum arbitration, expert determination, or any other mechanism. However, due to the sensitive nature of the information disclosed in these cases (specially the agreed price of gas), parties generally provide for arbitration, which is the only dispute resolution mechanism to which this article will refer. Furthermore, the provision will ideally establish the scope and limitations of the authority of the tribunal to adjust the price[31] by giving instructions as of (i) the applicable methodology or criteria according to which the tribunal should revise the price, (ii) the evidence or aspects to be regarded and/or excluded, and (iii) any other guideline that the parties agreed the tribunal must follow.[32]

Fourthly, regarding the application of the revised price, the parties provide the moment at which the new contract price, if any, should take effect. This is, whether it should be applied retrospectively or prospectively, either from the review date or from the moment the award is rendered.[33]

Finally, the provision might include a restriction on the frequency at which the parties may request price revisions during the life of the contract.[34] The aim is to prevent abusive and indiscriminate use of the price revision mechanism, which, far from promoting stability, favours uncertainty.[35]

4. Main jurisdictional difficulties of a tribunal when examining a price review dispute

Arbitration is the preferred method for the settlement of gas pricing review disputes. Aside from the typical issues that arise in any arbitration, a tribunal dealing with a gas pricing case usually faces additional challenges due to the sophisticated and frequently multi-stepped nature of the of the review provisions. This section will demonstrate that one of the major issues of dispute in a gas price review case, if not the main, is whether the tribunal has jurisdiction to hear the claim.

Jurisdictional issues fundamentally involve debates as to whether the tribunal has authority to hear and decide on all or any of the price review claims submitted by the plaintiff/counter-claimant. They also refer to situations in which the dispute has been brought to arbitration before the necessary fulfilment of a series of prerequisites has been verified. A tribunal dealing with the foregoing would probably have to answer several questions. The

[31] Richard Power, 'Gas price reopeners - Is there a better way?' [2016] 1(7) International Arbitration 1/3LY 12-15; Roberts (n16) 190;Baily(n21)§142-145; Bohemer (n24) 487-488

[32] Power (n31) 12-15; Holland (n7); Roberts (n16) 190; Baily (n21)§142-145; Bohemer (n24) 487-488

[33] Mark Clarke and others, 'The price isn't right - gas pricing disputes' [2015] International Energy Law Review; Roberts(n16) 190-191

[34] Roberts (n16) 191

[35] Ibid

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

main ones are examined below. By analysing them, it is suggested that, except for (i) the adjustment-side of the dispute resolution provision and (ii) the application of the revised price, which are merit-oriented; a variety of jurisdictional discussions can easily be raised regarding the verification of the other elements of the price review provision examined in section 3 above.

4.1 Does the relief sought fall under the scope of the tribunal's jurisdiction?

The consent of the parties is the cornerstone of a tribunal's authority. Each of the remedies sought by the applicant must be covered by the arbitration agreement provision. Otherwise, the tribunal would have to decline jurisdiction with respect to the claims that are not.

It may seem basic, but the first thing the tribunal has to ask itself is whether there is a clear and unequivocal willingness of the parties to submit to arbitration issues specifically referring to the revision of the contract price. Contracts may contain more than one dispute resolution regime. In this sense, it must be ascertained that the parties agreed on a special dispute resolution regime different to the general one, to particularly deal with the price revision. It may be the case that the parties chose to settle these disputes under an expert determination scheme, or in another way. If there is no controversy about the contract price to be reviewed through arbitration, as a next step, each of the remedies being claimed should be carefully confronted with the dispute resolution provision in order to establish whether they are covered by the agreement to arbitrate.

The authority conferred to the tribunal by the parties defines the scope and limitations of what the former may be asked to decide on. Each remedy claimed has to be tested against the particular mandate of performance given to the tribunal. If it is clear that a remedy sought does not fall under the power given, the tribunal would have to decline jurisdiction with respect to that specific issue.

Parties usually establish that, if any of them is entitled to an adjustment/review/revision of the price provision,[36] they may refer the matter to arbitration, subject to the compliance of a number of prerequisites. It is also generally indicated that the revision must be performed in accordance with the criteria set out in review provision.[37] An issue can arise in this context if the claimant/counterclaimant asks not only for the revision of the price formula, but for the amendment of another provision in the contract. Unless otherwise indicated in the agreement or the applicable law, it is generally understood that the tribunal's authority is strictly limited

[36] Polkinghorne (n16)

[37] *Atlantic LNG Company of Trinidad and Tobago* v *Gas Natural Aprovisionamientos SDG SA* (2008)WL 434425(SDNY)

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

to the revision of the price provision. In this sense, it lacks jurisdiction to amend any other provision different than that of the price, even when this could have a relevant impact in the price formula itself or be significantly helpful for the creation of the new price formula.[38] Thus, if the requesting party extends the revision request to any other provision, jurisdiction should be refused in respect to such additional claim.

The solution might be different if the party requests as relief the amendment of another clause of the contract, which would be inevitably affected by the revision of the price provision. This is the case of exceptional situations where, as a logical and natural effect of the revision of the price formula, another provision is affected to an extent that, if it is not modified as well, it will become inoperative. [39] In such case, it is this author's opinion that the application for that additional relief falls indeed within the scope of the tribunal's jurisdiction. This is because, due to its incidental or ancillary nature, the modification therein is covered by indirect reference of the tribunal's power to revise the price.

Another jurisdictional complexity could arise if the contract does not contain a price review provision. The question that needs to be answered is whether the general dispute settlement regime of the contract confers the power to a tribunal to review the price, even if the parties have not expressly stated so. Stated differently, the question is if the general referral to arbitration implicitly includes a power for the tribunal to review the price.[40] It is the author's view that, irrespective of whether there is a price review provision, the tribunal indeed has jurisdiction to hear a claim requesting a price adjustment. Such a dispute is one arising out of or in connection with the contract. Therefore, it is clearly covered by the arbitration agreement. However, to avoid any doubt, it is clarified that the author is not suggesting that a tribunal is entitled to review the contract's price in the absence of a price review clause. What is being argued is solely that the assessment of such is a substantive issue that should be addressed in the award. Furthermore, even when the following goes beyond the scope of this paper, it is the author's view that, in terms of merits, the answer to the foregoing issue will depend on the law applicable to the matter examined. In this sense, while statutory law in some jurisdictions confers the adjudicators the general power to adjust any provision in a long-term contract,[41] in some others the contrary is the rule.

[38] George Von mehren, The arbitrator´s role. in Mark Levy(ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014) 93
[39] Ibid
[40] Polkinghorne (n16)

[41] JohannesP Willheim, Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, in Christian Klausegger. in Peter Klein et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014) 17-29

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Finally, the issue about how and under which criteria the tribunal should revise the price formula is, in our view, not a question of jurisdiction, but of substance. The parties' agreement to resort to arbitration is enough to enable the tribunal to address the price revision. Accordingly, any discussion referring to the way the formula should be adjusted –that is in itself within the tribunal's jurisdiction–, should be left to the merit stage.

4.2 Is the trigger verification a jurisdiction question?

A significant area of disagreement is whether the assessment of the trigger event is a jurisdictional or a merits issue. Subject to the language and terms of the clause, from our perspective, this would generally be an issue of jurisdiction, regardless of the stage of the procedure on which the matter is examined.

The fact that the existence of the trigger has to be assessed by the tribunal does not turn the question itself into one of merits. According to the principle of *kompetenz-kompetenz*, a tribunal has the authority to rule on its own jurisdiction, even when it might lack it from the start. In the context of a price review, the nonexistence of an initial trigger would only mean that the tribunal has prospective jurisdiction over the dispute.[42] However, this would be subject to the successful verification of the trigger. Until that point, the tribunal's jurisdiction, or lack thereof, will be definitively decided.

The trigger *"is a condition precedent to the entire process."*[43] It is usually inserted as prerequisite to the right of any party to request the price revision. As it name suggests, the "trigger" is what "triggers" the price revision. It is also inferred from the usual content of price review provisions, that the trigger has to be met before a party can exercise its right to request the price revision. It is until that happens that the requesting party can activate and commence the revision procedure: (i) send the trigger notice, (ii) engage in a period of negotiation, and eventually, if an agreement is not reached, (iii) refer the matter to arbitration. In this sense, by the time the "trigger notice" is delivered, the trigger itself must have already occurred. For instance, in the price review clause in *Atlantic* case, provision 8.5 (a) established what was considered as a trigger event, as well as the required steps to initiate a price review. However, it was not until provision 8.5 (f), when the trigger had already occurred and parties had not reached an agreement, that the clause enabled the parties to resort to arbitration.[44]

[42] Michael Young, Procedural issues arising in price review arbitrations. in Mark Levy(ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014) 22

[43] Ibid 23

[44] *Atlantic* (n 37)

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

It follows from the above that if the trigger occurred previously, it is precisely its materialization what confers jurisdiction to the tribunal. If it is determined that the trigger event never occurred, this would mean that the requesting party never had the right to either request the price revision or to refer the matter to arbitration. Therefore, as there would be no price to be reviewed or amended, the tribunal would lack jurisdiction to entertain the price-adjustment claim.

Someone could assert that the nature of the problem will depend on the moment in the process on which the existence of the trigger is analysed. On this basis, if the problem is examined as a preliminary issue, it would be of jurisdictional nature, but if it is carried in the final award, it would be of substantive nature. However, the argument should not stand. The tribunal has the discretional power to decide the time and process by which a jurisdictional challenge should be considered.[45] It could resolve jurisdictional challenges either separately from the merits, in the form of a procedural order, or as partial or final award; as well as simultaneously with the merits, within the final award.[46] Accordingly, the point within the process in which the existence of the trigger is assessed has no influence with regards to the nature, whether jurisdictional or substantive, of the issue in discussion.

4.3 Has the trigger event occurred?

Whether the trigger event occurred can raise complex jurisdictional issues. As there is no universal standard of a trigger, disagreements will depend on the language of the provision, as well as on the particular circumstances of each case. However, based on the features generally found in the trigger provisions, recurring areas of dispute can be identified.

A critical discussion may involve the requirement of "change of circumstances". The trigger often concerns a situation in which there was a significant change of the economic circumstances in an identified relevant market and place, that entailed a substantial disconnection between the price of gas being sold in the market and that within the contract.[47] This to the point of materially impacting the parties' commercial relationship. A well-drafted provision will not only establish if the market is that of the seller or of the buyer; but will be specific as to what the relevant market is. The identification of what the relevant market is raises high-level discussions with the involvement of expert evidence. Therefore, the degree of discussion between the

[45] Chartered institute of arbitrators, 'Jurisdictional Challenges' (*Chartered Institute of Arbitrators*, 2016) <https://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015jurisdictionchallenges.pdf?sfvrsn=16> accessed 8 April 2017

[46] Ibid

[47] Young (n42) 22-23

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

parties can be mitigated insofar as the provision is accurate with respect to the relevant market and the other factors that should be considered. For greater certainty and avoidance of doubts, it must provide guidance to be able to ascertain the market that has to be considered. On this basis, it should ideally specify (i) which geographical space, e.g. if is it a country or region[48], (ii) what level, e.g. if is it that at the production, import/purchase, wholesale, re-export,[49] or end-users level, (iii) and what sector,[50] e.g. if is it industrial, commercial, or residential, have to be considered.

The change of conditions is generally linked to a comparison period, this is, a time in the past to which the current market economic circumstances have to be compared. The GSA in the *Atlantic* case is a good example of this. It provides that the change must be tested in comparison with the economic circumstances that existed and/or could be reasonably expected, at the time the price was (i) incorporated or (ii) last revised.[51] In other words, it is about comparing the prevailing economic conditions at the beginning of the review period with those at the end.[52] In the identification of the purported change, a point of contention is whether and at what specific moment the changes showed up. While one party would insist that the alleged circumstances existed at the time the contract was entered or last revised, or were reasonably expected to exist; the other would argue that they are new.

Other areas of disagreement usually involve the interpretation of a contractual term of the trigger, and may include one or all of the following topics, among many others:

a) When the change is associated with qualifiers such as significant, material, substantial, or long-lasting; discussions refer to whether the change reached the required level of degree.[53]

b) When the change has to be unforeseeable and beyond the control of the parties at the time the price was first fixed or last revised; confrontations arise as to whether it was pre-existent or reasonably expected to be. Disagreement also occurs as to whether the requesting party was responsible for the change, or could have prevented/avoided it.[54]

c) Whether the proclaimed change qualifies under what is prescribed on the provision.[55]

[48] Steven Sparling, 'Taming price review clauses: lessons from the transactional and arbitration battlefields' (*K&L Gates LLP*, 11-15 April 2016)<http://www.klgates.com/files/Publication/92c24f73-c566-4909-b84b-a4c071084234/Presentation/PublicationAttachment/bfc984ff-39d3-4838-b66e-a9bfc65ed697/TampingPriceReviewClauses_LNG18.pdf> accessed 9 April 2017
[49] Finizio (n2)
[50] Ibid
[51] *Atlantic* (n37)
[52] Lorefice (n3)
[53] Cohn Gibson and Boaz Moselle, The role of the expert in price review arbitration. in Mark Levy(ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014)122
[54] Trenor (n13) 40
[55] Young (n42) 23

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Based on the previous, it is evident that the verification of the trigger is a major source of jurisdictional complications. Its assessment is crucial because, if it is established that the trigger event was not met, the tribunal would lack jurisdiction to entertain the claim,[56] and, therefore, the case would have to be dismissed. Moreover, since the concept of trigger is not a term of art, it is suggested that insofar as the parties are clear and specific of what they meant, and leave no space for ambiguities, jurisdictional difficulties in this regard may be avoided. It is important to remember that the scope and limitations of the interpretative power of the tribunal is determined by the language used by the parties within the contract. The foregoing also applies with respect to the assessment of jurisdictional issues. In that sense, the clearer the parties are with respect to their intention, the lesser margin of interpretation a tribunal will have when analysing a term. Where language is clear and plain, there is no room for interpretation, only for application. This applies not only to the trigger, but also to the remaining elements of the revision clause.

4.4 Were the pre-arbitration steps duly fulfilled?

Parties might have agreed on a series of stages to be taken before either of them could submit the price revision to arbitration. The two main steps typically found are (i) the delivery of a trigger notice, and (ii) the obligation to negotiate.[57] When the completion of these prerequisites is assessed, several jurisdictional questions arise, as the following.

4.4.1 Was the trigger notice properly delivered?

The right to obtain the revision of the price formula is generally conditioned to the delivery, from one party to the other, of a price revision request notice referred to as the "trigger notice". Depending on the contract terms, such notice will have to comply with requirements of (i) time, (ii) form, and (iii) content.[58] In the ascertainment of whether these requirements were met, several objections could be raised before the tribunal.

GSAs may limit the moment and period of time on which a price review could be initiated, as well as the number of revisions that could be performed throughout the contract.[59] GSAs could indicate that a revision may only be requested once every predetermined interval of years, or on specific dates, and, under special circumstances, at any time, but limited in number.[60] For instance, in ICC case

[56] Von mehren (n38) 97
[57] *ICC International Court of Arbitration Bulletin,* Vol 20/2, 2009,69-76,63-109; *Atlantic* (n37)
[58] Von mehren (n38) 94
[59] Ibid 95
[60] ICC (n57)

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

9812, the price provisions expressed that requests should *"be made before the date of effectiveness of such price review and shall be ineffective if received by the other Party after such date."*[61] In this respect, the tribunal may be asked to address if the revision notice was delivered within the time limit provided under the contract. If that was not the case, it would have to dismiss the claim, as it lacks jurisdiction.[62]

Similarly, the contract may also provide that the request should comply with a particular form and content. Notices are generally required to be made in a written form, such as was explicitly required by the corresponding provision in ICC case 13504.[63] With regards to the content, the scrutiny of the tribunal will depend on the scope and language of the clause, which could be very varied. For example, in ICC cases 9812 and 13504, the request had to substantiate the reasons for the revision, providing the necessary information to support the application.[64] Similarly, the review provision in *Atlantic* case incorporated not only the duty of giving the information of support, but also to request an immediate negotiation.[65]

In general terms, the notice should inform the other party of the occurrence of the trigger, this is, the event that entitles the price review application, as well as the proposed adjustment to the price.[66] What is intended is not that the request contains absolutely all details and arguments with respect to the new formula being proposed. It would suffice if it contains a clear and reasonable amount of information, in order to inform the respondent of the scope of the revision intended, and let the parties initiate a productive period of negotiation.[67] If that was not the case, the respondent would have grounds to successfully confront the tribunal's jurisdiction, and the claim dismissal would be imminent.

In such a case, if the defendant also intends to request its own revision of the price, other complications could arise. The tribunal would have to ascertain if, in order to do so, the respondent was required to deliver a separate and independent trigger notice, or, alternatively, if a response to that of the claimant containing the notice, or even a request of price revision only by means of counterclaim, would be enough.[68] The analysis will depend on the wording of the contract and on the approach, whether flexible or strict, that the tribunal might have. Its practical consequence is that, if jurisdiction is declined with respect to the defendant's price review request, a parallel and competing arbitration is likely to be initiated.[69] This could not

[61] Ibid
[62] Von mehren (n38) 95
[63] ICC (n57)
[64] Ibid
[65] *Atlantic* (n37)
[66] Young (n42) 27
[67] Von mehren (n38) 95-96
[68] Young (n42) 27-28
[69] Ibid

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

only increase the parties' costs, but also create the risk of conflicting awards. Furthermore, if jurisdiction is withdrawn with respect to the counterclaim, it is to be expected that, if the applicable rules allow for it, the ongoing case will be consolidated with the new one. In the end, this could lead to a situation that is basically identical to the one before the withdrawal. Therefore, it is the author's view that the tribunal must take special care when ruling about its jurisdiction in respect to the submission of multiple price review requests, and, in case of doubt, assume jurisdiction over the counterclaim. Furthermore, for the sake of cost and time efficiency, a unique arbitration proceeding should be preferred.

4.4.2 Was the negotiation stage completed, and if so, was the arbitration commenced within the time-limit set?

Price review provisions usually include a time frame under which negotiations have to be carried before parties can resort to arbitration. In some cases, once the negotiation period is due, there might be an additional time interval within which the parties must initiate arbitration. On this basis, many jurisdictional discussions can arise on whether the negotiation stage was fulfilled and the arbitration initiated on time.[70]

A key problem that could arise is whether the tribunal has jurisdiction to decide on a case when the negotiation stage did not start at all. The answer to this question will depend on the applicable law. In some jurisdictions, multi-tiered clauses are enforced by means of dismissing the claim for being premature. In others, however, the failure of the parties to undertake an agreed negotiation stage is not a ground to deny jurisdiction over a case, as it is considered to clash with the constitutional right to recourse to an adjudicator.[71]

Where multi-tiered clauses are enforceable, a common area of dispute refers to the situation on which the case brought to arbitration introduces relief claims that are manifestly different, contrary,[72] or even incompatible with those presented within the negotiation stage. It is our view that it is one thing to expand and develop in greater depth a previously introduced claim, but it is a completely different one to incorporate an absolutely new aspect. The former one is valid, but the latter should be rejected by the tribunal by means of declining jurisdiction. Otherwise, having a negotiation stage would be meaningless.

[70] Young (n42) 29
[71] Iba litigation committee, 'Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses' (IBA,1 October 2015) <http://www.ibanet.org/> accessed 7 April 2017
[72] Von mehren (n38) 95

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Another difficulty could arise when arbitration can be requested at any moment after a minimum time interval has elapsed. Said it differently, it happens when there is a time limit before which a party cannot exercise its right to resort to arbitration, but there is no maximum time after which the party would no longer be entitled to do so. For instance, the review provision in *Atlantic* case suggests that the parties cannot resort to arbitration before a six-month negotiation stage; however, once this time period has elapsed, there no indication that sets an expiration time for such right to be exercised.[73] In this respect, the question to be asked is whether and to what extent can the party that did not exercise its right to arbitration when the negotiation stage concluded, exercise it further in the future (for example, in the context of the next review period). Professor Young suggests that a tribunal might imply *"a term requiring a party to commence proceedings within a reasonable period after the not before date."* However, the solution should be different: it is our opinion that, if the parties had wanted it, they would have included a time limit until which the arbitration would have to be initiated after the *"not before date"*. Contrarily, if they did not, the lack of exercise of a party of its right to resort to arbitration cannot be understood by a tribunal as a waiver to the right to resort to arbitration, unless the time limit to bring the price review claim has elapsed according to the applicable law. Therefore, jurisdiction should not be declined on these grounds.

4.5 Does the price revision request exceed the number of times it can be requested?

As mentioned above, price review may include restrictions on the frequency at which the parties may request the revision. Subject to the wording of the clause, it could be discussed whether the limited number of revisions that can be requested within a given period of time should be counted separately for each party, or jointly. Further debates may refer to whether the revision process initiated but abandoned by one of the parties should be included within the calculation of the limit of revisions that the parties can request. It is our view that abandoned requests should not be considered in the calculation. Otherwise, a party could use it as a tactic to block the other from applying for a legitimate price review.[74] The answer to the above questions is crucial, since the jurisdiction of the tribunal would depend on what is decided.

Conclusion

This article analysed the main jurisdictional difficulties faced by a tribunal when addressing price review disputes concerning GSAs. It was demonstrated that, due to the sophisticated and frequently

[73] *Atlantic* (n 37)

[74] Lorefice (n3)

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

multi-step nature of the review provisions, one of the major areas of dispute, if not the main, is whether the tribunal has jurisdiction to hear the claim. It is also argued that, with exception of (i) the adjustment-side of the dispute resolution provision and (ii) the application of the revised price, which are merit-oriented; the assessment of all the other elements of the price review provision can raise varied complex jurisdictional discussions.

Accordingly, it has been suggested that contrary to what some could argue, the assessment of (i) the trigger, (ii) the commencement mechanism for price revision, (iii) the procedural-side of dispute resolution provision, and (v) the restriction on the frequency of applications for revision of price; generally involve issues of jurisdictional nature. The foregoing is subject to the language and terms of the clause.

It was highlighted throughout the article that, when examining jurisdictional issues, the scope and limitations of the interpretative power of the tribunal is determined by the language used by the parties within the contract. On this basis, it is suggested that, to avoid uncertainties, parties should be careful when drafting price review provisions. Namely, the clearer they are with respect to their intention, the lesser margin of interpretation a tribunal will have when analysing a term. Therefore, areas of jurisdictional debate are likely to be reduced insofar as the language used by the parties within the clause is clear and plain.

Bibliography

1. Alex Mourre, 'Gas Price Reopeners: Is Arbitration Still the Answer?' [2015] 9(2) Dispute Resolution International
2. AnthonyJ Melling, *Natural gas pricing and its future* (1st edn, Carnegie Endowment for International Peace 2010) 51
3. Ben Holland and Phillip Spencer ashley, 'Natural Gas Price Reviews: Past, Present and Future' [2012] 30(1) Journal of Energy & Natural Resources Law (IBA) 29-30
4. Chartered institute of arbitrators, 'Jurisdictional Challenges' (*Chartered Institute of Arbitrators*, 2016) <https://www.ciarb.org/docs/default-source/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015jurisdictionchallenges.pdf?sfvrsn=16> accessed 8 April 2017
5. Culotta Culotta and Monica Hwang, 'Uncertain LNG price environment turns focus on price revision clauses' [2008] LNG Journal 26
6. David Mildon, 'Gas Pricing Disputes' (19 July 2012) <http://www.eisourcebook.org/cms/Gas%20Pricing%20Disputes.pdf> accessed 3 April 2017

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

7. *Gas Natural Aprovisionamientos SDG SA* v *Atlantic LNG Company of Trinidad and Tobago* (2008) WL 434425 (SDNY)

8. George Von mehren and LisaG Henneberry, 'Considerations in natural gas and LNG price review claim quantification' [2015] 8(2) Journal of World Energy Law and Business 104

9. George Von mehren, The arbitrator´s role. in Mark Levy (ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014) 91-102

10. Iba litigation committee , 'Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses' (*IBA*, 1 October 2015) <http://www.ibanet.org/> accessed 7 April 2017

11. *ICC International Court of Arbitration Bulletin,* Vol 20/2, 2009, 69-76, 63-109

12. James Baily and Reachel Lidgate, 'LNG price reviews: a sign of the times' [2014] 7(2) Journal of World Energy Law and Business 149

13. JohannesP Willheim, Chapter I: The Arbitration Agreement and Arbitrability, The Powers of Arbitral Tribunals in Price Revision Disputes Illustrated with the Example of Long Term Gas Supply Agreements in Christian Klausegger. in Peter Klein et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration* (Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014) 17-29

14. JohnA Trenor, Gas Price Disputes under Long-Term Gas Sales and Purchase Agreements. in DavidL Schwartz (ed), *The energy regulation and markets review* (Law Business Research Ltd 2016) 37-38

15. LisaM Bohemer, 'Arbitrating international LNG disputes: lessons learned over two decades' [2015] 8(5) Journal of World Energy Law and Business 487-488

16. Marco Lorefice , 'Crossroads in Gas Price Review Arbitrations' (*Global Arbitration Review*, 2 October 2015)<http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036058/crossroads-in-gas-price-review-arbitrations> accessed 30 March 2017

17. Mark Clarke and others, 'The price isn't right - gas pricing disputes' [2015] International Energy Law Review

18. Mark Levy, 'Gas Price Review Arbitrations: Certain Distinctive Characteristics' (*Global Arbitration Review*, 9 June 2016)<http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036074/gas-price-review-arbitrations-certain-distinctive-characteristics > accessed 30 March 2017

19. Marnix Leijten and Martje de Vries Lentsch, The trigger phase. in Mark Levy (ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014) 33

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

20. Michael Polkinghorne, ' Predicting the unpredictable: gas price re-openers' (*Lexology*, June 2011) <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=81e269f9-11b4-4df1-9bd5-1fd532e57ec5> accessed 1 April 2017

21. Michael Young, Procedural issues arising in price review arbitrations. in Mark Levy (ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014) 21-32

22. Miharu Kanai, 'Decoupling the Oil and Gas Prices; Natural Gas Pricing in the Post-Financial Crisis Market' (*Institut français des relations internationales*, May 2011)<https://www.ifri.org/sites/default/.../noteenergiemiharukanai.pdf> accessed 10 April 2017

23. Peter Roberts, *Gas Sales and Gas Transportation Agreements: Principles and Practice* (3rd edn, Thomson Reuters 2011) 187

24. Philipe Pinsolle, Confidentiality in gas price reviews. in Mark Levy (ed), *Gas Price Arbitrations A practical handbook* (Globe Law and Business 2014) 47

25. Richard Power, 'Gas price reopeners - Is there a better way?' [2016] 1(7) International Arbitration 1/3LY 12-15

26. Robert Blacke , 'Pricing Arbitra ons: It's A Gas, Gas, Gas' [2014] The arbiter 8-9

27. Steven P Finizio, 'Destination Restrictions and Diversion Provisions in LNG Sale and Purchase Agreements' (*Global Arbitration Review*, 9 June 2016)<http://globalarbitrationreview.com/chapter/1036075/destination-restrictions-and-diversion-provisions-in-lng-sale-and-purchase-agreements> accessed 30 March 2017

Steven Sparling, 'Taming price review clauses: lessons from the transactional and arbitration battlefields' (*K&L Gates LLP*, 11-15 April 2016)<http://www.klgates.com/files/Publication/92c24f73-c566-4909-b84b-a4c071084234/Presentation/PublicationAttachment/bfc984ff-39d3-4838-b66e-a9bfc65ed697/TampingPriceReview-Clauses_LNG18.pdf> accessed 9 April 2017

THE ARBITRABILITY OF CORPORATE DISPUTES: LATIN AMERICA AND WESTERN EUROPE IN COMPARATIVE PERSPECTIVE

Sara Scordo*

Resumen: *Este artículo se enfoca en el arbitraje comercial a nivel internacional, analizando el principal método alternativo de resolución de conflictos entre socios. Cada vez es más frecuente que las sociedades incluyan cláusulas de arbitraje en sus estatutos y sometan a arbitraje las controversias que se planteen. A través de este artículo se examinan los problemas actuales que enfrenta el desarrollo del arbitraje como método de resolución de controversias supletorio a la vía judicial y se explican efectos, ventajas y desventajas de este medio de resolución de litigios. Se analiza la legislación existente en materia arbitral en Latinoamérica, con un estudio comparativo de los sistemas vigentes en algunos países de Europa Occidental que se han considerado representativos. Frente a la escasez de trabajos comparativos sobre este tema, el presente estudio trata del rico debate doctrinal y de las interpretaciones de la jurisprudencia de las cortes superiores y tribunales distritales. El objetivo es analizar los temas clave, como la arbitrabilidad de los conflictos societarios para abordar la cuestión de la disponibilidad de derechos y la protección de intereses generales. El propósito es contribuir, con los resultados del estudio, a una mejor comprensión de legislaciones nacionales vigentes en materia de arbitraje y comparar distintos enfoques.*

Palabras clave: *arbitraje – comercial – arbitrabilidad – Latinoamérica – comparado*

Abstract: *The article focuses on company arbitration, analysing the most relevant alternative remedy to solve boardroom and shareholder disputes. Arbitration agreements are generally inserted in corporate statutes to resolve any potential disputes arising between the parties. An arbitration clause included in a corporation's constitution gives providers of capital, directors, managers, employees, and stakeholders a readily available mechanism for dealing with their disputes. More specifically, the article examines the difficulties with the development of arbitration as alternative mechanism to solve inter-company disputes and tries to investigate effects, advantages and disadvantages of this legal instrument. It analyses the regulations settled by some Latin American countries in comparison with several West European civil legal systems. In view of the relative scarcity of comparative studies on this matter, the study deals with the doctrinal debate and the jurisprudential interpretations provided by the courts. The aim is to analyse the most relevant topics, like the arbitrability of corporate disputes addressing the issue of disposable rights and protection of general interests. The purpose of the article is to contribute to a better understanding of national regulations of arbitration and to compare alternative approaches.*

Keywords: *arbitration – corporate – arbitrability – Latin America – comparative*

* Sara Scordo graduated from the Faculty of Law of the University of Pavia. She is an academic tutor and teacher assistant for International Commercial Law, European Law, Public International Law, Private International Law, and Sociology of Law. She participated in the 23rd *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* as a team member, coached University of Pavia team for the 24th edition, and participated as an arbitrator in various Pre-moots in Italy and Germany. In 2017, she spent a research period at the prestigious international *Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law* in Heidelberg, Germany. Beside International Commercial Arbitration, her other areas of interest are: Private International Law, Business Law, and Comparative Corporate Law. Contact information: sara.scordo1@gmail.com

Fecha de postulación del artículo: 28 de septiembre de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 10 de julio de 2017

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

I.- An overview of arbitration and corporate dispute resolution

The aim of this study is to analyse systematically current regulations and legislation in commercial arbitration, which has increased its practical importance in law debate. A broad trend of major corporations is to insert arbitration clauses in their bylaws. This inclusion must be approved by a shareholders general meeting since, generally, the board of directors does not have the power to decide on this matter. The use and acceptance of this alternative method to solve inter-company disputes has substantially increased in the last few decades, as referring to arbitration is considered a fair, efficient and cost-effective way to find a compromise.

