

July- December 2014
Colombia
ISSN 2216-0965

02
.....
Vol. 5

**EAFIT**
Journal of International Law





JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

02 | Volume 5 | July - December 2014

Colombia

ISSN 2216-0965

EDITORIAL BOARD

Rafael Eduardo Tamayo

Editor in chief

Paola Carrillo Gamboa

Managing editor

José Alberto Toro

Advisory editor

Maria Alejandra Calle

Advisory editor

GRAPHIC DESIGN AND LAYOUT

Design Division

Karin Martínez

Luz Marina Zapata

OPEN JOURNAL SYSTEMS

Centro Cultural Biblioteca Luis Echavarría Villegas

WEBSITE

www.eafit.edu.co/ejil

CONTACT US

EAFIT Journal of International Law

EAFIT University

Carrera 49 7 Sur 50 Medellín-Colombia

Building 27 - 4th Floor

Tel.: (57) 4 - 261 95 00 ext. 9422

Fax: (57) 4 - 261 92 68

Email: ejil@eafit.edu.co

Contents

- 5** EDITORIAL
JOSÉ A. TORO V.
- 9** AN APPROACH TO THE REFORM PROCESS TO THE INTER- AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: CONTEXT, DEVELOPMENT AND PERSPECTIVES TO AN ONGOING PROCESS
ALEJANDRO GÓMEZ-VELÁSQUEZ
- 31** EL ROL DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES Y LA SOCIEDAD CIVIL GLOBAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO COMPONENTE DE LA GOBERNANZA GLOBAL CONTEMPORÁNEA
SARA BOTERO-RESTREPO
- 57** AUTORIDAD PRIVADA EN LA GOBERNANZA GLOBAL. EL PACTO GLOBAL Y LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES
ANDREA CAROLINA HERNÁNDEZ CALDERÓN - SUSANA INÉS TRUJILLO PRECIADO
- 75** A COMPARATIVE ANALYSIS OF UTMOST GOOD FAITH IN COLOMBIAN AND ENGLISH INSURANCE LAW
DANIEL VÁSQUEZ-VEGA
- 103** ANTECEDENTES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES
JONATHAN LÓPEZ-TORRES
- 119** DERECHO INTERNACIONAL, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA: UN ESTUDIO SOBRE LAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL SISTEMA DE JUSTICIA PERUANO
ADÁN LÓPEZ BLANCO

Editorial

José A. Toro V.

Profesor Asistente
Derecho Internacional.
Departamento de Derecho
Universidad EAFIT

El pluralismo del Derecho internacional permite vincular a diferentes actores y regímenes en la protección de los derechos del individuo y de la sociedad civil global en general. La diversidad de aproximaciones al estudio del Derecho internacional contemporáneo posibilita una lectura interdisciplinaria del mismo y como se aprecia en este nuevo número de EJIL la relación de diferentes materias gracias a su lectura de lo internacional.

Es de esta manera como el texto del profesor Alejandro Gómez-V., se orienta a la necesidad de la reforma del sistema interamericano de Derechos Humanos. En particular el de la Comisión Interamericana. El desarrollo del Derecho internacional de los Derechos Humanos a partir de la segunda mitad del siglo XX es extraordinario. Tal carácter se da por su impacto en la noción tradicional de soberanía westfaliana sobre la que se funda el Derecho internacional y el Derecho interno de los Estados, toda vez que encontramos un cuerpo normativo que supone un límite a la acción del Estado y su vinculación a obligaciones comunes a toda la humanidad. Dentro del sistema los órganos de verificación adquieren un rol que implican un desarrollo de la teoría de los poderes implícitos. Esto es entes como el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, los comités de verificación de los tratados universales de protección, y en el ámbito regional, órganos como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desarrollan una interpretación humanista de su objeto y ejecutan su labor a partir del efectivo llamado a rendir cuentas al Estado. Como es de suponer, algunos Estados son reacios a tal actuar de dichos entes y claman por una reforma que suponga imponerle límite a sus facultados y con ello constreñir la eficacia del sistema.

Tal situación es particularmente evidente en el sistema interamericano. El actuar de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el desarrollo de su misión de proteger y promocionar el respeto de los Derechos Humanos en el continente, choca de forma frecuente con la posición de gobiernos que propugnan por un

concepto fuerte de soberanía, para limitar el alcance de dichos derechos. De allí que toda propuesta de reforma a un ente como la Comisión suscite preocupación y polémica por el riesgo institucional que supone para un ente con un alto nivel de legitimidad como es la Comisión. Gómez-Velásquez analiza las propuestas de reforma¹ y a partir de ello subyace un examen de la actividad y propósitos de la comisión.

Por su parte los artículos de Sara Botero-Restrepo y de Andrea Hernández-Calderón y Susana Trujillo-Preciado, se ocupan de examinar la cuestión de los actores no estatales en el Derecho internacional contemporáneo. Ambos textos utilizan el pretexto del Pacto Global de Naciones Unidas y la denominada Iniciativa Ruggie, para afirmar el rol de la sociedad civil global y de las compañías multinacionales en la gobernanza global contemporánea y en ella su rol en el Derecho internacional. Botero-Restrepo analiza por una parte la tensión entre compañías multinacionales y la denominada sociedad civil global, como un componente necesario para la elaboración del concepto de responsabilidad social empresarial y su manifestación en la esfera regulatoria internacional como es el Pacto Global. De igual forma indaga por la operatividad de las normas de *soft law*, y cuestiona el llamado a la autoregulación por parte de las organizaciones empresariales, toda vez que estas se vinculan a los mecanismos de protección de Derechos Humanos es gracias a la presión de la sociedad civil global.

A su vez el escrito de Hernández-Calderón y Trujillo-Preciado considera que el desarrollo de normas de *soft law*, como el Pacto Global, si permite la vinculación de las compañías multinacionales a un marco de promoción y respeto de los Derechos Humanos. Para ello las autoras desarrollan el concepto de autoridad privada a partir de los desarrollos de la economía política internacional. Sobre la base

1 Nota editorial: con posterioridad a la elaboración del texto, se aprobaron las reformas en el marco de la Organización de Estados Americanos. Las reflexiones sobre la función y propósito de la Comisión se mantienen vigentes.

de la edificación de dicha autoridad y su carácter legítimo estructuran como una manifestación de este tipo de autoridad es el desarrollo del Pacto Global y su interacción con organizaciones internacionales, y frente a un ámbito normativo propio del derecho internacional como es el del Derecho internacional de los Derechos Humanos. Con ello las autoras buscan identificar cómo en la construcción de regímenes internacionales intervienen tanto los actores no estatales y las normas de *soft-law*.

Desde el horizonte del *soft law* el texto de Daniel Vásquez-Vega propone un acercamiento a la moderna *lex mercatoria*, a partir del desarrollo del concepto de buena fe en el contrato de seguros. El análisis se conduce a partir de metodologías del Derecho comparado al contrastar la institución y el principio tanto en el contexto de Colombia, como en el de Inglaterra. El referente inglés se justifica toda vez que los estándares internacionales asociados al contrato de seguro parten de conceptos y propuestas creados por las compañías británicas y gestionadas a partir de la Asociación Internacional de Supervisores de Seguros. El estudio comparado identifica la necesidad en los dos marcos de regulación de desarrollar una comprensión y aplicación del principio orientada a proteger al asegurado. Tal identidad permite visibilizar la influencia de la globalización en la construcción, modelación y desarrollo de una figura contractual específica a lo largo del planeta, y con ello la consolidación de la *lex mercatoria* moderna.

Esta interacción entre ordenamientos, que genera una nueva dinámica tanto para el análisis del derecho comparado, como para el análisis de cuestiones y problemas que se deslocalizan como consecuencias de los distintos procesos de globalización. Uno de ellos es el de la privacidad y la protección de datos personales que desarrolla el artículo de Jonathan López-Torres. Del texto se visualiza la gestión de una problemática global, en la cual la perspectiva de integración comparada se torna esencial. Es por ello que en el desarrollo del mismo se concluye que lo que se está gestando es un

régimen internacional propio de la gobernanza global contemporánea. Ante la ausencia de un órgano centralizado de regulación y frente a la fragmentación de la regulación, se evidencia la necesidad de construir un parámetro, un estándar que se erija como el norte de la gestión de la materia. Por ello de forma informal la acción normativa de un ente supranacional como la Unión Europea asume, quizá de manera involuntaria, el rol de regulador global, a partir de identificar su normatividad como el estándar a cumplir por el resto de la sociedad internacional.

El texto de Adán López-Blanco se ocupa de un análisis comparado no entre legislaciones, sino entre una legislación específica, la de la República del Perú, y la regulación jurídica internacional. Para ello se busca identificar uno de los ámbitos de aplicación específica del Derecho internacional, como es el del Derecho internacional de los Derechos Humanos, y de forma específica el Derecho interamericano. En el artículo se identifica por una parte la ampliación del sistema de fuentes del Derecho internacional, al integrar claramente al mismo la jurisprudencia de la Corte Interamericana como uno de los componentes central del Derecho interamericano de los Derechos Humanos. Por otra parte el escrito pone en evidencia las tensiones entre lo jurídico interno y lo jurídico internacional, al visibilizar el diferente tratamiento que se da a la cuestión de la tortura y de la desaparición forzada en la legislación peruana y en el ámbito internacional de las Américas.

Por último a final del primer semestre de 2015 se celebrará en la ciudad de Medellín el Segundo Congreso de la Red Colombiana de Derecho Internacional. Dicho evento supone la consolidación de una red de conocimientos de académicos y practicantes del ámbito de lo internacional, del cual esta Revista será un medio de divulgación. Su crecimiento y diversidad son un reflejo de las dinámicas propias de la globalización contemporánea en un contexto determinado, de forma que la invitación no es solo a leer los artículos de la presente edición, sino acudir al congreso.

AN APPROACH TO THE REFORM PROCESS TO THE INTER- AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS: CONTEXT, DEVELOPMENT AND PERSPECTIVES TO AN ONGOING PROCESS

UNA APROXIMACIÓN AL PROCESO DE REFORMA A LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO
HUMANOS: CONTEXTO, DESARROLLO Y ALGUNAS PERSPECTIVAS DE UN PROCESO EN CURSO

✉ By: Alejandro Gómez -Velásquez

Fecha de recepción: 20 de octubre de 2014
Fecha de aprobación: 25 de noviembre de 2014

Abstract

The IACHR is relevant organ in the Inter American System of Human Rights. As was foreseeable, its work and powers has caused a significant tension among the state- members that has increased in recent years. This tension is due to the clash between two different paradigms in international relations, on one hand, the liberalism paradigm that emphasized in the idea of cooperation and human rights, and, on the other, the realistic paradigm that is focus in the notion of sovereignty and self- interest of the States on the international level. Recently, this stress has been growing and a reform process has been opened with the purpose to make some changes in the work of the Commission. On one side, the Commission and some organizations of the civil society want to preserve their autonomy, independence and powers. On the other side, some States want to restrict the powers of the Commission and are threatening to block the system. This article tries to address this tension giving to the reader some key elements about the context and some perspectives of a process that is still ongoing and could implied significant effects to the international protection of human rights in the region.

* Magister in Constitutional Law and LL.M in International Legal Studies, Professor in Public Law, EAFIT University, agomev1@eafit.edu.co



Key words: *Inter American Commission of Human Rights, Organization of American States, Human Rights, Precautionary Measures, Liberalism, Realism.*

Resumen

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano relevante dentro del Sistema Interamericano de Protección de derechos Humanos. Como era previsible, su trabajo ha causado tensión entre los Estados miembros. Recientemente, esta tensión se ha venido incrementando, en parte debido al conflicto entre dos paradigmas diferentes en las relaciones internacionales. Por un lado, del paradigma liberal que enfatiza en la idea de la cooperación y los Derechos Humanos, y por otro, el paradigma realista que se centra en la noción de soberanía y en el propio interés de los Estados en el plano internacional. A causa de la creciente tensión entre ambos paradigmas, un proceso de reforma se ha abierto con el propósito de hacer algunos cambios en el funcionamiento de la Comisión. Por un parte, la Comisión y algunas organizaciones de la sociedad civil pretenden preservar su autonomía, independencia y competencias. Por la otra, algunos Estados presentan restringir las competencias de la Comisión y han amenazado con bloquear al sistema. Este artículo trata de abordar dicha tensión, dando al lector algunos calves sobre el contexto y perspectivas sobre el proceso de reforma que aún permanece abierto y que pudiera tener serios efectos en la protección internacional de los Derechos Humanos en la región.

Palabras clave: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos, Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Liberalismo, Realismo.*

Introduction

The Inter- American Commission of Human Rights [Hereinafter “IACHR”] has played and plays an important role in the protection of human rights in the region. However, its work and powers has caused a significant tension among the state- members that has increased in recent years. Because of that, a reform process has been opened with the purpose of restring some powers of the Commission. In this reform process a balance should be achieved between the sovereignty of the states and the autonomy of the IACHR. The best solution should be the one that allow the continuity of the Commission by the states but also guarantee in the best way possible the independence that is required for the protection of Human Rights.

The IACHR is an autonomous organ of the Organization of American States whose mission is to promote and protect human rights in the American hemisphere. In this sense, the



powers of the Commission combine semi-judicial with political functions. Historically, the Commission has played an active role in the promotion and defense of the human rights especially in the transition processes from authoritarian governments to democracies that took place in the continent.

This active role is still ongoing. As in the past, this attitude has created some tensions between the Commission and the member states subject to their decisions. However, this tension has been growing particularly strongly since the last five years due to the discontent that some decision had produced in governments like Venezuela, Ecuador and lastly Brazil. Currently the pressure of the states is so strong against the Commission that last December the OAS General Assembly decided to open a process to reform some of the powers of the Commission among others changes into the Inter-American System of Human Rights.

Although this process was named as a “strengthening process of the Inter-American human rights system”, by its objectives and currently proposals by the member states is clear that the main goals are to restrict and downgrade some of the powers of the Commission. In this sense proposals like limit the use of precautionary measures, regulate the kind of statements that the Commission could address to the member states and limit the financial resources of the IACHR are good examples of that sense.

All this situation could be explained under the different conceptions of what the IACHR is and more specifically the different perspective in the relationship between this treaty organ and their member states. In this sense, the state members seems to be taking a position addressed to ensure and protect state sovereignty against the autonomy and independence of the Commission in his work and powers. From this perspective, the reform of the IACHR will be successful if the final result responds to the sovereign concerns of the member states.

However, this position do not appears to be the most convenient from a progressive human rights perspective. In this sense, the autonomy, independence and even counter-majoritarian nature of the organs that are responsible for the supervision of human rights are crucial in the advance and guarantee for the human rights standards. From this perspective, any restriction of the autonomy and independence of the IACHR could be conceived as a regression on the protection of the human rights in the region.

Therefore, the result of the currently reform process of the IACHR will have a significant impact into the Inter-American System. The search for a balance between the different perspective mention above seems to be necessary and convenient. In this sense, a reform that responds to the concerns of the state, and doing that avoids the possibility to just withdraw the organization, but also tries to maintain the maximum possible level of autonomy of the Commission appears to be the most adequate and convenient decision under the current circumstances.

To develop this analysis, the present paper is divided in three parts. The first one will be dedicated to present the IACHR as a treaty organ into the OAS, emphasizing in their powers,



functions and the evolution that the Commission has taken since their creation to now days. The second part of the paper will be addressed to explain the so called “process of strengthening” that is taking place in relation to the work of the Commission. In this sense, it will be emphasized the circumstances that conducted to this situation, the parties, their interest, the development and the currently stage of the process. The third part will be intended to contextualize in a theoretical framework the mentioned process, noting there the role played by the human rights in the international relations, the paradigm before the international actors, and lastly some possible solutions to overcome the currently conjuncture behalf the human rights but also under a “realistic” perspective. Finally, it will be presented some preliminary conclusions to this work and also the most relevant and troubling questions than remain open into this ongoing process.

The Inter- American Commission of Human Rights: functions and history

The Organization of American States [OAS] is an international organization formally created by the States of the Americas in 1948 with the objective to achieve a regional order of peace and justice, promote solidarity, and defend their sovereignty, territorial integrity, and independence based on respect for the “essential rights of man” as is established in the OAS Charter¹.

Since the creation of the OAS, the States of the Americas have adopted a series of international instruments that have become the normative basis of a regional system for the promotion and protection of human rights. Those instruments, jointly with the supervision institutions and their decisions, compound the Inter- American System of Human Rights². As part of this system, the Inter- American Commission of Human Rights [IACHR] is a principal organ of the OAS whit the explicit mission to promote and protect human rights in the American hemisphere³. Formally the Commission was created by the OAS in 1959, but was installed with the currently powers only until 1979 when their Statute was approved in the ninth regular sessions of the OAS General Assembly in La Paz- Bolivia⁴.

According to this statute, the IACHR is comprised of seven persons, elected in their personal capacity by the General Assembly of the OAS, who shall be persons of high moral character

- 1 Organization of American States, Charter of the Organization of American States [OAS Charter]. Signed in Bogotá in 1948 and amended by the Protocol of Buenos Aires in 1967, by the Protocol of Cartagena de Indias in 1985, by the Protocol of Washington in 1992, and by the Protocol of Managua in 1993, accessed at: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/charterOAS.asp> consulted on; November 19, 2012.
- 2 Claudio Grossman. “Strengthening the Inter- American Human Rights System: the current debate”, in: *American Society of International Law*, Washington D.C, vol 92, April 1998, p. 186, accessed at: www.jstor.org/stable/25659214 consulted on: November 19, 2012.
- 3 Art. 106 OAS Charter and Art. 41 American Convention of Human Rights, accessed at: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/convention.asp> consulted on: November 19, 2012.
- 4 Organization of American States, Statute of the Inter- American Commission on Human Rights. Approved by Resolution N° 447 taken by the General Assembly of the OAS at its ninth regular session, held in La Paz, Bolivia, October 1979, accessed at: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/statuteiachr.asp> consulted on: November 19, 2012.



and recognized competence and expertise in the field of human rights. They are elected for a four-year term, and may be reelected only once. The Commissioners act in their personal capacity and therefore do not represent in any case the Organization or their origin States.

According to the OAS Charter and the Statute, it could be hold that the work of IACHR rests on three main pillars: (i) Individual petition system; (ii) Monitoring of the human rights situation in the Member States, and (iii) Attention devoted to priority thematic areas.

Regarding the individual petition system, the IACHR has the power to receive, analyze, and investigate individual petitions related to violations of human rights. This power could be exercised against any Member State of the OAS that had ratified the Inter- American Convention of Human Rights⁵ or even the Inter- American Declaration of Human Rights⁶. To doing that, the Commission has powers to request information from governments concerned to investigate the facts in the complaint, collect data and evidence with the parties interested and even makes on- site visits to the Member States to conduct an in-depth analysis about the specific situation, according to the article 18 of the Statute.

After the investigation period and if exists merit, the IACHR depending to the international obligations assumed by the Member State could, on one hand, make recommendations to them to adopt measures that contribute to protecting human rights in the particular situation if the State has not recognized the contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights⁷. On the other hand, if the State Member has recognized the jurisdiction of the Court, the Commission can submit the case to the Inter-American Court and appears before it during the processing and consideration of the case⁸. In this case, it is possible to argue that the Commission has semi- judicial powers because it decide, not only about the admissibility of the claim, but also to their merits, and then has the discretion to submit the case before the Court.

In second place and related to the function of monitoring the human rights, the Commission has the power to observe the general situation of human rights in the Member States and also to publish special reports on the situation in a given Member State when considers it appropriate. In addition, the IACHR can receive and examine communications in which one State party claims that another State has committed human rights violations against

5 The non- universality of the Inter- American Convention of Human Rights is a great issue on the Inter- American System because the normative standards in the protections of Human Rights differ significantly in both documents. Nowadays, nine States have not signed the Convention: Antigua and Barbuda, Bahamas, Belize, Canada, United States, Guyana, San Kitts and Nevis, Sant Lucia, Sant Vicent and the Grenadines.

6 The Inter- American Declaration of Human Rights was signed by all 35 member states of the OAS.

7 Now days, eleven States have not accepted the adjudicatory jurisdiction of the Inter- American Court of Human Rights: Antigua and Barbuda, Bahamas, Belize, Canada, United States, Guyana, San Kitts, Saint Lucia, Saint Vincent and the Grenadines, Grenada and Jamaica.

8 According to the article 61 of the American Convention of Human Rights “Only the States Parties and the Commission shall have the right to submit a case to the Court”.



the American Convention. In both cases the Commission could recommend to the Member States the adoption of measures that contribute to protecting human rights in the countries of the hemisphere.

In third place, the IACHR fosters public awareness of human rights in the Americas. To that end, the Commission prepares and publishes reports on specific and priority thematic areas. Now days, the prioritized topics are related to the effects of internal armed conflicts on certain groups; the human rights situation of children, women, migrant workers and their families, persons deprived of liberty, human rights defenders, indigenous peoples, afro descendants, and persons deprived of liberty; on freedom of expression; citizen security and terrorism and their link with human rights, among others. Since 1990, the Commission began to create thematic rapporteurships with the purpose to strengthen, promote, and systematize the Inter-American Commission's own work on each of those issues⁹.

In summary, it could be hold that since 1979 the IACHR combines two different powers, on one side, semi- judicial functions related to the power to investigate individual petition of violations of human rights than later could be submitted before the Inter- American Court. And, on the other side, some political functions related to the monitoring and promotion the observance and protection of the human rights by all Member States of the OAS.

Since their creation, The IACHR has played an active role in the promotion and defense of the human rights in the American continent and therefore had and has been considered as a principal organ in the Inter- American System of Human Rights. However, this does not mean that the role on the protection of the human rights of the IACHR had been the same along their history. Actually, during the existence of the IACHR it could be identified two different periods in the role played by the Commission attending to the particular context in the continent.

One first period, could be identified by the prevalence of the political functions of the Commission and comprises, more or less, since their creation until the beginning of the 90's. In this phase, under the National Security doctrine many States in South America, especially in the south cone, were under authoritarian or military governments with the excuse to avoid the communist threat. During those governments gross and systematic violations of human rights took place not only in their own territories but all over the continent. As an example, it could be enough naming the "Condor Operation" as an international plan designed and executed by some military governments in the region to disappear, murder and torture political opponents all around the continent¹⁰.

In this context, the main role played by the Commission's was not to try to investigate isolated violations, but to document the existence of these gross and systematic violations

9 Today there are created nine thematic Rapporteurships that in the follow areas: Rights to indigenous people, women, migrant workers and their families, freedom of expression, of the child, rights defenders, persons deprived of liberty, afro- descendants and against racial discrimination, and one unit on the rights of LGBTBI people.

10 Patrice J. McSherry. "Operation Condor: Clandestine Inter- American System", in: *Social Justice*, San Francisco, Vol. 26, 1999, p. 144, accessed at: <http://www.public.asu.edu/~idcmt/terror.pdf> consulted on: November 19, 2012.



and to exercise pressure to improve the general conditions of human rights in the country concerned. In this sense, the judicial powers were put in second place and all the political powers were addressed to denounce the abuses of the authoritarian governments, thus, visits *in loco*, investigations, publication of report of each country and their presentation to the General Assemble of the OAS and to the press, were the main actions took it by the Commission in those times. The strategy was clear: to prioritize the need to establish and to publicize what was happening and to seek change by pressure and negotiation through the political organs of the OAS and the mass media, rather than through adverse ruling in petition cases.

The role played by the Commission during this period achieved significant effect in the national and international sphere. In this sense, David Harris asserts that “The Inter American Commission’s report have acted as a catalyst or had some other beneficial effect. A vivid example was the 1980 report that brought home to people in Argentina the record of their military government on disappeared persons in the late 1970’s. Such effect as the Commission’s reports have achieved has not been with the backing of the General Assembly of the OAS.”¹¹ Also, Maria Chirstina Cerna considers that “Since many countries in the region were under military dictatorships, the Commission carried out in- site investigations and prepared country studies on large scale violations, such as the systematic practice of torture or forced disappearances. [...] The main contribution of the Inter- American Commission during this period was toward the delegitimization of military dictatorship in the hemisphere, which facilitated the return of democracy governments”¹². Therefore, it could be hold that the Commission played a principal role in the transitional process from authoritarian governments to democracies that took place in relevant number of American countries, and in part due to their job, at least at the beginnings of the 90’s the military regimens were part of the history in America.

A second period, could be identified since the ends of the 80’s until now days. Before weak but at least democratic government operating in the most countries in the continent, the Commission jointly with the political functions put an especial accent in their quasi- judicial powers. Thereon, the Commission started to investigate individual claims of violations of human rights, made statements of the merits of those petitions and when considered to exist enough evidence and relevance submitted the cases before the Inter- American Court of Justice for a definitive ruling.

This new role of the IACHR was indisputable since April 1986 when the Commission presented the first three contentious cases before the Inter- American Court concerning the forced disappearance of four individuals in Honduras committed by security forces officials. The actions took it by the Commission originated the famous case knew as the Velasquez

11 Stephen Livingstone (Ed), *The Inter- American system of Human Rights*. New York, Oxford University Press, 1998, p. 12.

12 Christina M. Cerna, “The Inter- American System for the Protection of Human Rights”, in: American Society of International Law, Washington D.C, Vol. 95, 2001, p. 76.



Rodriguez case¹³, where the Court rule in the sense presented by the Commission and the State was found responsible for several violations of Inter- American Convention of Human Rights. Until today, this case is still considered as a landmark decision into the framework of State liability for violations of human rights under their jurisdiction and also “is cited frequently for its major contribution to the advancement of international law”¹⁴.

After those initial cases, through this work the Commission has addressed and developed relevant and always controversial topics related to the violations of human rights in the region, for example, the Commission has triggered the nullification of the effects of laws that provided amnesty in relation to grave violations of human rights committed by dictatorships and authoritarian governments¹⁵; has established the standards for participation of indigenous people in the determination of their rights¹⁶; and has recognized and denounced crimes against humanity committed in America stemming from patterns of forced disappearances, torture and sexual violence¹⁷.

In this sense and regarding to the new role, it could be hold that “The Commission converted itself into an accusatory agency, a kind of hemispheric grand jury, storming around Latin America to vacuum up evidence of high crimes and misdemeanors and marshaling it into bills of indictment in to the form of country reports for delivery to the political organs of the OAS and the Inter- American Court”¹⁸.

Despite the periods of the works of the Commission as an organ of the Inter- American System, is clear that the IACHR has played and plays an important role in the protection of human rights in the region. Not only as a political actor, monitoring and promoting the observance of the human rights all over the continent, but also as a quasi- judicial organ that has develop an essential role in the judgment and prosecution of the state liability for violations of human rights.

13 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Velázquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988, Series C No. 4, accessed at: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/40279a9e4.pdf> consulted on November 19, 2012.

14 Juan E. Méndez. *Taking Stand: The evolution of Human Rights*. New York, Palgrave Mcmillan, 2011, p. 101.

15 Inter-American Court of Human Rights. *Case of Barrios Altos v. Peru*. Merits. Judgment of March 14, 2001. Series C No. 75, accessed at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_ing.pdf consulted on: November 19, 2012.

16 Inter-American Court of Human Rights, *Case of the Saramaka People. v. Suriname*, Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of November 28, 2007 Series C No. 172, accessed at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.pdf consulted on: November 19, 2012.

17 Inter-American Court of Human Rights, *Case of Loayza-Tamayo v. Peru*. Reparations and Costs. Judgment of November 27, 1998. Series C No. 42, accessed at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_ing.pdf

18 Tom Farer, “The rise of the Inter- American Human Rights Regime: No longer a Unicorn, Nor Yet an Ox”, in David J. Harris, Stephen Livingstone, Ed. *The Inter- American system of Human Rights*. New York, Oxford University Press, 1998, p. 32.



The current “strengthening” process of the Inter- American Commission of Human Rights

The work of the Commission has not been immune from critics and tensions with the Member States, especially with the recipients of the measures adopted by the IACHR. This tension and resistance to the work of the Commission already took place in the past and conducted, in most extreme cases and by the end of the 90’s, to the withdrawal of Trinidad and Tobago from the Inter- American Convention to shield its death penalty from the Commission and Court scrutiny and Peru’s short- lived intended withdrawal in the same decade as a reaction to the measures adopted by the IACHR under the Alberto Fujimori regime.

However, in the last five years this resistance to the Inter- American System of Human Rights, and especially to the work of the Commission, has been growing with special strength. Thereon, Member States with great relevance in the Inter- American System as Ecuador, Venezuela and lastly Brazil, among others, have been expressing their discontent and unrest with some positions and decisions adopted by the IACHR and therefore have stated the necessity to develop some reforms to the powers of the Commission particularly.

As examples, the government of the President Rafael Correa in Ecuador has criticized vigorously the work of the Commission in two different aspects. First, some decisions took it by the Commission jointly with the Inter- American Court related to indigenous communities which both organs recognized the collective right that those communities have to be consulted by the government previously to any economical interventions on their ancestral and collective territories¹⁹. In the concept of the President Correa this decision constitute a violation of the national sovereign of the State and a transgression of the powers conferred to the Commission by the Inter- American Convention, because in the judgment both organ equated the right to “previous consultation”, that is in the Convention, with a new requisite to “previous consent”²⁰. Second, the Ecuadorian Government has criticized the work of the Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Commission due to strong warnings that this office has made in favor of journalists and mass media for the violation of the freedom of speech committed by the State. Those actions by the Commission has conducted to the President Correa refers to this Special Rapporteurship as the “spokeswoman of the businesses engaged in the communications”²¹.