Regarding the *status quaestionis*, several countries made the decision to provide a specific regulation for arbitration to ensure a swifter and more effective definition of commercial procedures, providing alternative forms of dispute resolution. Furthermore, both in Latin America and Western Europe, a reform of the corporate sector was necessary because the inefficiencies and the excessive length of the trials infringed the general principle of legal certainty. They also risked both to discourage foreign investors and to increase the escape of the national investors towards more attractive law systems.

Therefore, after a deep reform process, shareholder and boardroom disputes are nowadays often solved by ADR (Alternative Dispute Resolution) and mainly by arbitration because the lengthy procedures of an ordinary trial may cause enormous economic losses to a company, while «rapidity and certainty of the decisions are very important».[1] When a dispute arises, the best interest of the company is to resolve it «effectively, expeditiously and efficiently».[2] It is thus an important governance issue for the board to provide an adequate mechanism to resolve disputes that may arise. Hence, arbitration assumes an outstanding role in corporate law, since it is a more efficient alternative to litigation and a stimulus to the competitiveness of the company system as well.

The factors favouring this kind of private justice to resolve corporate disputes are various: (i) the competence of arbitrators, who are selected among experts, (ii) their own independence, which is often guaranteed by arbitration institutions and, finally, (iii) the reserve of the proce-

[1] P. MONTALENTI, *Arbitrato e impresa tra istituti consolidati e prospettive di riforma*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 14, 9.

[2] E. M. RUNESSON, M.L. GUY, *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes*, Global Corporate Governance Forum, The International Finance Corporation, Washington, 2007, 5.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

dure, which is the most essential element for disputes arising in a company structure and within business entities.

A corporate dispute can be defined as a dispute among shareholders, boards, management and regulators of a legal entity or its public law bodies. Since the adoption of arbitration law reforms, it was suggested to distinguish three categories of corporate disputes in order to reduce uncertainty regarding their arbitrability: firstly, disputes involving contracting parties only, e.g. conflicts arising out of the share purchase agreement; secondly, disputes involving a larger number of parties, e.g. controversies regarding the challenge of corporate resolutions; and thirdly, disputes involving a public interest or element, e.g. shareholder disputes within the strategic companies.

II.- Pervasive problems in arbitration: the issue of arbitrability

Although corporate arbitration is considered a very effective instrument to solve inter-company disputes, there is still a high degree of uncertainty over which claims may be submitted to arbitration. The attempt to correct some wrong and confusing interpretations, providing a specific regulation, has generally given few results. In fact, the legislative intervention has generated further interpretation problems, doctrinal uncertainties and jurisprudential contrasts on fundamental issues.

There is evidence to believe that the action of the legislator, aimed to clarify what kind of disputes can be determined by arbitration rather than in court, has not been satisfying. Although more than a decade has passed since reforms introduced a specific discipline for corporate arbitration, the topic still maintains a lively interest.

The most recent jurisprudence has admitted that corporate arbitration «is not any longer a simple private alternative of solving interests and rights but an alternative proceeding system to define the intercompany disputes».[3] However, a steady element in arbitration proceedings is the motion to dismiss, filed by the defendant claiming the non-arbitrability of the matter. Such a consideration focuses on the persistently uncertain situation characterizing the arbitrability of corporate disputes. In fact, despite the inclusion of an arbitration clause into the statute, the issue of arbitrability of the matter is often raised.

The general principle of legal certainty is an inner value both in the civil law legal systems and in the common law legal systems. Indeed, it frequently serves as the central principle for the development

[3] Court of Milan, 22nd of July 2013.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

of legal methods. Therefore, the possibility of being aware, in advance and with no insecurities, of legal consequences must be guaranteed to the shareholder stipulating a statute containing an arbitration clause.

The uncertainties regarding the arbitrability of corporate disputes are still the subject of considerable and actual debate in many countries, both Latin American and Western European. The aim of the present article is to verify which inter-company controversies may be referred to arbitration and which ones must be litigated, striking a proper balance between the general and private interests. The arbitrability of the matters is the most important feature to any evaluation on regulating company arbitration. In fact, it is a priority to evaluate whether an issue may be submitted to arbitration, while it is only secondary to raise and discuss problems about the main features and the rules of procedure in arbitration proceedings.

In such a regulatory framework, it is worth focusing on the research on those issues related to substantive law in a comparative perspective. The present study will examine the notion of arbitrability as a preliminary keystone of a comparative study on arbitration law, and will zoom in the consequences of its ambiguity. Despite its fundamental role, the notion of arbitrability is far from being unquestionably determined, both in most Latin American systems and European ones. However, I will attempt to demonstrate that some criteria adopted by Germany and Brazil contribute to reduce the uncertainties related to the issue of the arbitrability of corporate disputes.

III.- The Italian perspective

Concerning the Italian system, the Legislative Decree n. 5/2003 has given some incentives to expand and develop corporate arbitration, simplifying bureaucratic procedures for the settlement of disputes arising between the parties. The aim of the reform was to facilitate and encourage the arbitral solution of commercial and civil disputes whenever possible, according to the applicable national discipline. Nonetheless, despite the legislator's intent, the Decree was often restrictively interpreted by both doctrine and jurisprudence.

The possibility to refer a dispute to arbitration is granted to small companies unlisted in Stock Exchange, as the Legislative Decree excludes the possibility of arbitration for reasons of the protection of weaker members and parties, in particular minority shareholders of listed companies. Since the protection of minority shareholders is strictly connected with the protection of the financial market itself, the Italian law tried to establish a level of minority protection in line with international standards. Parties who are economically weaker deserve greater protection as their lower

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

bargaining power implicates inability to thoroughly discuss the terms of the statute.[4]

According to the Italian system, any dispute involving rights that the parties cannot dispose of (*diritti indisponibili*), is not arbitrable. Consequently, parties may only enter into an agreement with regard to rights that they can dispose of. The uncertainty derives from the difficulty to identify which disputes involve «*diritti disponibili* », since the definition is still subject to a lively debate. In order to avoid this ambivalence and confusion, a part of the doctrine[5] interpreted literally the Decree 5/2003, and considered that each dispute related to property relations may be settled by arbitrators, except in case of explicit prohibition.[6]

After having carried out a rapid analysis of the discipline provided by the Italian legislator, it is worth considering the regulations of other European and non-European countries. The exam will focus both on the provisions of law systems that, as a matter of fact, have adopted solutions similar to the Italian ones, and on legislations that have preferred to use completely different criteria. More specifically, the French system will be analysed firstly, which is analogous to the Italian one. Secondly, a comparison between the law system adopted in Brazil and the legislation in force in other Latin American countries will be provided. Eventually, the analysis will focus on how the 1998 reformed German law system introduced a different parameter to identify which issues can be submitted to an arbitration panel and which ones must be decided by ordinary court of competent jurisdiction.

IV.- The French system

The French arbitration system underwent a deep reform with the Decree n. 48 of 13th January 2011, entered into force on 1st May 2011. This one has modified the provisions of the fourth book of *Code de procédure civil*, introduced in the early eighties.[7]

Nevertheless, the objective limits to arbitrability have not been reformed, as only the Parliament has the competence to legislate in relation to that specific matter. The French legislator chose to define quite precisely the limitations based on the subject matter of the dispute, inserting such crite-

[4] G. CUNIBERTI, *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*, Edward Elgar Publishing, 2017, 40.
[5] E. F. RICCI, *Aspetti "giurisdizionali" del nuovo arbitrato in materia societaria,* in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, convention AIA (Associazione Italiana per l'Arbitrato) 7-11-2002, Rome, 2003, 67 et seq.
[6] D. CORAPI, *Appunti in tema di arbitrato societario,* in *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 2015, II 8 et seq.
[7] E. GAILLARD, *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, in *Civil Procedure Review*, 2011, 525 et seq.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

ria into the part of *Code Civile*, named «*Du compromis*», which deals with matters applicable to contracts. Pursuant to Article 2059 of the *Code Civil* «*toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition*».[8] As a consequence, any dispute can be submitted to arbitration when it is objectively related to rights of which one can dispose freely. The transgression of such provision makes the arbitration clause null and void. Consequently, the established arbitration proceeding is to be considered inoperative.

Among the rights of which one cannot «dispose freely» are generally included those relating to personality, as well as minority rights practiced by workers, consumers, investors, or insures. Furthermore, under Article 2060, «*les questions d'état et de capacité des personnes, celles relatives au divorce et à la séparation de corps*»[9] cannot be submitted to arbitration. Additionally, the notion of *arbitrabilité* is strictly connected to public policy, considered the major impediment to arbitration. In fact, non-arbitrable matters are those which concern «*les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public*».[10] The French law system recognises as final limitation to arbitrability the notion of public order, a principle used to protect the community's general interests.

Despite the reform's attempt to modernise the rules applicable to arbitration, unsolved problems still haunt the French law system. Indeed, the reference to public policy to define the limits of disputes' arbitrability has created several interpretative problems: for a long time, courts excluded the possibility to refer to arbitrators whenever a dispute concerned the application of regulations, which was related to public policy. The restrictive view was based on a misinterpretation, as French courts confused the issue of defining which rights can be disposed of freely and the issue of specifying which provisions must be considered as *dispositions impératives*.[11] Later, the case-law evolution has allowed to understand that the association between arbitrability and public policy had to be abandoned, since it caused relevant damage to the development of arbitration. Consequently, the fact that the object of a dispute is a matter of public order does not make the question not arbitrable, but «*il appartient à l'arbitre, hors les cas où la non arbitrabilité relève de la matière, de mettre en œuvre les règles impératives du*

[8] Art. 2059 *Code Civil*: "One can arbitrate with respect to all rights which one can dispose freely".
[9] Art. 2060 *Code Civil*: "[…] questions of status and capacity of persons, questions relative to divorce and separation […]".
[10] Art. 2060 *Code Civil*: "[…] public entities or public establishments and more generally any matter that concerns the public order".
[11] B. FAUVARQUE – COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, Paris, L.G.D.J.,1996, 129 et seq.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

droit».[12] The jurisprudential evolution left inarbitrability «only a residual place»:[13] personal status and insolvency proceedings (*procédures collectives*), which fall under the exclusive competence of the *Tribunal de commerce*.[14] Thus, the attractiveness and the efficiency of French arbitration system are still limited.

Summarizing, under French law exist substantive principles (*règles matérielles*) that govern the validity of an arbitration agreement.[15] In accordance with those principles, an arbitration agreement is valid if related to rights of which they have free disposal. For instance, a dispute over extra-patrimonial rights may not be arbitrated since they cannot be disposed of.[16] As a consequence, it would be less ambiguous to distinguish between patrimonial and extra patrimonial rights: the former can be submitted to arbitration, the latter cannot. In fact, it is uncertain to identify which rights must be considered «*disponibles*» and which ones «*indisponibles*».

V.- Latin American models

The aim of this and the following section is to examine the issue in a regional context. These two sections will contribute to the existing literature by comparing the notion of arbitrability adopted by Brazil with the one enforced by select Southern American countries. As it will be explained below, the legal systems of most Latin American countries do not have the same origin as the Brazilian one. Hence, they also differ greatly in arbitration law. The Brazilian legal system is based on the Napoleonic Code, brought to Brazil by Portuguese, but it also received important German and Italian influences in the 20th Century.[17] The solution adopted by most of the South American countries significantly differs from the Brazilian discipline, that chose to dissociate the issue of arbitrability from the concept of the right to dispose.

[12] Cass., Ch. comm., 9th April 2002: "It can be submitted to arbitrators, except in cases where the non-arbitrability is a consequence of the subject-matter, in that it implicates matters of international public policy".

[13] L. A. MISTELIS, S.L. BREKOULAKIS, *Arbitrability: International and comparative perspectives,* International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2009, 59.

[14] Art. R 662-3 *Code du Commerce*: "*Les débats devant le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance ont lieu en chambre du conseil. Néanmoins, la publicité des débats est de droit après l'ouverture de la procédure si le débiteur, le mandataire judiciaire, l'administrateur, le liquidateur, le représentant des salariés ou le ministère public en font la demande. Le président du tribunal peut décider qu'ils auront lieu où se poursuivront en chambre du conseil s'il survient des désordres de nature à troubler la sérénité de la justice*".

[15] Civ. 1e, 20th December 1993, Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico, in *Revue de l'Arbitrage*, 1994, 116.

[16] E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, Joly, 2015, 104 et seq.

[17] E. DUANTAS, *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, K. Oliphant, R. W. Wright (Eds.), De Gruyter, 2013, 39.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Nowadays, the interdependence between a dispute's objective matter and the admissibility of arbitration is the cardinal rule in most Southern American countries (apart, of course, from Brazil). Even if the wording of the provisions is different, the basic and central idea does not change: limitations to arbitrability are based on the subject matter of the dispute.

In Argentina, for example, Article 736 of *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* states that «*toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros*»:[18] as a consequence, only disputes «*que no puedan ser objeto de transacción*»[19] are considered non-arbitrable. Indeed, the arbitration clause may be inserted in the corporate statute at the moment of the company's establishment or added in a subsequent document.

Article 1 of the *Ley* 26572, passed by the Peruvian Parliament on 5th January 1996, clearly lists the matters that can be referred to arbitration; in particular, disputes «*determinadas o determinables*» are arbitrable when the parts have the faculty to dispose freely of the rights involved, for example «*aquellas relativas a materia ambiental*».[20]

In Bolivia, instead, the *Ley de Arbitraje y Conciliacion* n. 1770 of 10th March 1997 establishes that the disputes concerning «*derechos disponibles*» and «*que no afecten al orden público*», arisen or that may potentially arise from «*relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales*»[21] can be submitted to an arbitration panel.

Article 3 of Venezuelan *Ley de arbitraje comercial* provides that disputes «*susceptibles de transacción*» may be decided by arbitration if arisen «*entre personas capaces de transigir*».

However, a sign that a change is underway in this tendency and approach is given by one of the most recent reforms. In 2002, Paraguay adopted a new arbitration law which differs from the other Latin regulations. In fact, the *Ley de Arbitraje y Mediacion*, beside the common reference to the

[18] Art. 736 CPCC (*Objeto del juicio):* "*Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior"*.

[19] Art. 737 CPCC (*Cuestiones excluidas*): "*No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción*".

[20] Art. 1 *Ley* n. 26572/1996 (*Disposición general*): "*Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse*".

[21] Art. 3 *Ley* n. 1770/1997 (*Derechos sujetos a arbitraje*): "*Pueden someterse a arbitraje las controversias surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas contractuales o extracontractuales de las partes, mediante el ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles y que no afecten al orden público, antes, en el transcurso o después de intentado un proceso judicial, qualquiera fuere el estado de éste, extinguiéndolo o evitando el que podría promoverse*".

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

«*cuestión transigible*», also refers to the «*contenido patrimonial*» of the dispute. Moreover, it clearly excludes arbitration for any disputes that require the intervention of Public Prosecutor.[22]

Although the main trend in Latin American countries is the adoption of the "disposability" criterion, the idea that the economic criterion would be less ambiguous and vague is gaining ground with the latest reforms.

VI.- The Brazilian Arbitration Act

The Arbitration Act, enacted on 23rd September 1996, represented a great progress in the Brazilian dispute resolution system. Limitations to arbitration *ratione materiae* are provided by Article 1 of *Lei da Arbitragem*, which establishes that «*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*».[23] Property rights (*direitos patrimoniais*) are defined as those deriving from economic-based relationships between private persons. They are considered «*disponiveis*» when they protect individual interests,[24] and «*indisponìveis*» when they refer to general interests.[25] In other words, «*direitos patrimoniais disponíveis*» are those that (i) can have an unequivocal economic value and (ii) the holder can freely dispose of.[26]

By comparing the Brazilian national legal system and the other legislations analysed, it can be noted that the concept of «*direitos patrimoniais*» is unambiguous and more precise than that of «*direitos disponibles*». Hence, it facilitates identifying which disputes remain under the jurisdiction of the courts and which can be referred to arbitration. For this reason, the Brazilian law system has been changing more rapidly than others, assuming avant-garde positions.[27]

An interdependence between the nature of the rights involved in a dispute and its arbitrability is not justified. Additionally, the arbitration clause does not allow to dispose freely of the right object of the dispute, but it is an agreement to appoint an

[22] Art. 2 *Ley* n. 1879/2002 (*Objeto de arbitraje*): "*Toda cuestión transigible y de contenido patrimonial podrá ser sometida a arbitraje siempre que sobre la cuestión no hubiese recaído sentencia definitiva firme y ejecutoriada. No podrán ser objeto de arbitraje aquellas en las cuales se requiera la intervención del Ministerio Público*".

[23] Art. 1 *Lei* n. 9307/1996: "Persons capable of entering into contracts may make use of arbitration to solve conflicts regarding freely transferable property rights".

[24] J. CRETELLA NETO, *Curso de arbitragem*, Forense, 2004, 55 et seq. In portuguese: "[…] *referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual*".

[25] Ibid. In portuguese: "[…] *têm impacto sobre os interesses gerais*".

[26] P. A. B. MARTINS, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Forense, 2008, 3. In portuguese: "[…] *são aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular*".

[27] E. F. RICCI, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas*, in *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, S. F. Lemes, C. A. Carmona, P. B. Martinsa (Eds.), Atlas, 2007, 410. In portuguese: "*O direito brasileiro está evoluindo mais rapidamente do que outros, assumindo posição de vanguarda*".

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

impartial arbitrator. As illustrated above, the Brazilian lawmaker refused to include in its legislation any interdependence between the arbitrability of a dispute and its object. Due to its origins and influences, the Brazilian legislation is completely unique compared to the rest of the region.

The issue concerns the legislative policy of each country as well as the choices of each legislative power. Gradually, the criteria of economic interest involved in the question may be considered as the essential precondition to submit a dispute to arbitration in other law systems.[28] Brazil and Germany adopted a less ambiguous criterion of arbitrability earlier, while Paraguay did so later. Recently, Switzerland, Portugal and Belgium have done the same.

VII.- The economic criteria of arbitrability: The German law

According to the German Code of Civil Procedure, the issue of arbitrability is governed by Article 1030 *ZPO* (*Zivilprozessordnung*). The mentioned provision states that «any claim involving an economic interest can be the subject of an arbitration agreement. An arbitration agreement not involving an economic interest shall have legal effect to the extent that the parties are entitled to conclude a settlement on the issue».[29] This statement confirms that there is no link between the arbitrability of a dispute and the rights involved. In fact, a dispute concerning economic interests may always be submitted to arbitration. This is applied regardless of the nature of the dispute, the exclusive jurisdiction of a court if it were not arbitrated, or whether the parties can freely dispose of the interests involved.[30]

The difference between what is arbitrable and what must be litigated in front of a court is better identified with the economic criteria, which is less ambiguous and easier to detect. Analysing the German system, it is crucial to investigate whether such a foundation, different from the majority of legislative solutions adopted by European and non-European countries, has to be «seen as an expression of a precise idea belonging to a

[28] L. F. SCHENK, *Notas sobre a (In)Disponibilidade do Objecto Litigioso e a Arbitrabilidade*, in *Revista da EMERJ*, 12, 48, 2009, 62. "[…] *parece inexistir uma necessária vinculação entre a arbitragem e a disponibilidade do objeto da controvérsia, fi- cando o tema antes entregue à política legislativa de cada Estado. Assim, a disponibilidade do objeto começa a deixar de ser vista como pressuposto essencial para a decisão, pelo juízo arbitral, dos conflitos envolvendo direitos patrimoniais*".

[29] § 1030 ZPO (*Schiedsfähigkeit*): "1. *Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen*".

[30] H. THOMAS, *§ 1030*, in *Zivilprozessordnung*, H. Thomas, H. Putzo (Eds.), C.H. Beck, 2001.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

specific country»[31] or has to be evaluated as a sign of a «possible conclusion of the built-in path into the worldwide doctrine of arbitration».[32]

Pursuant to the second part of § 1030[33], controversies not involving economic interests are arbitrable only if the parties can freely dispose of the rights affected and are able to conclude a settlement with respect to the issue in dispute. The *ratio* underlined in this provision is the protection of private interests, excluding arbitration in private matters, which remain within the competence of the courts. As a consequence, regardless of whether a dispute involves rights of which the parties cannot dispose freely, it can be referred to arbitrators if it involves an economic interest.[34]

Before the fundamental reform to the arbitration law, the issue was ruled by §1025 ZPO,[35] that linked the arbitrability of the dispute to the extent that the parties were entitled to conclude a settlement on the matter.[36] The reform (*Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz*)[37], enforced from 18th January 1997, has significantly extended the number of the arbitrable disputes under German law, as the Tenth Book of ZPO has been fully replaced by a new text based upon the UNCITRAL Model Law.[38]

Some Italian academic authors criticised the persistent reluctance of the Italian legislator to admit arbitration for subjects that involve rights one cannot dispose of freely.[39] This part of the doctrine has suggested that these rights may also be submitted to arbitration, in order to follow the trend towards liberating arbitration from local barriers. Therefore, the solution adopted by German and Brazilian law could be a model to better

---

[31] "*a ser justificada como manifestação das idéias típicas de certo Estado*".
[32] "*a possível (ou provável) conclusão para o caminho em curso, na disciplina mundial da arbitragem*".
[33] § 1030 ZPO (*Schiedsfähigkeit*): "2. *Eine Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen, ist unwirksam. Dies gilt nicht, soweit es sich um Wohnraum der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Art handelt*".

(*Arbitrability):* "*An arbitration agreement relating to disputes on the existence of a lease of residential accommodation within Germany shall be null and void. This does not apply to residential accommodation as specified in § 556a of the Civil Code*".
[34] V. SANGIOVANNI, *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Le società*, 2006, 774.
[35] § 1025 ZPO (*Schiedsrichterliches Verfahren*): "*Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen*".
[36] T. WINKLER, R. WEINAND, *Deutsches internationales Schiedsverfahrensrecht*, in *BB*, 1998, 597 et seq.
[37] On this Reform R. TRITTMANN, *Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten*, in *ZGR*, 1999, 343 et seq.
[38] W. HABSCHIED, *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *JZ*, 1998, 445.
[39] In particular, Professor Ricci has carried out an in-depth study into the current Brazilian discipline. E. F. RICCI, *Des-necessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas*, in *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, S. F. Lemes, C. A. Carmona, P. B. Martinsa (Eds.), Atlas, 2007, 404 et seq.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

and more certainly define what disputes can be referred to arbitration.

VIII.- The latest Swiss, Portuguese, and Belgian reforms

Belgium and Switzerland have recently adopted new reforms of arbitration law that demonstrate their ambition to become a modern forum for arbitration. The stimulus for arbitration derives from the expansion of the notion of arbitrability. The parties can opt for arbitration whenever the dispute is of a patrimonial nature, since all disputes involving economic interests can be referred to arbitrators.

In Switzerland, the debate on the issue is open and the jurisprudence has given some encouraging signs of flexibility. During the debates about the reform of the Civil Procedure Code, a far wider meaning of the concept of arbitrability has been recognised. Swiss law provides an extremely broad notion of arbitrability, stating that «any dispute involving financial interests can be the subject matter of arbitration».[40] Only disputes involving non-economic rights would be considered not arbitrable, while all rights relating to "property" can be settled by arbitration. Moreover, Swiss law has refused to consider that a dispute cannot be submitted to arbitrators only because of the public nature of rules applicable to it.

On 15th March 2012, the new Portuguese Voluntary Arbitration Law (PAL), enacted by *Lei* n. 63/2011, came into force and revoked the former Portuguese arbitration law (*Lei* n. 31/1886). It was clearly inspired by the UNCITRAL Model Law, the New York Convention, and also by the legal solutions adopted by Germany and Switzerland. Never before has arbitration been so widely promoted in Portugal; indeed, the reform opened the possibility to refer to arbitration areas of law that are not arbitrable in other jurisdictions.[41] The PAL succeeded in its aim to introduce a more modern arbitration regime and promote Portugal as a seat for international arbitrations, by adapting the law to accommodate new trends in arbitration.

In fact, as one of its main features, the PAL brought a significant change in the arbitrability criterion. Originally based on the possibility of the parties to dispose of the interests at stake, it has shifted to a patrimonial criterion. According to Article 1, any dispute involving economic interests may be referred by the parties to arbitration by means of an arbitration agreement.[42] Further-

[40] Art. 177 comma 1 LDIP.
[41] H. DUARTE GORJÃO, *Arbitration in Portugal*, in *Practical Law*, Thomson Reuters, 2015, 1.
[42] Art. 1 para. 1 *Lei* 63/2011: "*[...] qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros*".

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

more, an arbitration agreement concerning disputes that do not involve economic interests is also valid, provided that the parties are entitled to conclude a settlement on the right in dispute.[43]

Concerning the Belgian situation, an effective revision replaced the Sixth Part of its Code of Civil Procedure and led to the modernization of the Belgian law on arbitration. After the reform, adopted by Belgium's House of Representatives on 16th May 2013, the topic of the arbitrability of disputes is ruled by Article 1676 of the Belgian *Code Judiciaire*. [44]

Before 2013, Belgium's arbitration discipline was based on the European Convention providing a Uniform Law on Arbitration, drafted by the Council of Europe in 1966. Its attempt to harmonise the arbitration law through the States failed, as the Convention was signed by Austria and Belgium only. In the previous regulation, the criterion for arbitrability was the possibility to settle. Therefore, if parties could dispose of their right in a settlement, they could also enter into an arbitration agreement for the same right.