19 Inter-American Court of Human Rights, *Case Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador. Merits and reparations*. Judgment of June 27 of 2012. Serie C No. 245. Accessed at: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=388> consulted on November 19, 2012.

20 About this issue the President Correa explicitly said that “Please, a little more of responsibility, a little more of respect to the sovereign of ours countries, a little more respect to the normative in the Convention, that gives the functions to the Inter- American Convention [sic] the power to promote the Human Rights but not a pseudo- ecological terrorism”. Ecuador, Presidencia de la República, *Public Intervention in the 42 General Assembly of the OAS, Cochabamba- Bolivia*, June 4 of 2012. p 20. Accessed at: <http://www.presidencia.gob.ec/discursos-e-intervenciones> consulted: November 19, 2012.

21 *Ibid.* p. 9.



Meanwhile the government of the Bolivarian Republic of Venezuela with Mr. Hugo Chavez as President also has criticized and resisted to the work of the IACHR²². To the Venezuelan government, the Commission in some recent cases - related to political opponents and where has been protected their rights to freedom of expression, due process and access to justice²³- has transgressed, on one hand, the scope and powers attributed to the Commission, and on the other hand, the constitutional regime enforce in Venezuela. In this sense, has considered explicitly that “The Commission has not acted with objectivity and transparency, violating the spirit of the Convention by sponsoring impunity, particularly of those individuals involved in the events of April 2002 coup, as well as in the business and oil strike of December 2003. Have manipulated international law to remove the guilt to the violators of our laws, and make them victims of unfounded false violations of their human rights”²⁴.

And finally, since 2011 the government of Brazil became part to the group of critics of the role played by the Commission. In April of this year, the IACHR imposed precautionary measures in favor of some indigenous communities that inhabit the area where a huge dam will be built in the Amazon jungle and therefore ordered the immediate suspension of the project. The arguments of the Commission where clear, again the obligation to perform previous consultations with the indigenous communities that will be affected by the development of the project in accordance with the American Convention on Human Rights and the jurisprudence of the Inter- American System was not accomplished, and then the licensing process of the project should be immediately suspended²⁵.

The reactions of rejection to this measure by the Brazilian government were notable²⁶. First, in an official note, the Minister of International Affairs of Brazil expressed the “perplexity” of their government with the measure and considered it as “hasty and unexplained”²⁷. Second, the Brazilian government called for consultations the ambassador of Brazil before the OAS, Mr. Ruy Casaes. Third, the government retired the Brazilian candidate to the IACHR in substitution to the former Brazilian Commissioner Mr. Paulo Sérgio Pinheiro. Fourth, ordered the suspension of contributions to the OAS, and therefore to the Commission,

22 Juan E. Méndez. *Op. cit.* p. 105.

23 Among others, *Case Perozo and others v. Venezuela; Case Brewer Carías v. Venezuela; case Díaz Peña v. Venezuela*. Quoted in: Venezuela, Presidencia de la República, Notification of denunciation of the American Convention of Human Rights by the Bolivarian Republic of Venezuela. September 6, 2012. p. 10 and further.

24 *Ibid.* p. 11.

25 Inter- American Commission of Human Rights, Letter MC-382-10, Indigenous Communities of the Xingu River Basin, Pará- Brazil. April 1, 2011, accessed at: <http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/protection/precautionary.asp> consulted on: November 19, 2012.

26 Paulo Sotero. “The Brazilian Challenge: how to manage asymmetrical regional relations beyond the OAS”, in: *CIDOB Review d’afers internacionals*, Barcelona, vol. 97-98, April 2012, p. 101- 116.

27 “Brasil protesta contra pedido de comissao da OEA sobre Belo Monte”. UOL Noticias Brasil, Rio de Janeiro, April 5, 2011, accessed at: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2011/04/05/brasil-protesta-contr-pedido-de-comissao-da-oea-sobre-belo-monte.jhtm> consulted on: November 19, 2012.



with the excuse of the necessity to contain national costs, suspension that took place until December of 2011. And last but not least, the government of Dilma Rousseff pointed out to the others State Members the necessity to open a process to revise and look over the currently operation of the Inter- American System of Human Rights and specially the work of the IACHR.

The effects of the critics by this group of Members States to the Inter- American System and especially to the role played by the Commission created immediate and diverse consequences. The most extreme course of action was took it by the Venezuelan government who decided to denounced the American Declaration of Human Rights and therefore withdraw to the Inter- American System of Human Rights. This decision was took it on September of 2012 and the reasons includes that “The Inter American Commission and the Court have moved away to the sacred principles that they should protect, becoming in a political *throwable* weapon used to destabilize some governments, especially ours [Venezuela], taking the trend to interfere with internal issues of our government”²⁸.

On the other side and due in part to the political weight that Brazil has in the Inter- American System, a process addressed to revise and look over the work of the system of Human Rights was started ordered by the General Assembly of the OAS. Despite it was obvious from the context that the process was guided to debilitate the Commission restringing their powers and their autonomy, paradoxically, the name gave to it was “The process of strengthening of the Inter- American System for the protection of Human Rights”.

In this sense, on June 29, 2011, the OAS Permanent Council established a Special Working Group composed by some ambassadors of the State Members to the OAS. On December 13, 2011, this group issued 53 recommendations to the IACHR, 13 to the member states and one to the OAS Secretary General related the operation of the Human Rights System²⁹. The Report of the Special Working Group was then adopted by the Permanent Council on January 25, 2012 and ratified by the OAS General Assembly on June 5 of 2012³⁰. The recommendations focused its attentions on the following topics: (i) Precautionary measures; (ii) procedural matters in processing cases and individual petitions; (iii) Friendly settlements; (iv) Criteria of constructing the annual reports of the IACHR about the development of Human Rights in the region; (v) Promotion of Human Rights, and (vi) The financial situation of the Inter American System of Human Rights.

28 Nicolás Maduro Moros. *Op. Cit.* At .2.

29 Report of the Special Working group to Reflect on the Working of the inter- American Commission in Human Rights with a view to Strengthening the Inter- American Human Rights System for consideration by the Permanent Council, OEA/Ser.G, GT/SIDH-13/ 11 rev., December 13, 2011.

30 Resolution of the OAS General Assembly adopted at the fourth plenary session held on June 5, 2012, AG/RES.2761 (XLII-O/12), “Follow- up of the recommendations of the “Report of the Special Working group to Reflect on the Working of the inter- American Commission in Human Rights with a view to Strengthening the Inter- American Human Rights System”.



During this process, the IACHR by their own started a process to consultation with the purpose to know the position of the civil society organizations, victims of human rights violations and academics about the called “strengthening process”. On October 23, 2012, the IACHR published a reply to the Permanent Council of the OAS regarding the recommendations contained in the Report of the Special Working Group to reflect on the Working of the IACHR and adopted by the General Assembly of the OAS³¹.

Due to the restriction of space and the scope of the present paper, it will not be possible to present and analyze each of the issues and recommendations made by the States and the Special Working Group, the position adopted by the General Assembly and the response by the IACHR. For these reasons and as an indicator of the rest of them, it will be selected and analyzed one of the most controversial topics in this process of revision: the legality of the powers of the Commission to impose precautionary measures to the Member States. To do this, it will be exposed normative support of this power, the position of some member states and the IACHR about it, and finally the position adopted by the General Assembly and the response by the Commission.

To start taking about precautionary measures, it is necessarily begin saying that the article 63.2 of the American Convention of Human Rights established the power to the Inter-American Court to impose precautionary measures, but said nothing about this possibility by the IACHR. This power is just established in the Rules of Procedure of the IACHR, rules that were approved by the Commission itself and not in an international treaty like the Convention.

This starting point and context explained above, has opened a debate about the legality of those kinds of powers that are not worthless at all as was presented above. In this regard are two opposite positions. On one side, there is the position of the IACHR itself and other Human Rights Organizations that defend the legality and legitimacy of the powers to request precautionary measures to the Members States. Regard to the legality, the Commission adopting the doctrine of “implied powers”³² considers that- this power “emanates from the IACHR’s function of overseeing the implementation of the commitments assumed by the States parties, established in Article 18 of the Commission’s Statute and Article 41 of the American Convention, and it rests on the general obligation of the States to respect and ensure human rights (Article 1.1 of the American Convention), to adopt the legislative or other measures necessary to give effect to human rights (Article 2), and to carry out the obligations contracted pursuant to the Convention and the OAS Charter in good faith”³³.

31 Inter- American Commission of Human Rights, “Reply to the Permanent Council on Process of Strengthening of the System”, accessed at: <http://www.oas.org/en/iachr/strengthening/respuesta.asp> consulted on: November 19-20-12

32 Apparently in the most flexible and wide of this doctrine meaning that an international organization and/or its organs have all the powers that are essential to the performance of its duties. About it: Jan Klabbers. *An Introduction to International Institutional Law*. London, Cambridge University Press. 2009. p. 69.

33 Inter- American Commission of Human Rights, “Reply to the Permanent Council on Process of Strengthening of the System”, p. 18 FN 60.



On the other side, there is the position of some Member States which consider that under the doctrine of “attributed powers”³⁴, the no explicit attribution of powers on the Inter-American Convention or in any other treaty precluded any decision about precautionary measures by the Commission. In this sense, the Ecuadorian government has said that “The Inter- American Commission, by the Rules of Procedure made by them, arrogated to itself powers that are not established on the Statute”³⁵.

Despite the opposite considerations about the legality of those powers, the position adopted by the Special Working Group and then by the General Assembly by the OAS it seems to be intermediate between them. First, the common document for those organs begins making an implicit recognition of the power that assist the IACHR to impose precautionary measures because they establish explicitly that “the system of precautionary measures of the IACHR has been and continues to be of practical value and usefulness”³⁶. Second, with the idea to give greater clarity to this system, the document recommends the strict observance of the parameter used by the Commission to the imposition of this kind of measures and the necessity to disseminate the criteria uses to do that, but also warns the document “without impairing its ultimate purpose of requesting prompt protection for persons in circumstances that warrant it”³⁷. In other words, the General Assembly after the recognition to the powers to the Commission to impose precautionary measures pretends to reduce the discretionality in their use.

Regard to these recommendations, the IACHR expressed their agreement and they will undertake to develop and subsequently publish a digest that systematize and explain the standards set in precautionary measures and the best practices about it. In this sense, the Commission recognizes the importance of disseminate and incorporate these strict criteria in the future analyses for granting or lifting such measures. Thus, the Commission accepts to restrict part of their own autonomy and independence, at least for the sake of predictability of their decisions and restrict the legal insecurity in their actions, to maintain the support of the General Assembly.

From a general perspective, this is the same pattern followed by the General Assembly regard the other issues recommended to the Commission. It is the interest to regulate and make predictable and reduce the legal insecurity through parameters and criteria the actions that in the future will be taken by the Commission. Despite this strategy implies a kind of restriction

34 Under this doctrine the “international organizations, and their organs, can only do those things for which they are empowered”. Jan Klabbers. *Op. Cit.* p 64.

35 Rafael Correa. *Op. Cit.* p. 16.

36 Inter- American Commission of Human Rights, “Report of the Special Working Group to reflect on the Working of the Inter- American Commission on Human Rights with a View to Strengthening the Inter. American Human Rights System for Consideration to the Permanent Council”. OEA/Ser.G, GT/SIDH-13/ 11 rev., December 13, 2011 p. 10, accessed at: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/strengthening.asp> consulted on: November 19, 2012.

37 *Ibid.* p.10.



of the autonomy and independence of the IACHR, it is not too severe at the end because it is the Commission itself who will be establishing the parameters to their future work and doing she could continue with her work and with the support of the General Assembly.

A preliminary evaluation of the “strengthening” process of the IACHR and some perspectives

Since 1945 the idea of human rights has been spread all over the world. One fact in this sense is the multiplicity of international declarations, covenants, conventions and treaties celebrated by the states and related to human rights since the end of the Second World War. However the implications of this apparent consensus about human rights are still uncertain. In words of Michael Ignatieff, “We are scarcely aware of the extent to which our moral imagination has been transformed since 1945 by the grown of a language and practice of moral universalism, expressed above all in a shared human rights culture”³⁸.

In this dynamic, the international sphere has not been an exception. Today, the effects of the recognition and protection of human rights in the international relations are more evident. In one way, most States are becoming to be more inclined to act on behalf of human rights because “while States retain most of their sovereign functions, their legitimacy is no longer exclusively conditioned by the contract with the Nation, but also by the adherence to a set of nations- transcending human rights ideals”³⁹. In the other way, the International Organizations itself are using more decisively the legitimacy of human rights and democracy as criteria into the decision- making processes⁴⁰. Therefore, it could be hold without any doubt that human rights have an important role to play in the future development of the international institutional law.

However this development was not and will not be pacific and exempt of tensions in the international sphere and especially with the states. To understand this, it is necessary to remember, at least, the three main elements of the nature of human rights⁴¹. First, that the individual is the holder of the right. Second, that the State is the bound party to recognize and protect the scope of the right to the holder. And third, the possibility to claim before an authority to protect the scope of the right, which is called, the justiciability of the rights. Just with the mention of those elements, it is clear that the idea of human rights could clash, and in fact does continuously, with the self- interest, sovereignty and security of the States in the international field.

38 Michael Ignatieff. *The Warrior’s Honor: Ethic War and the Modern Conscience*. New York, Metropolitan, 1997, p. 8.

39 Daniel Levy; Natan Sznaider, “Sovereignty transformed: a sociology of human rights”, In: *The British Journal of Sociology*, London, vol. 57, Issue, 4, 2006, p. 657.

40 As an example of how human rights and democracy has become into a criteria to the admission and exclusion of States to International Organizations see: Alison Duxbury. *The participation of States in International Organizations: The role of Human Rights and Democracy*. New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 311- 317.

41 About the structure of rights, see: W. Hohfeld. *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press, 1919.



Thus, the recognition and protection of human rights implies the idea of a new paradigm in the international relations among States. This paradigm has been identified by some authors with the term “liberalism”⁴² and start considering that individuals, international organizations and states are subjects in the international relations leaving behind the state- centric idea in the international community. In this sense, “liberalism contends that people and the countries that represent them are capable of finding mutual interests and cooperating to achieve them, at least in part by working through international organizations and according to international law”⁴³. Liberals are also prone to think that all humans have common bonds that can draw on to identify themselves beyond the narrow boundaries of their country, and the ownership of human rights is a good example of those bonds. Hence, it could be hold that “The core idea of liberalism centers on respect for personal moral rights, based above all on the equal worth of the individuals, whose preference should be followed in the public domain”⁴⁴

With the foregoing, it is clear that this new international paradigm contrast with the realism theory in international relations. Under this paradigm the decisive dynamic among countries is a struggle for power in an effort by each to preserve or, preferably, improve its security and economic welfare in the international anarchic arena. Realism see this struggle as a zero-sum game⁴⁵, one in which a gain for one country is inevitably a loss for others. In this sense, a realist was not moved by ideals, sentiments or justice, only by hard- headed calculations of power and security for and by the State. Consequently, ideas like discretion, sovereign, non- intervention, security and national interest are the parameters in a realist perspective of the international relations.

Despite of the fact that the notion of human rights is increasing their acceptance all over the world, it would be just wrong consider that the idea of state sovereignty and therefore the realist paradigm has disappear in the theory and the practice of the international affairs. Although the recent erosion of the concept of sovereignty, the sovereign- state logic is still the main character, the state consent continues still matters and the realism is also the most widespread practice in the international arena. Therefore, it could be hold that the international human rights are here to stay but so is state sovereignty and the relevant issue is to figure out how to unlock the zero- sum equation between them.

Whether and how far human rights issues should be pushed in the expenses of traditional security and economic concerns of each state is today a classic dilemma due to the clash of liberalism and realism. Foreign policy is inescapably about the management

42 David P. Forsythe, *Human Rights in international relations*. New York, Second Edition, Cambridge University Press, 2006. p. 3

43 John T. Rourke, *International Politics on the World Stage*. New York, Twelfth Edition, Mc Graw Hill, 2007. p. 23.

44 David P. Forsythe, *Op. Cit.* p. 33

45 John T. Rourke. *Op. Cit.* p. 20.



of contradictions, meaning that “policy makers will frequently find it necessary in strike compromises between advancement of human rights and that of other perceived public good”⁴⁶. Thus, find some balancing between realism and liberalism and how to solve the tension between them should be the main focus on the currently discussion of human rights and international relations.

With this purpose, it is revealing identify two different levels of tensions between both paradigms. One level refers to the question of what or which human rights bind the State under the international sphere. For that, the State consent to which human rights is liable for and with which scope. This is the case of the massive ratifications of substantive human rights instruments like declarations, covenants and conventions made by the states that took place in the second half of the past century all over the world. Usually those international norms take the form of “soft law”, meaning that their mandatory status is at least limited to the states. In this situation, the tension level between liberalism and realism is lower because at the end and regard to the implementation of those norms the state remains being the judge and jury because there is no superior authority that can impose their enforcement⁴⁷.

The second level of tension is higher and refers to the idea of “who” in the international field can ensure the observance of human rights. In other words, in this case, the state submits itself to an authoritative international mean of supervision and enforcement of the human rights standards previously accepted. This is the case which a state assumes and accepts voluntarily the adjudication of jurisdiction to an international court or tribunal for future and generic cases to make judgments on issues related to alleged violations of the human rights by their own citizens and territory. Thus, the tension level is significant higher to the case presented earlier and also permanent because is obviously foreseeable the adoption of decisions that could be consider in some cases juxtaposed to the self- interest of the state.

These two different levels of tensions could explain the gap between recognition and protection of human rights. In other words, there could be a possible answer to the question of how could the rhetoric of human rights be so globally pervasive while the politics of human rights is so utterly weak⁴⁸, could be answer saying that is because the enforcement actions of human rights usually suppose acting against the immediate interest of the states. In other words, “[a] strong international legal regime for human rights cost something in national discretion”⁴⁹. As a result, the realistic paradigm explains in the international level, at least in part, the differential development between recognition and protection of human rights.

46 David P. Forsythe. *Op. Cit.* p. 16.

47 About the concept of “soft law” in international Human Rights law, see: *Ibid.* p. 12.

48 Camiel Kenneth, “The recent History of Human Rights”, In: *American Historical Review*, Bloomington, vol. 109, 2004, at 18.

49 David P. Forsythe. *Op. Cit.* p. 38.



This function of judicial review in human rights issues is commonly assumed by international organizations, particularly in organizations with regional scope⁵⁰. Therefore, the mentioned tension usually shifts from the supervision organs to the organization as a whole, making visible there the complex relationship between the organization and its members states. Currently, in those supervision organs and their international organizations is taking place the biggest disputes regarding to the advancement of the human rights against the realistic paradigm, been the results still uncertain⁵¹.

Precisely, is in this context where might be located the currently dynamic of the Inter- American System of Human Rights. To start, in the American continent the idea of an effective human rights system is not yet consolidated because the gap that exist between the recognition of human rights and its mechanism of international protection is still significant. As was said before, despite all the thirty five States ratified the Inter- American Declaration of Human Rights, nine have not signed yet the Inter- American Convention where the mechanisms of protection are established. Therefore, the paradigm of realism is still relevant in the dynamic of the states in America and moreover about the international human rights issues.

Likewise, in the reform process that is taking place in the IACHR it could be also identified the roles and paradigms in dispute. On one hand, there is the IACHR who clearly has played a relevant role as a supervisor organ of the observance of the human rights standards into the OAS. Their actions has been inspired under the liberalism perspective where the goal to ensure the observance of human rights by the states and behalf the individuals have been constant. Under this perspective, the autonomy and independence of the Commission to political pressure and to the interference of the member states will be not only convenient and preferable but also necessary because those are guarantee of the impartiality in their decisions and also ensure the anti- majority nature of rights⁵².

In this reasoning, the IACHR and some civil society organizations seek a system that will be flexible, open and progressive. About the issues that emerged during the reform process their position will be, as an example, in defense of the precautionary measures and their complete flexibility in their application; in resistance to any regulation by the member states to the content and the scope of the report made by the Commission; and require the absolute sufficiency and independence in the management of the budget of the Commission to develop their work.

50 Janusz Symonides (Ed), *International protection, monitoring and enforcement of Human Rights*. London, Unesco 2003, p. 165.

51 A good example of those disputes is the Kadi case before the European Court of Human Rights. Among other interpretations, this case could be interpreted as the tension between the human rights perspective between the realism that characterize the war against terrorism. Precisely, this case conceded, until today, a partial victory to human rights perspective. European Court of Human Rights, Grand Chamber, September 3, 2008, Cases C-402/05 and C-415/05.

52 *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, s.v (2011) "Rights", accessed at: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/rights/> consulted on: November 11, 2012.



Although, the work of the Commission as an international authority in the protection of human rights, has caused and continue causing strong tensions with the member states subject to their powers⁵³. This because some member states have considered contrary to their self- interests some decision took it by the Commission and appeal to their sovereignty to disclaim it. In this behavior is evident the leading of the realistic paradigm, where the self- interest and the sovereignty of the State should ruling their actions on the international level. This conduct could be identified in the actions regard to the IACHR of states such as Venezuela, Ecuador and Brazil with different intensity.

In this reasoning, those member states claim for a rigid, formal and strict system that will be predictable and restricted in their actions, in other words, that provide legal security to the states members. For example, they request for the prohibition of the use of precautionary measures because those are not explicitly consented by the signatory states of the Inter- American System, or at least, them should be regulated and restricted to the most exceptional cases. Also, claim for the necessity to regulate the way that the reports of the Commission are made and to require the previous consultation and consent of each state to the content of the reports. In the same way, they request for the convenience of the strict approval for the members states to the budget and their destination of the Commission. Finally, if any of those demands are not adopted, the member state could always block the implementations of the decision of the system and, as the last resort, just withdraw to the Inter- American System⁵⁴.

As is evident, from the most extreme positions of both perspectives the result is a zero- sum equation where any agreement is impossible to achieve and only one part can win. In this scenario, the remaining relevance of the principle of sovereignty of the states would make foreseeable the prevalence of the realistic perspective, including the withdraw option from the System. Without any doubt, this is the worst possible result to the development of the human rights and obviously to the Inter- American System of Human Rights due, on one side, to the rupture with the principle of universalism of human rights and to the block effect caused to the system. On the other side, there is the lost of legitimacy by the outgoing state in the international sphere⁵⁵ with the denial to their people of a relevant international judicial remedy for violations of human rights.

As presented above, this is the currently situation for the Bolivarian Republic of Venezuela, who recently decided to denounce and withdraw to the Inter- American Convention of Human Rights, and therefore, to the most significant part of the powers of the Commission and also of the Court. As was just said, this is the worst possible scenario from a human rights

53 In the words of Claudio Grossman, “[...] because the system is under constant threat of “reform” its possibilities of mobilizing support against mass and gross violations or ensuring enforcement are reduced, since the system itself is “being review” and its legitimacy questioned”. Claudio Grossman. *Op. Cit.* p. 191.

54 This possibility is explicitly established in the article 78 of the Inter- American Convention of Human Rights.

55 In this sense, David Forsythe said that “Accepting human rights is the best way to legitimate power”. David P. Forsythe, *Op. Cit.* p. 9.



perspective and especially to states that somehow already make part of the Inter- American System. The loss for the System is also clear, by the restriction of the universality of their powers and measures and by the precedent created to other countries, making that the system become weaker that it was. Therefore, this option of possible withdraws should be avoided by any possible mean to preserve the System.

In this point, the question is now how far the System, and especially the organs, should concede to the unrest member states to avoid the possibility to withdraw the System and doing this, avert the sum-cero result. The key issue will remain in identify the essence of the mechanism that without them it will not be able to achieve their purpose. Therefore, the System could only confer until to cause harm to the essence of the System. And without any doubt, the autonomy and independence of the organ that supervises and monitor the observance of human rights are part of that essential core. However, those values admit levels of interventions until became meaningless. Therefore, explore this thin line and choose a point that balance the interest both of the upset states and the system without the denial of the values of autonomy and independence, seems to be the right solution to this conjuncture.

Actually, this seems what the Special Working Group did and also the position took it by the General Assembly of the OAS when approved these recommendations to the IACHR. As was explained above, from a general point of view, those recommendations recognized the relevance of the autonomy and independence of the Commission but also tried to restrict them to the point to improve their predictability but not abnegate their existence. Consequently, the claims of the unrest states were took it into account and the role and essence of the Commission and the System is still there, and the most important, the system is preserved and functioning.

Although is true that this is not the ideal solution to the System, compare to what was achieve and the seriousness of the risk, from a strategic and political point of view it is a good enough solution. It should be never forgotten that the Inter- American System was and is still design by the States as part to an international organization that responds to an intergovernmental logical. Therefore, expect something different to this perspective it will be hardly possible in the current circumstances. Or maybe there is time to start taking seriously that the basis for the international supervision and protection of the Human Rights should not depends on the will of the states because its grounds rests possibly in a universal moral consensus. If it is so, our analysis should take us to quite different solutions but we are not there yet.



Conclusion

The IACHR has played and plays an important role in the protection of human rights in the region. However, as was foreseeable its work and powers has caused a significant tension among the state-members that has increased in recent years. This tension is due to the clash between two different perspectives in international relations, on one hand, the liberalism paradigm that emphasized in the idea of cooperation and human rights. And, on the other, the realistic paradigm that is focused in the notion of sovereignty and self-interest of the States on the international level.

Recently, this stress has been growing and a reform process has been opened with the purpose to make some changes in the work of the Commission. On one side, the Commission and some organizations of the civil society want to preserve their autonomy, independence and powers. On the other side, some States want to restrict the powers of the Commission and are threatening to block the system. In fact, during this process the Bolivarian Republic of Venezuela decided to withdraw to the Inter-American Convention of Human Rights and therefore to the protection means of the system.

In this complex context, the General Assembly of the OAS has taken an intermediate position, trying to preserve the autonomy and independence of the Commission but regulating some of their powers making them predictable to the subject states. Precisely, in the currently stage of the process the General Assembly made some recommendation to the Commission and the way that these will be implemented is still pending. However, as it is foreseeable, this crisis is not over and big risks to the whole System are still prowling.

Therefore, decisions as the one took it by Venezuela are clearly the most harmful to the System and must be avoided. Some balance should be found between the sovereignty of the states and the complete autonomy of the IACHR and doing that, preserve the System and their essence. In this sense, the recommendations made by the General Assembly seem to be adequate and sufficient to solve the crisis, and also the Commission stated their agreement with the majority of them.

However, in this stage of the process is not possible to know the final position of the group of the upset states and some rumors could make it think that some other changes are wanted by them. But concede more space to the discretion to the States will make not only meaningless the independence and autonomy of the Commission and the System as a whole, but also the essence of the human rights itself in the Americas.



Bibliography

Cerna, Christina M., “The Inter- American System for the Protection of Human Rights”, In: American Society of International Law, Washington D.C, Vol. 95, 2001.

Levy, Daniel; Sznajder, Natan, “Sovereignty transformed: a sociology of human rights”, In: *The British Journal of Sociology*, London, vol. 57, Issue, 4, 2006.

Forsythe, David P., *Human Rights in international relations*. New York, Second Edition, Cambridge University Press, 2006.

Klabbers, Jan, *An Introduction to International Institutional Law*. London, Cambridge University Press, 2009.

Symonides, Janusz (Ed), *International protection, monitoring and enforcement of Human Rights*. London, Unesco, 2003.

Méndez, Juan E., *Taking Stand: The evolution of Human Rights*. New York, Palgrave Mcmillan, 2011.

Ignatieff, Michael, *The Warrior’s Honor: Ethic War and the Modern Conscience*. New York, Metropolitan, 1997.

Sotero, Paulo, “The Brazilian Challenge: how to manage asymmetrical regional relations beyond the OAS”, In: *CIDOB Review d’afers internacionals*, Barcelona, vol. 97-98, April 2012.

Livingstone, Stephen, (Ed), *The Inter- American system of Human Rights*. New York, Oxford University Press, 1998.

Farer, Tom, “The rise of the Inter- American Human Rights Regime: No longer a Unicorn, Nor Yet an Ox” In: David J. Harris, Stephen Livingstone, Ed. *The Inter- American system of Human Rights*. New York, Oxford University Press, 1998.

EL ROL DE LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES Y LA SOCIEDAD CIVIL GLOBAL

EN LA CONSTRUCCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL COMO COMPONENTE DE LA GOBERNANZA GLOBAL CONTEMPORÁNEA

THE ROLE OF MULTINATIONAL CORPORATIONS AND GLOBAL CIVIL SOCIETY IN THE CONSTRUCTION OF CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY AS AN ELEMENT OF THE CONTEMPORARY GLOBAL GOVERNANCE

✉ Por: Sara Botero-Restrepo*

Fecha de recepción: 15 de octubre de 2014

Fecha de aprobación: 18 de noviembre de 2014

Resumen

El proceso de globalización ha convertido a las corporaciones multinacionales en actores poderosos de la gobernanza global contemporánea. Por esto, cuando incurren en violaciones a los Derechos Humanos, resultan impunes. Por un lado, existen normas de soft law que las harían responsables de dichas violaciones, así como algunas regulaciones privadas; sin embargo, su efectividad depende de la voluntad de las compañías de aplicarlas. Por otra parte, el Derecho Internacional se enfoca en vincular directamente a los Estados en los que operan las compañías, pero frecuentemente estos carecen de una institucionalidad fuerte que permita implementarlas, o evitan hacerlo porque temen a perder la inversión que llevan las multinacionales a sus países. La sociedad civil global presiona a los Estados y a las organizaciones internacionales de manera directa, así como indirecta, con el fin de conseguir un marco normativo más vinculante y comprensivo.