Reflecting the rules adopted in Brazil, Germany, Switzerland, and Portugal, the new Belgian law on arbitration applies to cases related to patrimonial interests, hence including more commercial litigations.[45] There must be a *pecuniary interest* at stake, and such concept must be interpreted broadly. The Belgian legislator aimed at promoting the instrument of arbitration by adopting rules that ensured effectiveness regarding substantive matters and made the procedure less rigid.

Many countries decided to change their arbitrability criterion inspired and influenced by the German and Brazilian example. Indeed, whereas pursuant to former law provisions in Belgium, Switzerland, and Portugal, matters subject to resolution by arbitration were exclusively those that could be settled by the parties, current law stipulates that any dispute involving economic interests may be subject to arbitration.

IX.- Conclusion

In order to minimize the uncertainty linked to the arbitrability of corporate disputes, every national legislation should provide a clear definition of what is arbitrable and what must be litigated. The adoption of the economic criterion to define arbitrability has definitely reduced the ambiguity in identifying the commercial disputes that can be

[43] Art. 1 para. 2 *Lei* 63/2011: "*É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido*".
[44] L. 3 of 24th June 2014.

[45] Art. 1676 comma 1 *Code Judiciaire* : "*Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage*".

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

referred to arbitration. The countries that have referred to patrimonial interests have succeeded in facilitating arbitration and in positioning themselves as modern forums for arbitration.

The question of whether a corporate dispute must be considered arbitrable, due to the nature of the rights relied on in the claim, remains vague and ambiguous. The criterion referred to the possibility of disposing of the rights involved in the dispute cannot clearly demarcate the boundaries of arbitrability. It leaves the determination open, rendering arbitration in those countries more uncertain.

Finally, considering the Brazilian and German choice as a starting point, it is undoubtable that the connection between the possibility to settle and the arbitrability of the dispute is not the only potential solution. Hence, different criterion can be adopted in the attempt to identify, from the very beginning and with a high certainty, which disputes can be referred to arbitration and which must be decided by courts.

Nonetheless, in several European regulation models, the possibility to settle seems to be necessary and relevant to solve issues of arbitrability, as shown both in the French and Italian systems.

In conclusion, in order to achieve a full development of arbitration, it is crucial to dispel and avoid any ambiguity concerning the arbitrability of corporate disputes. The economic criterion reduces this ambiguity and is, in fact, adopted by the latest reforms of arbitration law. Therefore, this study recommends the adoption of this approach as a means of improving arbitration proceedings.

Bibliography

CORAPI D., *Appunti in tema di arbitrato societario,* in *Rivista del diritto commerciale e delle obbligazioni*, 2015, II, 8 et seq.

CRETELLA NETO J., *Curso de arbitragem*, Forense, 2004, 55 et seq.

CUNIBERTI G., *Rethinking International Commercial Arbitration. Towards Default Arbitration*, Edward Elgar Publishing, 2017, 40.

DUANTAS E., *Medical Malpractice and Compensation in Global Perspective*, K. Oliphant, R. W. Wright (Eds.), De Gruyter, 2013, 39.

DUARTE GORJÃO H., *Arbitration in Portugal*, in *Practical Law*, Thomson Reuters, 2015, 1.

FAUVARQUE – COSSON B., *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, L.G.D.J.,1996, 129 et seq.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

GAILLARD E., *Réflexions sur le nouveau droit français de l'arbitrage international*, in *Civil Procedure Review*, 2011, 525 et seq.

HABSCHIED W., *Das neue Recht der Schiedsgerichtsbarkeit*, in *JZ*, 1998, 445.

LOQUIN E., *L'arbitrage du commerce international*, Joly, 2015, 104 et seq.

MARTINS P. A. B., *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Forense, 2008, 3.

MISTELIS L. A., BREKOULAKIS S. L., *Arbitrability: International and comparative perspectives,* International Arbitration Law Library, Kluwer Law International, 2009, 59.

MONTALENTI P., *Arbitrato e impresa tra istituti consolidati e prospettive di riforma*, in *Nuovo Diritto delle Società*, 2014, 14, 9.

RICCI E. F., *Aspetti "giurisdizionali" del nuovo arbitrato in materia societaria,* in *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, Convention AIA (Associazione Italiana per l'Arbitrato) 7-11-2002, Rome, 2003, 67 et seq.

RICCI E. F., *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade da arbitragem: reflexões evolutivas*, in *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in memoriam*, S. F. Lemes, C. A. Carmona, P. B. Martinsa (Eds.), Atlas, 2007, 410.

RUNESSON E. M., GUY M.L., *Mediating Corporate Governance Conflicts and Disputes*, Global Corporate Governance Forum, The International Finance Corporation, 2007, 5.

SANGIOVANNI V., *L'arbitrato societario nel diritto tedesco. Una comparazione con il diritto italiano*, in *Le società*, 2006, 774.

SCHENK L. F., *Notas sobre a (In)Disponibilidade do Objecto Litigioso e a Arbitrabilidade*, in *Revista da EMERJ*, 12, 48, 2009, 62.

THOMAS H., *§ 1030*, in *Zivilprozessordnung*, H. Thomas, H. Putzo (Eds.), C.H. Beck, 2001.

TRITTMANN R., *Die Auswirkungen des Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetzes auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten*, in *ZGR*, 1999, 343 et seq.

WINKLER T., WEINAND R., *Deutsches internationales Schiedsverfahrensrecht*, in *BB*, 1998, 597 et seq.

EL PODER DE DISCRIMINAR Y LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS LGBTI

Herman M. Duarte*

Resumen: *Delimitar el alcance del término "discriminación" es la piedra de inicio para determinar si existe o no la posibilidad legal de que el Estado pueda excluir –legalmente– a un grupo de su población de instituciones civiles que ofrece para regular las relaciones afectivas de pareja. En este artículo se exponen los conceptos fundamentales de la discriminación y se evidencia la realidad de las personas LGBTI para concluir si es fundamentada – o no – la exclusión que existe hacia estas minorías al acceso a las instituciones civiles que ofrece el estado y que son centrales para la sociedad: el matrimonio y la unión no matrimonial.*

Palabras clave: *Discriminación por orientación sexual – responsabilidad estatal – sistema interamericano de derechos humanos – matrimonio civil igualitario – derecho de igualdad – principio de no discriminación – regulación jurídica de población LGBTI en Latinoamérica*

Abstract: *Delimiting the scope of the term "discrimination" is the first building block to determine whether there is a legal possibility for the State to legally exclude a group of its population from civil institutions that offer to regulate relationships of affection. In this article, the fundamental concept of discrimination is explained, and the reality of LGBTI persons is evidenced to conclude whether it is justifiable to deny these minorities access to civil institutions that are the basis of society: marriage and non-marital union.*

Keywords: *Discrimination based on sexual orientation – State responsibility – Inter-American Human Rights System – same-sex civil marriage – Right to equality – principle of non-discrimination – legal regulation of the LGBTI population in Latin America*

* Fundador de HDUARTE-LEX (boutique legal especializada en arbitraje y derechos humanos) y de la Fundación Igualitos. Reconocimientos: OUT-Standing TOP 50 LGBT+ Future Leaders presented by the FINANCIAL TIMES; Guía global del año 2017 de Chambers & Partners como un experto en litigios complejos y arbitraje en la categoría de "Foreign Experts" en Costa Rica.; y "Alumni Extraordinario" ICAL Alumni Association (Universidad Estocolmo). Contacto: Herman@hduarte-lex.com
Fecha de postulación del artículo: 11 de julio de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 10 de diciembre de 2017

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la "Declaración sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género", en la que reafirmó el "*principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género*". Se trata de una declaración de la que Costa Rica debe estar consciente a raíz de su participación en las Naciones Unidas. Además, merece ser objeto de reflexión, de manera que fomente una pronta actuación para cumplir con lo indicado.

Por su parte, el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (en adelante "OEA"), del cual El Salvador es parte, ha aprobado, desde 2008, en sus sesiones anuales, cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios[1].

Pero, ¿qué es exactamente la discriminación? El concepto de discriminación es complejo, ha adquirido diferentes matices y cubre diferentes ámbitos. Pese a ello, es un concepto que, bien entendido, no tiene mayor problema en cuanto a su ámbito de aplicación. Puede ser definido como el

[1] AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 7 de junio de 2011 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Condenar la discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados dentro de los parámetros de las instituciones jurídicas de su ordenamiento interno, a adoptar las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dicha discriminación"); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de Género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 8 de junio de 2010 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género, e instar a los Estados a investigar los mismos y asegurar que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia. 2. Alentar a los Estados a que tomen todas las medidas necesarias para asegurar que no se cometan actos de violencia u otras violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género y asegurando el acceso a la justicia de las víctimas en condiciones de igualdad. 3. Alentar a los Estados Miembros a que consideren medios para combatir la discriminación contra personas a causa de su orientación sexual e identidad de género"); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 4 de junio de 2009 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Condenar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género. 2. Instar a los Estados a asegurar que se investiguen los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia"), y AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 3 de junio de 2008 ("LA ASAMBLEA GENERAL […] RESUELVE: 1. Manifestar preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género")

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

rechazo, estigmatización y, en algunos casos, la cultivación de odio a determinados colectivos o a individuos por cualidades inherentes a su calidad de persona. Dichas cualidades, que no pueden cambiarse, pueden ser tan variados como: el género, la raza o la orientación sexual.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante "Comité de Derechos Humanos") respalda lo expresado en el párrafo anterior, al definir la discriminación como: "*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.*"[2]

Para saber distinguir qué es y qué no resulta ser discriminación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha explicado que "*es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable*"[3]. En mi opinión, no existe una justificación razonable ni objetiva para que una persona no pueda contraer matrimonio civil (no religioso) o vivir en una unión de hecho (civil de nuevo), con otra persona de su mismo sexo.

La Convención Americana (Obligación de Respetar los Derechos) de Derechos Humanos dispone en el artículo 1.1 lo siguiente: "*Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*" Esta obligación que tiene el Estado ha sido reconocida por Sala de lo Constitucional por medio del voto 18-2004 del nueve de diciembre del dos mil nueve.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado lo siguiente sobre dicha norma: "*78. La Corte ha establecido que el artículo 1.1 de la Convención es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos "sin discriminación*

[2] Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, No. Discriminación, párra.6.

[3] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 23 de junio de 2005, Caso Yatama c. Nicaragua, Serie C No 127, párrafos 185.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

alguna". Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es per se incompatible con la misma"[4]

Contrastar estas normas con la realidad de la población LGBTI en el país deja como resultado una violación de tal compromiso adquirido por el Estado. Indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "*Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional*."[5] Es decir, que el Estado, entre sus diferentes y muy variadas atribuciones, tiene la obligación de establecer parámetros necesarios para la convivencia pacífica entre la diversidad que habita en una sociedad. Dentro de esto se encuentra la regulación igualitaria al acceso de las instituciones civiles que ofrece el Estado para regular las relaciones de pareja.

En este sentido, a diferencia de la facultad discriminatoria que sí posee el individuo[6] (bajo los límites que la misma lógica y proporcionalidad delimitan), el Estado no tiene derecho a discriminar y tiene la obligación de velar y garantizar los derechos de todos sus componentes. En este momento histórico, ha dejado en estado de desamparo a un sector tradicionalmente marginado. La importancia de este principio de no discriminación ha llegado a tal punto que ha subido al olimpo de los principios y valores jurídicos, al

[4] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, dictada el 24 de febrero del 2012.

[5] Dictamen Consultivo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos No.OC-18/03, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, de 17 de septiembre de 2003, Serie A No 18, párrafo 85

[6] *"La intimidad reconoce que todos tenemos un derecho a una esfera de intimidad privada y autonomía que nos permite establecer y cultivar relaciones humanas sin injerencia de la comunidad exterior. La manera como damos expresión a nuestra sexualidad está en el núcleo de esta zona de intimidad privada. Si al expresar nuestra sexualidad actuamos de mutuo acuerdo y sin perjudicarnos entre sí, la invasión de esos límites será una violación de nuestra intimidad"* Sentencia del Tribunal Constitucional Sudafricano del 9 de octubre de 1998, National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another v. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafo 32 (original en inglés, traducción libre).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

punto que se reconoce que forma parte de las normas de jus cogens[7], tal y como: "*El principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens*."[8].

Si existe este contexto internacional, ¿por qué razón la población LGBTI es discriminada al ser categorizada como ciudadanos de segunda clase?

¿Es justificable ese trato tan diferente? No. Esta conclusión se alcanza después de efectuar un juicio de igualdad en el cual el parámetro de comparación son las opciones que tienen hombres y mujeres para obtener un reconocimiento del Estado de su unión estable, en atención a su orientación sexual. Así, tenemos:

(i) personas con orientación sexual heterosexual; y

(ii) personas con orientación sexual dentro de la población LGBT.

Con esto, lo que se compara será el contraste entre las:

(a) formas de unión para personas heterosexuales; y,

(b) formas de unión para personas con orientación sexual diferente a la heterosexual.

En primer punto, al hablar de orientación sexual, me refiero a una característica innata de la persona humana, por lo cual se abarca todas las orientaciones sexuales: "*Al hablar de orientación sexual –heterosexual o no–, es común referirse a ella como si solamente fuera una característica de un individuo, como el sexo biológico, la identidad de género o la edad. Esta perspectiva es incompleta porque la orientación sexual se define en términos de las relaciones con los demás. Las personas expresan su orientación sexual mediante conductas con otros, incluidas acciones tan sencillas como tomarse de la mano o besarse. Por lo tanto, la orientación sexual está estrechamente ligada a las relaciones personales*

[7] La Corte Internacional de Justicia, sobre las normas de *jus cogens*, indicó lo siguiente: "*Una distinción esencial se debe dibujar entre las obligaciones de un Estado para con la comunidad internacional en su conjunto, así como las relativas vis-à-vis otro Estado (...). Por su propia naturaleza, las primeras de la preocupación de todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos involucrados, todos los Estados puede considerarse que tienen un interés jurídico en su protección; son obligaciones erga omnes. Tales obligaciones se derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial*". Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain), op. cit. (note 41), p. 32, para. 33.

[8] *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.* Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 101 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, párr. 269.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

*intimas que satisfacen nuestra profunda necesidad de amor, apego e intimidad. Además de las conductas sexuales, estos vínculos incluyen la atracción física no sexual entre compañeros, metas y valores compartidos, apoyo mutuo y compromiso continuo. Por lo tanto, la orientación sexual no es solamente una característica personal de un individuo. Más bien, la orientación sexual ... grupo en el que una persona probablemente pueda establecer las relaciones románticas satisfactorias y plenas que son un componente esencial de la identidad personal para muchas persona*s." [9]

Esta aclaración transcrita, aplicable a heterosexuales y no heterosexuales, es muestra de la similitud[10] que existe entre estos dos grupos de personas. No es posible poner en tela de juicio la capacidad[11] de establecer vinculo afectuoso de amor, intimidad y complemento de dos personas –sin importar su género– al punto que tengan poder suficiente para decidir comprometerse para hacer vida en pareja. Las únicas diferencias entre la unión matrimonial/unión no matrimonial entre personas heterosexuales y aquélla entre personas del mismo sexo, son:

1. La pareja está conformada por personas del mismo sexo.

2. La pareja no puede procrear sin asistencia especializada.

La segunda de las diferencias merece ser descartada, por cuanto supone una situación idéntica a la que enfrentan parejas heterosexuales que no pueden tener hijos porque uno o ambos contrayentes es estéril. Sin embargo, esa situación no se regula como un impedimento para que dos

[9] American Psychological Association (2012), *ídem.*

[10] *"Sr. Presidente, y distinguida Corte: Las relaciones íntimas y comprometidos de parejas del mismo sexo, al igual que los de las parejas heterosexuales, se dan apoyo mutuo y son el fundamento de la vida familiar en nuestra sociedad. Sin el compromiso legal, de responsabilidad y protección que es el matrimonio esta fuera del alcance de las personas homosexuales como si se tratase de una clase aparte, la mancha de indignidad que sigue en los individuos y familias contraviene el compromiso constitucional fundamental a la igualdad de dignidad. De hecho, el propósito permanente de la Decimocuarta Enmienda es impedir relegando clases de personas a la condición de segundo nivel."* Con tales palabras inició la intervención oral la abogada Mary L. Bonauto, el pasado 28 de Abril del 2015 en el caso Obergefell v. Hodges, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América sentenció a favor al matrimonio igualitario.

[11] De forma ilustrativa, resulta imposible dejar de mencionar lo que el matrimonio ayuda a las personas a alcanzar: "*En la formación de una unión matrimonial, dos personas se convierten en algo más grande que una vez que estaban. Como algunos de los peticionarios en estos casos demuestran, el matrimonio encarna un amor que puede soportar la muerte incluso más allá. Sería malinterpretar estos hombres y mujeres que decir que la falta de respeto del idea del matrimonio. su motivo es que la respetan, la respetan tan profundamente que tratan de encontrar su cumplimiento por sí mismos. su esperanza no debe ser condenado a vivir en soledad, excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. piden igual dignidad a los ojos de la ley. La Constitución les otorga ese derecho.*"Magistrado Kennedy en el Casos Obergerfel contra Hodges

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

personas heterosexuales puedan casarse o bien reconocer su unión no matrimonial, ya que el matrimonio no tiene como fin último la procreación, sino la formación de la base familiar, que viene a ser los cimientos de la sociedad.

Esto nos lleva a que solamente existe, tras el juicio de igualdad, una única diferencia entre ambos tipos de pareja: el género de los contrayentes.

La exigencia de que el género de los contrayentes sea opuesto resulta en una regulación que es denigrante a la dignidad humana de las personas con una orientación sexual diferente, por cuanto ello deviene en una estratificación de las parejas compuestas por personas del mismo sexo en una categoría inferior, al grado que al menos 25 derechos fundamentales le son privados a este conjunto de la población:

1. **DERECHO A CASARSE.**
2. **DERECHO AL DIVORCIO.**
3. **DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL CÓNYUGE.**
4. **DERECHO A LAS VISITAS HOSPITALARIAS.**
5. **DERECHO A TOMAR LA ÚLTIMA DECISIÓN EN ASPECTOS RELACIONADOS A LA SALUD DEL CÓNYUGE.**
6. **DERECHOS DE ADOPCIÓN.**
7. **DERECHOS DE PATERNIDAD.**
8. **DERECHOS DE CUSTODIA DE MENORES.**
9. **DERECHO A LA MANUTENCIÓN DEL CÓNYUGE Y EL HIJO.**
10. **DERECHOS DE PENSIÓN DE VEJEZ CON LOS HIJOS.**
11. **DERECHO A SER HEREDERO.**
12. **DERECHO A RECIBIR PROTECCIONES ANTE UN DIVORCIO.**
13. **DERECHOS MIGRATORIOS.**
14. **DERECHO DE SEGURO DE ENFERMEDAD.**
15. **DERECHOS A VACACIONES POR MATERNIDAD, ENFERMEDAD DEL CÓNYUGE.**
16. **DERECHO A RECIBIR PENSIONES DEL CÓNYUGE EN DETERMINADOS CASOS.**
17. **DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE GÉNERO.**
18. **DERECHO A PRESENTAR IMPUESTOS CONJUNTOS.**
19. **DERECHO A LA INMUNIDAD DE DECLARAR CONTRA EL CÓNYUGE EN PROCESOS PENALES.**

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

20. **DERECHO A LA CONTINUACIÓN DE SEGURO DE SALUD DE COBERTURA.**
21. **LA PROTECCIÓN LEGAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN DE VIVIENDA.**
22. **DERECHO A LA LIBRE EXPRESIÓN Y LA LIBRE ASOCIACIÓN.**
23. **DERECHO AL ACCESO DE LAS PÓLIZAS DE SEGURO DE LA FAMILIA.**
24. **DERECHO CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA.**
25. **DERECHO A FORMAR UNA FAMILIA**

¿Existe una justificante para permitir esta injusta discriminación? **NO.**

Como se ha indicado en otras jurisdicciones: "*Desde las entrañas de las necesidades humanas más básicas, el matrimonio es esencial para nuestras esperanzas y aspiraciones más profundas. La centralidad del matrimonio a la condición humana hace que sea sorprendente que la institución ha existido durante miles de años y a través de las civilizaciones. Desde los albores de la historia, el matrimonio ha transformado a extraños en familiares, uniendo familias y sociedades… ¿Cómo continuar negando la realidad que el matrimonio civil -no religioso- debe ser un instituto accesible a todos, sin perjuicio de la orientación sexual? ¿Por qué limitar la vida de la población LGBT e impedirles alcanzar niveles de felicidad superiores?.*"[12] Negar el derecho al matrimonio civil a la población LGBT es un trato inhumano o degradante, en el entendido que dichos actos*: "son aquellos que ocasionan sentimientos de temor, angustia, inferioridad, humillación, degradación, quebrantamiento de la resistencia física y moral de las personas, anulando su personalidad o carácter, los cuales causan trastornos sicológicos y sufrimientos menos intensos que los producidos por la tortura y los tratos crueles*."[13]

El trato inhumano subyace en que, en lugar de crear las condiciones para que las personas puedan aceptar una parte crucial de su dignidad, el Estado, por medio de su pasividad, crea barreras[14] adicionales que obstaculizan que sus habi-

[12] Decisión de mayoría de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América en el caso de Obergerfel contra Hodges.

[13] Sentencia de Sala de lo Constitucional de El Salvador, No.165-2005 dictada el día cuatro de setiembre del 2007.

[14] A manera de ejemplo, la Corte Suprema de Justicia Mexicana ha indicado lo siguiente: "*Las expresiones homófobas, esto es, el discurso consistente en inferir que la homosexualidad no es una opción sexual válida, sino una con-*

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

tantes puedan vivir en plenitud su orientación sexual: "*Las investigaciones han demostrado que sentirse bien con respecto a la orientación sexual propia, e integrarla en la vida personal, fomenta el bienestar y la salud mental. Esta integración a menudo incluye revelar la identidad propia a los demás; también puede conllevar participar en la comunidad gay. Poder hablar sobre la orientación sexual propia con otros también aumenta la disponibilidad de apoyo social, que es fundamental para la salud mental y el bienestar psicológico. Al igual que les sucede a los heterosexuales, a las lesbianas, hombres gay y personas bisexuales les hace bien poder compartir su vida con la familia, amigos y conocidos y recibir su apoyo. Por lo tanto, no es extraño que las lesbianas y hombres gay que sienten que deben ocultar su orientación sexual presenten problemas de salud mental con mayor frecuencia que las lesbianas y hombres gay que son más abiertos; incluso pueden tener más problemas de salud físicos*"[15]

Es decir, que, de alguna u otra forma, el no reconocer a las parejas del mismo sexo como un matrimonio y/o una unión no matrimonial[16] impone un estigma social que es prohibido en nuestro ordenamiento jurídico. Cada vez más países[17] han ido reconociendo y eliminando esto de sus ordenamientos jurídicos, por la degradación al ser humano que ello supone: "*Se degrada a los homosexuales cuando el Estado los deja por fuera de una institución central*[18] *de la sociedad de la Nación. Las parejas del mismo sexo, también, pueden aspirar a los fines trascendentes de matrimo-*

dición de inferioridad, constituyen manifestaciones discriminatorias, ello a pesar de que se emitan en un sentido burlesco, ya que mediante las mismas se incita, promueve y justifica la intolerancia hacia la homosexualidad" Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos de México, No. 2806/2012. Sin perjuicio de las críticas que ha recibido la sentencia, es sin duda un gran avance para borrar el estigma de la población LGBT.

[15] American Psychological Association (2012). Answers to your questions: For a better understanding of sexual orientation and homosexuality. Disponible en: http://www.apa.org/topics/sexuality/orientacion.pdf .

[16] Así como hay parejas heterosexuales que no quieren casarse, también hay parejas del mismo sexo que tampoco quieren. Lo relevante, en todo caso, es que el Estado asegure a todos sus habitantes la opción y posibilidad de ejercer el derecho de matrimonio o de unión no matrimonial. De tal manera que sea cada persona, como artífice de su destino, decida cual camino tomar.

[17] Dentro de los efectos inmediatos que esta sentencia tendría, sería poner a El Salvador en la vanguardia junto a 24 países que han legalizado el matrimonio igualitario, la mayoría de ellos en Europa. Esa unión es legal en: Holanda, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Suecia, Portugal, Grecia, Inglaterra, Gales, Escocia, Islandia, Estados Unidos, Canadá, Argentina, Uruguay, Brasil, México (varios estados), Sudáfrica, Nueva Zelanda y Colombia.

[18] Esta es una similitud entre el ordenamiento jurídico salvadoreño y el estadounidense, ya que en ambos, se reconoce a la familia como el centro de la sociedad.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

nio y buscar su realización en su más alto significado. La limitación del matrimonio a las parejas de distinto sexo puede haber parecido larga natural y justo, pero su incompatibilidad con el significado central del derecho fundamental a contraer matrimonio ahora es manifiesto. Con ese conocimiento debe llegar el reconocimiento de que las leyes de exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio en este imponen el estigma y la lesión de tipo prohibido por nuestra carta fundamental."[19]

La ciencia[20] da un espaldarazo a la obligación –que no solamente es moral, sino también exigible por medio de una aplicación directa de la Constitución– que tiene el Estado de dotar a sus ciudadanos de las herramientas necesarias para lograr una vida digna.

Algunos argumentos en contra de la apertura de la institución del matrimonio civil:

a. La mayoría está en contra.

> "*La discriminación de los negros está presente en cada momento de sus vidas para recordarles que la inferioridad es una mentira que sólo acepta como verdadera la sociedad que los domina*."
>
> – Marthin Luther King, Jr.

Un primer argumento para intentar justificar la discriminación en razón de la orientación sexual es hacer un llamado a las necesidades de las mayorías, aunque, conforme a recientes encuestas, esta tendencia está invirtiéndose[21]. Pero, aceptar un argumento por el clamor de las masas sería olvidar lo que la historia ha evidenciado, pues hemos visto ejemplos de cómo grupos amparados en una verdad dogmática, absoluta y sin excepciones han cometido grandes injusticias con la bandera de la discriminación (e.g., el holocausto o la segregación racial sudafricana).

[19] Opinión de la mayoría expuesta por el Magistrado Kennedy en el Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Obergerfel contra Hodges, en la que se decidió que el matrimonio debería ser una institución reconocida a todas las personas en los Estados Unidos de América.

[20] En este sentido, resalto los hallazgos de la psicología positiva en lo que respecta a la correlación entre la felicidad personal y las relaciones interpersonales. La psicología positiva estudia las bases del bienestar psicológico y de la felicidad, así como de las fortalezas y virtudes humanas. Al respecto, el profesor de psicología positiva de la Universidad de Harvard, Dr. Haidt, explica el rol que desempeñan las relaciones interpersonales en alcanzar mayores niveles de felicidad. HAIDT, J. (2006). The happiness hypothesis: finding modern truth in ancient wisdom. Kindle

[21] Tal y como resportó La República en el mes de setiembre del 2016 : https://www.larepublica.net/noticia/matrimonio_gay_gana_aceptacion_en_sociedad_costarricense_segun_encuesta_de_ucr

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

La Corte Interamericana ha sido enfática al señalar que ‘‘*la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido*’’[22]. Pero, sobre todo, sería desconocer elementos esenciales del Estado Constitucional de Derecho que Costa Rica establece que es una democracia (Art. 1, 9, 95.8 CP).