Palabras clave: *Gobernanza global, sociedad civil global, compañías multinacionales, responsabilidad social empresarial, Derechos Humanos.*

* Abogada Universidad EAFIT, Colombia. sbotero9@eafit.edu.co



Abstract

The globalization process has turned multinational corporations into powerful actors in the contemporary global governance. This is why, when they incur in violations of Human Rights, the offenses often go unpunished. On one hand, there are soft law rules that would make them liable, as well as some private regulations; however they rely on the will of the corporations. On the other hand, International Law is more focused on binding directly the countries in which they operate, but they often lack the means to implement those rules, or avoid doing so because they are afraid to lose the investment brought by multinationals. The global civil society puts pressure both directly and indirectly to states and international organizations, pushing for a more binding and comprehensive legal framework.

Key words: *Global governance, global civil society, multinational corporations, corporate social responsibility, Human Rights.*

Introducción

Dentro de la gobernanza global, existen unos actores que no gozan de personalidad jurídica en el Derecho Internacional como los Estados, pero que por sus particularidades tienen unas obligaciones con respecto a los Derechos Humanos, no necesariamente relacionadas directamente con el desarrollo de su objeto social, pero que su actividad y el giro ordinario de sus negocios, les conduce a afectar muchas veces de manera negativa a las comunidades en las que operan y al medio ambiente.

En este sentido, se encuentra la necesidad de construir mecanismos normativos, desde una perspectiva que trascienda los accionistas de las empresas, es decir, desde una perspectiva de los *stakeholders*¹, que pretenda vincularlos jurídica y/o políticamente. Puesto que en la actualidad, la normatividad existente tiene problemas estructurales que conducen a que estos actores no sean directamente responsables de los mencionados abusos. Lo anterior se debe al poder que tienen que se hace evidente gracias a la globalización económica, y a la dificultad o falta de voluntad de los Estados de cumplir con el deber de proteger los derechos de sus ciudadanos. Los Estados encuentran beneficios a la inversión extranjera, particularmente por parte de las compañías multinacionales, que han influenciado a los Estados para obtener beneficios regulatorios, a cambio de la inversión, que tanto creen éstos que puede contribuir a su desarrollo.

1 El Diccionario Oxford en línea, traduce al español el término *stakeholder* como depositario o interesado, sin embargo, define en su diccionario en inglés el término como “una persona con un interés o a quien preocupa algo, especialmente, un negocio”. Por lo tanto, se considera que ni depositario ni interesado son palabras que abarquen de manera suficiente lo que los autores quieren decir con el término *stakeholder*, y por esto se continuará utilizando la palabra en inglés a lo largo del texto. En el inglés original: “A person with an interest or concern in something, especially a business”. (Oxford University Press, 2014)



En este sentido, se señalarán las características del actual marco jurídico que regula las operaciones de las compañías, con el fin de criticar el alcance limitado que tiene éste, analizar el rol que juega la sociedad civil global en la gobernanza global, y la manera en que hace presión para exigir un mayor control respecto de los abusos frecuentes a los Derechos Humanos de las compañías multinacionales.

Así, se plantea examinar el marco jurídico que regula a las multinacionales en cuanto a los Derechos Humanos, como ámbito de regulación de la responsabilidad internacional de las compañías multinacionales, e identificar el rol de la sociedad civil global en llamar la atención sobre la insuficiencia del mismo. Insuficiencia que se da en cuanto a una real protección de los derechos de las comunidades afectadas. A partir del mismo, se pretende describir las compañías multinacionales como actores emergentes y poderosos dentro de la gobernanza global contemporánea, identificar las características de la sociedad civil global a partir de su relación con las compañías multinacionales y estudiar el marco jurídico existente con respecto a las operaciones de éstas. Por último, analizar el rol de la sociedad civil global en exigir acciones positivas por parte de los Estados y las organizaciones internacionales en la aplicación de los mecanismos de control de los efectos colaterales de las operaciones de las compañías multinacionales.

Actores y gobernanza global

1. Compañías multinacionales

Las compañías multinacionales² se destacan como las más poderosas entre los actores estatales, debido a que son empoderadas por la globalización, que ha facilitado la movilidad del capital.³ Así, se han convertido en el centro de atención de los demás actores internacionales, puesto que son políticamente poderosas tanto en el ámbito local como en el global, al tener el poder de poner asuntos en la agenda o de orientar la toma de decisiones como la de invertir o no en una u otra jurisdicción.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD por sus siglas en inglés)⁴ define a las multinacionales como:

“empresas u otras entidades establecidas en más de un país y relacionadas de tal modo que pueden coordinar sus actividades de diversas formas. Aunque una o varias de estas entidades puedan ser capaces de ejercer una influencia

2 Aunque existe una distinción teórica entre los términos compañías multinacionales y transnacionales, en el presente texto se hablará de las mismas como compañías multinacionales.

3 Peter J. Spiro, “Constraining Global Corporate Power: A Short Introduction”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2013, p. 1103.

4 “Agrupa a 34 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo” OECD, *Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*, París, OECD Publishing, 2011, p. 19.



significativa sobre las actividades de las demás, su grado de autonomía en el seno de la empresa puede variar ampliamente de una empresa multinacional a otra. Pueden ser de capital privado, público o mixto”⁵.

Son entonces entes económicos de origen privado, con fines y operaciones lucrativas en Estados y mercados diferentes. A pesar de estar ancladas a un domicilio social localizado, se valen de tendencias como la tercerización y la deslocalización para potenciar su objeto social a favor de sus inversionistas. Así, se adaptan a los requerimientos de cada ordenamiento jurídico donde deseen desarrollar su actividad económica. Es probable que tengan estructuras jerárquicas, con alianzas estratégicas con otros productores, en busca de economías de escala para la manufactura.

Para muchas compañías, operar globalmente implica adoptar un modelo operacional que, por naturaleza, requiere que la matriz se despoje de un cierto grado de control sobre un número significativo de operaciones, sustituyendo relaciones de negocios por estructuras jerárquicas⁶, haciendo más riesgoso el control de las instancias superiores sobre las inferiores.

En el Derecho interno, la naturaleza integrada de los grupos corporativos no es reconocida, entonces, las compañías pueden legítimamente usar una subsidiaria para proteger su matriz y otros miembros de un grupo corporativo que pueda atraer responsabilidad legal. Incluso en casos en los que una subsidiaria es declarada responsable de abusos a los Derechos Humanos, la responsabilidad no necesariamente está ligada a la de las demás compañías del grupo empresarial, por lo tanto, no necesariamente podría accederse a los activos de un grupo empresarial o los activos de los miembros o directivos. Los jueces locales, son reticentes a levantar el velo societario de los grupos empresariales de las matrices por actuaciones de las subsidiarias⁷.

De este modo, al descentralizarse se les hace más difícil controlar las actividades de sus subsidiarias y proveedores. Un factor que dificulta el control, es que las compañías operan globalmente, pero no están reguladas globalmente. En cambio, cada componente de la Entidad, está sujeto a la jurisdicción en la que opera⁸.

Al mismo tiempo, las compañías eluden efectivamente las responsabilidades de las jurisdicciones mientras se benefician de los sistemas locales, que difícilmente se

5 *Ibíd.*

6 Al respecto: John G. Ruggie *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W.W. Norton & Company Inc., 2013, p. 2.

7 Penelope Simons, “International Law’s invisible hand and the future of corporate accountability for violations of Human Rights”, en: *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, núm. 1, marzo de 2012, p. 32.

8 J. G. Ruggie *Op. cit.*, p. XVI.



encuentran adaptados para la regulación corporativa efectiva. Por su parte, los gobiernos nacionales tratan de atraer o mantener negocios, al ofrecer subsidios, exenciones de impuestos, inversiones en infraestructura y recortes a las regulaciones proteccionistas⁹. Entonces, las compañías explotan la competencia regulatoria para disminuir los costos de producción¹⁰.

El panorama empeora puesto que parece que existiera una simbiosis negativa entre los peores abusos a los Derechos Humanos y los países anfitriones de inversión extranjera, que se caracterizan por una combinación de bajos ingresos nacionales, un conflicto armado reciente o actual y un gobierno débil o corrupto¹¹. Sin embargo, aun cuando existen leyes nacionales que prohíben conductas abusivas, los Estados en muchos casos, fracasan implementándolas porque tienen pocas capacidades, tienen miedo a las consecuencias competitivas de hacerlo, o porque sus líderes subordinan el bien público a la ganancia privada.¹²

De esta manera, las compañías multinacionales han abusado de su influencia en el mundo globalizado de hoy, ya que muchas compañías disponen incluso de más recursos que los Estados mismos. Los actores corporativos multinacionales son infiltrados privilegiados del sistema legal internacional, no son sujetos formales del Derecho Internacional, sin embargo, juegan roles de promoción, negociación y redacción de tratados, acuerdos y regímenes de inversión y disfrutan de un gran éxito en sus estructuras y operaciones¹³. Lo anterior, les da un poder especial, de juez y parte en el sistema internacional.

Cuando están negociando la entrada a un país, las compañías tienen una ventaja, ya que pueden trasladarse con facilidad, lo que hace que el Estado anfitrión sienta miedo de perder los puestos de trabajo que las compañías generan, tornándolos cada vez más dependientes de estas compañías¹⁴. Además, los acuerdos de inversión que suscriben las compañías con los Estados anfitriones, crean una protección fuerte para los inversionistas extranjeros, permitiéndoles que se impongan coactivamente ante la regulación de esos Estados.

Pues en virtud de los acuerdos de inversión, los inversionistas tienen el derecho de llevar al Estado anfitrión a arbitrajes vinculantes por violaciones a cláusulas del Tratado. A través

9 Guido Palazzo y A. G. Sherer, "The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy", en: *Journal of Management Studies*, vol. 48 núm. 4, junio de 2011, p. 905.

10 P. J. Spiro, *Op. cit.*, p. 1103.

11 J. G. Ruggie, *Op. cit.*, p. 29.

12 *Ibíd.* p. XVI.

13 P. Simons, *Op. Cit.* p. 33.

14 C. Wells y Juanita Elias, "Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage", en: Philip Alston, ed., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford U. P., 2005.



del arbitraje o la amenaza del arbitraje, un inversionista puede aislar su negocio de nuevas normas y regulaciones, o buscar una compensación del Gobierno por el costo de cumplir esas nuevas normas¹⁵.

Las compañías han creado un nuevo mundo transnacional de flujos de transacciones que no existía anteriormente y han desarrollado e instituido sistemas de administración innovadores para sí mismas por sus relaciones con sus subsidiarias, así como con sus proveedores y distribuidores, necesarios por sus campos de acción, su ritmo y la complejidad de operar los espacios de transacciones. En otras palabras, las compañías multinacionales han transformado sus funciones en globales en tiempo real, dejando atrás el mundo de las transacciones económicas tradicionales, que se movía más despacio, era mediado por los Estados y los mecanismos legales tradicionales¹⁶.

2. Sociedad civil global

La sociedad civil global representa un contrapeso que reta al mundo de los negocios, e influencia a los gobiernos¹⁷. Anheier¹⁸, define a la sociedad civil como el conjunto de instituciones, organizaciones y comportamientos, que se sitúan entre el Estado, el mundo corporativo y la familia. Por su parte, Castells¹⁹ afirma que el componente esencial de la organización socio política es la esfera pública, porque en este espacio las personas se reúnen como ciudadanos y articulan sus puntos de vista autónomos sobre la influencia de las instituciones políticas de la sociedad, entonces, la sociedad civil es la expresión organizada de estos puntos de vista. Sin una sociedad civil efectiva, capaz de estructurar y canalizar los debates de los ciudadanos sobre diversas ideas e intereses contrapuestos, se crea una amplia brecha entre gobernantes y gobernados.

La definición de sociedad civil ha cambiado desde las primeras nociones en la antigüedad, hasta su denominación global en la actualidad. Sin embargo, referencias específicas al término sociedad civil global han emergido sólo hasta finales del siglo XX, en el que los científicos sociales adaptaron el término para describir a los actores no estatales involucrados en las instituciones y los regímenes regulatorios multilaterales de la gobernanza global.

15 P. Simons, *Op. Cit.* p.15.

16 John G. Ruggie, "Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices", en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004 p. 503.

17 Yves Fassin, "Inconsistencies in Activists' Behaviours and the Ethics of NGOs", en: *Journal of Business Ethics*, vol. 90, núm. 12, 2009, p. 503.

18 Helmut K. Anheier, *Nonprofit Organizations: Theory, Management and Policy*, citado en: Krishan Kumar, "Global Civil Society", en *European Journal of Sociology*, vol. 48, núm. 3, diciembre de 2007, p. 419.

19 Manuel Castells, "The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance", en: *The Annals of the American Academy of Political Science*, vol. 616, núm. 1, 2008 p. 78.



Entre ellos, Kaldor²⁰ la define como el proceso a través del cual los individuos negocian, debaten, luchan o están de acuerdo entre ellos, y con los centros de autoridad política y económica. A través de asociaciones voluntarias, movimientos, partidos políticos y sindicatos, el individuo actúa públicamente. El término se ha expandido desde la década de 1960 debido a diferentes causas relacionadas con la supra territorialidad, que creó un impulso causado por del activismo transfronterizo creciente²¹.

Los académicos hablan indistintamente de ONG internacionales, redes de defensa multinacionales, movimientos de la sociedad global, un nuevo multilateralismo, entre otros términos. Dichas discusiones hacen parte de una preocupación más amplia en cuanto a la globalidad (la condición de ser global) y la globalización (la tendencia de una globalidad creciente)²².

Por otro lado, las relaciones globales son confecciones sociales en las que la ubicación, la distancia y las fronteras territoriales no tienen una influencia determinada. En un espacio global, el lugar no está determinado por el territorio, la distancia territorial se cubre efectivamente en tiempo real, y las fronteras territoriales no representan un impedimento particular. Lo anterior no significa que la geografía territorial ha perdido relevancia a finales del siglo XX. Habitamos un mundo en vías de ser globalizado, más que un mundo completamente globalizado²³. Sin embargo, no debe exagerarse su impacto, pues la sociedad civil global no ha reemplazado los canales políticos más antiguos, sólo ha abierto dimensiones adicionales²⁴.

Así las cosas, la sociedad civil global abarca una actividad cívica que aborda asuntos transmundiales, involucra una comunicación transfronteriza, tiene una organización global y funciona bajo la premisa de solidaridad supra territorial. Con frecuencia, esos cuatro atributos van de la mano, pero las asociaciones cívicas pueden tener un carácter global en uno o alguno de los cuatro aspectos²⁵.