Una de las cortes constitucionales con mayor experiencia en el mundo sobre el tema de discriminación es el Tribunal Constitucional de Sudáfrica, el cual ha dicho lo siguiente sobre la particular naturaleza de la población LGBTI: “*En el caso de los gays, la historia y la experiencia nos enseñan que la marca no surge de la pobreza ni de la impotencia, sino de la invisibilidad. Es la contaminación del deseo, la atribución de perversidad y de vergüenza a un afecto físico espontáneo, la prohibición de la expresión del amor, la negación de la plena ciudadanía moral en la sociedad por ser uno quien es, lo que vulnera la dignidad y la autoestima de un grupo. Esta especial vulnerabilidad de los gays y lesbianas como grupo minoritario cuyo comportamiento se desvía de la norma oficial se deriva del hecho de que [...] los gays constituyen una parte distinta aunque invisible de la comunidad, que ha sido tratada no solamente con falta de respeto o condescendencia sino también con desaprobación y repulsa; son en general un grupo que no es obvio, presionado por una sociedad y por la legislación para que se mantenga invisible, la característica que los identifica combina todas las ansiedades que produce la sexualidad con todos los efectos alienantes resultantes de la diferencia; y se les considera especialmente contagiosos o propensos a corromper a los demás. Ninguno de estos factores es aplicable a otros grupos tradicionalmente objeto de discriminación, como las personas de color o las mujeres, cada uno de los cuales, como es de suponer, han tenido que padecer sus propias formas de opresión*”[23]

En este intelecto, el máximo Tribunal de Sudáfrica deja palabras que crearán un eco hasta la eternidad, pues delimita perfectamente los contornos a los que se enfrenta cada niño, adolescente, adulto y anciano que, en la rifa de la vida,

[22] Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 92.

[23] Tribunal Constitucional de Sudáfrica, Sentencia de 9 de octubre de 1998, Caso de National Coalition of Gay & Lesbian Equality and Another c. Minister of Justice and others, Caso CCT11/98, párrafos 127 y 128 (original en inglés, traducción libre).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

resulta premiado con una orientación sexual diversa a la heterosexualidad. Esta situación de desventaja es algo que el Estado debe buscar remediar, dando la protección que las minorías se merecen frente a los abusos de las mayorías. La democracia constitucional se funda en la protección de todos los ciudadanos mediante la garantía efectiva de sus derechos fundamentales, incluso contra la voluntad de las mayorías.[24]

Es por estas razones que debe rechazarse cualquier argumento tendiente a justificar la discriminación de minorías[25] LBGT en aras de satisfacer el *status quo* al que las mayorías se encuentran acostumbradas.

b. Los homosexuales tienen otros mecanismos para regular sus relaciones.

> "*Estoy cansada de ser tratada como una ciudadana de segunda categoría*." – Rosa Parks

Un clásico argumento para rechazar el matrimonio igualitario es el de optar por otros instrumentos jurídicos para reconocer alguna protección legal a las relaciones entre el mismo sexo. Esta posición es parte del género del superado anticuado principio de "separados pero iguales", en dónde se busca regular de alguna forma a un grupo para solventar una desigualdad, pero en realidad lo que único que logra es agravar la misma.[26]

Aplicarle a la población LGBT otra regulación que no sea la que ya está contenida en las normas impugnadas del Código de Familia es un argumento de tipo "separados pero iguales", que lejos

[24] Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. SU214/16.

[25] La Sala Constitucional de Costa Rica explica lo siguiente en relación con el derecho de las minorías: *"VII.- NATURALEZA DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y GRUPOS EN DESVENTAJA. Los derechos humanos, fundamentales y de configuración legal de los grupos minoritarios o en desventaja, por haber sufrido, tradicionalmente, discriminación, marginación, exclusión y toda clase de prejuicios sociales -como ocurre con el de los homosexuales-, surgen a partir movimientos de reivindicación de éstos, ordinariamente, contra mayoritarios, dada la insistencia e inclinación natural de las mayorías por mantener y perpetuar cualquier discriminación y trato asimétrico. Los poderes públicos, de su parte, están obligados, por la Constitución y los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a garantizar y propiciar el respeto efectivo del principio y el derecho a la igualdad –real y no formal- de tales grupos (artículos 33 constitucional y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José). Las situaciones de discriminación pueden ser fácticas o jurídicas, serán del primer tipo cuando, ante la existencia de un grupo minoritario en desventaja y discriminado, no se adoptan medidas para superar tal estado de cosas.*" Sentencia No. 13313-2010 dictada por Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica del diez de agosto del dos mil diez.

[26] Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

de contribuir en erradicar estigmas, los profundiza y genera divisiones aún mayores. La población LGBTI tiene el derecho de que se le apliquen las mismas regulaciones que a los heterosexuales[27].

c. El supuesto riesgo de que la homosexualidad puede enfermar a la familia.

> "*La ignorancia y el prejuicio son las sirvientas de la propaganda. Nuestra misión, por lo tanto, es confrontar la ignorancia con el conocimiento, la intolerancia con la tolerancia y el aislamiento con la mano extendida de la generosidad. El racismo puede, debe y debe ser derrotado*."
>
> — Kofi Annan

Al respecto, uno de los intelectuales más importantes de nuestra época, Mario Vargas Llosa, se ha referido a este conglomerado de argumentos que buscan usar a la familia para combatir la igualdad de derechos: "*Uno de los más utilizados ha sido el de que, con esta medida, se da un golpe de muerte a la familia. ¿Por qué? ¿De qué manera? ¿No podrán seguir casándose y teniendo hijos todas las parejas heterosexuales que quieran hacerlo? ¿Alguien, con motivo de esta nueva ley, va a forzar a alguien a no casarse o a casarse de manera distinta a la tradicional? Por el contrario, la ley, al permitir a las parejas gays contraer matrimonio y adoptar niños, va a inyectar una nueva vitalidad a una institución, la familia…*"[28]

A lo anterior le sumaría un argumento adicional: el ser parte de la población LGBT no le quita el valor de persona al estar dentro de una familia, puesto que los miembros de la población LGBT también son hijos, nietos, primos, hermanos y hasta en algunos casos padres. Ampliar esa categoría a estas minorías les permitiría equipararse –no superar– a la población heterosexual y poder llegar a ser cónyuge de alguien.

[27] Tal y como ha dicho, la Corte Constitucional de Colombia: "*Es una contradicción evidente afirmar que las parejas del mismo sexo constituyen familia, pero que para contraer un vínculo marital y solemne, deban hacerlo recurriendo a una figura jurídica no sólo diferente de aquella aplicable para las parejas heteroafectivas, sino con efectos jurídicos reducidos e inciertos (contrato civil innominado). Hombres y mujeres forman parte de la especie humana y la igualdad implica dar un trato igual a los que son iguales. Un sistema constitucional y democrático no admite la existencia de dos categorías de ciudadanos: unas mayorías que gozan del derecho a contraer matrimonio civil y unas minorías que están injustamente desprovistas de éste*." Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia No. 214-16.

[28] Vargas Llosa, M (2005). El Matrimonio Gay. El País. Disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

El segundo punto sobre estos argumentos parte del prejuicio que la homosexualidad es una enfermedad contagiosa (o algo similar) y que puede propagarse. Al respecto, la Comisión Internacional de Juristas[29] hace un recuento[30] de la evolución científica que se ha tenido con respecto al tema de la atracción de personas del mismo sexo. En él, demuestra el estigma que el tema ha cargado por décadas.

En este entender, cabe aclarar que, desde inicios de la década de los noventa, se conmemora la eliminación de la homosexualidad de la lista de enfermedades mentales por parte de la Asamblea General de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Esto sucedió el 17 de mayo de 1990, por lo que es éste el Día Internacional contra la Homofobia y la Transfobia (en inglés, International Day Against Homophobia and Transphobia, IDAHOT[31]). Al respecto se ha referido también otra institución objetiva y con gran prestigio mundial: la Asociación Americana de Psicología[32] [33]. En este mismo sentido, la Corte Interamericana ha establecido que ‘‘*no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, pre-concepciones de los atributos conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños*’’[34]

[29] La Comisión Internacional de Juristas (CIJ) es una ONG internacional con sede en Ginebra (Suiza).

[30] Dicho recuento puede revisarse en las páginas 11- 15 del reporte: Comisión Internacional de Juristas (2009)“*Orientación Sexual e Identidad de Género y Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Guía para profesional no.4*”, disponible en: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/direitos-lgbtt/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-y-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos

[31] En el sitio web del IDAHOT DAY se puede encontrar más información: http://dayagainsthomophobia.org/es/

[32] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° C-481/98 de 9 de septiembre de 1998, párrafo 11

[33] Al respecto, la APA explica el reproche hacia las terapias de conversión: “*No, aun cuando la mayoría de los homosexuales viven vidas felices y exitosas, algunas personas homosexuales o bisexuales pueden buscar un cambio en su orientación sexual a través de la terapia, a menudo como resultado de coacción por parte de miembros de su familia o grupos religiosos. La realidad es que la homosexualidad no es una enfermedad. No requiere tratamiento y no puede cambiarse. Sin embargo, no todas las personas gais, lesbianas y bisexuales que buscan la ayuda de un profesional de salud mental desean cambiar su orientación sexual. Las personas gais, lesbianas y bisexuales pueden buscar ayuda psicológica con el proceso de la revelación de su orientación sexual o el desarrollo de estrategias para lidiar con el prejuicio, pero la mayoría opta por la terapia por los mismos motivos y problemas de la vida que conducen a las personas heterosexuales a la consulta de los profesionales de la salud mental*.” American Psychological Association (2009), ídem.

[34] Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 111.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

d. Supuesta violación a los derechos de los menores a tener un papá y una mamá.

> "*Nací de padres heterosexuales. Me enseñaron los maestros heterosexuales en una sociedad ferozmente heterosexual. Los anuncios de televisión y anuncios en periódicos - ferozmente heterosexual. Una sociedad que pone abajo la homosexualidad. Y ¿por qué estoy un homosexual si yo estoy afectado por los modelos de conducta? Debería haber sido un heterosexual. Y sin ánimo de ofender, pero si los maestros van a afectar a usted como modelos de conducta, que habría un montón de monjas corriendo por las calles hoy*." – Harvey Milk

La frase del activista de derechos humanos, Harvey Milk, está nutrida de sabiduría popular que refleja lo evidente que es la respuesta en relación con los argumentos que aseguran que un niño podría terminar siendo influenciado en su orientación sexual a raíz de lo que sus padres experimenten.

En relación con la evidencia científica, Mónica Berrocal, la psicología experta en formación infantil graduada de la escuela de psicología de la Universidad de Harvard, indicó el 9 de noviembre en el congreso de matrimonio civil igualitario[35] que no existe evidencia científica que pueda negar el derecho a personas del mismo sexo a criar hijos e hijas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con una sentencia vinculante para Costa Rica, se ha referido expresamente a este asunto, rechazando todos esos argumentos al indicar: "*El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia*."[36] En esa misma sentencia de la CIDH se rechazaron todos los argumentos que fueron planteados relativos a que esto podría

[35] La participación de la señora Mónica Berrocal puede ser visualizada en el siguiente enlace correspondiente a la página de facebook de la Fundación Igualitos: https://www.facebook.com/igualitos.as/videos/554927891528021/

[36] Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo y Niñas *Vs.* Chile, párrafo 110.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

conllevar la discriminación de los menores por tener padres diferentes.[37]

Como bien apuntó el Magistrado Kennedy en el Caso Obergerfel contra Hodges, lo que realmente daña los derechos de los niños es que la unión de sus padres del mismo sexo no tenga el mismo reconocimiento legal que el de parejas heterosexuales: "*Como todas las partes están de acuerdo, muchas parejas del mismo sexo proporcionan amor y de consolidación casas a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. ... Excluyendo las parejas del mismo sexo del matrimonio por lo tanto entra en conflicto con una premisa central del derecho a contraer matrimonio. Sin el reconocimiento (...), sus hijos sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera menor. También sufren los costos de las materias significativas de que son criados por padres solteros, relegados por causas ajenas a su propia para una vida familiar más difícil e incierta. Las leyes sobre el matrimonio en cuestión aquí por lo tanto dañan y humillan a los hijos de las parejas del mismo sexo.*"[38]

Asimismo, no se puede perder de vista la ironía que existe en el argumento de "proteger los derechos del niño", ya que, por medio de los ataques denigrantes hacia la orientación sexual de sus padres, de manera indirecta lo denigran al atacar su círculo familiar.

El concepto de familia no está reducido únicamente al matrimonio. Es decir, no únicamente quienes contraen matrimonio forman parte de una familia. La Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos amparan todo tipo de lazos familiares de hecho donde las partes tienen una vida común que no necesariamente se encuentra dentro de un matrimonio. Abrir la puerta a la justicia y permitir que personas del mismo sexo contraigan matrimonio sólo permitirá mejorar la situación de parejas que ya forman parte de una familia, por cuanto tienen lazos estables que deben ser protegidos por el derecho. Esto ya ha sido señalado por la Corte Interamericana al establecer que ''*en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo "tradicional" de la misma'.* '[39]

Negar el fundamental derecho a obtener un reconocimiento legal a una promesa de amor, justificada en su orientación sexual, es segregar a un

[37] También sobre el tema, ver: Vargas Llosa, M (2005). El Matrimonio Gay. El País. Disponible en: http://elpais.com/diario/2005/06/26/opinion/1119736807_850215.html

[38] La adopción de parejas homosexuales fue aprobada antes del matrimonio en los Estados Unidos de América. Por esta razón, Kennedy sostiene que la falta de reconocimiento al matrimonio de sus padres les hace daños a estos niños.

[39] Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, párrafo 142.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

sector de la población y convertir a sus integrantes en ciudadanos de segunda categoría, lo cual es contrario a derecho. Nada más basta pensar en las épocas cuando los matrimonios *interraciales* eran prohibidos. Toda sociedad está obligada a evolucionar para facilitar que sus miembros puedan gozar o tener acceso a la posibilidad de ejercer sus derechos.

EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y SU RESPETO EN FACEBOOK EN RELACIÓN CON LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

Mila Jazmín Cantar*

Resumen: *El uso masivo y cotidiano de las redes sociales le ha permitido a Facebook recolectar, almacenar, relacionar y transmitir innumerable cantidad de datos sobre sus usuarios. Este ensayo tiene como objetivo indagar acerca de la protección legal en Argentina de los datos sensibles que revelan la identidad de género y el tratamiento que de ellos realiza esta red social. Se parte del argumento central de que la política de Facebook, en relación con los datos sobre la identidad de género, vulnera derechos y garantías regulados en la legislación argentina.*

Palabras clave: *protección de datos sensibles - identidad de género - Facebook - redes sociales*

Abstract: *The daily and massive use of social networks has allowed Facebook to collect, store, link and transmit countless data about its users. This essay has as main aim to inquire about the legal protection of the sensitive data concerning gender identity in Argentina, and how this social network treats it. It is based on the central argument that the policy of Facebook in relation to data on gender identity violates rights and guarantees regulated in Argentinian legislation.*

Keywords: *sensitive data protection - gender identity - Facebook - social networks*

* Abogada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, con énfasis en Derechos Humanos y Derecho Procesal, y experiencia en investigación en Derechos Humanos. A su vez, ha sido becada por la Unión Europea y la UNSAM para realizar la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe. Contacto: mcantar@gmail.com / mila@cantar.com.ar

Fecha de postulación del artículo: 16 de septiembre de 2017. Fecha de aprobación del artículo: 10 de diciembre de 2017
La información consignada en este ensayo es parte de la investigación efectuada en el marco de la tesis para aspirar al título de "Magister en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe" otorgado por el Centro Internacional de Estudios Políticos (CIEP) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Esta tesis fue defendida y aprobada el 27 de septiembre de 2017 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

En el presente ensayo se expone el derecho a la identidad de género como uno de los derechos fundamentales que debe ser respetado y garantizado a la población LGBTIQ.[1] En el mismo se analizará cómo la red social Facebook respeta o no el derecho a la identidad de género –teniendo en cuenta el *corpus iuris* argentino– en el manejo de los datos sensibles que hacen referencia a aquella. En este sentido, se parte del argumento central de que la política de Facebook, en relación con los datos sobre la identidad de género, vulnera derechos y garantías regulados en la legislación argentina.

Para este fin, se conceptualiza el derecho a la identidad a partir de los estándares y la jurisprudencia internacional aplicables a la República Argentina, así como también lo que la literatura jurídica ha definido como derecho a la identidad. A su vez, se describe lo que se entiende por identidad personal para luego poder conceptualizar el derecho a la identidad de género. Se examina la regulación de la identidad de género en la Argentina, el impacto del principio de confidencialidad incorporado en la legislación y lo que sucede con los documentos que contienen una identidad de género diferente a la autopercibida. Por último, se hace especial hincapié sobre la vivencia de la identidad en Facebook para luego considerar, más específicamente, los datos que pueden aludir a la identidad de género.

Por último, en las conclusiones se analiza si la red social Facebook respeta o no el derecho a la identidad de género como se encuentra protegido en la legislación argentina, sobre todo entendiendo que debe respetar la legislación local.[2]

1. Derecho a la identidad personal

El reconocimiento del derecho a la identidad[3] ha ido evolucionando desde los primeros instrumentos internacionales de mediados del siglo XX hasta la actualidad.[4] Al respecto, vale mencionar que los primeros instrumentos de protección de

[1] CIDH (2015). "Conceptos básicos relativos a personas LGBTI", *LGBTI*. Recuperado el 18 de octubre de 2017 de: http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html.

[2] Facebook (2015). "Declaración de derechos y responsabilidades", 30 de enero de 2015. Recuperado el 5 de octubre de 2017 de: https://es-la.facebook.com/legal/terms.

[3] El jurista italiano Adriano de Cupis fue el primero en pronunciarse sobre el mismo. Sostenía que la identidad personal -el ser sí mismo con los propios caracteres y acciones constituyendo la misma verdad personal- no puede ser destruida; también afirmaba que ser uno mismo significa serlo también en el conocimiento y en la opinión de los otros. Debido a su influencia, este derecho fue tempranamente regulado en Italia como el derecho de la persona a ser reconocida en su realidad peculiar. Esto fue extraído de: Cantoral Domínguez, Karla (2015). "El derecho a la identidad del menor: el caso de México", Rev. boliv. de Derecho 20, pp. 56-75.

[4] MARTÍNEZ, Victoria (2009). "La protección del derecho a la identidad en el derecho internacional de los derechos humanos", en Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, Derecho a la identidad: dimensiones, experiencias y políticas públicas. Buenos Aires, Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, pp. 11-19.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

derechos humanos –la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)– no tuvieron en cuenta el derecho a la identidad. No obstante, varios aspectos constitutivos de la identidad fueron regulados, tales como el derecho a una nacionalidad,[5] a no sufrir injerencias ilícitas en la vida privada y familiar,[6] y al reconocimiento de la personalidad jurídica.[7] Lo mismo sucedió con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1966 y 1969 respectivamente,[8] las cuales, aunque no reconocen expresamente el derecho a la identidad, plantean el derecho al nombre y a la nacionalidad,[9] así como el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona.[10]

En 1990 fueron elaborados dos nuevos tratados internacionales que plantean el derecho a la identidad. Por un lado, la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados a preservar la identidad del niño, su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, a inscribirlo inmediatamente y, en la medida de lo posible, a promover que el niño conozca a sus padres y sea cuidado por ellos.[11] Por su parte, la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares reconoce el derecho a la identidad cultural de los trabajadores migrantes.[12]

En el ámbito regional latinoamericano, las primeras referencias en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) fueron formuladas mediante dos votos disidentes en el caso "Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador"[13] del año 2005. En ellos, los jueces Cançado Trindade y Ventura Robles opinaron que la identidad propia es aquella que genera que la persona sea quien es y que se

[5] Regulado en el art. 15 de la DUDH y el art. 19 de la DADDH.
[6] Regulado en el art. 12 DUDH y el art. 5 de la DADDH.
[7] Este derecho implica que el Estado reconozca jurídicamente a la persona, especialmente importante para las personas transgénero. Se encuentra regulado en el art. 17 de la DADDH.

[8] El Pacto entró en vigor en 1976 y la Convención, en 1978.

[9] Reconocidos en el art. 24 del PIDCP y arts. 18 y 24.1 de la CADH.
[10] Reconocido en el art. 16 del PIDCP y el art. 3 de la CADH.

[11] Esto se plasmó en los arts. 7 y 8 de la CDN. Su objetivo es forzar a los gobiernos a adoptar medidas que prevengan las desapariciones forzadas de niños y niñas, como las que tuvieron lugar durante la última dictadura militar argentina (1976-1983). De hecho, estas disposiciones son conocidas como los "artículos argentinos" debido a que fueron introducidos a instancias de la delegación de este país en razón de la lucha de la organización Abuelas de Plaza de Mayo.
[12] Lo cual lo hace en el art. 17.1 de la Convención.
[13] El 2 de junio de 1982 Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, de 7 y 3 años de edad, fueron desaparecidas por militares integrantes del Batallón Atlacatl del Ejército salvadoreño durante un operativo militar conocido como "Operación Limpieza", en el Municipio de San Antonio de La Cruz. Corte IDH, "Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador", 1 de marzo de 2005. Recuperado el 12 de octubre de 2017 de: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

construye a lo largo de toda la vida y bajo la propia responsabilidad. Según los magistrados, el derecho a la identidad es un derecho dinámico y complejo que incluye los derechos al nombre, a la protección de la familia, a la personalidad jurídica, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de pensamiento y expresión y a la nacionalidad, entre otros.

Poco después, el Comité Jurídico Interamericano de la OEA (CJI) consideró que el derecho a la identidad constituye un derecho autónomo que alimenta su contenido de las normas internacionales y de aquellas normas locales con rasgos culturales propios, que tienen el fin de proteger al individuo con los derechos que hacen que pueda ser único, singular e identificable.[14] Esto es de extrema importancia, debido a que el derecho a la identidad contiene un valor instrumental necesario para garantizar el ejercicio de determinados derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. De tal manera, su pleno reconocimiento fortalece la democracia y el ejercicio de los derechos humanos, facilitando la inclusión social la participación ciudadana y la igualdad de oportunidades. Para el CJI esto implica que la privación de este derecho genera una desprotección de otros derechos y libertades fundamentales, generándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que implican una afectación a la igualdad ante la ley y al principio de no discriminación, así como un impedimento para el reconocimiento pleno de la personalidad jurídica de las personas. Esto es así porque el derecho a la identidad es preexistente al nombre, la nacionalidad o los vínculos familiares, ya que es inseparable de la dignidad de las personas.

La Corte IDH en pleno definió por primera vez el derecho a la identidad en el fallo "Gelman vs. Uruguay".[15] El tribunal reconoció que, aunque el derecho a la identidad no se encuentra contemplado en la Convención Americana de Derechos Humanos, es posible determinarlo sobre la base de lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño. De esta manera, termina definiendo el derecho a la identidad como "el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso".[16] En la misma sentencia, menciona que el derecho a la identidad es un derecho humano oponible *erga omnes* que ex-

[14] Comité Jurídico Interamericano (2007). "Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el alcance del derecho a la identidad". OEA, Rio de Janeiro.
[15] Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay", 24 de febrero de 2011. Recuperado el 12 de octubre de 2017 de: www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.
[16] Ídem, párr. 122

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

presa un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto y que, por lo tanto, no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana.[17]

En el plano nacional, se destaca el voto disidente del Juez Petracchi de la CSJN en la causa "Muller".[18] El magistrado dictaminó que al tratar la identidad de la persona se pone en juego su dignidad, porque es la "verdad personal" lo que el sujeto anhela poseer; por ello, define que este derecho es personalísimo y que el individuo tiene la facultad de ser él mismo según su propia verdad individual.

También la doctrina se ha expresado sobre el contenido del derecho a la identidad. Lo considera un derecho humano esencial mediante el cual se reconoce, jurídica y socialmente, a la persona como sujeto de derechos y responsabilidades por su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, que condensa varios elementos del desarrollo de la persona en sus distintas dimensiones. Este derecho no solo trata de respetar la alteridad, que implicaría una mera tolerancia, sino que busca reconocer la presencia de una otredad, es decir, la existencia de sujetos sociales determinados por otras experiencias humanas.[19] Vale hacer particular hincapié en la opinión del jurista argentino Bidart Campos, quien sostiene que el derecho a la identidad personal es la prerrogativa que tiene un individuo de "ser uno mismo" frente al resto de la sociedad. Esto se externaliza en una imagen social en la que cada individuo tiene derecho a presentarse ante el resto como "el que es", según su "mismidad" auténtica, y a que así se le reconozca, se le respete y se le tolere.[20]

Cabe destacar que las menciones realizadas en este apartado sobre el derecho a la identidad no se limitan a reseñar antecedentes históricos, sino que cobran particular relevancia en el ordenamiento jurídico argentino. Esto es así porque los tratados internacionales mencionados pertenecen al bloque de constitucionalidad y, por ende, tienen jerarquía constitucional, en razón de lo esta-

[17] La misma posición mantuvo la Corte IDH en diferentes pronunciaciones, como en la medida provisional respecto de Paraguay denominado "Asunto L.M" del año 2011.

[18] Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Muller Jorge s/ denuncia", 13 de noviembre de 1990. Recuperado el 12 de octubre de 2017 de: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-muller-jorge-denuncia-fa90000357-1990-11-13/123456789-753-0000-9ots-eupmocsollaf.

[19] MARTÍNEZ, *op. cit.* nota 4; SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (2011). El derecho a la identidad como derecho humano. México, D.F., SEGOB, OJN, RENAPO; VON OPIELA, Carolina (2012). "Transformaciones: la (in)estabilidad del nombre" en Von Opiela, Carolina, Derecho a la Identidad de Género. Ley Nº 26.743. Buenos Aires, La Ley, pp. 203-223; MANZI, Adrian (2012). "La jurisprudencia de derechos humanos en la Argentina", Nómadas. Revista Critica de Ciencias Sociales y Jurídicas (Núm. Especial: América Latina). Recuperado el 5 de octubre de 2017 de: http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/41780/39813.

[20] BIDART CAMPOS, Germán. (2006). Manual de la Constitución Reformada. Tomo I. Astrea.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

blecido en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución de la Nación Argentina. A su vez, las opiniones de los órganos de control de derechos humanos deben considerarse como guía para la aplicación e interpretación del alcance de los derechos protegidos,[21] conforme a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.[22]

2. Identidad personal e identidad de género

Aceptado el reconocimiento del derecho a la identidad como un derecho humano, se hace necesario delimitar el concepto de "identidad personal". Este no alude únicamente a los rasgos físicos o biológicos de la persona identificada –aspecto físico, mapa genético, conciencia de pertenencia a una familia, clase, sexo/género, raza, nacionalidad– sino que comprende una multiplicidad de manifestaciones concretas que componen el bagaje o patrimonio inmaterial: lo somático, lo espiritual, lo ideológico, lo profesional, lo religioso y la autopercepción a lo largo de una serie causal de experiencias que constituyen la historia personal. En otras palabras, es todo aquello que distingue a una persona de otra y especifica cómo es su yo y su "mismidad". Ese conjunto de características se proyecta en el mundo exterior, se "fenomenaliza" y permite al resto conocer a esa persona determinada en su singularidad.[23]

Esto implica que la identidad personal se compone de dos esferas: la dinámica y la estática. La identidad estática manifiesta una concepción restrictiva de "identificación" a través de huellas dactilares, fecha y lugar de nacimiento y el nombre de los progenitores, entre otros datos. Por su parte, la identidad dinámica reconoce las relaciones sociales que la persona va forjando a lo largo de su vida, por lo que abarca su historia personal, su biografía existencial y su estructura social y

[21] En el caso "Giroldi, Horacio y otro" (1995) la CSJN, en su considerando 11, menciona que la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por la Constitución argentina "en las condiciones de su vigencia". En otras palabras, la Convención debe ser aplicada tal y como rige en el ámbito internacional y teniendo en cuenta su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Por lo tanto, la jurisprudencia del tribunal debe servir como guía para la interpretación de normas convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.

[22] BIDART CAMPOS, Germán (1996). Manual de la Constitución Reformada. Tomo I. Buenos Aires, Ediar; PINTO, Mónica (2012). "Identidad de Género" en Von Opiela, Carolina, Derecho a la Identidad de Género. Ley Nº 26.743. Buenos Aires, La Ley, pp. 1-27; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Giroldi, Horacio y otro", 7 de abril de 1995. Recuperado el 12 de octubre de 2017 de: http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-giroldi-horacio-david-otro-recurso-casacion-causa-32-93-fa95000086-1995-04-07/123456789-680-0005-9ots-eupmocsollaf.