La sociedad civil no pretende minimizar o reemplazar al Estado, sino incrementar la responsabilidad y receptividad de las instituciones políticas, de radicalizar la democracia y redistribuir el poder político²⁶. Por consiguiente, no son parte del gobierno ni pretenden

20 Mary Kaldor, "The Idea of Global Civil Society", en: *International Affairs*, vol.79, núm. 3, 2003, p.. 585.

21 B. Woodward, "Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues", en: *International Community Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006, p. 355.

22 Jan Aart Scholte, "Global Civil Society", en: N. Woods, ed., *The Political Economy of Globalization*, Londres, Macmillan, 2000, p. 237.

23 *Ibíd.*, p. 238.

24 *Ibíd.*, p. 245.

25 *Ibíd.*, p. 238.

26 H. Anheier, M. Glasius y Mary Kaldor, "Introducing Global Civil Society", en: H. Anheier, M. Glasius y Mary Kaldor, eds., *Global Civil Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 11.



hacer negocios, pero están involucradas en la promoción de ciertos intereses, causas y objetivos como afirman Crane and Matten²⁷.

De acuerdo con lo expuesto, podría decirse que las características que agrupan a las organizaciones de la sociedad civil (de beneficio público) es el carácter sin ánimo de lucro, el hecho de no ser gubernamentales, de ser grupos voluntarios, organizadas a nivel local, nacional o internacional; para abordar asuntos que buscan el beneficio general del público o el mundo en su extensión, a través de la provisión de servicios específicos o las campañas de defensa (*advocacy*)²⁸.

A pesar de la extrema diversidad interna, hay de hecho una crítica compartida sobre la administración del mundo por sus instituciones internacionales hechas exclusivamente por los gobiernos nacionales. Es una expresión de la crisis de legitimidad, que se transforma en la acción política de oposición²⁹. La acción política de estas organizaciones está en expansión.

Las tácticas claves de las ONG para conseguir resultados y apoyo para sus causas, es la política a través de los medios, llegando al público y movilizándolo para que las apoye³⁰. Esto es posible, gracias a los canales de comunicación que tienen disponibles, especialmente Internet, que les permite alcanzar notoriedad y generar presión social, y ésta podría transformarse en presión de los clientes potenciales o actuales de las compañías multinacionales³¹. En suma, la sociedad civil global ahora tiene los medios tecnológicos para existir de manera independiente de las instituciones políticas y de los medios de comunicación masiva. Sin embargo, la capacidad de los movimientos sociales para cambiar la mentalidad pública, todavía depende, en gran medida, de la habilidad de forjar el debate en la esfera pública³².

Muchas organizaciones a nivel nacional, han sido llamadas grupos de interés o de presión y se han aliado con sus contrapartes en otros países a través de redes o federaciones, explotando al máximo el trabajo de esta manera a partir de las facilidades que brinda la era de la información y la globalización. Las redes son formas de organización que se caracterizan por ser voluntarias, recíprocas y tienen patrones de comunicación e intercambio horizontales. No tienen estructuras jerárquicas como las firmas, y defienden una causa o una proposición.

La sociedad civil global, ha transformado completamente la idea de democracia. Hoy, los asuntos de la democracia entendida como participación, consulta, debate abierto,

27 Andrew Crane y Dirk Matten, *Business Ethics*, citados en: Yves Fassin, Op. Cit., p. 504.

28 B. Woodward, *Op.Cit.*, p. 345.

29 Manuel Castells, *Op.Cit.*, p. 86

30 *Ibíd.*

31 Alasdair Marshall et al. "An Examination of 'Irregular Competition' between Corporations and NGOs". En: *VOLUNTAS: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 23, núm. 2, junio de 2012, p. 376.

32 Manuel Castells, Op. Cit., pp. 86-87.



representatividad, transparencia y rendición de cuentas, no son abordados adecuadamente en términos de instituciones territoriales y comunidades por sí solas. La sociedad civil global ha ampliado el alcance de la práctica democrática.

La importancia de las organizaciones de la sociedad civil a nivel internacional es otorgada incluso por las organizaciones internacionales, como en la Organización Internacional del Trabajo (ILO por sus siglas en inglés) y la Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés)³³. Asimismo, el artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, reconoce formalmente el rol consultivo de las ONG para guiar el trabajo del Consejo Económico y Social (ECOSOC). Por otro lado, las funciones que realizan pueden ser paralelas a las realizadas por las organizaciones internacionales. Como piezas de la gobernanza global, facilitan procesos en muchos niveles para presionar o persuadir individuos, gobiernos, organizaciones internacionales, compañías y otros actores³⁴.

Actualmente, las organizaciones de la sociedad civil son vistas como *stakeholders*, que defienden intereses de la sociedad civil y de comunidades locales a través de numerosas acciones que se apoyan en los medios de comunicación, e introducen ciertos temas dentro de la agenda política. A medida en que han ido creciendo, han fortalecido gradualmente su influencia, cambiando el ambiente internacional. De la misma manera, la sociedad civil se ha vuelto más exigente, exigiendo la necesidad de una aproximación ética a los negocios, respetando y tomando en consideración a los ciudadanos, rindiéndoles cuentas por medio de la transparencia y el diálogo³⁵.

En este sentido, la sociedad civil juega un importante rol en el control de las compañías multinacionales, al presionarlas en lo que respecta a derechos laborales y la protección del medio ambiente. Cuando una compañía opera en un Estado involucrado en violaciones serias a los Derechos Humanos, las ONG tratan de constreñir la conducta tanto de los Estados como de la firma³⁶. Las organizaciones de la sociedad civil tienen una gran influencia en los consumidores en contextos de negocios en los que existe una sensibilidad por las marcas y hay una alta competitividad.

Asimismo, las ONG influyen en gran medida a las compañías para que agreguen a sus normas de funcionamiento el respeto por los Derechos Humanos y otros valores sociales. Esto se ha dado a tal punto, que las compañías han creado políticas internas de responsabilidad social corporativa, que ya no son opcionales para las multinacionales. Ésta podría contrarrestar las obligaciones que las corporaciones le deben a las sociedades en las que operan.

33 B. Woodward, *Op. Cit.*, p. 297.

34 Margaret Karns y Karen Mingst, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2010, p. 9.

35 Yves Fassin, *Op. Cit.*, p. 504

36 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*



Filosóficamente, apela al contrato social, y a la necesidad de los actores no estatales de observar la preservación de la dignidad humana a través de la adherencia a los Derechos Humanos³⁷. Por otro lado, algunas ONG, deciden involucrar a las corporaciones en sus campañas, buscando así influenciarlas directamente a través del diálogo o incluso a través de colaboraciones para la capacitación del personal de la corporación por parte de las ONG, como el etiquetamiento ecológico y otras formas de certificación³⁸.

Además, hay organizaciones de este tipo dedicadas específicamente a criticar las compañías en el rol que juegan en los abusos a los Derechos Humanos, y por lo tanto, han desarrollado guías de reporte estándar para reportar el desempeño social de las compañías, con el fin de asegurarse que los Derechos Humanos sean respetados en el ámbito empresarial³⁹.

Por otro lado, estas organizaciones se encuentran menos interesadas en hacer campañas de defensa⁴⁰, y cada vez más interesadas en realizar *lobby*. Lo anterior, debido a que estos actores desean escalar su impacto, influenciando a los legisladores o creadores de normas en general con la observancia de los Derechos Humanos⁴¹.

Por último, la sociedad civil global puede ser una vía viable para domesticar, humanizar, pedir rendición de cuentas, y civilizar la globalización⁴², puesto que podría ser un medio para contrarrestar, regular o re direccionar los efectos destructivos y divisorios del capitalismo global⁴³.

Marco jurídico de la gobernanza global frente a las compañías multinacionales con respecto a los derechos humanos

1. Marco jurídico de las compañías multinacionales con respecto a los Derechos Humanos

Cuando las regulaciones sobre las inversiones extranjeras empezaron a aparecer, existía una preocupación por proteger al inversionista de las expropiaciones arbitrarias propias de los Estados en vía de desarrollo, que intentaban poner en funcionamiento, un nuevo orden

37 Peter Muchlinski, "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World", en: J. E. Alvarez, ed., *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 41.

38 John G. Ruggie, "Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices", en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004, p.503.

39 R. G. Steinhardt, "Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria", en P. Alston, ed, *Op. Cit.*, p. 185.

40 Traducido del inglés *advocacy*.

41 Peter Muchlinski, *Op. Cit.*, p. 42.

42 H. Anheier, M. Glasius y Mary Kaldor, *Op. Cit.*, p. 17.

43 Krishan Kumar, *Op. Cit.*, p. 420.



económico internacional. Los Estados empezaron a competir por inversiones, celebrando tratados bilaterales para la promoción y protección de las mismas, que se centraban principalmente en la protección al inversionista de la interferencia estatal en cuanto a la propiedad privada⁴⁴.

Sin embargo, a medida en que la expropiación dejó de ser un riesgo en muchos países, las ventajas generadas por la protección a la propiedad privada no cambiaron sustancialmente para las compañías, pero éstas empezaron a aprovecharse de las ventajas y a abusar, especialmente de los Derechos Humanos. Así, las compañías dejan de rendir cuentas a medida en que se han descentralizado, como efecto de la globalización económica⁴⁵.

Como se mencionaba anteriormente, éstas no gozan de personalidad jurídica en el Derecho Internacional como los Estados. Sin embargo, los Estados anfitriones, con frecuencia les otorgan unas ventajas en cuanto a la regulación, e incluso a veces, éstos no tienen la voluntad de implementar las regulaciones existentes, por miedo a perder las inversiones que tanto creen necesitar. Es decir, los Estados carecen de capacidad o voluntad regulatoria.

En este sentido, los Estados se encuentran entre el riesgo del movimiento del capital y el deseo de mayores estándares de regulación, pues han suscrito instrumentos que los hacen directamente responsables de violaciones a los Derechos Humanos dentro de sus territorios, pero no quisieran perder los beneficios que traen las multinacionales con sus inversiones⁴⁶. Sin embargo, se puede afirmar que incluso cuando las compañías no incumplen normas locales, podrían estar violando las normas de sus estándares auto proclamados o pueden ser acusadas de romper normas de la comunidad internacional.

Aunque se mantiene en discusión, las firmas multinacionales, han creado un espacio económico global nuevo que está transformando la manera en que las personas viven y trabajan en el mundo, deben rendir cuentas no sólo a sus accionistas, sino además a una comunidad más amplia de *stakeholders* que son afectados por sus decisiones y su comportamiento⁴⁷.

Internacionalmente, los Estados han abordado las responsabilidades de las compañías en instrumentos de *soft-law*. Lo anterior, implica que no son jurídicamente vinculantes, no crean obligaciones directas, sino que se derivan de una fuerza normativa a través del reconocimiento de las expectativas sociales de los Estados y otros actores clave⁴⁸. No

44 Peter Muchlinski, "Corporate Social Responsibility", en: P. T. Muchlinski, F. Ortino, C. Shreuer, eds, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 639.

45 *Ibíd.*, p. 641.

46 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1106.

47 John G. Ruggie, *Op. Cit.*, p. 512.

48 John G. Ruggie *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W.W. Norton & Company Inc., 2013, p. 45.



obstante, esto no quiere decir que el Derecho Internacional ignore que las compañías multinacionales puedan participar directamente en violaciones a Derechos Humanos, sin embargo, no hay una norma que directamente las haga responsables. El Derecho Internacional procura obligar a los Estados a regular internamente el tema⁴⁹. En términos jurídicos, existe una laguna normativa en el tema⁵⁰.

En virtud de lo anterior, y de las diferentes formas de regulación internacional sobre el tema, se abordarán las normas públicas de regulación, en segundo lugar se discutirán los sistemas privados, luego las regulaciones mixtas, para finalizar con la normatividad local.

1.1 Normatividad Pública⁵¹

La creación de normas vinculantes con respecto a los abusos a los Derechos Humanos en el nivel internacional, podría tomar la forma de un tratado vinculante, que hiciera explícitos los deberes corporativos directos, no obstante, hasta ahora, únicamente se han realizado normas de *soft law*, no vinculantes y que no responsabilizan de manera directa a las corporaciones⁵².

En este sentido, a finales de la década de 1990 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, persiguió esta estrategia con la redacción del proyecto de Normas sobre las Responsabilidades de las Corporaciones Multinacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos (Las Normas)⁵³. En el 2003, se presentó el texto para ser aprobado en la Comisión Para los Derechos Humanos (la Comisión de la que se desprendía la precitada Subcomisión), no obstante, no prosperaron debido a que contenían los mismos deberes que tienen los Estados en cuanto a Derechos Humanos, permitiendo que las corporaciones fueran llevadas directamente ante los organismos internacionales, con el fin de asegurar su cumplimiento⁵⁴. Lo anterior, detonó un debate que se polarizó entre las ONG protectoras de los Derechos Humanos y la comunidad empresarial.

Más adelante, el Consejo de los Derechos Humanos de la ONU (antes la Comisión), de manera unánime aprobó los Principios Rectores sobre las empresas y los Derechos Humanos su resolución 17/4, que marcó la primera vez que el Consejo o su predecesor, la Comisión,

49 *Ibíd.*, p. 39

50 *Ibíd.*, p. 47.

51 La normatividad pública internacional, se entenderá (para efectos del presente texto) como las normas dentro del sistema de las Naciones Unidas, debido a que en términos institucionales, es el foro más amplio y plural del orden internacional contemporáneo. La ONU reconoce la presencia de actores no estatales, abarca un gran número de temas, y además coordina su actuar con el de otras organizaciones, dotando así su normatividad de legitimidad democrática.

52 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1114.

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*, p. 1115.



aprobaron cualquier texto normativo que no había sido negociado entre los gobiernos. Los Principios Rectores proponían unos pasos en detalle, requeridos para la implementación de “Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los Derechos Humanos”⁵⁵ propuestos por Ruggie al Consejo en el 2008. Se basaba en tres pilares:

1. El deber de los Estados de proteger en cuanto a los abusos de terceros, incluidas las empresas, a través de políticas, regulaciones y adjudicaciones apropiadas.
2. Una responsabilidad corporativa independiente, de respetar los Derechos Humanos, que significa que las corporaciones deben actuar con una diligencia debida para evitar infringir los derechos de otros y abordar los impactos adversos en los que se involucran.
3. La necesidad de asegurar un acceso amplio de las víctimas, a un remedio efectivo, tanto judicial como no judicial.

Puesto de una manera simple: los Estados deben proteger, las compañías deben respetar, y los que son vulnerados deben ser reparados.

Lo anterior, hace directamente responsables a los Estados, de vigilar a las multinacionales para que no incurran en violaciones a los Derechos Humanos, incrementando los estándares exigidos a las mismas, pues en caso de que éstas incumplan, serán aquellos quienes respondan ante las autoridades internacionales.

El marco normativo de los Principios Rectores, vislumbra que la responsabilidad de respetar de las empresas, será llevada a cabo a través del mecanismo de la diligencia debida, usada para afrontar los riesgos humanos que se involucran en un proyecto de inversión y para desarrollar estrategias de respuesta del control frente a ese riesgo⁵⁶.

De esta manera, las compañías deben mirar más allá de la protección de sus propios intereses, y centrarse en los intereses de aquellos que son afectados por sus acciones. Bajo los Principios Rectores, el concepto de diligencia debida es más elaborado, en particular, el principio 17 sobre la diligencia debida de los Estados, establece que debe cubrir los impactos adversos a los Derechos Humanos que las compañías causen o contribuyan a causar a través de sus propias actividades.

Entre las últimas actuaciones en el orden regulatorio de las Naciones Unidas, se encuentra la Resolución del 26 de junio de 2014, mediante el cual el Consejo de Derechos Humanos en su 26° período de sesiones establece un grupo de trabajo sobre las empresas multilaterales, con el fin de redactar un instrumento jurídico vinculante que regule la actuación de dichas corporaciones.

55 Al respecto: Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos en su octavo período de sesiones A/HCR/8/5 del 7 de abril de 2008.

56 Peter Muchlinski, “Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation”, en: *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, núm. 1, 2012, p. 146.



Algunos autores como Spiro,⁵⁷ sostienen que hacer responsables a las compañías directamente, les quita presión a los gobiernos nacionales para capacitarse e implementar normas de protección de derechos locales e internacionales, y que sería más realista volverse hacia la autoridad a nivel nacional, y exigirle a ésta una protección efectiva y en todos los ámbitos, no únicamente en el corporativo. Sin embargo, deberá esperarse al menos hasta el primer informe de dicho grupo, con el fin de determinar qué tipo de deberes creará para las corporaciones.

De manera excepcional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha involucrado de manera directa a las compañías, por ejemplo cuando cometen o son cómplices en la comisión de violaciones atroces. Pero incluso en estas circunstancias, el Derecho puede ser implementado únicamente en jurisdicciones en las que dichos delitos pueden ser imputados a las compañías.

1.2 Regulación Privada

Con el advenimiento de la globalización, la sociedad civil global ha buscado direccionar el poder del consumidor para disciplinar el comportamiento de las corporaciones. Estas iniciativas han tomado la forma de códigos de conducta avalados por ONG o producidas por ellas mismas, así como esquemas de certificación como el IO 26000⁵⁸. Asimismo, las compañías se han auto regulado a través de regímenes de fijación de estándares. Estas aproximaciones son privadas en el sentido en que no están sujetas a la supervisión de gobiernos⁵⁹, o avaladas por organizaciones internacionales y son voluntarias, aunque en algunos sectores, son efectivamente obligatorios.

Como este tipo de regulación no está sujeta a una supervisión regulatoria, pueden sufrir de un déficit de transparencia, y en ocasiones carecen de una arquitectura para su implementación. Se critican además, pues los estándares internacionales abarcan sólo unas conductas reducidas⁶⁰.

Por su parte, Palazzo y Shrerer⁶¹ entre otros autores, han criticado estos esquemas de regulación, debido a su falta de legitimidad democrática, pues se le da capacidad regulatoria a las corporaciones privadas en cabeza de sus gerentes, que no han sido elegidos democráticamente, y no tienen las responsabilidades que tienen los gobiernos por mandatos legales, al no estar controladas por mecanismos, instituciones ni procedimientos políticos.

57 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1103.

58 La Organización Internacional para la Estandarización (ISO por sus siglas en inglés) creó ISO 26000, que mide la responsabilidad social corporativa e incluye temas de Derechos Humanos. Al respecto: Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1108.

59 *Ibíd.*, p. 1104.

60 John G. Ruggie *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, *Op. Cit.*, p. 90.

61 Guido Palazzo y A. G. Sherer, *Op. Cit.*, p. 907



Finalmente, mientras las normas corporativas y las de seguridad, ofrecen espacios para la consideración de los problemas de abusos a los Derechos Humanos como factores de la gobernanza corporativa, aún hay muy pocas guías oficiales para precisar los parámetros de esa relación⁶².

1.3 Regulación Mixta

La categoría mixta pública privada incluye esfuerzos que pretenden llevar normas internacionales a la conducta corporativa a través de iniciativas de la ONU. De esta manera, el Pacto Global⁶³, establece dos principios con respecto a los Derechos Humanos, que exhortan a las empresas a apoyar y respetarlos dentro de su ámbito de influencia y a asegurarse de que sus empresas no sean cómplices en violaciones de dichos derechos.

Las compañías suscritas deben enviar reportes anuales sobre la implementación de los principios y el secretariado enlista a las compañías que no los cumplen. A pesar del crecimiento, los miembros del Pacto Global incluyen sólo el 40% de las compañías más grandes en el mundo. Más allá de ejercicio auto evaluativo de los reportes, no hay mecanismos de implementación para avanzar en el cumplimiento de los principios⁶⁴.

Por otra parte, la OECD adoptó en 1976 las “*Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*”, que recomiendan a las compañías respetar los Derechos Humanos de los afectados por sus actividades, teniendo en cuenta las obligaciones y compromisos del gobierno anfitrión⁶⁵. Además, exigen a los países que se adhieren, establecer unos Puntos Nacionales de Contacto, al que cualquiera podría llevar una queja o reclamo de incumplimiento de cualquier multinacional domiciliada dentro de su territorio o que opere en uno de los Estados Miembros⁶⁶.

Así como con los códigos de conducta, los esquemas mixtos han sido criticados por su naturaleza no obligatoria, y su orientación, que no es jurídica. Aunque los grupos de Derechos Humanos han apoyado la adopción de los principios, recientemente se han vuelto más críticos.

62 Peter Muchlinski, *Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation Op. Cit.*, p.145.

63 El Pacto Global fue establecido en el 2000 y establece una iniciativa ciudadana corporativa bajo la cual las compañías se comprometen a diez principios relativos a los Derechos Humanos, los derechos del trabajo, la protección del medio ambiente y anticorrupción. Ha sido suscrito por más de 7,000 empresas, así como los representantes de otros actores. Al respecto: UN Global Compact. “Los Diez Principios del Pacto Mundial”, *Sitio web United Nations Global Compact*, [en línea], disponible en: https://www.unglobalcompact.org/languages/spanish/los_diez_principios.html, consulta: 7 de septiembre de 2014.

64 Peter J. Spiro, *Op. Cit.*, p. 1111.

65 OECD, *Líneas Directrices de la OECD para Empresas Multinacionales*, Paris, OECD Publishing, 2011, p. 5.

66 John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights, Op. Cit.*, p. 46.



1.4 Normatividad Interna

Los Estados tienen la obligación de proteger los Derechos Humanos de las personas por mandato de los Principios Rectores, pero además son garantes de los mismos en razón de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros instrumentos internacionales sobre el tema. En este sentido, éstos son los encargados de regularlo de una manera en que cristalicen las normas amplias, en ocasiones vagas, de los mandatos internacionales, con el fin de implementarlos a favor de una reparación efectiva para las víctimas.

El lugar más prominente en la regulación y la jurisprudencia sobre los Derechos Humanos y las compañías multinacionales ha sido Estados Unidos bajo el “*Alien Tort Statute*”⁶⁷ que fue descubierto por abogados de Derechos Humanos recientemente como un medio para que demandantes extranjeros pudieran llevar demandas civiles ante cortes federales, en principio en contra de individuos, y después en contra de compañías multinacionales como personas jurídicas, por violar las normas de sistemas jurídicos nacionales o un tratado suscrito por Estados Unidos⁶⁸. Dicho estatuto, fue complementado por el *Torture Victim Protection Act (TVPA)*⁶⁹ en 1991⁷⁰.

A pesar de la existencia del mencionado recurso, emerge un problema a partir de la estructura de las multinacionales. Aunque en el día a día una compañía multinacional actúe en grupo, cada subsidiaria es constituida como una persona jurídica por separado, sujeta a la jurisdicción en la que actúa. Por lo tanto, la matriz generalmente no es responsable de las violaciones cometidas por una subsidiaria, incluso cuando es la única inversionista o socia de la misma, a no ser que la subsidiaria esté controlada de manera unívoca en sus operaciones ordinarias por la matriz, como una simple agente de la misma. Esto hace extremadamente difícil para cualquier jurisdicción, regular las actividades de las multinacionales, y puede impedir a las víctimas de los mencionados abusos, de obtener un resarcimiento adecuado. A lo anterior se le suma que la compañía puede influenciar a su país anfitrión de diferentes maneras, que fueron mencionadas anteriormente.

2. Visiones críticas frente al Derecho Internacional y rol de la sociedad civil global

A partir de la regulación existente, los académicos han abordado el tema de diversas maneras. Algunas posiciones, se manifiestan optimistas frente a los cambios que

67 Estatuto de Responsabilidad Extracontractual por Daños Cometidos en el Extranjero, adoptado en 1789 para combatir la piratería, proteger embajadores, y para asegurar conductas seguras.

68 John G. Ruggie, *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, Op. Cit., p. XXXIV.

69 Ley de Protección de Víctimas de la Tortura.

70 Desde Colombia, se han denunciado a multinacionales como Chiquita Brands, Dole, Del Monte, Drummond y Coca-Cola por relaciones con actores armados del conflicto armado. Al respecto: Martín-Ortega, “Deadly Ventures? Multinational Corporations and Paramilitaries in Colombia”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008, p. 9.



paulatinamente se han realizado en cuanto a la regulación. No obstante, un sector amplio de la doctrina, ha acogido una postura crítica. Algunos piensan que la regulación existente es insuficiente, pero otros, consideran que la impunidad de las violaciones a los Derechos Humanos por parte de las compañías multinacionales está profundamente arraigada al sistema jurídico internacional y su estructura en sí.

La anterior crítica, se realiza a partir de varias posturas, como las aproximaciones a partir de la denominada corriente del Tercer Mundo frente el Derecho Internacional (TWAIL⁷¹ por sus siglas en inglés), que sostienen que las relaciones coloniales hicieron que las personas del Tercer Mundo, se volvieran sensibles frente a las relaciones de poder⁷².

Para esta postura crítica, los Estados poderosos han usado el Derecho Internacional y sus instituciones para crear un ambiente legal globalizado que protege y facilita la actividad corporativa. Aseguran que los europeos y demás países del norte del mundo, han identificado a los “otros” como la fuente de toda violencia, que debe ser reprimida por medio de una violencia incluso más intensa, que es legítima si la emplea el poder colonial en su labor de salvación de los otros de sí mismos⁷³. Hoy en día, la idea de salvación ha evolucionado en conceptos como el desarrollo, la democratización, la expansión de los Derechos Humanos y las estrategias de buen gobierno, que posicionan al Tercer Mundo como si le faltara algo o como si tuviera una deficiencia y una necesidad de la intervención internacional para su salvación.

De acuerdo con esta corriente, el problema de la perspectiva de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, es que en conjunto con las intervenciones de las instituciones financieras internacionales en las economías de los Estados en vía de desarrollo, evitan la rendición de cuentas por parte de las compañías. No obstante, se cree en el potencial transformador del Derecho Internacional, y en la idea del Derecho como un medio para limitar el poder,⁷⁴ y debe buscarse formularlo de una manera en que se mantenga firme en sus ideales y sirva a la justicia global⁷⁵.

Thomas Pogge⁷⁶ afirma que los componentes fundamentales del Derecho Internacional, sistemáticamente obstruyen las aspiraciones de las poblaciones pobres de autogobernarse, de tener derechos civiles y una solvencia económica mínima. Las organizaciones internacionales centrales, están diseñadas para contribuir sistemáticamente con la permanencia de la pobreza, y reflejan los intereses compartidos de los gobiernos, las

71 *Third World Approaches to International Law.*

72 A. Anghie y B. Chimni, “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflict”, en: *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, 2003, p. 77.

73 A. Anghie y B. Chimni, *Op. Cit.*, p. 85

74 *Ibíd.*, p. 101.

75 *Ibíd.*, pp. 102-103.

76 Thomas Pogge, “Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor”, en: *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005, p. 717.



corporaciones, y los ciudadanos de los países más ricos, más que un esfuerzo por evitar la pobreza global. Las normas actuales, favorecen a los países ricos al permitirles proteger sus mercados a través de cuotas, tarifas, créditos de exportación y subsidios a los productores locales en maneras en que no son permitidas o no pueden ser igualadas por los países en vía de desarrollo. Dichas regulaciones asimétricas, refuerzan las inequidades que permiten a los gobiernos de los países ricos imponer estas normas asimétricas desde un principio⁷⁷.

Como lo observa William Tabb⁷⁸, el impulso de los acuerdos internacionales sobre el comercio y la inversión, han extendido de manera casi uniforme la libertad de las multinacionales de operar con menos impedimentos a nivel global. Los requerimientos de liberalización impuestos por los acuerdos comerciales, tienen un impacto en la capacidad de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales con respecto a los Derechos Humanos. Y como Van den Bossche⁷⁹ explica, el proceso de adhesión a la Organización Mundial del Comercio (OMC) requiere que un país negocie los términos de ésta con los miembros actuales. El candidato debe aceptar las condiciones del Acuerdo de la OMC y todos los acuerdos multilaterales sobre el comercio. La adhesión bajo esas condiciones no está sujeta a negociación.

El efecto de esas condiciones, era el de trasladar la gobernanza económica de los Estados a las instituciones financieras internacionales, y al mismo tiempo, debilitar la capacidad de los Estados de emprender reformas sociales, incluyendo medidas para respetar, proteger y hacer cumplir los Derechos Humanos de quienes están sujetos a sus jurisdicciones. Además, esos programas jugaron un rol significativo en el incremento de pobreza en los mismos Estados⁸⁰.

James Gathi⁸¹, observa que la agenda de buen gobierno promovida por el Banco Mundial, reformula las políticas económicas neoliberales del mismo, disfrazados con una jerga nueva compatible con los Derechos Humanos. Esta concepción le da preferencia a la política económica más que a los Derechos Humanos, a no ser que esos derechos puedan ser conceptualizados a partir de la lógica económica, mediante una apertura en el comercio internacional y las finanzas, y una reducción del gasto social en educación y salud. Entonces, el Banco Mundial tiende a apoyar únicamente esos derechos que se encuentran alineados con sus políticas.

De acuerdo con Simons⁸², las recomendaciones de la Subcomisión son apenas deberes morales, pero carecen de algún mecanismo de implementación o vigilancia. Fallan además

77 *Ibíd.*, p. 725.

78 William Tabb, *Economic Governance in the Age of Globalization*, citado en: Penelope Simons, *Op. Cit.* p. 26.

79 Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 110.