[23] FREEDMAN, Diego. (2012) "Derecho a la identidad de la infancia trans" en Von Opiela, Carolina, Derecho a la Identidad de Género. Ley Nº 26.743. Buenos Aires, La Ley, pp. 273-280; BARBOSA MOREIRA, Marcio (2012). "Identidad de género e identidad civil", en Von Opiela, Carolina. Derecho a la Identidad de Género. Ley Nº 26.743. Buenos Aires, La Ley, pp. 171-195.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

cultural.[24] El proceso de construcción –y de recreación, reinvención y transformación– de la identidad de una persona se extiende a lo largo de toda su vida y resulta de las ideas, los sentires, las costumbres, las condiciones económicas, las experiencias de vida y las relaciones interpersonales.[25] En suma, "el derecho a la identidad personal en su faz dinámica es el derecho de la persona a que se le reconozca esa mismidad construida y elaborada a lo largo de los años".[26]

Ahora bien, el proceso de identificación de cada persona depende, en principio, del repertorio de posibilidades que ofrece la sociedad. La identidad se constituye, en forma consciente o inconsciente, con base en los parámetros y estereotipos que la comunidad determina en cada época; la mujer o el hombre se consideran como tales porque existe un conjunto de sentidos y acciones vigentes que les permiten actuar y pertenecer al campo de lo instituido socialmente.[27]

Es menester aclarar que sexo y género han sido expresiones históricamente confundidas entre sí e inclusive utilizadas en forma intercambiable. Para la CIDH, el sexo alude a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, en tanto el género es una construcción social. Sin embargo, para algunas doctrinarias feministas también lo es el sexo.[28] Debido a la eficacia del mandato social en el que "no se nace mujer: se llega a serlo",[29] la mujer es "mujer" teniendo en cuenta aquella norma social que se encuentre construida en el contexto histórico determinado que establece lo que es mujer.[30] Incluso la asignación del sexo no es un hecho natural biológico, sino que se asigna socialmente con base en la percepción que otras personas tienen sobre los genitales, lo que responde siempre a una lectura ideológica. Es decir, al considerar necesaria y suficiente la observación del sexo anatómico externo para definir como hombre o mujer a la persona recién nacida, se descartan de hecho otros niveles de la sexualidad, como la anatomía interna de los órganos genitales, el sexo cromosómico, el hormonal o la identificación psicológica. La clasificación binaria entre solo dos sexos posibles –varón o mujer– define una dicotomía "natural", normal y excluyente que obliga (u obligaba hasta hace

[24] HERRERA, Marisa, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso (2015). Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Tomo III. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus.
[25] FIGARI, Carlos (2012). "La identidad de género: entre costuras y suturas", en Von Opiela, Carolina, Derecho a la Identidad de Género. Ley Nº 26.743. Buenos Aires: La Ley, pp. 29-56.
[26] VON OPIELA, *op. cit.* nota 19, párr. 206.
[27] FIGARI, *op. cit.* nota 25.
[28] CIDH (2012). "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de la Resolución", AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Recuperado el 6 de octubre de 2017 de: https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/estudios
[29] DE BEAUVOIR, Simone (1969). El segundo sexo. (trad. de Pablo Palant) Buenos Aires, Siglo Veinte.
[30] BUTLER, Judith (2007). El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad. (traducción de María A. Muñoz). Barcelona, Paidós Ibérica.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

pocos años atrás) a corregir quirúrgicamente los casos dudosos y, de esta manera, acomodarlos al estándar. Por ello, sostienen que la asignación del sexo es cultural y no natural, toda vez que resulta de evaluaciones culturales tales como el tamaño adecuado del pene o de la capacidad de la vagina.[31]

En este orden de ideas, la determinación del género forma parte del proceso de construcción de la identidad, tanto en el plano personal como social.[32] El término "género" fue utilizado por primera vez por Ann Oakley en 1972, quien le dio herramientas al movimiento feminista al sostener que la distinción entre el hombre y la mujer era una construcción social producto de normas culturales. El género refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente para la mujer y para el hombre, a las relaciones jerárquicas entre ellos, los códigos, las pautas y las inequidades que rigen los vínculos humanos del binarismo de género; también, al significado social y cultural que la sociedad atribuye a cada persona, asignando mayores facultades y derechos a lo masculino, en detrimento de lo femenino.[33]

Por lo tanto, el género es una definición cultural de lo que deben ser los "hombres" y las "mujeres", lo que debe ser su cuerpo y fisiología, y lo que ellos deben desear en razón del sexo/género. La heteronormatividad, justamente, es la denominación utilizada para referirse a esta particular forma de organización social basada en la triada sexo/género/deseo.[34] Ahora bien, a pesar de las instrucciones y significados para cada género, las personas también innovan; elegir un género implica que la persona es capaz de interpretar las

[31] CABRAL, Mauro; y MAFFÍA, Diana. (2003). "Los sexos ¿son o se hacen?" en Maffía, Diana, Sexualidades migrantes. Género y transgénero. Buenos Aires, pp. 86-96; FEMENÍAS, María Luisa. (2015). "Del sexo binario a la diversidad de géneros: algunas contribuciones teóricas" en Assis, Z. y Guadalupe Dos Santos, M. Diferencia sexual e desconstrução de subjetividade em perspectiva. Belo Horizonte: D'Placido, pp. 165-186.

[32] La faceta externa de la construcción de la identidad remite a los procesos sociales de heteroconstrucción. Esta afirmación fue extraída de: SIVERINO BAVIO, Paula (2013). "Derecho a la identidad y verdad biológica", Diálogo con la Jurisprudencia, 179, pp. 13-18.

[33] MORAES, Denise (2003). "Género y ambiente: una aproximación a las relaciones socioambientales en dos comunidades de la llanura costera del Municipio de Loreto, Baja California Sur, México", La Ventana, 17, pp.140-187; FACIO, Alda, y FRIES, Lorena (2005). "Feminismo, género y patriarcado. Academia", Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires, 259-194; CEDAW (2010). Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Argentina, CEDAW/C/ARG/CO/6.. A su vez, es relevante la afirmación de que "el género es estrictamente identificado con el conjunto de significados que diferencian a varones de mujeres: activo/pasivo, proveedor/ama de casa, público/privado, cultura/naturaleza, razonable/emocional, competitivo/compasiva. En contraste con esto, el sexo refiere a los cuerpos de varones y mujeres, en tanto fijos, inmutables y naturales" extraída de MARTÍNEZ, Ariel (2011). "Los cuerpos del sistema sexo/género. Aportes teóricos de Judith Butler", Revista de Psicología, 12, pp.127-144. Recuperado el 5 de octubre de 2017 de: www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.5641/pr.5641.pdf.

[34] FIGARI, *op. cit.* nota 25; SALDIVIA, Laura. (2012). "La igualdad robusta de las personas de género diversos" em Von Opieda, Carolina, Derecho de Identidad de Género. Ley Nº 26.743. Buenos Aires: La Ley, pp. 57-98.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

normas de género instauradas socialmente para luego reproducirlas o, inclusive, discutirlas y, con base en ellas, criticarlas o destruirlas y formar su propia identidad.[35]

Por su parte, Stroller[36] en 1968, utilizó el concepto "identidad de género" para distinguir –y dar preeminencia- a la identidad sexual derivada de la asignación del rol, en contraposición con la que resulta de la anatomía.[37] Hace alusión al sentido de pertenencia a los estándares sociales estipulados.[38] Para la persona implica asumir conductas, gestos, expresiones del lenguaje y formas de hablar, estilos de vestir o arreglarse que constituyen la expresión de género al ser aprendidas e incorporadas en el comportamiento, actitudes y hábitos personales.[39]

Los Principios de Yogyakarta[40] han definido a la identidad de género como

la vivencia interna e individual del género, tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.[41]

Es menester señalar que la identidad de género no es determinada por las transformaciones corporales, las intervenciones quirúrgicas o los tratamientos médicos, sino que basta el hecho de sentir la pertenencia a un género específico. Es decir, se trata de una vivencia interna y no del reconocimiento social y catalogación de una persona a un género determinado. Por tanto, es suficiente la existencia del sentimiento de atribución de un género que no se corresponde con el autopercibido para que la persona sea considerada

[35] GIBERTI, Eva. (2003). "Trangénero: síntesis y aperturas" en Maffía, Diana, Sexualidades migrantes: género y transgénero. Buenos Aires, pp. 31-58.
[36] Quien consideraba al género como la conducta humana, sentimientos, pensamientos y fantasías que se relacionan con los sexos pero que no tienen una base biológica.

[37] FACIO y FRIES, *op. cit.* nota 33.
[38] LAMAS, Marta (2002). "Cuerpo: diferencia sexual y género". México, Taurus Pensamiento.
[39] Fundación Juan Vives Suriá (2010). "Lentes de género. Lecturas para desarmar el patriarcado". Caracas, Fundación Editorial El Perro y La Rana.
[40] Los Principios de Yogyakarta son directrices que regulan, por primera vez, los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersexuales. Ellos fueron desarrollados y adoptados por unanimidad por un distinguido grupo de expertos de distintas regiones y diversa formación, entre ellos: jueces, académicos, un ex Alto Comisionado de Derechos Humanos de la ONU, los Procedimientos Especiales de la ONU, miembros de órganos de los tratados, ONGs y otros.

[41] Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2014). Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbaires, p. 6.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

como "trans"[42] o no conforme con el género. Ambas expresiones pueden ser utilizadas como paraguas para incluir los conceptos "transexual", "travesti," "transformista", "género queer",[43] entre otros.[44]

Por su parte, la "expresión de género" es la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar como masculina o femenina a una persona, conforme a los patrones considerados propios de cada género para un tiempo histórico y sociedad determinada. Así, la expresión de género conlleva aspectos particulares de la manifestación externa y de la percepción social de la identidad de género, elementos que tradicionalmente se habían considerado inescindibles. Esto agrega interés a la temática debido a que la expresión de género no necesariamente debe corresponder a la identidad de género autopercibida, en tanto es una presentación externa que ayuda al observador a identificar el género de otra persona. En otras palabras, mientras la identidad de género tiene que ver con la autopercepción, la expresión de género se relaciona con la esfera social y hace referencia al reconocimiento del género que los miembros de una sociedad hacen sobre una persona con base en sus estereotipos y, en función de la heteronormatividad, la catalogan como "hombre" o "mujer".[45]

Debido a la habitual confusión de conceptos, vale a aclarar que la "orientación sexual" ha sido definida por los Principios de Yogyakarta como aquella capacidad de sentir una atracción emocional, afectiva y sexual hacia otra persona, ya sea de un género diferente o igual al propio, y a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con quien se desee. Es por ello que la orientación sexual es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Generalmente se consideran tipos de orientaciones sexuales a la heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad.[46]

[42] "Existen ciertos consensos en relación a los términos utilizados por las personas trans: el término mujeres trans se refiere a personas cuyo sexo asignado al nacer fue masculino mientras que su identidad de género es femenina. Por otra parte, el término hombres trans se refiere a aquellas personas cuyo sexo asignado al nacer es femenino mientras que su identidad de género es masculina. El término persona trans también puede ser utilizado por alguien que se identifica fuera del binario mujer/hombre. Adicionalmente, algunas mujeres trans se identifican como mujeres, y algunos hombres trans se identifican como hombres". Fragmento extraído de: CIDH, (2015). "Violencia contra personas", LGBTI. OEA

[43] Hace referencia a aquellas personas que no concuerdan con los estereotipos sociales acerca de cómo deben actuar o expresarse en razón al sexo que les asignaron al nacer.

[44] CIDH, *op. cit.* nota 42.

[45] CONAPRED (2008). El derecho a la no discriminación por identidad y expresión de género. México, D.F., Textos del Caracol; CIDH (2012). "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género. Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en cumplimiento de la Resolución", AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Recuperado el 6 de octubre de 2017 de: https://www.oas.org/es/cidh/lgtbi/estudios.

[46] CIDH, *ídem*. Según la CIDH la heterosexualidad es aquella que hace referencia a la atracción y mantenimiento de relaciones sexuales entre personas de diferente género y

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Esto hace notar que, a la complejidad específica de cada concepto, cabe sumar la derivada de su conjugación y acumulación. Esto es así porque:

a la identidad de género subjetiva de una persona, se agrega la expresión de género con que un sujeto se presenta ante los demás (por ejemplo, la identidad de género travesti puede presentarse con una expresión de género mujer), la elección sexual (homosexual, heterosexual o bisexual), los roles de género (masculino o femenino, variables socialmente) y otras sutiles distinciones.[47]

Todas estas categorías, en especial el reconocimiento legal de la orientación sexual, la identidad de género y/o la expresión de género, buscan proteger el proceso de construcción dinámico de la identidad de las personas, ya que son componentes fundamentales para la vida, inherentes a la persona –como lo es la etnia– e inmutables, en el sentido de que son características difíciles de controlar y de las cuales una persona no puede alejarse, a riesgo de sacrificar su identidad. Esta aparente contradicción entre lo dinámico y lo estático de las categorías identidad de género, expresión de género u orientación sexual tiene implicancias jurídicas. Esto es así porque las personas pueden estar en un proceso de desarrollo constante y fluctuante en relación con una determinada identidad de género, expresión de género u orientación sexual, pero no pueden ser modificadas por el Estado o por terceras personas sin vulnerar su dignidad.[48]

2.1. Regulación legal de la identidad de género

Los Principios de Yogyakarta conforman el primer instrumento internacional en reconocer el derecho a la identidad de género e indican las obligaciones de los Estados para garantizar tal derecho. Si bien este instrumento no tiene fuerza vinculante, ejerce influencia por la entidad de la que emana y sirve como guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido del derecho.[49] En relación con la identidad de género, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas y administrativas que sean necesarias para respetar en plenitud y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género

la homosexualidad entre personas del mismo género. Por su parte, la bisexualidad se refiere cuando una persona se siente atraída y mantiene relaciones sexuales tanto con personas de su mismo género como de diferente género.

[47] Maffía, Diana (2003). "Introducción", en Diana Maffía, Lohana Berkins, Mauro Cabral, Mauro, Josefina Fernández-Guadaño, Amalia Fisher Pfaeffle, Eva Giberti, Eva, Flavio Rapisardi y Patricia Soley-Beltran, Sexualidades Migrantes Género y Transgénero. Colección Temas Contemporáneos. Buenos Aires, Feminaria Editora, p. 6.

[48] CIDH, *op. cit* nota 45.

[49] MEDINA QUIROGA, Cecilia y NASH ROJAS, Claudio (2007). "Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección". Santiago, Facultad de Derecho y Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

autopercibida, conforme a lo establecido en el Principio 3. En él se garantiza el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, a disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida, la prohibición de sometimiento a tratamientos médicos como requisito legal para el reconocimiento legal de su identidad de género, entre otros.

Los órganos de control de tratados internacionales también incluyeron la problemática e incentivaron la protección de las personas trans.[50] El Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció que las personas transgénero tienen el derecho a cambiar de género y a que se les expidan nuevas partidas de nacimiento. A su vez, ha dicho que, entre numerosas vulneraciones, las personas trans no logran el reconocimiento legal de su género, incluida la modificación del sexo y el nombre en los documentos de identidad expedidos por los Estados, por lo que su accesibilidad a diferentes derechos –como el trabajo, la vivienda o prestaciones sociales– se encuentra limitada.[51]

En el plano interamericano, la Asamblea General de la OEA repudió los actos de violencia y otras vulneraciones de derechos humanos por razones basadas en la orientación sexual e identidad de género; también instó a los Estados a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, sancionar y erradicar dichas prácticas y los convocó a implementar políticas públicas a favor de la inclusión y en contra de la discriminación.[52] Asimismo, la CIDH estipuló que la discriminación se genera cuando se anula o menoscaba el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de las personas.[53]

En particular, en lo que atañe al Estado argentino, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de la ONU le recomendó que asegure la plena protección de los derechos de las mujeres lesbianas, bisexuales y transgénero, para que puedan ejercer todos sus derechos y vivir sin ser discriminadas.[54]

Estos antecedentes internacionales precedieron a la sanción de una ley federal en Argentina que

[50] REGUEIRO DE GIACOMI, Iñaki (2012). "El derecho a la identidad de género de niñas, niños y adolescentes", Revista Digital de Derechos Humanos, pp. 101-115. Recuperado el 10 de octubre de 2017 de:http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120198-regueiro_de_giacomi-derecho_identidad_genero_ninas.htm

[51] ONU, CDH. (2011) "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género", A/HRC/19/41.

[52] OEA, AG (2011). "Derechos Humanos, orientación sexual e identidad de género". AG/RES. 2653 (XLI-O/11). Recuperado el 17 de octubre de 2017 de: https://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2653_XLI-O-11_esp.pdf.Esta resolución fue precedida por otras que operan como antecedentes: la AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), la AG/RES 2504 (XXXIX-O/09) y la AG/RES. 2600 (XL-O/10). En ellas se manifestó la preocupación de la OEA por la violencia y la desprotección de las personas en base a su orientación sexual e identidad de género.

[53] CIDH, *op. cit.* nota 45.

[54] CEDAW, *op. cit.* nota 33.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

reconoce el derecho a la identidad de género autopercibida, sin el requerimiento de diagnósticos médicos o psiquiátricos, ni de operaciones quirúrgicas intervencionistas. Así, la Ley de Identidad de Género (Ley Nº 26.743, 2012) (en adelante LIG), impulsada y redactada por organizaciones argentinas de personas trans, derogó la prohibición de llevar a cabo operaciones de reasignación genital.[55] En sus dos primeros artículos, define y regula el derecho a la identidad de género:

Art. 1º — Derecho a la identidad de género. Toda persona tiene derecho:

a) Al reconocimiento de su identidad de género;

b) Al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género;

c) A ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto del/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada.

Art. 2° — Definición. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

Es de interés señalar que esta definición, al igual que la de los Principios de Yogyakarta, hace foco en la vivencia del género, interna e individual, mediante la cual cada persona siente la pertenencia a determinado género, sin importar la correspondencia con el sexo asignado al momento de nacer y sin requerir la modificación o intervención del cuerpo para adaptarlo al género autopercibido. De esta manera, se reconoce el derecho a que cada uno ejerza la identidad de género que se atribuye a sí mismo, sin la necesidad de que esta se encuentre en concordancia con la identidad de género que otros le atribuyen. En otras palabras, esto implica la "despatologización" de la transexualidad, que ya no debe ser conceptualizada como un trastorno mental que requiere tratamiento psiquiátrico, ni exigir la adecuación entre el género y el sexo físico.[56]

Subrayando su importancia, la ley establece que todas las personas tienen derecho a que se les reconozca su identidad de género, a la rectificación

[55] Esta prohibición se encontraba regulada por la Ley 17.132 (1967) sobre las reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas.

[56] REGUEIRO DE GIACOMI, *op. cit.* nota 50.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

registral conforme a aquella identidad de género y a una terapia hormonal o intervención quirúrgica, si es que lo desean. Pero aún más importante, la normativa permite que las personas desarrollen su personalidad de acuerdo con la identidad elegida, lo que les garantiza el reconocimiento al derecho a la dignidad y libertad.

Mediante otra importante disposición, la LIG establece el principio de confidencialidad respecto a la historia personal de las personas trans, mencionando que:

Solo tendrán acceso al acta de nacimiento originaria quienes cuenten con autorización del/la titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada. No se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización del/la titular de los datos. Se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248 (art. 9º).

Este artículo define la obligación del Estado de mantener y proteger la privacidad de las personas, de manera que se evita dar a conocer su pasado salvo por consentimiento del titular del derecho u orden judicial. De esta forma, la normativa se alinea a lo establecido en los Principios de Yogyakarta, que instan a los Estados a garantizar que los procedimientos de reconocimiento de la identidad respeten la dignidad y la privacidad de las personas. La confidencialidad plantea un conflicto de intereses, en el campo del derecho, entre la seguridad jurídica en general y el derecho protector de un grupo vulnerado en particular.[57]

La confidencialidad busca que no se conozcan los datos que hacen referencia a una identidad de género diferente a la autopercibida. Por ende, interesa reflexionar qué es lo que salvaguarda la confidencialidad. En primer lugar, protege los derechos de dignidad, intimidad y libre desarrollo de la personalidad.[58] Esto le permite a la persona autodeterminarse libremente para transitar por el proceso de identidad dentro de una esfera privada sin discriminación ni condicionamientos. En segundo lugar, tiene como fin evitar la discriminación que sufren a diario las personas transgénero o que sienten un género no convencional.

Esto es sumamente importante debido a la discriminación histórica que han sufrido las personas cuando su identidad de género no concuerda con el sexo asignado, colocándolas en reiteradas situaciones de vulnerabilidad. De hecho, la transexualidad está catalogada por la Organización

[57] Cavalcanti, María I. (2015). "Identidad de género. Aproximaciones al tema", Revista del notariado, 918. Recuperado el 6 de octubre de 2017 de: www.revista-notariado.org.ar/2015/06/identidad-de-genero-aproximaciones-al-tema/.

[58] Campos, Arantza (2001). "La transexualidad y el derecho a la identidad sexual", CTC, Recuperado el 5 de octubre de 2017 de: http://felgtb.org/rs/1027/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e98868/ece/filename/la-transexualidad-y-el-derecho-a-la-identidad-sexual.pdf.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Mundial de la Salud como un trastorno mental[59] y así lo disponen varias legislaciones del mundo, por lo que suele ser diagnosticada y tratada médicamente. Es por ello que la CIDH ha mencionado que la llamada "patologización" de personas LGBTIQ,[60] es decir la etiqueta de "enfermas" con base en su orientación sexual, identidad de género o expresión de género, ha sido históricamente una de las principales razones de las violaciones a los derechos humanos que sufre este grupo.[61] La patologización es un obstáculo para superar las actitudes y estereotipos negativos con los que se enfrentan, en especial las personas trans, cuando intentan acceder a sus derechos fundamentales.

La población transgénero enfrenta una situación social crítica, ya que la mayoría no ha completado el nivel básico de educación, no accede a una atención integral de salud, ni a una vivienda o crédito, por no registrar empleos formales. Peor que el estigma es la criminalización que existe en la región, legislada y/o naturalizada, que afecta la libertad ambulatoria de las personas trans. Inclusive en sociedades donde se protegen los derechos de las personas LGBTIQ, existe un margen para que las fuerzas de seguridad realicen prácticas que resultan en una criminalización de hecho.[62] Las violaciones de derechos humanos de las cuales son víctimas las personas transgénero, en particular las mujeres trans, consisten en ejecuciones extrajudiciales, tortura y tratos crueles,

[59] Coll-Planas, Gerard y Miguel Missé (2010). "La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas", Norte de salud mental, vol. VIII, Nº 38, 44-55. Aun cuando en la Clasificación Internacional de Enfermedades, que será publicada en 2018, se sacará del epígrafe "trastornos del comportamiento" para pasar a encontrarse dentro de los "trastornos de la identidad de género", y se denominará "incongruencia de género"[59] junto a otros llamados "disfunciones sexuales" o "trastornos relacionados con dolencias sexuales" (Borraz, 2017).

[60] Sigla que hace referencia a lesbiana, gays, bisexuales, trans, intersex y queer.

[61] CIDH (2016). "Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad". OEA. Recuperado el 28 de junio de 2017, de Patologización: ser lesbiana, gay, bisexual y/o trans no es una enfermedad: http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/064.asp.

[62] REDLACTRANS (2014). Informe sobre el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales de la población trans en Latinoamérica y el Caribe. Recuperado el 10 de julio de 2017 de: http://redlactrans.org.ar/site/investigaciones/. Para profundizar sobre las vulnerabilidades de las cuales son sujetos diariamente las personas trans véase REDLACTRANS (2014). En cuanto la falta de acceso al empleo formal cabe aclarar, como lo hace el informe que: la gran mayoría de los varones trans —excluyendo los casos en que también realizan trabajo sexual— y las restantes mujeres trans, acceden en el mejor de los casos a empleos informales, mal remunerados y con una enorme inestabilidad. Son minoritarios los casos de trabajo por cuenta propia —a excepción del trabajo sexual autónomo— y excepcionales los casos de profesionales. Todos/as ellos/as, en cualquier caso, se enfrentan cotidianamente a la discriminación y los prejuicios profundamente arraigados en sus sociedades en las actividades que realizan (p. 41).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

inhumanos y degradantes, detenciones arbitrarias, amenazas y extorsiones.[63] En Argentina, entre el año 2008 y 2016, hubo 50 asesinatos a personas trans por su condición de tal.[64]

En suma, las personas que no se encuentran dentro de lo estipulado por la norma social del sistema binario de sexo/género sufren discriminaciones y violencias constantes y continuas. Son ilustrativas las palabras de Lohana Berkins, activista trans de ALITT,[65] que menciona que las mujeres trans son consideradas como traidoras del patriarcado y que este las "castiga por 'renegar' de los privilegios de la dominación que [les] adjudican los genitales con los cuales na[cen]".[66]

Se destaca, entonces, que las personas trans no solo suelen padecer el sufrimiento que conlleva la propia transición de cualquier identidad –sobre todo cuando implica ir en contra de lo estipulado– sino que, además, soportan expulsión y denigración social, lo que les hace sentir que para ellas no hay derechos humanos.

Por ello, el dato que hace referencia en forma directa o indirecta a la identidad de género deber ser considerado como sensible por tener potencialidad discriminatoria en la sociedad argentina y tratarse de un dato que conforma la identidad del individuo. Por lo tanto, debe entenderse que goza de los privilegios que establece el art. 7 de la Ley de Protección de Datos Personales (Ley Nº 25.326/00), que establece que los datos sensibles son protegidos mediante el derecho de reserva y la prohibición de recolección, tratamiento y archivo.

3. Identidad en Facebook

3.1. Construcción de la identidad

Partiendo de que la construcción de la identidad es un proceso continuo y constante, es preciso analizar su desarrollo en Facebook, en razón de que las transiciones de la identidad se plasman en todos los ámbitos de la vida de una persona. La incorporación de Internet en la vida diaria de las personas, como espacio de interacción y comunicación interpersonal, instauró nuevas formas de

[63] REDLACTRANS (2012). La noche es otro país: impunidad y violencia contra mujeres transgénero defensoras de derechos humanos en América Latina. Recuperado el 10 de julio de 2017 de: http://redlactrans.org.ar/site/investigaciones/.

[64] Transgender Europe's Trans Murder Monitoring (TMM). (2016). "TMM update - Trans day of remembrance", TGEU. Recuperado el 28 de junio de 2017, de http://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/11/TvT_TMM_TDoR2016_2008-2016_Map_EN.pdf.

[65] Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual.

[66] D'ATRI, Andrea (2016). "Lohana Berkins: 'Si pudiera nacer de nuevo, elegiría ser travesti'", La izquierda diario, 28 de febrero de 2016. Recuperado el 18 de junio de 2017 de: http://www.laizquierdadiario.com/spip.php?page=gacetilla-articulo&id_article=31867.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

socialización que (re)configuran valores y cultura.[67] Mediante el uso de las redes sociales se han creado y habilitado nuevas formas de comunicarse y generar vínculos interpersonales.[68]

Las redes sociales en línea, como Facebook, permiten a sus usuarios relacionarse, compartir información, coordinar acciones y en general, mantenerse en contacto.[69] Empero, lo más importante es que mediante ellas las personas crean su identidad *on-line* o digital.[70] Es importante tener en cuenta que, en los últimos años, las relaciones sociales comenzaron a ser híbridas, ya que dejó de existir la interrupción entre las relaciones virtuales y físicas, desdibujándose las fronteras entre la vida virtual y la no virtual.[71]

Por ello, tener un perfil de Facebook no solo es asignar contenido a los campos que la plataforma ofrece, sino que, además, es un acto de creación de un ser en un entorno digital.[72] Por consiguiente, en el momento en que se construye un perfil en Facebook, el usuario está creando un "yo virtual" diferenciado del "yo no virtual", que se complementan y evolucionan a la par.[73] Esto explica que cuando el usuario vive una experiencia que le resulta importante y decide publicarla la refleja en su perfil, ya que la identidad es el fruto de sus experiencias.[74]

Inclusive, este ser digital está formado por datos que reflejan las motivaciones, pretensiones y lo que, socialmente, se presenta como deseable. Por esto, se ha mencionado que Facebook brinda espacios para la construcción y reconstrucción de la identidad de acuerdo no tanto a lo que la persona es, sino a lo que quisiera ser.[75] De hecho, en el ambiente virtual las personas, sobre todo los

[67] SERRANO-PUCHE, Javier (2012). "La presentación de la persona en las redes sociales: una aproximación desde la obra de Erving Goffman", Anàlisi, 46, pp. 1-17; RUEDA, Rocío y GIRALDO, Diana (2016). "La imagen de perfil en Facebook: identidad y representación en esta red social", Revista Folios, 43, pp. 119-135.

[68] ALMASA, Ana; FONSECA, Oscar y CASTILLO ESPARCIA, Antonio Castillo (2013). "Redes sociales y jóvenes. Uso de Facebook en la juventud colombiana y española", Revista Comunicar, volumen XX, Nº 40, 127-135.

[69] BOYD, Danah y ELLISON, Nicole (2008). "Social Network sites: Definition, History, and Scholarship", Journal of Computer-Mediated communication 13, pp. 210-230; BARRIUSO RUIZ, Carlos (2009). "Las redes sociales y la protección de datos hoy", Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá II, pp. 301-338; ROS-MARTÍN, Marcos (2009). "Evolución de los servicios de redes sociales en Internet", El profesional de la información, vol. 18, N° 5, 552-557.

[70] ORIHUELA, José Luis (2008). "Internet: la hora de las redes sociales", Nueva Revista 119, pp. 57-62.

[71] YUS, Francisco (2014). "El discurso de las identidades en línea: El caso de Facebook". Discurso y Sociedad, 398-426.

[72] BOYD y ELLISON, *op. cit* nota 69; ALMASA, FONSECA y CASTILLO, *op. cit.* nota 68.

[73] AGUILAR RODRÍGUEZ, Daniel y SAID HUGH, Elías (2010). "Identidad y subjetividad en las redes sociales virtuales: caso de Facebook", Zona Próxima, 12, pp. 191-207.

[74] *Ídem*; Muros, Beatriz (2011). "El concepto de identidad en el mundo virtual: el yo online", REIFOP, Nº 14, Año 2, 49-56. Recuperado el 25 de junio de 2017 de: www.aufop.com/aufop/uploaded_files/articulos/1311954432.pdf

[75] DI PRÓSPERO, Carolina (2011). "Autopresentación en Facebook: un yo para el público", Revista Latinoamericana de Estudios sobre Cuerpos, Emociones y Sociedad Nº 6. Año 3, 44-53.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

jóvenes, se mueven e incorporan datos "sin filtros previos ni membranas protectoras".[76]

En la Declaración de Ciudad de Panamá del Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos del 2014, se ha dicho que el mundo de las redes sociales hace que:

[la] identidad como persona se ve[a] trasformada en lo que se denomina "Identidad Digital", un espacio virtual donde la subjetividad de los individuos da lugar al surgimiento de una identidad en entornos virtuales anónimos, en donde los individuos suelen jugar roles diferentes a los de su vida real. En este contexto, se establece un fuerte vínculo entre las estructuras psicológicas y los procesos sociales que conforman y atraviesan al sujeto, es decir, entre las normas que regulan el comportamiento colectivo y las estrategias del sujeto dentro del contexto social, que permiten su articulación con la trama social.[77]

Tiene aquí sentido la definición de Donath y Boyd que delimita las redes sociales como *public displays of connection*, es decir como dispositivos para la delimitación de la identidad ante los otros.[78] De esta manera, el individuo elige la forma en la que desea presentarse a sí mismo ante personas seleccionadas o qué información quiere compartir públicamente. De esta forma, para la conformación de su identidad digital entran en juego el derecho al honor, a la propia imagen, a la libertad de expresión, a la información y, por supuesto, a la protección de los datos personales.

En la participación de la persona en las redes sociales se articulan tres dimensiones de la identidad: a) la ligada a las intenciones de (re)presentación del individuo frente a los otros; b) la asociada a las interacciones con el círculo social inmediato, y c) las relacionadas con los roles que asume y desempeña el individuo de acuerdo con el entorno en el que se encuentra. Por lo tanto, aquí también, la presentación del "yo" en lugar de ser una condición estática, es un proceso dinámico que involucra una producción (individual y colectiva) de la persona en la cual el usuario invierte esfuerzo, tiempo y cuidado. Cuando el usuario proporciona información textual y visual a *Facebook* lo hace con el motivo de identificarse, eligiendo qué datos da a conocer y cuáles no.[79]

En este orden de cosas, lo importante es comprender que el proceso de construcción de la identidad de una persona no solo se da en el

[76] URRESTI, Marcelo; LINNE, Joaquín y BASILE, Diego (2015). Conexión total: Los jóvenes y la experiencia social en la era de la comunicación digital.Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Grupo Editor Universitario.
[77] Declaración de Ciudad de Panamá, hacia la unificación de criterios y garantías para la protección de la identidad digital y el derecho al olvido (2014). Observatorio Iberoamericano de Protección de Datos. Recuperado el 5 de julio de 2017 de: http://oiprodat.com/declaracion-de-ciudad-de-panama/, p. 1.
[78] CARO CASTAÑO, Lucia (2012). "La encarnación del yo en las redes sociales digitales". Telos, Cuadernos de comunicación e innovación.
[79] SERRANO-PUCHE, *op. cit.* nota. 67.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

mundo "no virtual", sino también a través de la identidad digital. No es menor que la página (o plataforma) *web* donde la persona puede construir su perfil en Facebook se denomine "biografía"[80] o "*timeline*" (en inglés). Según Zuckerberg, fundador de Facebook, la "*timeline*" es la historia de la vida de una persona que se conforma, en parte, por sus expresiones de identidad.[81] Este perfil se encuentra organizado como una biografía narrativa, es decir, una historia que cuenta cómo ha sido la vida de la persona cronológicamente.[82]

3.2. Dinamismo de la identidad de género en Facebook. Imagen, nombre y sexo

Durante su vida en Facebook, el usuario va cambiando y desarrollando su forma de ser. Es por ello que las redes sociales pueden generar desafíos para las personas durante las transiciones de identidad. Esto es así porque las redes sociales enlazan y unen el pasado, el presente y el futuro y muestran las distintas etapas de la vida del usuario.[83] La puesta en escena de cualquier identificación en Facebook –ya sea de género, religión, política u orientación sexual– genera huellas digitales y forma parte de la identidad digital total, de un espacio que nunca olvida y todo lo guarda.

En razón de que las identidades se forman individualmente teniendo en cuenta el contexto, las personas trans administran las huellas digitales que hacen referencia a su identidad anterior de dos maneras: a) editando la "*self-presentational data"* (información de autopresentación), y b) modificando la configuración para controlar quiénes son las personas que tienen acceso a esa *self-presentation.*[84] Para esto último, los autores mencionados determinaron que una persona que está transitando por el cambio de una identidad de género emplea cuatro métodos principales: 1) dividir sus relaciones sociales en una misma cuenta (usando listas, grupos y configuraciones de privacidad);[85] 2) eliminar a ciertas personas que conforman su red social y agregando a otras; 3) tener varias cuentas para decidir ante quién

[80] Para conocer más de la biografía, consúltese Facebook (2011).
[81] ZUCKERBERG, Mark (2012). "Mark Zuckerberg unveils Facebook". Timeline, 23 de setiembre de 2011. Recuperado el 26 de junio de 2017 de: http://www.youtube.com/watch?v=v67PFmVvqDs.
[82] VAN DIJCK, José (2013). "'You have one identity': performing the self on Facebook and LinkedIn. Media", Culture & Society 35, pp. 199-215.
[83] HAIMSON, Oliver; BRUBAKER, Jed; DOMBROWSKI, Lynn y HAYES, Gillian (2016). "Digital footprints and changing networks during online identity transitions", Proceedings of the 2016 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems. San José, CA, USA: ACM, pp. 2895-2907.
[84] *Ídem.*
[85] Las cuales se recuerda que pueden modificarse, lo que implica le necesidad de cambiar la configuración más de una vez. Al respecto, podría suceder que una persona se haya desmarcado a sí misma de las fotos, pero que se la vuelva a etiquetar más tarde.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

mostrar qué contenido, y 4) eliminar la cuenta anterior y crearse una nueva.

Más aun, una investigación ha relevado y analizado cuán estresante es la transición de la identidad en Facebook, al ser un espacio en donde las personas cuidan su auto-presentación en razón del contexto público en el que circula su "yo virtual". En este estudio, el 52% de los participantes respondieron que la transición de la identidad en Facebook fue extremadamente o moderadamente estresante, y solo para un 20% no fue estresante.[86]

En otro estudio, ante la pregunta sobre qué mejoraría de la experiencia de transición en Facebook, muchas personas transgénero respondieron que hubieran deseado poder desmarcar fotos en masa,[87] comentando la tristeza que sintieron al no poder hacerlo.[88] Asimismo, se debe tener en cuenta que las fotos pueden aparecer mediante algoritmos, como por ejemplo los recuerdos de "un día como hoy", en las que el usuario es recordado de su aspecto, nombre e identidad anterior sin poder ejercer control sobre esta información.

En otro orden de ideas, al crear una cuenta de Facebook el usuario debe completar información básica, tal como su nombre de pila y su apellido, su email y si es femenino o masculino.[89] En caso de no proveerse dichos datos, la persona no podrá crear su cuenta.

Vale la aclaración que, aunque en la versión en español aparezca la elección binaria del "sexo" de una persona –es decir mujer/hombre–, en la versión en inglés Facebook utiliza la elección binaria del género –femenino/masculino (*female/male*)–. En razón a la disposición de la empresa de que en caso de existir diferencias entre los idiomas debe preponderar la versión en inglés, se debe entender que lo que Facebook exige es el género y no el sexo.

En cuanto a los nombres, Facebook exige que sean auténticos, es decir, que se incorpore el utilizado en la vida diaria, por lo que no se permite que el usuario se haga pasar por otra persona.[90] Además, si bien genera la posibilidad de cambiar el nombre, el mismo tiene que: a) no incumplir su política de nombres; b) no haber sido cambiado en los últimos días o no haber intentado

[86] HAIMSON, Oliver; BRUBAKER, Jed; DOMBROWSKI, Lynn y HAYES, Gillian (2015). "Disclosure, Stress, and Support During Gender Transition on Facebook", Gender and Sexual Identity, pp. 1176-1190. DOI 10.1145/2675133.2675152.

[87] Es decir, la imposibilidad de eliminar un gran conjunto de fotos de una vez.

[88] HAIMSON; BRUBAKER; DOMBROWSKI y HAYES, *op. cit.* nota 83.

[89] Esta información está en la plantilla principal de bienvenida de Facebook donde menciona que la creación de la cuenta es gratuita.

[90] FACEBOOK (2017). "¿Qué tipo de nombres están permitidos en Facebook?". Recuperado el 17 de julio de 2017 de: https://www.facebook.com/help/112146705538576?helpref=faq_content.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

muchos cambios. A su vez, puede que le pida confirmar su nombre en Facebook mediante documentos de identidad en el que figure el nombre real.[91]

En cuanto a los datos de su sexo, aun cuando la primera elección entre uno y otro sexo parece ser estigmatizadora y estricta, Facebook permite a sus usuarios, al menos en Argentina y gran parte de Latinoamérica, acceder a su información básica y modificar su sexo. Para esto, ofrece la opción "personalizado". Lo curioso es que cuando el usuario elige la opción de personalizar dentro del casillero "sexo", aparece una plantilla en el que permite cambiar el género y elegir el pronombre que prefiere (femenino, masculino o neutro). Esta confusión de conceptos puede ser aclarada por la versión del inglés que no utiliza la terminología sexo en ningún momento, sino que solo habla de género y su pronombre. Por lo tanto, si Facebook se refiere al mismo casillero de dos formas diferentes según el idioma, teniendo ambos idiomas la traducción exacta de los términos, se podría decir que Facebook utiliza indistintamente y como sinónimos los términos sexo y género.

A su vez, cuando el usuario desea completar el campo de "género", Facebook abre un abanico de más de 50 opciones dentro de las que el usuario puede elegir cómo ser denominado de la manera más precisa.[92] El usuario puede elegir entre: femenino, masculino, androginx, andrógino, andrógina, trans, trans masculino, trans femenino, transgénero, transgénero masculina, transgénero femenina, trava, mujer trans, varón trans, hombre trans, travesti, transexual, queer, intersex, intersexual, ninguno, neutro, pansexual varón, pansexual mujer, mujer, hombre, varón, lesbiana, gay, asexual mujer, asexual varón, mujer bisexual, varón bisexual, poliamorosx, poliamorosa, poliamoroso, mujer heterosexual, varón heterosexual, mujer homosexual, varón homosexual, torta, mujer heteroflexible, varón heteroflexible, lesboflexible, cysexual masculino, cysexual masculina, cysexual femenina, cysexual femenino, cysexual mujer, cysexual varón.[93] A su vez, el usuario puede llenar el campo con ninguna de estas opciones y escribir libremente con aquello que se siente identificado.

No es menor destacar, luego de las categorías enunciadas anteriormente, la confusión de conceptos, debido a que en un campo destinado al "sexo" el usuario puede personalizar su género

[91] Para profundizar en cuáles son los documentos de identidad que exige Facebook, consúltese Facebook (2017i).

[92] Tomoyose, Guillermo (2014). "Facebook permite elegir entre 54 opciones de género en el perfil del usuario argentino", La Nación, 11 de agosto de 2014. Recuperado el 15 de julio de 2017 de: http://www.lanacion.com.ar/1717718-facebook-presento-las-nuevas-opciones-de-genero-en-la-argentina.

[93] Si bien se desconoce el origen de la fuente de donde Facebook extrae estos términos, algunos de ellos pueden consultarse en CIDH (2015a).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

y/o a su orientación y práctica sexual. De cualquier manera, lo que se desea resaltar es la posibilidad de manejo y mutabilidad que tiene una persona usuaria de Facebook para poder expresar su identidad de género de acuerdo a su autopercepción.

De todas maneras, varios estudios revelan que los géneros "personalizados" se vuelcan en un sistema binario dentro de los servidores de Facebook, clasificando el sexo/género de un usuario a partir del pronombre elegido.[94] Esto último mantiene la hegemonía del sistema binario de género, pudiendo constituir la personalización del sexo/género una pantalla que aumenta las posibilidades de vigilancia (o *survilliance*).[95]

A su vez, la elección del sexo y el cambio de nombre son modificados para todos los círculos sociales en forma simultánea, ya que no permite configurar que se muestre selectivamente la identidad autopercibida.[96]

El conjunto de datos incorporados y recopilados por Facebook pueden dejar de ser representativos de la identidad de la persona, ya que la transición de la identidad es un cambio sustancial en que se abandona una identidad pasada y superada. Esto se vuelve en un desafío mayor si la persona prefiere borrar u ocultar la información que le recuerde a esa identidad anterior y vivencia personal, que en la mayoría de los casos se asocia a momentos difíciles y traumáticos.[97] Es importante entender lo trascendental que puede resultar para una persona cortar el lazo que lo une a un pasado que desea olvidar, más aun teniendo en cuenta que "las transiciones de la identidad arrastran un estigma social que se manifiesta como un malestar personal relacionado con el pasado de la persona, que crea condiciones para particulares dificultades cuando la identidad pasada (re) emerge inadvertidamente".[98] Por lo tanto, se establece que una persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género y a manifestarse acorde a esta identidad autopercibida en su vida virtual.

4. Conclusiones. Facebook y el no respeto a la protección de la identidad de género

En particular, este ensayo se ha centrado en el dato sobre la identidad de género, considerándolo como un dato sensible y protegido por la LPDP por dos motivos. En primer lugar, es un

[94] BIVENS, Rena (2015). "The Gender Binary Will Not Be Deprogrammed: Ten years of Coding Gender on Facebook", Social Science Research Network. DOI: 10.1177/1461444815621527; BIVENS, Rena y HAIMSON, Oliver L. (2016). "Baking Gender Into Social Media Design: How Platforms Shape Categories for Users and Advertisers", Social Media + Society, pp. 1-12. DOI: 10.1177/2056305116672486.

[95] BIVENS y HAIMSON, *ídem*.

[96] HAIMSON; BRUBAKER; DOMBROWSKI, y HAYES, *op. cit.* nota 86.

[97] HAIMSON; BRUBAKER; DOMBROWSKI, y HAYES, *op. cit.* nota 83.

[98] *Ídem,* p. 1 y 2, traducción propia.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

dato que se encuentra vinculado a la identidad vivenciada en la esfera interna de cada uno. En segundo lugar, es un dato potencialmente discriminatorio. Por ejemplo, en el caso de las personas trans, se debe tener en cuenta su situación de vulnerabilidad por la condición de pertenencia a un grupo tradicionalmente excluido y discriminado en el contexto social latinoamericano.

Por su parte, la Ley de Identidad de Género (LIG) menciona que se le reconocerá a toda persona el derecho al libre desarrollo de su identidad, a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y a ser identificada de ese modo en los documentos que acrediten su identidad a través del nombre de pila, imagen y sexo con el que se identifique. Es por ello que, al poder modificar los datos registrados se le otorga a todo individuo el reconocimiento de su personalidad jurídica.

En este caso en particular, es decir, cuando las personas trans plasman su identidad de género en los registros estatales, la LIG menciona que solo podrán acceder al acta de nacimiento originaria quienes tengan autorización del titular o mediante orden judicial. A su vez, regula que no se dará a publicidad la rectificación registral del sexo y el cambio de nombre, salvo autorización del titular de los datos. A través de una interpretación amplia, aplicando el principio *pro homine,*[99] se debería extender el principio de confidencialidad a cualquier instrumento donde conste el género anterior de la persona. Por lo tanto, la LIG reconoce el derecho a la protección de datos al habilitar a las personas trans a decidir cuándo, por qué y quién conocerá el dato sobre su género anterior.

Se podría decir, entonces, que el dato a la identidad de género se encuentra protegido doblemente. Por un lado, de la Ley de Protección de Datos Personales se extrae que nadie puede ser obligado a proporcionar datos sensibles, ni que ellos pueden ser recopilados o archivados salvo consentimiento del titular o razones de interés general autorizadas por la ley. Por el otro, la LIG reconoce que los datos de sexo, nombre e imagen que hacen referencia a la identidad de género anterior son confidenciales.

Es importante mencionar cuáles son las conclusiones principales a las cuales se ha arribado en este estudio. En primer lugar, vale decir que, al momento de creación de una cuenta, Facebook proporciona dos opciones excluyentes de identificación de género –femenino y masculino– lo que muestra la adopción del modelo binario sexo/género. Por lo tanto, aun cuando Facebook exige total sinceridad en los datos, si una persona

[99] Este principio que significaría "a favor del hombre" (que debería entenderse a favor de la persona), es un criterio hermenéutico, que permea a todo el derecho de los Derechos Humanos, por el cual se debe acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos (Pinto, 1997).

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

no binaria, no conformista o binaria decide ser parte de la red debe elegir entre uno de estos dos géneros, lo que implicaría faltar a la verdad.

De todas maneras, Facebook permite modificar la elección del género ofreciendo más de 50 posibilidades. A su vez, cuando se opta por personalizarlo, Facebook le solicita al usuario que aclare el pronombre por el cual se siente identificado pudiendo elegir solo entre tres opciones –femenino, masculino o neutro–. Sin embargo, se ha estudiado que Facebook utiliza el pronombre elegido por el usuario como criterio de clasificación del género en sus bases de datos. En otras palabras, no importa si la persona se define como "binaria" debido a que, si se siente más cómoda con el pronombre "ella", será registrada en Facebook como mujer o femenina; de la misma manera, cualquier persona que elija el pronombre "neutro" será clasificada como tal, aunque sea "binaria", "no binaria", etc., sin importar su género. Esto claramente transgrede el derecho a ser identificada con el género autopercibido, reconocido en la LIG.

Facebook aclara que son públicos los datos que hacen referencia al sexo, nombre y foto de perfil. De modo que su acceso libre a través de la *web* atenta contra el derecho de reserva y la garantía de confidencialidad protegida en la LIG cuando la persona modifica su género en los registros.

Ahora bien, a estas transgresiones estáticas se suman aquellas que se generan durante la construcción de la identidad digital de la persona. Esto es en razón de que la red social, como dice en su "Política de Datos", recopila todo dato –contenido o información– que haga referencia a una persona y, además, comparte esta información con Estados, terceros a los que vende publicidad y a sus propios proveedores de servicios. En otras palabras, el riesgo posible de que datos sensibles, como la identidad de género anterior a la autopercibida, sea accesible a terceros sin el consentimiento o autorización expresa de la persona, o por justificación de interés general, atenta contra los derechos a la identidad, a la intimidad y a la protección de datos personales.

De esta manera, se podría considerar que la persona que no desea que se conserven rastros de su identidad de género anterior y que quiera modificar su identidad digital, debería poder retirar el consentimiento dado. Por lo tanto, Facebook al mantener y acumular sin fecha de caducidad estos datos y al no otorgar a la persona la posibilidad de eliminar ciertos datos sensibles (e.g. su nombre anterior), estaría vulnerando el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho a la identidad. En el mismo sentido, Facebook debería otorgar la certeza de que estos datos han sido eliminados, en razón de la discriminación de la que son víctimas las personas trans.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Por otro lado, parecería que, si Facebook no olvida los datos sensibles solo reconoce la identidad estática de la persona, debido a que lo único que se genera es una acumulación de información. En cambio, reconocer la identidad dinámica implicaría admitir que la persona transita por diferentes procesos de recreación, reinvención y transformación y, por lo tanto, que la persona a veces necesita olvidar y deconstruir para avanzar hacia quién es.

Si bien el Estado argentino posee una legislación de avanzada en el reconocimiento de muchos derechos humanos, como el derecho a la identidad de género o el derecho a la protección de los datos, estos solo se encuentran garantizados en la vida no virtual del individuo. Sin embargo, como la identidad digital y la no digital se complementan y retroalimentan, se hace imposible para el individuo escindir entre estas dimensiones. Por lo tanto, la legislación argentina en relación con la protección de los datos sensibles, sobre todo aquellos que revelan la identidad de género, resulta insuficiente para amparar el desarrollo integral de la identidad de género. Sería necesario revisar las disposiciones normativas para que sea efectiva la protección del derecho a la identidad en plataformas de redes sociales, sobre todo aquellas que tengan bases y condiciones análogas a las de Facebook.

Es importante tener presente que garantizar el libre desarrollo de la identidad de un individuo es equivalente al reconocimiento de su dignidad. Por ello, un andamiaje jurídico que respete y garantice a los individuos la construcción libre y digna de su identidad constituye una condición básica para el fortalecimiento de la democracia y el respeto de los derechos humanos.

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

ENTREVISTA

Evan Wolfson

Organización "Freedom to Marry"

Versión original en inglés

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

"Evan Wolfson was founder and president of Freedom to Marry, the campaign that won marriage in the United States, and is widely considered the architect of the movement that led to nationwide victory in 2015. In 1983, Wolfson wrote his Harvard Law School thesis on gay people and the freedom to marry.

During the 1990's he served as co-counsel in the historic Hawaii marriage case that launched the ongoing global movement for the freedom to marry, and has participated in numerous gay rights and HIV/AIDS cases. Wolfson earned a B.A. in history from Yale College in 1978; served as a Peace Corps volunteer in a village in Togo, West Africa; and wrote the book, Why Marriage Matters: America, Equality, and Gay People's Right to Marry, published by Simon & Schuster in July 2004.

Citing his national leadership on marriage and his appearance before the U.S. Supreme Court in Boy Scouts of America v. James Dale, the National Law Journal in 2000 named Wolfson one of "the 100 most influential lawyers in America." Newsweek/The Daily Beast dubbed Wolfson "the godfather of gay marriage" and Time Magazine named him one of "the 100 most influential people in the world." In 2012, Wolfson received the Barnard Medal of Distinction alongside President Barack Obama.

Having achieved in 2015 the goal he had pursued for 32 years, Wolfson now devotes his time to advising and assisting diverse movements and causes in the U.S. and around the world eager to adapt the model and apply the lessons that made the Freedom to Marry campaign so successful. Based in New York City, Wolfson has been named a Distinguished Visitor from Practice at Georgetown Law Center, where he teaches law and social change; a Distinguished Practitioner in Grand Strategy at Yale University; and Senior Counsel at Dentons, the world's largest law firm, with 125+ offices in 50+ countries."[1]

In November 2017, Mr. Wolfson visited Costa Rica to participate in the first national Equal Civil Marriage Congress, and to support the freedom to marry movement that is being led by HDuarte-Lex and Fundación Igualitos.

[1] Text taken from the Freedom to Marry official website. http://www.freedomtomarry.org/the-team/entry/Evan-Wolfson

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Interview with Evan Wolfson

1. What were the main challenges the US faced in the quest of achieving same sex marriage?

Well, first of all, let me say that every country is different, and so there's no one automatic formula exactly to be copied for every other country. But I think there are elements of commonality that our campaign in the United States offers that can be adapted to the work of other countries. In the United States, we are lucky to have a Constitution and the rule of law, as well as democracy, a free press, and an independent judiciary. The countries who, like us, have these bedrock elements of freedom, have an obligation to live up to the promises they make in their society to be societies that fulfill the promise of the rule of law, freedom, equality, and dignity embedded in the Constitution, that also part of the system of government. As I said, countries like the United States, that have these promises, must live up to them. By having the Constitution, rule of law, the ability to organize and to express ourselves, and free media, we were able to make the case for the freedom to marry. That's a very lucky thing we have, and it is something that we cannot take for granted. We must work to defend these elements of rule of law and freedom. But the Constitution and these promises of freedom, equality, and dignity don't automatically fulfill themselves. We also had to work to create the climate that would encourage the government, the courts, and the elected officials to live up to these promises. They didn't just automatically follow them; they had to be encouraged, helped, and pushed. We had to organize a campaign that allowed us to do the political and legal work, but especially to do the public education and personal conversations that would create a climate of understanding in which the political and judicial powers could be encouraged to do the right thing. The big challenges we had were to change people's lack of understanding, prejudices, and stereotypes about who gay people are, and to help them understand who gay people are in the society, how we form families, why we are part of a family, and why we want the freedom to marry. Gay people want and need the freedom to marry for the same mix of reasons as other people. Once we succeeded in changing hearts and minds, creating that understanding, and dispelling the fears and prejudices, people transformed their understanding, and that created the climate in which the political and legal decision-makers also began to do the right thing.

2. What are the most valuable lessons you learned from the Freedom to Marry campaign?

Believe you can change things. The first most valuable lesson is you should believe that you

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

can make a difference in the world. You should believe that other people will rise. You must believe in the power of change, and it is important also to convey that belief, that optimism, so that others join you in the work. If you spend your time lamenting how bad things are, or how unfair things are, or how disappointing politicians are, if you spend all the time cataloging the negative, you are not conveying the optimism and opportunity that inspire other people to join you in the work of change; you are giving permission for inaction, rather than encouragement to action. So, the first lesson is to believe that things can change. In the United States, we went from a place where gay people were despised, oppressed, and criminalized, they were deemed sick, unworthy, incapable of love, to a place of having gay people enter and share in the central language and structure of love and commitment in our society: marriage. If we can achieve that transformation in hearts and minds, and then the law, in this case, we can surely make it in the many other questions that we all still must work on to build a better world.

Gay people want and need the freedom to marry for the same mix of reasons as other people.

The second lesson***: Keep on going***. Even a loss or defeat or stumble won't stop you if you keep going. You always want to win but if you can't win in the immediate battle you can at least engage the work, engage the conversation, engage the battle, so as to look forward. There is a way of not winning immediately, but generating conversation, bringing in new people, and identifying the problem more clearly. Figure out what you don't know and how you can improve, that allows you to put yourself in place for the next battle, and then the next battle, and then the win. Even if you lose, even if you don't win immediately, you may still be winning, and you must convey that you are winning in order to bring people in and keep the momentum going.

If I had to summon up the lessons of the successful Freedom to Marry campaign in three words, they would be: Hope, Clarity, Tenacity. Alongside the belief and perseverance I've described, I'd add as the third lesson the importance of **being clear about your goal and your strategy**, the pathway for getting the change you seek.

3. From an educational standpoint, what policies do you believe States should employ within the school system to ensure societies are more tolerant and inclusive?

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

I think it's important that we help people understand that diversity is something to be valued, not something to be feared. We are different from one another in many ways, and those differences make us stronger, richer, and more interesting in the world. We should be teaching not to fear difference, but instead to embrace it, to celebrate it. It is important to see the commonalities, what we share as human beings, despite those differences. One such natural human difference is sexual orientation; another is people's gender identity. Gay people and transgender people are minorities within the population, but still very much vibrant, important, wonderful, and worthy parts of the family, community, and the society. We are human beings, and despite our differences we share the same dreams, hopes, needs, and vulnerabilities as anyone else. It's important that schools help young people to thrive in a world where there is difference. We don't want children taught to look down on other people just because they are different; we want our children taught to appreciate difference, to stand up for themselves, and to be able to succeed in a world where there is a lot difference. That is what should be taught in schools: that there are different kinds of families, ethnicities, religions, people of different sexual orientation or gender identity, but we are still part of the family, part of the community and part of the country. The more kids can be comfortable with those differences and still stand up for themselves, the better a world we will have. Finally, it's also important to remind parents that, even when schools teach the value of difference and the value of respect for everybody, kids are really taught values by their parents. Parents still retain control and the primary role of teaching their kids these kinds of values, so that their children will succeed in the world.

"We should be teaching not to fear difference, but instead to embrace it, to celebrate it."

4. Once same sex marriage is achieved, what is the next goal that LGBTIQ+ activists should pursue?

I don't really agree with the question of "next" as we are already working on many things and we must work on many things because we face exclusion and discrimination on many fronts. It's not pick one, then pick another; it's really working effectively on as many things as we can until we achieve the world we want. Having said that, I do believe that working for the freedom to marry is very important for two reasons. Number one, because being denied marriage is being denied something very important that touches every area of life, from birth to death. Being denied the freedom to marry is being denied the language of

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

love, commitment, family, connection, inclusion, and dignity. It is being told that you are not part of the family, that you are not worthy of love and commitment, that somehow your lives are not equal, are not whole -- and that is a terrible thing for society to do to its people, to shove them outside. Being denied marriage is also being denied an important legal safety net and set of responsibilities and protections that matter, so fighting and working for the freedom to marry is enormously important because marriage is important…to gay people as to non-gay people. The second reason why working for the freedom to marry is important is that by working for the freedom to marry we are helping non-gay people better under who gay people are, claiming the language that they understand, this language of love, commitment, family, and inclusion. Claiming that language helps them better understand who we are, and that helps us win more progress on every front, not just marriage. Working for the freedom to marry is not just about marriage, it is claiming an engine of transformation that helps us advance on all fronts. It helps us reduce prejudice, fear, and exclusion, and that puts us in a better place to keep making progress when it comes to other important questions, such as non-discrimination in the workplace, in housing, in education, and in places of public access, such as restaurants, theatres or businesses. Engaging in the language of marriage enables us to make a difference for young gay and trans people not just in law, but in their day-to-day lives, to make a better living experience for older gay and trans people, and it helps bring people together. It's not a question of fighting for one of these things, we have to fight for all of these things, but the work to win marriage and the conversation around marriage is a powerful engine of transformation that can help us advance on all fronts.

5. Many Costa Ricans believe that our society is not culturally ready to adopt same sex marriage. What qualities do you believe characterize a society that is ready to do so, and what actions can be taken to prepare citizens for such a change?

First of all, I don't think that any country is just automatically ready unless there's been conversation about who gay people are, why marriage matters, and the shared values of gay and non-gay people living in that society that support the freedom to marry, such as respect for one another, inclusion, coming together, treating others as you would like to be treated, and fairness. We have to have the conversation; these things are not automatic. Having said that, I think Costa Rica is a wonderful and beautiful country with a strong and caring society where all of these values are very much real. Therefore, in that sense Costa Rica is ready for this conversation and this

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

progress. In Costa Rica, there is an ethos of caring for one another, of treating people with respect. In Costa Rica, like in the United States, Mexico, Canada, Great Britain, France, Spain, Argentina, Uruguay, and so many other countries around the world, there is a rule of law democracy where there is a guarantee that all citizens will be treated with equality, freedom, and dignity under the law. These are all the values that argue for the freedom to marry, and so Costa Rica is ready for the conversation, and is ready to move forward. This is not a new question; Costa Rica is not being asked to jump off a cliff. We now have the freedom to marry in 24 countries on 6 continents, that means that 1.1 billion people in the world now live in a freedom to marry country where gay people can marry. That's a lot of experience, a mount of evidence and experience, that decision makers in Costa Rica can look at to answer the questions about "how will this affect this?", "how will this affect that?" These are not new questions, it's not a new, scary, difficult change. This is the kind of step towards full equality and dignity that countries committed to the rule of law are making. We just saw two other countries this year, already, end the denial of marriage: deeply Roman Catholic Malta, and Germany. IN Australia, more than61% of the population just voted for the freedom to marry and parliament is likely to get it done before New Year's. This is the direction that rule of law democracies are moving in, in order to assure full respect and dignity under the law for all.

"What has to happen in Costa Rica –as in any country making progress– is that there needs to be more discussion, more conversation."

What has to happen in Costa Rica – as in any country making progress – is that there needs to be more discussion, more conversation. Gay people need to talk about who we are, why marriage matters to us and the family, our family members need to speak up for us, and we need to engage decision makers in that conversation and build public support. As we are doing that, there is this mountain of experience and evidence from all these other countries that Costa Rica can draw on to quickly answer the questions and move forward. And finally, 70% of the people of Latin America now live in a freedom to marry country. Surely the people of Costa Rica deserve no less than the people of Argentina, Brazil, Uruguay, Mexico, and Colombia.

6. What would be your advice to all activists that fight for same-sex marriage in countries where it is not yet allowed?

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

The chief engine of change is conversation. The most important thing activists in other countries can do to build on the global momentum is to begin that conversation, to talk about who gay people are, who our families are, why marriage matters to us, how the denial affects us, talk about our love and our commitment, our families and needs, and also talk about the shared values of respect, love, inclusion, equality, and connection that we believe in, as do our non-gay brothers and sisters and fellow citizens. Talk about the golden rule of treating others as you want to be treated. Talk about values such as standing up for love, for respect for others. Talk about the mountain of evidence that's out there showing that families are helped and no one is hurt. We now have that evidence from countries like Colombia, Argentina, Spain, the United States, and many others around the world. Conversation is the key and we must organize to do the work. We must engage members of the Congress, we must engage judges in the courts. But it is not enough to just go to decision makers; we need to go to the decision makers by building support, for example, in the business community, by telling the stories of our families, by getting our non-gay families members to speak for us.

Obviously, this conversation and organization can really change hearts, minds, and the law. In a country like Costa Rica, which really does have this value of respect and caring for one another, the business community understands that, if it wants to be able to compete in the global economy, the answer is to end discrimination in marriage and become one of the freedom to marry countries that is most successful in the values of democracy and rule of law, in the economy, and in treating people fairly.

We must engage in all that work of organizing a campaign and generating conversation, and then making that conversation and those voices heard by legislators, the president, and the judiciary. These are the ways to move forward, this is the work at hand. We know it can be done because we have already seen it done in 24 countries.

Evan Wolfson in first Equal Civil Marriage Congress in Costa Rica.

"Evan Wolfson es un abogado estadounidense y defensor de los derechos de las personas LGBTI. Es el fundador y presidente de la organización *Freedom to Marry* (en español: "Libertad para casarse") y es ampliamente considerado como el arquitecto del movimiento que llevó al reconocimiento del matrimonio civil entre personas del mismo sexo en Estados Unidos de América, en 2015. En 1983, Wolfson escribió su tesis en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard sobre las personas homosexuales y la libertad de contraer matrimonio.

En la década de 1990, fungió como abogado en el histórico caso de matrimonio igualitario en Hawái, que llevó al aún vigente movimiento global a favor del matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Además, ha participado en numerosos casos relacionados con personas homosexuales y VIH/SIDA. En 1978, el señor Wolfson obtuvo una licenciatura en historia de la Universidad de Yale. Además, fue voluntario del Cuerpo de Paz en un pueblo de Togo, África. Escribió el libro *Why Marriage Matters: America, Equality, and Gay People's Right to Marry*, publicado por Simon & Shuster en julio de 2004.

Debido a su liderazgo nacional en el tema del matrimonio y su comparecencia ante la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en Boy Scouts contra James Dale, el *National Law Journal* nombró a Wolfson en 2000 uno de "los 100 abogados más influyentes en Estados Unidos de América." El periódico *Newsweek/The Daily Beast* lo apodó "el padrino del matrimonio homosexual" y la revista *Time* lo nombró entre "las 100 personas más influyentes del mundo." En 2012, Wolfson recibió el *Barnard Medal of Distinction* junto con el presidente estadounidense Barack Obama.

Después de haber logrado en 2015 la meta que había perseguido durante 32 años, Wolfson ahora se dedica a aconsejar y asistir diversos movimientos en los Estados Unidos y en el resto del mundo que desean adaptar el modelo y aplicar las lecciones que hicieron a *Freedom to Marry* tan exitosa. Desde la ciudad de Nueva York, Wolfson ha sido nombrado (i) *Distinguished Visitor from Practice* en el Centro Jurídico de la Universidad de Georgetown, en la cual es profesor de derecho y cambio social; (ii) *Distinguished Practicioner in Grand Strategy* en la Universidad de Yale; y (iii) *Senior Counsel* en Dentons, la firma legal más grande del mundo, con más de 125 oficinas en más de 50 países."[2]

En el pasado mes de noviembre de 2017, el señor Wolfson visitó Costa Rica para participar en el primer Congreso de Matrimonio Civil Igualitario

[2] Texto traducido de la página web de la organización Freedom to Marry. http://www.freedomtomarry.org/the-team/entry/Evan-Wolfson

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

y apoyar el movimiento que lidera la firma HDuarte-Lex y la fundación Igualitos a favor del matrimonio entre personas del mismo sexo en Costa Rica.

Entrevista a Evan Wolfson

1. ¿Cuáles fueron los principales desafíos a los que se enfrentó Estados Unidos en la lucha por alcanzar el matrimonio igualitario?

"Bueno, en primer término, cabe indicar que cada país es diferente, por lo que no hay una fórmula automática que se pueda copiar exactamente para otros países. Sin embargo, creo que hay elementos comunes que ofrece nuestra campaña en los Estados Unidos y que se pueden adaptar al trabajo de otros países. En los Estados Unidos, tenemos la suerte de tener una Constitución y el Estado de Derecho, así como la democracia, una prensa libre y un Poder Judicial independiente. Los países que, como nosotros, tienen estos elementos básicos de libertad, tienen la obligación de cumplir las promesas que hacen en su sociedad, de ser sociedades donde se respete el Estado de Derecho, la libertad, la igualdad y la dignidad, incorporadas en la Constitución, que también son parte del sistema de gobierno. Como mencioné, países como Estados Unidos, que tienen estas promesas, deben cumplirlas. Al tener la Constitución, el Estado de Derecho, la capacidad de organizarse y expresarse, y la libertad de los medios de comunicación, fuimos capaces de reunirlos para defender la libertad de contraer matrimonio. Es algo muy afortunado que tenemos, y es algo que no podemos dar por sentado. Debemos trabajar para defender estos elementos del Estado de Derecho y la libertad. Pero la Constitución y estas promesas de libertad, igualdad y dignidad no se cumplen automáticamente. También tuvimos que trabajar en crear un ambiente que alentara al gobierno, a los Tribunales y a los funcionarios electos a cumplir con estas promesas. Ellos no las siguieron automáticamente, sino que tuvieron que ser alentados, ayudados y empujados. Tuvimos que organizar una campaña que nos permitiera hacer el trabajo político y legal, pero especialmente que nos permitiera brindar la educación pública y las conversaciones personales que crearían un ambiente de entendimiento, en el cual los poderes políticos y judiciales podrían ser alentados a hacer lo correcto. Los grandes desafíos que tuvimos que enfrentar fueron cambiar la falta de entendimiento, los prejuicios y los estereotipos sobre lo que son las personas homosexuales, y ayudarles a comprender quiénes son las personas homosexuales en la sociedad, cómo formamos familias, por qué somos parte de una familia y por qué queremos la libertad para casarnos. Las personas homosexuales quieren y necesitan la libertad para casarse por la

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

misma combinación de razones que otras personas. Una vez que logramos cambiar los corazones y las mentes, crear ese entendimiento y disipar los miedos y prejuicios, las personas transformaron su comprensión, y eso creó el ambiente en el que los responsables políticos y legales también comenzaron a hacer lo correcto."

2. ¿Cuáles son las lecciones más valiosas que aprendió de la campaña "Freedom to Marry"?

"***Creer que puedes cambiar las cosas.*** La primera importante lección es que debés creer que podés hacer una diferencia en el mundo. Debés creer que otras personas se levantarán. Debés creer en el poder del cambio, y es importante también transmitir esa creencia, ese optimismo, para que otros se te unan en el trabajo. Si pasás tu tiempo lamentándote por lo malas que son las cosas, o por lo injustas que son, o por lo decepcionantes que son los políticos; si pasás todo el tiempo catalogando lo negativo, no estás transmitiendo el optimismo y la oportunidad de inspirar a otras personas a unirse en el trabajo de cambio; estás dando permiso para la inacción, en lugar de alentar a la acción. Entonces, la primera lección es creer que las cosas pueden cambiar. En los Estados Unidos, pasamos de que los homosexuales fueran despreciados, oprimidos y criminalizados, que se les considerase enfermos, indignos e incapaces de amar, a que los homosexuales ingresaran y compartieran el lenguaje central y la estructura del amor y compromiso en nuestra sociedad: el matrimonio. Si podemos alcanzar esa transformación en los corazones y las mentes, y luego en la ley, en este caso, podremos hacerlo en las muchas otras cuestiones en las que todavía debemos trabajar para construir un mundo mejor.

La segunda lección: ***sigue adelante.*** Incluso una pérdida, una derrota o un tropiezo no te detendrán si continuás. Siempre querés ganar, pero si no podés ganar en la batalla inmediata, al menos podés participar del trabajo, participar de la conversación, participar en la batalla, para mirar hacia adelante. Aun cuando no se gane inmediatamente, es posible generar conversación, atraer nuevas personas e identificar el problema más claramente. Descubrí lo que no sabés y cómo podés mejorar, eso te permite ponerte en el lugar para la próxima batalla, y luego la siguiente batalla, y después la victoria. Incluso si perdés, incluso si no ganás inmediatamente, aun podés estar ganando, y debés transmitir que estás ganando para atraer a las

"Las personas homosexuales quieren y necesitan la libertad para casarse por la misma combinación de razones que otras personas."

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

personas y mantener el impulso.

Si tuviera que resumir las lecciones de la exitosa campaña "Freedom to Marry" en tres palabras, serían: esperanza, claridad y tenacidad. Junto a la creencia y perseverancia que he descrito, agregaría como tercera lección la importancia de **estar claro en cuanto al objetivo y la estrategia**, el camino para obtener el cambio que se busca."

3. Desde un punto de vista educativo, ¿qué políticas considera que los Estados deberían emplear dentro del sistema escolar para garantizar que las sociedades sean más tolerantes e inclusivas?

"Considero que es importante que ayudemos a las personas a entender que la diversidad es algo que debe valorarse y no algo que deba temerse. Somos diferentes unos de otros de muchas maneras, y esas diferencias nos hacen más fuertes, más ricos y más interesantes en el mundo. Deberíamos estar enseñando a no temer a la diferencia, sino a aceptarla, a celebrarla. Es importante ver semejanzas, lo que compartimos como seres humanos, a pesar de esas diferencias. Una de las diferencias naturales en los seres humanos es la orientación sexual; otra es la identidad de género de las personas. Las personas homosexuales y las personas transgénero son minorías dentro de la población, pero aun así son muy vibrantes, importantes, maravillosas y valiosas como parte de la familia, de la comunidad y de la sociedad. Somos seres humanos y, a pesar de nuestras diferencias, compartimos los mismos sueños, esperanzas, necesidades y vulnerabilidades que cualquier otra persona. Es importante que las escuelas ayuden a los jóvenes a prosperar en un mundo donde hay diferencias. No queremos que a los niños se les enseñe a menospreciar a otras personas solo porque son diferentes; queremos que se les enseñe a apreciar las diferencias, a defenderse por sí mismos y a tener éxito en un mundo donde hay mucha diferencia. Eso es lo que debería enseñarse en las escuelas: que hay diferentes tipos de familias, etnias, religiones, personas con diferente orientación sexual o identidad de género, pero todos somos parte de la familia, de la comunidad y del país. Mientras más niños se sientan cómodos con esas diferencias y se defiendan por sí mismos, mejor será el mundo que tendremos.

"Deberíamos estar enseñando a no temer a la diferencia, sino a aceptarla, a celebrarla."

Por último, también es importante recordarles a los padres que, aun cuando las escuelas enseñan el valor de la diferencia y el valor del respeto para todos, a los niños sus padres les enseñan valores. Los padres todavía conservan el control y el rol primario de enseñar a

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

sus hijos este tipo de valores, para que sus hijos tengan éxito en el mundo."

4. En caso de que logren el matrimonio entre personas del mismo sexo, ¿cuál es la siguiente meta que los activistas LGBTIQ+ deberían perseguir?

"No estoy verdaderamente de acuerdo con la palabra "siguiente", pues ya estamos trabajando en muchas cosas y tenemos que trabajar en muchas cosas, ya que nos enfrentamos a exclusión y discriminación en muchos frentes. No se trata de elegir uno y luego otro, sino más bien de trabajar efectivamente en cuantas cosas podamos hasta que logremos el mundo que queremos. Dicho lo anterior, sí creo que trabajar en la libertad de casarse es muy importante por dos razones. Número uno, porque ser negado el matrimonio es ser negado algo muy importante que toca todos los aspectos de la vida, desde el nacimiento hasta la muerte. Ser negado la libertad de casarse es ser negado el lenguaje del amor, del compromiso, de la familia, de la conexión, de la inclusión y de la dignidad. Es que te digan que no sos parte de la familia, que no merecés amor y compromiso y que, de alguna manera, tu vida no es igual, no es íntegra – que una sociedad haga eso a su gente es terrible, es empujarlos fuera. Ser negado el matrimonio también es ser negado una importante red de protección legal y un conjunto de responsabilidades y protecciones que importan. Por lo tanto, luchar y trabajar por la libertad de casarse es enormemente importante porque el matrimonio es importante… tanto para personas gay como para aquéllas que no lo son. La segunda razón por la que trabajar por la libertad de casarse es importante es que, al hacerlo, estamos ayudando a la gente heterosexual a comprender mejor quiénes son las personas homosexuales, utilizando el lenguaje que la gente comprende, que es el del amor, el compromiso, la familia y la inclusión. Utilizar ese lenguaje les ayudará a comprender mejor quiénes somos, lo cual nos ayuda a progresar en todos los frentes, no sólo en el matrimonio. Trabajar en la libertad para casarse no es sólo sobre el matrimonio, sino que es impulsar un motor de transformación que nos ayuda a avanzar en todos los frentes. Nos ayuda a reducir el prejuicio, el temor y la exclusión, lo cual nos pone en una mejor posición para seguir progresando en otros temas importantes, tales como la no discriminación en el lugar de trabajo, en la educación y en los lugares de acceso público, tales como restaurantes, teatros o negocios. Involucrarnos en el lenguaje del matrimonio nos permite hacer una diferencia para jóvenes gay y trans no sólo a nivel legal, sino también en su diario vivir, así como a mejorar la experiencia de vida de otros más mayores. Ayuda a unir a la

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

gente. No se trata de luchar por una de estas cosas, sino de luchar por todas. El trabajo para lograr el matrimonio y la conversación al respecto es un poderoso motor de transformación que nos puede ayudar a avanzar en todos los frentes."

5. Muchos costarricenses creen que nuestra sociedad no está culturalmente preparada para adoptar el matrimonio del mismo sexo. ¿Qué cualidades cree usted que caracterizan a una sociedad que sí lo está y qué acciones pueden tomarse para preparar a los ciudadanos para este cambio?

"Primero que todo, no creo que ningún país esté automáticamente listo a menos que haya habido conversación sobre quiénes son las personas gais, por qué el matrimonio importa y sobre los valores que comparten personas homosexuales y heterosexuales que viven en una sociedad que apoya la libertad de casarse, tales como el respecto por el prójimo, la inclusión, el acercamiento, el tratar a los demás como te gustaría ser tratado y la justicia. Tenemos que tener esta conversación, estas cosas no pasan automáticamente. Dicho lo anterior, pienso que Costa Rica es un país maravilloso y bello con una sociedad fuerte y afectuosa en la cual todos esos valores son muy reales. Por lo tanto, en ese sentido, Costa Rica está lista para esta conversación y este progreso. En Costa Rica, como en Estados Unidos, México, Canadá, Gran Bretaña, España, Argentina, Uruguay y tantos otros países alrededor del mundo, existe una democracia basada en un Estado de Derecho en el cual se garantiza que todos los ciudadanos serán tratados con igualdad, libertad y dignidad ante la ley. Todos éstos son valores que argumentan a favor de la libertad de casarse, así que a Costa Rica no se le está pidiendo que salte a un precipicio. Ahora tenemos la libertad de casarse en veinticuatro países en seis continentes. Eso significa que mil cien millones de personas viven en un país con libertad de casarse, en el que las personas gais pueden contraer matrimonio. Hay mucha experiencia, un montón de evidencia y experiencia, que puede ser consultada por los dirigentes políticos en Costa Rica para responder a preguntas sobre "¿Cómo afectará esto a esto? ¿Cómo afectará esto a lo otro?" Estas preguntas no son nuevas; no se trata de un cambio nuevo, atemorizante ni difícil. Este es el tipo de paso hacia una completa igualdad y dignidad que están tomando países comprometidos con el Estado de Derecho. Este año, acabamos de ver a otros dos países acabar con la denegación del matrimonio: Malta –que es profundamente católico– y Alemania. En Australia, más del 61% de la población recién votó a favor de la libertad de casarse, por lo que su parlamento probablemente apruebe el matrimonio entre personas del mismo sexo antes de finalizar

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

este año. Esta es la dirección en la que los Estados de Derecho democráticos se están desplazando con el fin de asegurar a todos un absoluto respeto y dignidad ante la ley.

Lo que debe suceder en Costa Rica –así como en cualquier otro país que esté progresando– es que haya más discusión, más conversación. Las personas gais debemos hablar sobre quiénes somos, sobre por qué el matrimonio es importante para nosotros y para la familia. Nuestros familiares deben manifestarse a favor de nosotros. Necesitamos involucrar en esa conversación a los que toman decisiones en el país y construir respaldo popular. Conforme hacemos eso, existe esta montaña de experiencia y evidencia proveniente de todos estos otros países que Costa Rica puede utilizar para responder rápidamente a las preguntas y avanzar. Finalmente, 70% de las personas de América Latina ya viven en un país con libertad de casarse. Definitivamente, la gente de Costa Rica no merece menos que la gente de Argentina, Brasil, Uruguay, México y Colombia."

Lo que debe suceder en Costa Rica –así como en cualquier otro país que esté progresando– es que haya más discusión, más conversación.

6. ¿Cuál es su consejo para los activistas que luchan por el matrimonio entre personas del mismo sexo en Estados en los que éste aún no está permitido?

"El motor principal del cambio es la conversación. La cosa más importante que pueden hacer los activistas de otros países para crear un impulso global es empezar esa conversación, hablar sobre quiénes son las personas gais, quiénes son nuestras familias, por qué el matrimonio es importante para nosotros y cómo la denegación nos afecta. Debemos hablar sobre nuestro amor y nuestro compromiso, sobre nuestras familias y necesidades, así como sobre los valores compartidos de respeto, amor, inclusión, igualdad y conexión en la que creemos, como lo hacen nuestros hermanos y hermanas heterosexuales. Debemos hablar sobre la regla de oro, que es tratar al prójimo como se quiere ser tratado. Debemos hablar sobre la montaña de evidencia que está disponible y que muestra que esto ayuda a las familias y no daña a nadie. Tenemos evidencia de países como Colombia, Argentina, España, Estados Unidos y muchos otros alrededor del mundo. La conversación es la clave y debemos organizarnos para hacerlo. Debemos involucrar a miembros del Congreso, así como a jueces en las cortes. Pero esto no es suficiente, debemos ir a ellos a con apoyo, por ejemplo, de la comunidad empresarial, contando las historias de

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

nuestras familias y pidiéndole a nuestros familiares heterosexuales que hablen por nosotros.

Obviamente, esta conversación y organización puede cambiar corazones, mentes y la ley. En un país como Costa Rica, que verdaderamente tiene este valor de respeto y de preocuparse por el prójimo, la comunidad empresarial entiende que, si quiere competir en la economía global, la respuesta es ponerle fin a la discriminación en el matrimonio y convertirse en uno de los países de libertad de casarse que es más exitoso en cuanto a valores de democracia, Estado de Derecho y trato justo a las personas.

Debemos involucrarnos en todo el trabajo que significa generar conversación y luego en hacer que esa conversación y esas voces sean oídos por legisladores, el presidente y el poder judicial. Estas son las maneras de avanzar; este es el trabajo por realizar. Sabemos que puede lograrse porque ya lo hemos visto suceder en veinticuatro países."

Evan Wolfson (centro) en el primer Congreso de Matrimonio Civil Igualitario en Costa Rica

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

ENTREVISTA

Víctor Madrigal Borloz

Experto independiente de la Organización de las Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

A finales de 2017, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas designó al señor Víctor Madrigal Borloz –jurista costarricense– como experto independiente de las Naciones Unidas sobre orientación sexual e identidad de género por un período de tres años que comenzará el 1 de enero de 2018. Como tal, evaluará la implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, creará conciencia, dialogará con los más relevantes exponentes y dará servicios de consultoría, asistencia técnica y desarrollo de capacidades para tratar el problema de la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

El señor Madrigal Borloz actualmente ocupa el puesto de Secretario General del Consejo Internacional de Rehabilitación de Víctimas de Tortura (ICT) con sede en Copenhague, Dinamarca. Se trata de una red global de más de ciento cincuenta centros de rehabilitación destinados a la rehabilitación integral de víctimas de tortura y maltrato.

De 2013 a 2016 fungió como miembro del Subcomité de las Naciones Unidas para la Prevención de la Tortura, en el puesto de Relator sobre Represalias y supervisó la redacción de una política sobre la tortura y el maltrato de las personas LGBTI. Anteriormente, condujo trabajo técnico en numerosos casos, informes y declaraciones testimoniales en su función como Jefe de Litigio y Jefe de Registro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. También ha trabajado en el Instituto Danés de Derechos Humanos, en Copenhague, Dinamarca y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en San José, Costa Rica.

Víctor Madrigal Borloz es miembro fundador de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI), así como del International Justice Resource Center (IJRC) y el Synergia-IDH.

El mandato de las Naciones Unidas sobre Orientación Sexual e Identidad de Género que fue encargado al señor Madrigal Borloz ofrece a los estados una asesoría técnica para eliminar la violencia y discriminación en contra de las personas LGTBI. Dentro de sus objetivos, el mandato busca eliminar la criminalización de las relaciones consensuales entre adultos del mismo sexo y persigue la inclusión social de estas personas. La violencia en contra de las personas LGTBI varía dentro de los mismos estados. En términos generales, en las ciudades existe un nivel más alto de tolerancia que en las zonas rurales frente a las personas LGTBI. Mediante la educación, el mandato busca la prevención de la violencia y se enfrenta al gran reto de apegarse a su espíritu originario y a encontrar espacios de consenso en la comunidad internacional.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Entrevista a Víctor Madrigal Borloz

Realizada por Felipe Volio Soley y Édgar E. Méndez Zamora.

1. **¿Podría explicarnos brevemente en qué consiste su mandato y cuáles son sus principales objetivos?**

"El mandato de experto independiente fue creado como resultado de un proceso de varios años en el Consejo de Derechos Humanos. Es el resultado de la voluntad de los Estados de dar visibilidad a los problemas de violencia y discriminación que sufren las personas con base en orientación sexual e identidad de género y del trabajo tesonero de organizaciones de la sociedad civil en todo el mundo. El mandato encontró inspiración, entre otras cosas, en el trabajo que hicieron las organizaciones de la sociedad civil ante la Organización de Estados Americanos y en la creación de la Relatoría para los derechos de las personas LGBTI en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es la demostración del dinamismo que existe en las organizaciones internacionales y en los mecanismos de protección de los derechos humanos a nivel internacional.

El mandato tiene como objeto dar visibilidad a la problemática que existe con relación a la violencia y discriminación como resultado de orientación sexual e identidad de género. Trata de ofrecer a los Estados una asesoría técnica y un acompañamiento sobre las medidas que se pueden tomar para asegurar que esta problemática pueda ser eliminada".

2. **El mandato fue creado en 2016. A pesar de su corta vida, ¿considera usted que ya se han logrado aciertos que cumplan con los objetivos para los que fue creado?**

"Sí, claro. El primer titular del mandato, el profesor Muntarbhorn de Tailandia creó un marco conceptual para el desarrollo del mandato. Tomó las instrucciones que recibió para el mandato, la idea de crear una panorámica sobre el estado del derecho internacional en la materia, y con base en ese mandato y esa idea de una visión panorámica elabora una agenda de seis temas que, desde

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

su punto de vista, son los que tienen que ser prioridad en el desarrollo temático del mandato. Estos temas son los relacionados con la descriminalización de las relaciones consensuales entre adultos del mismo sexo, la adopción de medidas contra la discriminación, el reconocimiento legal de la identidad de género, el trabajo contra el estigma, la inclusión social y la empatía. Esta agenda que él traza es para mí el gran logro de este año de trabajo en que él ha realizado una serie de consultas a los Estados, la sociedad civil y otras entidades interesadas."

3. **Frente a la oposición que hubo de parte de ciertos estados con respecto a la creación del mandato ¿qué acciones son necesarias para dotarlo de legitimidad?**

"La Asamblea General de la ONU es un órgano de encuentro en donde todas estas posiciones se van debatiendo y se va creando un consenso internacional. Lo más importante en el ejercicio de este mandato es proveer lo que los Estados han solicitado, que es una panorámica sobre el estado de los derechos humanos en esta materia y asegurar que se mantiene en todo momento una actitud abierta hacia la recepción de los diferentes puntos de vista en un diálogo dinámico y que evidentemente refleje diferentes posiciones en todas las sociedades en las que vivimos nosotros. Lo que para mí es esencial es asegurar que haya un reconocimiento de que hay una problemática básica de violencia con respecto a la cual obviamente todos los Estados tienen consenso, que es que ninguna persona merece violencia, tortura, violación a su integridad física o desaparición, por el hecho de su orientación sexual. Ese núcleo fuerte, que es un núcleo de intersección con los derechos fundamentales que tienen adherencia universal, para mí es realmente la base para elaborar el mandato."

4. **¿Cuáles estados latinoamericanos registran las condiciones más críticas en cuanto a casos reportados de violencia en contra de las personas LGBTI? ¿Cómo se compara el panorama latinoamericano frente a las otras regiones en el mundo?**

"Cuando se considera una problemática como la violencia, es muy difícil establecer exactamente cuál situación puede ser mejor o peor. Las asimetrías que existen en los Estados, tanto de Latinoamérica como de otras regiones del mundo, no son necesariamente diferentes de Estado a Estado, pueden ser diferentes dentro de ciertos contextos dentro de los Estados. Por ejemplo, hay una gran diferencia entre las poblaciones rurales y las poblaciones urbanas. Típicamente, en las ciudades existe un nivel mucho más alto de respeto a la diversidad. Algunas ciudades de Latinoamérica

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

han sido las primeras en adoptar medidas respecto de matrimonios del mismo sexo o medidas antidiscriminación. En esos mismos países en donde en las partes urbanas puede haber gran recepción y grandes mantos de respeto, en las zonas rurales puede haber enormes dificultades.

Esa misma asimetría también se da entre estratos sociales y educativos. Eso es lo que se conoce como la "multi-sectorialidad" y la "interseccionalidad" de las relaciones de derechos humanos en materia de LGBTI. El problema es real en todas las regiones del mundo. Pero evidentemente es más complicado y mucho más difícil de enfrentar en los países en los cuales existe criminalización. Esto hace que sea imposible inclusive acceder o reportar a la justicia por parte de las personas gais, lesbianas o bisexuales. Es por esto que en la agenda del experto independiente hasta este momento es lo que figuraba en primer lugar como el desarrollo teórico del que les hablaba."

5. **Al hablar de regiones y al tener en cuenta la posición de Costa Rica frente a las personas LGBTI ¿considera que su nacionalidad como costarricense es o ha sido un factor importante que pueda influir en su condición de mandatario?**

"No estoy seguro de cuáles puedan ser las condiciones específicas que podría traer al mandato. Si lo pienso un momento, hay ciertas cosas sobre las cuales los costarricenses tenemos un patrimonio muy importante. Por ejemplo, creer en el diálogo. Creer en la posición del diálogo y el respeto de los derechos humanos en la creación de culturas de paz, por ejemplo. El entender la importancia de ese respeto es un bagaje que llevamos en todo lo que hacemos. No creo que sea un bagaje único; existen otras culturas y otras tradiciones político-jurídicas en las que también existe, pero obviamente sí hay una parte importante en la cual se gesta y se nutre el respeto por el derecho internacional y los derechos humanos."

Las asimetrías que existen en los Estados, tanto de Latinoamérica como de otras regiones del mundo, no son necesariamente diferentes de Estado a Estado, pueden ser diferentes dentro de ciertos contextos dentro de los Estados.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

6. **Hablando un poco de Costa Rica y del respeto, ¿considera usted que las llamadas "marchas pacíficas por la familia", como algunas de las que se han dado recientemente en nuestro país, que abogan por la exclusividad del matrimonio entre hombre y mujer, están cubiertas por el derecho a la libertad de expresión?**

"Es muy difícil opinar en lo abstracto. Hay una parte de todo este diálogo que le da riqueza a la dinámica social y que para mí va más allá de una problemática de violencia y se circunscribe más a una problemática de ciertos modelos sociales como por ejemplo el modelo de familia. Para mí, lo esencial es que ninguno de esos diálogos lleve mediata o inmediatamente a una situación en la que se condone la violencia o la discriminación contra grupo, población o comunidad alguna. Esa diferencia tiene que ser hecha de una manera muy clara. Pero, por supuesto que en toda sociedad y dentro del marco del respeto siempre tiene que existir un marco para la diferencia de opinión. A mí me parece que ese es el marco que protege obviamente la libertad de expresión. En este momento, no vivo en Costa Rica y no conozco las posiciones específicas de cada marcha y de cada postulado, entonces no puedo pronunciarme sobre ninguna específica, pero obviamente sí a lo que se refiere es a diferencias de opinión, ésta debe existir siempre en un marco de una sociedad democrática."

7. **¿Y si fuera un discurso de odio?**

"Los discursos de odio tienen un marco muy claro porque transgreden el respeto a los derechos humanos al incitar a ciertas violaciones y a la condonación de violaciones. Esto va más allá del respeto a la libertad de expresión que sostiene el marco de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos y los demás instrumentos jurídicos que sostienen el marco de estas libertades."

8. **¿Considera factible que se le dé un estatus de refugiado a una persona LGTBI por su orientación sexual?**

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

"La orientación sexual está reconocida por el Alto Comisionado [de las Naciones Unidas para los Refugiados] como una de las condiciones que debe ser reconocida como una fuente de violencia histórica y discriminación contra grupos, poblaciones y comunidades. Entonces, típicamente, el estándar que debe seguirse es el estudio sobre cuáles pueden ser las dificultades y la realidad de una persona al ser retornada a un contexto en el que tenga una certidumbre o una preocupación bien fundamentada de sufrir violencia por su orientación sexual. En este momento, es muy común que se reconozca que la orientación sexual es fuente de una discriminación histórica contra personas que están en el proceso de solicitud de asilo. Las dificultades que enfrentan los sistemas son más complicadas, por ejemplo, cómo hacer operativo este test. En la teoría sí es reconocido ampliamente como una de las condiciones que debe ser examinada cuidadosamente como fuente de violencia y discriminación para una persona que está en el proceso de asilo."

"En este momento, es muy común que se reconozca que la orientación sexual es fuente de una discriminación histórica contra personas que están en el proceso de solicitud de asilo."

9. Con respecto al test, ¿qué condiciones mínimas de peligro deben cumplirse para que sea suficiente otorgar el asilo?

"En la práctica que existe en este momento se ven diferentes contextos. En algunos casos, ha existido un reconocimiento de que una situación generalizada de persecución o inclusive la criminalización representan en sí mismas constatación suficiente para concluir que el entorno es hostil y puede dar lugar a una presunción bien fundamentada de violencia. En otros casos específicos existe prueba. Hay otros casos en los que, practicados Protocolos de Estambul a solicitantes de asilo, ha quedado claro que ha habido un historial de tortura y de malos tratos con base en la orientación sexual e identidad de género, que constituye en sí mismo documentación suficiente para reconocer la condición de refugiado."

10. Quisiéramos también aprovechar su amplio conocimiento en temas de lucha contra la tortura, para preguntarle: ¿Qué actos clasifican como tortura en contra de las personas LGBTI?

"La definición específica de tortura y su relación con actos y conductas que puedan ser trato cruel

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

y degradante no varía con respecto al grupo o comunidad al que se refiera la violencia. Lo que varía es el entendimiento de cuáles pueden ser los factores que están generando o condonando esos actos. Por ejemplo, la definición básica de tortura tiene los tres grandes elementos, que son: la idea de daño y sufrimiento, la idea de una cierta intencionalidad y la idea de la participación o aquiescencia del Estado. Eso en sí mismo no cambia de acuerdo con el grupo al que se refiere ese acto. Lo que puede cambiar es lo que puede ser entendido dentro de un cierto contexto como daño. En algunos casos, por ejemplo, puede considerarse que cierta exposición, como la desnudez, sea utilizada en ciertos contextos como una manera de infringir un daño psicológico a un cierto grupo. Típicamente, tenemos el caso de violencia sexual contra de las mujeres. Hay casos en donde se ejerce violencia relacionada con símbolos religiosos. Lo que varía es el contexto en el cual se da este tipo de violencia.

En el caso de personas LGTBI, puede haber manifestaciones muy particulares que se refieran a la sexualidad de las personas. Uno de los casos más típicos es lo que se conoce como "exámenes anales coercitivos". Estos son los exámenes anales que se realizan con el supuesto propósito de probar o dejar de probar la homosexualidad de la persona. En sí, lo que esto representa es una violación sexual. Estos exámenes son utilizados en muchos contextos como una herramienta para infligir sufrimiento psicológico porque a las personas se les avisa con una semana de antelación que se les va a realizar un examen anal coercitivo. Entonces, estas personas están bajo la idea de que van a ser violadas dentro de una semana. Esto tiene mucho que ver con la idea de la sexualidad de estas personas, porque se entiende que no tienen valor probatorio absoluto. El Grupo Independiente de Expertos Forenses ha dicho ya que la validez médica de esos exámenes es nula. Lo que provocan es un enorme sufrimiento que en sí mismo constituye ese acto de tortura para infringir un castigo ante la no conformidad con la norma de orientación sexual."

11. ¿Cómo se materializa entonces la violencia psicológica en contra de las personas LGBTI? ¿Podría ésta configurar tortura?

"Uno de los grandes desarrollos durante el último medio siglo es el entendimiento de que el sufrimiento psicológico es y puede ser tan intenso y dejar secuelas tan intensas como el sufrimiento físico. Típicamente, tenemos los patrones de tortura que están destinados a crear un miedo generalizado, por ejemplo. También tenemos, como les mencionaba, el amenazar con una violación a través de un examen anal. Todos estos elementos pueden provocar un gran sufrimiento, lo cual está

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

bien entendido en literatura médica bien establecida, que documenta el trauma que puede provocarse a través del daño psicológico."

12. ¿De qué manera considera usted que la ONU debe abogar a favor de la reforma legal interna de cada Estado miembro en temas LGBTI?

"Esa voluntad de los Estados está reflejada justamente en la estructura de la resolución que crea el mandato (ver resolución 32/2 del Consejo de Derechos Humanos adjunta a la entrevista). Esta resolución toma como punto de partida los dos informes del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que ratifican una situación preocupante y realmente muy difícil de violencia y discriminación contra estos grupos, comunidades y poblaciones. Crea una agenda de lo que es la preocupación universal respecto a estos niveles de violencia y propone una agenda de cambio que tiene mucho que ver con la descriminalización y las medidas anti discriminatorias. Yo creo que mucho de esto está reconocido en la resolución que crea el mandato. Hay un orden muy lógico de solicitar que quien ocupa el mandato de experto independiente provea esta asesoría técnica y estas medidas de diálogo para asegurar que se vaya instrumentando esta agenda. No hay ninguna duda de que, en el contenido de estos informes y en el trabajo del experto independiente (el profesor Muntarbhorn), el primer tema en esa agenda es la descriminalización. Luego vienen otros temas que incluyen, entre otros, la política pública y adopción de medidas antidiscriminación."

13. ¿Cuáles son los principales retos que enfrenta el mandato?

"El reto principal es mantener adherencia al enfoque que crea el mandato. Esta es una discusión muy evidente para cualquier persona estudiosa del Derecho Internacional y da lecciones muy ricas de cómo se crea la voluntad de los Estados a través de estos procesos deliberativos. Se percibe con mucha claridad que hay toda una serie de preocupaciones y posiciones distintas que se van barajando a través de ese proceso. Creo que el reto más importante es ubicar el mandato dentro de esa discusión muy activa, que también abre oportunidades. Es una discusión de gran relevancia en la creación del derecho internacional y son espacios que hay que aprovechar para el desarrollo de estas discusiones a nivel del Consejo de Derechos Humanos y de manera más amplia en la Asamblea General."

14. ¿Cómo cree usted que se debe educar a la población con respecto a temas LGBTI?

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

"La agenda de la prevención es una agenda muy importante y compleja. La prevención de cualquier violación de Derechos Humanos, la cual obviamente incluye la violación de los derechos de las personas LGTBI, pasa por toda una serie de medidas que el profesor Muntarbhorn en su agenda llama "medidas de inclusión social y empatía": esa es su teoría de trabajo. En este momento, en lo que se refiere al contexto del mandato, yo estoy muy interesado en escuchar todas las diferentes políticas que se están adoptando en diferentes contextos, con el propósito de extraer buenas prácticas, tales como: campañas de concientización, medidas de educación, medidas duras (como legislación antidiscriminación), acceso a la justicia y acceso a verdaderos procesos de reparación; hay toda una serie de elementos. Hay un componente muy importante de la reparación, que es la no repetición. Eso conecta con la prevención. En la reparación hay que buscar muchos de esos elementos. También tengo que ser humilde, en el sentido de reconocer que esta es una agenda que va a tomar un tiempo significativo para crear una panorámica sobre cuáles son las mejores prácticas a nivel global. Eso es parte de las razones por las que estoy enormemente honrado y entusiasmado de poder llevar a cabo los procesos de consulta y de recabo de información que conlleva el ejercicio del mandato."[1]

"(...) en lo que se refiere al contexto del mandato, yo estoy muy interesado en escuchar todas las diferentes políticas que se están adoptando en diferentes contextos, con el propósito de extraer buenas prácticas (...)"

[1] Para consultar lo referente al mandato en la página web del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, puede utilizar el siguiente enlace: http://www.ohchr.org/EN/Issues/SexualOrientationGender/Pages/Index.aspx

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

Resolución 32/2, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas

Crea el mandato del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género

Naciones Unidas A/HRC/RES/32/2

Asamblea General

Distr. general
15 de julio de 2016
Español
Original: inglés

Consejo de Derechos Humanos
32º período de sesiones
Tema 3 de la agenda

Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 30 de junio de 2016

32/2. Protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género

El Consejo de Derechos Humanos,

Reafirmando la Declaración Universal de Derechos Humanos,

Recordando que la Declaración y Programa de Acción de Viena afirma que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí; que la comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso; y que, si bien debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales,

Recordando también la resolución 60/251 de la Asamblea General, de 15 de marzo de 2006, en la que la Asamblea dispuso que el Consejo de Derechos Humanos sería responsable de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa,

Recordando además las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 17/19, de 17 de junio de 2011 y 27/32, de 26 de septiembre de 2014,

Destacando la necesidad de seguir considerando conjuntamente como propia la agenda internacional en materia de derechos humanos y de examinar las cuestiones de derechos humanos de manera objetiva y sin enfrentamientos,

Comprometiéndose a respaldar su amplia y equilibrada agenda y a fortalecer los mecanismos que se ocupan de cuestiones de importancia, como la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todas sus formas,

Reiterando la importancia de respetar los sistemas de valores culturales y religiosos regionales, así como las particularidades en la manera de considerar las cuestiones de derechos humanos,

Subrayando la importancia fundamental de respetar los debates pertinentes a nivel nacional sobre cuestiones relacionadas con la sensibilidad histórica, cultural, social y religiosa,

Deplorando el uso desde el exterior de medidas de presión y coercitivas contra algunos Estados, en particular países en desarrollo, tales como el uso o la amenaza de uso de sanciones económicas o la aplicación de condicionalidad a la asistencia oficial para el desarrollo, con el fin de influir en los debates y los procesos de decisión pertinentes a nivel nacional,

Preocupado por todo intento de socavar el sistema internacional de derechos humanos tratando de imponer conceptos o nociones relativas a cuestiones sociales, incluida la conducta individual privada, que quedan al margen del marco jurídico de los derechos humanos convenido internacionalmente, y teniendo en cuenta que dichos intentos reflejan un desconocimiento del carácter universal de los derechos humanos,

Subrayando que la presente resolución debería aplicarse, garantizando al mismo tiempo el respeto del derecho soberano de los países y sus leyes nacionales, las prioridades de desarrollo, los distintos valores religiosos y éticos y los patrimonios culturales de su población, y que debería ser plenamente conforme con los derechos humanos internacionales reconocidos universalmente,

Recordando las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos 5/1 y 5/2, de 18 de junio de 2007,

1. *Reafirma* que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición;

2. *Deplora* profundamente los actos de violencia y discriminación que, en todas las regiones del mundo, se cometen contra personas por su orientación sexual o identidad de género;

3. *Decide* nombrar, por un período de tres años, a un Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, y encomendarle el siguiente mandato:

a) Evaluar la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, e identificar las mejores prácticas y las deficiencias;

b) Concienciar a la población acerca de la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, y determinar y abordar las causas fundamentales de la violencia y la discriminación;

c) Entablar un diálogo con los Estados y otros interesados pertinentes, incluidos los organismos, programas y fondos de las Naciones Unidas, los mecanismos regionales de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones académicas, y celebrar consultas con ellos;

d) Trabajar, en cooperación con los Estados, para promover la aplicación de medidas que contribuyan a la protección de todas las personas contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género;

e) Hacer frente a las formas múltiples, interrelacionadas y agravadas de violencia y discriminación con que se enfrentan las personas por causa de su orientación sexual o identidad de género;

f) Organizar, facilitar y apoyar la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional en apoyo de las iniciativas nacionales de lucha contra la violencia y la discriminación de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género;

4. *Pide* al Experto Independiente que presente un informe anual al Consejo de Derechos Humanos a partir de su 35º período de sesiones, y a la Asamblea General a partir de su septuagésimo segundo período de sesiones;

5. *Exhorta* a todos los Estados a que colaboren con el Experto Independiente en el cumplimiento de su mandato, entre otros medios, facilitándole toda la información que solicite, y a que consideren seriamente la posibilidad de dar una respuesta favorable a las solicitudes que les dirija para visitar sus países y de aplicar las recomendaciones formuladas por el titular del mandato en sus informes;

6. *Alienta* a todos los interesados pertinentes, incluidos los organismos, programas y fondos de las Naciones Unidas, los mecanismos de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, los marcos nacionales independientes de supervisión, la sociedad civil, el sector privado, los donantes y los organismos de desarrollo a que colaboren plenamente con el Experto Independiente de modo que este pueda cumplir su mandato;

7. *Solicita* al Secretario General y al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que faciliten al Experto Independiente todos los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para el cumplimiento efectivo de su mandato;

8. *Decide* seguir ocupándose de esta cuestión.

41era sesión
30 de junio de 2016

[Aprobada en votación registrada por 23 votos contra 18 y 6 abstenciones. El resultado de la votación es el siguiente:

Votos a favor:

Albania, Alemania, Bélgica, Bolivia (Estado Plurinacional de), Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Georgia, Letonia, México, Mongolia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Venezuela (República Bolivariana de), Viet Nam

Votos en contra:

Arabia Saudita, Argelia, Bangladesh, Burundi, China, Congo, Côte d'Ivoire, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, Federación de Rusia, Indonesia, Kenya, Kirguistán, Maldivas, Marruecos, Nigeria, Qatar, Togo

Abstenciones:

Botswana, Filipinas, Ghana, India, Namibia, Sudáfrica.]

REVISTA
COSTARRICENSE
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

ACODI - COLADIC
Costa Rica

COMPETENCIA INTERNACIONAL
EDUARDO JIMENEZ de ARECHAGA

simulación judicial ante la honorable
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

San José de Costa Rica

Equipo ganador
XXI Edición CEJA 2017

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

XXI Edición CEJA 2017: Litigando en el corazón del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En noviembre de este año, la Asociación Costarricense de Derecho Internacional (ACODI) tuvo el placer de organizar la XXI Edición de la Competencia Eduardo Jiménez de Aréchaga (CEJA).

La competencia es organizada anualmente por ACODI y consiste en una simulación (moot court) frente a la Corte IDH. El caso de este año, *Lili Elbe Vs. La República de Mairena*, redactado por Dra. Ariana Macaya y la MSc. Amelia Brenes, versó sobre los derechos económicos, sociales y culturales, la condición de refugiado, así como de los derechos de las personas LGBTQI+.

En esta edición contamos con la participación de 16 equipos de 9 países distintos de América Latina. La competencia convocó a estudiantes de derecho y profesionales en materia de derechos humanos. Las rondas preliminares fueron llevadas a cabo en las instalaciones de LEAD University. Además, contamos con el apoyo del personal de la Corte IDH para realizar las rondas finales y la ronda final en su sala de audiencias. En la ronda final, tuvimos el honor de tener como jueces al Presidente en funciones de la Corte IDH, el Juez Ferrer Mac-Greggor, a la Jueza Elizabeth Odio Benito y al Juez Eugenio Raúl Zaffaroni. Asimismo, contamos con la presencia de la señora Emilia Segares, Secretaria Adjunta de la Corte y Ana Lorena González Pinto, directora de la cátedra de Derechos Humanos de la UNESCO en la Universidad de La Salle.

La delegación venezolana de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB), en representación del Estado, fueron los ganadores de la competencia. La delegación peruana de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en representación de la presunta víctima, obtuvo el segundo lugar. Gracias a la cooperación de la

Corte IDH, el equipo ganador recibió dos pasantías para realizar su visita profesional en la Corte el año entrante. El equipo del segundo lugar y la ganadora del premio al mejor orador también fueron acreedores de una pasantía cada uno.

En el marco de la competencia, se realizaron varias actividades académicas y sociales, como fue el Congreso Sobre Esclavitud Moderna y Trata de Personas, que aconteció en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Para este evento contamos con las ponencias del Sr. Alexei Julio Estrada, Director Jurídico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Carlos Gaio abogado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Luis Diego Obando, Oficial Legal Regional de la Unidad Legal Regional para las Américas del ACNUR y Sandra Chaves de la Coalición Nacional Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y laTrata de Personas (CONATT).

CEJA es una oportunidad única para practicar habilidades indispendables para el litigio, tales como la argumentación oral y escrita y la investigación jurídica. Además, ofrece un espacio ideal para relacionarse con estudiantes y profesionales de todo el continente y obtener reconocimientos académicos.

Desde la Junta Directiva de ACODI extendemos una cordial invitación a todos los jóvenes estudiantes interesados en el derecho internacional de los derechos humanos a involucrarse y participar en la próxima edición de CEJA, por lo cual los instamos a estar pendientes de nuestras redes sociales y página web para mayor información.

Por último, quisiéramos agradecer a los patrocinadores de la XXI Edición de CEJA por su invaluable apoyo: BLP (patrocinador oro) y HDuarte Lex (patrocinador plata). Además, estamos infinitamente agradecidos

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

por el apoyo brindado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Casa Presidencial y LEAD University.

¡Participe en CEJA y litigue en el corazón del sistema interamericano de derechos humanos!

Junta Directiva de ACODI y representante de Casa Presidencial (derecha) con Gabriel Ortiz, ganador del premio al mejor orador de rondas preliminares.

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

COMPETENCIA INTERNACIONAL EDUARDO JIMENEZ de ARECHAGA

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.

PARA MÁS INFORMACIÓN:

ceja@acodicr.org

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

¡TE INVITAMOS A PUBLICAR EN EL BLOG DE ACODI!

Invitamos a nuestros asociados a enviar breves notas sobre temas relevantes de Derecho Internacional para su publicación en este reciente espacio de estudio y difusión. Esta plataforma dinámica nos permite contribuir al debate acerca de temáticas innovadoras y relevantes sobre las diferentes ramas del Derecho Internacional.

Para su publicación, las notas deben cumplir con los siguientes **requisitos**:

- ❑ Máximo 10.000 caracteres
- ❑ En fuente Arial, tamaño 12
- ❑ Ser notas inéditas y exclusivas, no publicadas con anterioridad
- ❑ Enviar las notas a la dirección de correo electrónico: juntadirectiva@acodicr.org

Pueden consultar las notas ya publicadas en el siguiente enlace: https://www.acodicr.org/blog

*Ilustración obtenida de: https://blog.internationalstudent.com/2017/06/how-to-get-answers-to-questions-on-studying-in-the-us/

REVISTA COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL
ACODI - COLADIC Costa Rica

FORMÁ PARTE DE LA ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Beneficios de ser asociado de ACODI:

- Pertenecer a una red interamericana de estudio del Derecho Internacional.
- Acceso a eventos académicos exclusivos.
    - Charlas y conversatorios con profesionales influyentes en el Derecho Internacional y la diplomacia..
    - Sesiones de discusión sobre temas relevantes del Derecho Internacional.
    - Premio Manuel María de Peralta.
- Suscripción a la Revista Costarricense de Derecho Internacional.
- Suscripción a Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de ser columnista en Boletín Informativo mensual.
- Posibilidad de postularse como miembro de las Comisiones Temáticas de ACODI.
- Posibilidad de postularse como miembro de la Junta Directiva de ACODI.
- Ser observadora(a) de las competencias internacionales organizadas por ACODI de forma gratuita.
- Asesoría en participación en competencias internacionales.
- Posibilidad de participar como secretario(a) o juez en las competencias internacionales organizadas por ACODI.

ACODI
ASOCIACIÓN COSTARRICENSE DE DERECHO INTERNACIONAL

Escribinos a info@acodicr.org

Información para AUTORES

Sus contribuciones son bienvenidas al siguiente correo electrónico:

RevistaDerechoInternacional@acodicr.org

La Revista Costarricense de Derecho Internacional acepta contribuciones (artículos, ensayos, reseñas) para su publicación.

Las postulaciones deberán contener al menos los siguientes datos:

i. Identificación del candidato (nombre y apellidos).
ii. Detalles de su trayectoria en el campo del Derecho Internacional. En caso de no contar aún con un grado universitario deberá indicar la Universidad en la cual se encuentra matriculado, el nivel que está cursando y los motivos de su interés en el Derecho Internacional.
iii. Una descripción de entre 100 y 300 palabras del tema sobre el cual 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