80 Penelope Simons, *Op. Cit.*, pp. 25-26.

81 J. T. Gathi, *Good Governance as a Counter Insurgency Agenda to Oppositional and Transformative Social Projects in International Law*, en: *Ibíd.*, p. 25

82 *Ibíd.*, p. 35



en describir con claridad qué podría entenderse como un incumplimiento del deber de protección de los Estados o el de respetar de las compañías. Se critica también, que al ser un proceso voluntario y privado sin un complemento de obligaciones jurídicas internacionales, podría no ser más efectivo que otros regímenes auto regulatorios en la regulación y la implementación de normas para las compañías en cuanto a los Derechos Humanos.

La crítica de la precitada autora, tendría implícita una fuerte crítica al *soft law* como fuente del Derecho Internacional, descartando sus ventajas y su importancia dentro del mismo. En primer lugar, la mayor parte del Derecho Internacional es blando⁸³. Aunque el *soft law* que se emplea actualmente para regular a las compañías ha sido ampliamente criticado en cuanto a su alcance en los asuntos internacionales, tiene la ventaja de facilitar el compromiso y la cooperación de mutuo beneficio entre actores diversos, con diferentes valores, intereses, y grados de poder.

La flexibilidad que brinda, es deseable cuando se requiere un avance normativo de carácter público y con un alto grado de legitimidad⁸⁴. La legalización blanda le permite a los Estados adaptar sus obligaciones a sus contextos particulares en lugar de tratar de acomodar las circunstancias nacionales divergentes dentro de un mismo texto. Esto les brinda flexibilidad en la implementación, ayudándoles a los Estados a hacerle frente a las consecuencias políticas y económicas locales de un acuerdo, y por tanto, incrementa la eficiencia de lo que se lleva a cabo.

En virtud de lo anterior, podría inferirse que los Principios Rectores probablemente nunca hubieran sido alcanzados, si se hubiera esperado a llegar a un consenso entre Estados, debido, entre otros asuntos, a las asimetrías de poder entre los países receptores de la inversión extranjera, y los países donde se origina la misma. En este sentido, no se descartan los Principios debido a su carácter de *soft law*.

Así las cosas, se reconoce el progreso de los Principios, pues existe un avance importante comparado con lo que existía previamente, especialmente en la articulación de la responsabilidad de las compañías de respetar, incluyendo los componentes de la diligencia debida en los Derechos Humanos y la creación de un estándar singular, seguramente asegurarán una respuesta un poco más abarcadora. En este sentido, es un paso, pero como este argumento lo insinúa, no es lo suficientemente progresivo. La Guía y el mecanismo de seguimiento aprobados por la Comisión, sufren de los mismos defectos que padecen otras iniciativas voluntarias con un enfoque de *stakeholders*, al tener estándares inadecuados y carecer de una vigilancia efectiva de su cumplimiento.

En una declaración conjunta, la Sociedad Civil mediante algunas ONG se dirigieron a la Comisión, mientras reconocieron el progreso realizado durante el mandato del Subcomisionado, expresaron preocupación puesto que los Principios Rectores podrían

83 Original *soft*. Al respecto: K. Abbott y D. Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance", en: *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000, p. 421.

84 *Ibíd.*, p. 436.



ser un paso atrás con respecto al Marco Normativo de 2008, pues no reflejaron de una manera adecuada algunos asuntos centrales, como las obligaciones y responsabilidades extraterritoriales de las compañías, la necesidad de una regulación más efectiva, el derecho a una indemnización de las víctimas, y la necesidad de una rendición de cuentas coherente con los estándares internacionales de Derechos Humanos. La crítica se resume en que los Principios Rectores por sí mismos, no sirven como una serie de estándares de alcance global, para abordar todo el ámbito de las compañías y los Derechos Humanos⁸⁵.

Por otro lado, la ONG Human Rights Watch afirmó que con la aprobación de los Principios Rectores y sus defectos, y el fracaso en poner en funcionamiento mecanismos para asegurar unos pasos básicos para proteger los Derechos Humanos, el Consejo aprobó el *status quo*: un mundo en el que las compañías son alentadas pero no obligadas a respetar los Derechos Humanos⁸⁶.

Lo anterior es especialmente problemático debido a que las compañías ahora podrían estar percibiendo a los Principios Rectores como el estándar único y definitivo en cuanto a los Derechos Humanos. Se crea el riesgo de que muchas compañías ignoren los estándares que los Principios Rectores no hayan tenido en cuenta⁸⁷.

El problema de la impunidad corporativa para las violaciones extraterritoriales a los Derechos Humanos, es profundamente complejo y necesita ser atacado de una manera creativa e inteligente en una variedad de niveles jurisdiccionales. El Subcomisionado ha hecho incursiones significativas en un gran número de frentes. Sin embargo, no se ha atrevido a imponer obligaciones vinculantes de Derechos Humanos para los actores multinacionales.

Finalmente, la Subcomisión, perdió la oportunidad de empujar a los Estados y a los actores corporativos fuera de su zona de confort⁸⁸. Por su parte, McCorquodale y Simons⁸⁹, han notado que hay muchos métodos de regulación, pero la regulación sin una implementación adecuada a través de mecanismos jurídicos, rara vez es efectivo como medio de cambio del comportamiento público, económico o social a largo plazo. Si no se involucra al Derecho Internacional como una parte íntegra de la estrategia para abordar los impactos y la responsabilidad en cuanto a los Derechos Humanos por parte de las compañías, así como la soberanía de los gobiernos, permanecerá la preocupación de que a pesar de algunos cambios en las políticas estatales, internamente en las compañías, y en la diligencia debida, pareciera que el mundo de los negocios sigue su curso sin tenerlos en cuenta.

85 Penelope Simons, *Op. Cit.*, pág.38

86 *Ibíd.*, p. 39

87 C. Albin-Lackey, "Without Rules: A Failed Approach to Corporate Accountability". En: Human Rights Watch, *World Report 2013*, Washington, p. 33.

88 Penelope Simons, *Op. Cit.*, p.41.

89 R. McCorquodale y Penelope Simons, "Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law", en: *The Modern Law Review*, vol. 70, núm 4, 2007.



Conclusiones

Los procesos de la gobernanza global, han propiciado que la actividad de las compañías multinacionales trascienda los efectos propios de su objeto social. Es decir, además de perseguir sus objetivos comerciales, intervienen el entorno en el que se ubican, pero además, se involucran a menudo en violaciones a los Derechos Humanos.

El impacto de esos efectos colaterales, conduce a que ciertos partícipes de la sociedad civil global, aboguen por la construcción de un marco de protección frente a estos. Especialmente, las ONG se involucran en campañas de defensa, en atraer la atención de los medios de comunicación, llegando al público y movilizándolo para que las apoye. Las organizaciones de la sociedad civil son los principales impulsores de la reforma a nivel internacional, buscando una normatividad más estricta para las multinacionales.

En el actual estado de cosas, la normatividad se manifiesta a través del *soft-law*. Lo anterior, implica que no son jurídicamente vinculantes, no crean obligaciones directas, no obstante, esto no quiere decir que el Derecho Internacional ignore que las compañías multinacionales puedan participar directamente en violaciones a Derechos Humanos, sin embargo, no hay una norma que directamente las haga responsables, o les prohíba violar los precitados derechos. Este tipo de normas no tienen unos mecanismos para una adecuada implementación, lo que le permite a las compañías un marco normativo flexible y dúctil que no siempre se refleja en la protección de los afectados directos por su operación. El Derecho Internacional procura obligar a los Estados, a regular internamente el tema, para que los actores no estatales que se encuentran actuando en sus territorios, respeten los Derechos Humanos y sean declarados responsables en caso de violarlos.

Los mecanismos mencionados, sujetan directamente a los Estados, que en ocasiones no tienen la capacidad para garantizar una protección efectiva de los Derechos Humanos. En algunos Estados en los que operan las multinacionales, no son democráticos, ni institucionalmente fuertes; incluso cuando lo son, pueden ser blandos en cuanto al control y la vigilancia de éstas. Como consecuencia, son a veces más sensibles a los intereses de las multinacionales que a los de sus ciudadanos. Por lo tanto, los Estados anfitriones no quieren regular o sancionar fuertemente a las compañías, debido al miedo de perder la inversión extranjera, los puestos de trabajo, y demás beneficios que les traen las compañías.

Por otra parte, los diferentes componentes de la sociedad civil global, buscan diseñar e implementar mecanismos de control para la situación descrita. Promueven la implementación de medidas fuertes, en ocasiones de reputación, y en otras, económicas, pero que se refieran directamente a las compañías.

De lo anterior se generan dos riesgos, el primero es que las sanciones que buscan afectar la reputación de los países, generan incentivos perversos para las compañías, pues un país que no protege los Derechos Humanos, que no le hace frente a las violaciones de los mismos, será un destino deseable para el asentamiento de éstas.



En segundo lugar, si la normatividad internacional pública se formula de una manera en que se vincule directamente a las compañías multinacionales, podría disminuir la presión que tienen los Estados, en cuanto a sus obligaciones internacionales vinculantes sobre los Derechos Humanos. Éstas consisten en crear normas internas de protección e implementación en cuanto a los mismos.

A raíz de los mencionados riesgos, se considera la posibilidad de analizar los diferentes esquemas de regulación, y la efectividad que tienen para limitar la problemática. Se celebran avances como Los Principios Rectores de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, que permitió de cierta manera, generar un consenso en cuanto a la regulación. No obstante, la sociedad civil global se manifestó en desacuerdo con los mencionados Principios Rectores, debido, entre otras cosas, al carácter de *soft law* que no vincula directamente a las compañías.

Las críticas provienen de académicos de corrientes como las aproximaciones a partir de la denominada corriente del Tercer Mundo frente el Derecho Internacional, al ser empleado por los Estados poderosos para crear un ambiente jurídico globalizado que protege y facilita la actividad corporativa, sujetando a los países en desarrollo a la dominación y subordinación por parte de los países desarrollados. También en la planeación de las instituciones financieras como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, por medio de programas de desarrollo, con condiciones en cuanto a la regulación interna.

No obstante, se considera que desestimar a las normas de *soft law* únicamente por su naturaleza, es mirar al Derecho, especialmente al Derecho Internacional desde un punto de vista muy formalista, y por la naturaleza misma de este Derecho, deben tenerse en cuenta otros tipos de regulaciones diferentes a las más estrictas y vinculantes.

Así, las compañías han acudido a regularse entre sí, por medio de esquemas de certificación, códigos de conducta, y regímenes de fijación de estándares. No obstante, dichas normas son de carácter privado, es decir, no están sujetas a la supervisión de gobiernos ni avaladas por organizaciones internacionales. Razones por las cuales, estas regulaciones han sido fuertemente criticadas, especialmente por la sociedad civil global, al sufrir de un déficit de legitimidad democrática, de transparencia y en ocasiones, carecer de mecanismos de implementación. Además se critican, por la voluntariedad de su cumplimiento, aunque en algunos sectores, los esquemas de certificación son altamente obligatorios.

Por otra parte, surge la categoría de regulación mixta pública privada que incluye esfuerzos que pretenden llevar normas internacionales a la conducta corporativa a través de iniciativas de la ONU. Los esquemas mixtos, han sido criticados en parte, por asemejarse a los esquemas privados, en que su naturaleza no es obligatoria, y su orientación no es jurídica.

Como consecuencia de la complejidad del tema, deben atacarse todos los frentes del mismo, pues aún no se ha abordado la responsabilidad directa de las compañías, ni las obligaciones puntuales que tienen los Estados en cuanto a su deber de proteger. Debido a



las dificultades de las anteriores normas, se evidencia la posibilidad de explorar las medidas mixtas, es decir, que provienen de actores diferentes a las organizaciones internacionales y a los Estados, pero que sean objeto de revisión por parte de las autoridades competentes, con una participación activa de todos los actores. Los gobiernos, podrían exigir en sus procesos de selección de proveedores, dichos estándares, con el fin de avalarlos y popularizarlos rápidamente.

Lo que debe destacarse, es el hecho de que los estándares formulados, serían dotados de legitimidad, con una adecuada participación por parte de los diferentes actores. Con un sistema de incentivos para quienes los cumplan, pero además, con sanciones efectivas a quienes no lo hagan.

Dicha propuesta, podrá fortalecer la certeza en cuanto a la regulación, debido a que las corporaciones evitan estar inmersos en situaciones de incertidumbre jurídica y este tipo de regulación podría ser menos vulnerable al desplazamiento competitivo que debilita los esquemas privados.

Por otro lado, podrían ser introducidas obligaciones en cuanto a los Derechos Humanos, así como mecanismos para su cumplimiento, en acuerdos de inversión bilaterales y otros acuerdos internacionales sobre la inversión. La popularización de la adopción de dichos estándares podría permitir la construcción de un consenso internacional para un acuerdo multilateral más amplio.

Las corporaciones han aprendido a navegar en la regulación en los distintos niveles, es importante señalar la relevancia de atacar todos los frentes, debido a que ninguna regulación, por sí sola, es capaz de cerrar la brecha normativa existente. Por lo tanto, se ha evidenciado que es necesaria una aproximación más comprensiva, que integre todos los puntos de vista, con un rol activo de la sociedad civil, pero con un adecuado seguimiento, evaluación e implementación, por parte de los gobiernos y las organizaciones internacionales.



Bibliografía

- Abbott, K. y Snidal, D., “Hard and Soft Law in International Governance”, en: *International Organization*, vol. 54, núm. 3, 2000.
- Anghie, A. y Chimni, B., “Third World Approaches to International Law and Individual Responsibility in International Conflict”, en: *Chinese Journal of International Law*, vol. 1, 2003.
- Anheier, H., Glasius, M. y Kaldor, M., “Introducing Global Civil Society”, en: Anheier, H., Glasius, M. y Kaldor, M, eds., *Global Civil Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- Castells, Manuel, “The New Public Sphere: Global Civil Society, Communication Networks, and Global Governance”, en: *The Annals of the American Academy of Political Science*, vol. 616, núm. 1, 2008.
- Human Rights Watch, *World Report*, 2013, Washington.
- Fassin, Yves, “Inconsistencies in Activists' Behaviours and the Ethics of NGOs”, en: *Journal of Business Ethics*, vol. 90, núm. 12, 2009.
- Kaldor, Mary, “The Idea of Global Civil Society”, en: *International Affairs*, vol.79, núm. 3, 2003.
- Karns, Margaret y Mingst, Karen, *International Organizations: The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, 2010.
- Kumar, Krishan, “Global Civil Society”, en: *European Journal of Sociology*, vol. 48, núm. 3, diciembre 2007.
- Marshall, Alasdair et al. “An Examination of ‘Irregular Competition’ between Corporations and NGOs”, en: *VOLUNTAS: International Journal of Voluntary and Nonprofit Organizations*, vol. 23, núm. 2, junio de 2012.
- Martín-Ortega, Olga, “Deadly Ventures? Multinational Corporations and Paramilitaries in Colombia”, en: *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 16, 2008.
- McCorquodale R. y Simons, Penelope, “Responsibility Beyond Borders: State Responsibility for Extraterritorial Violations by Corporations of International Human Rights Law”, en: *The Modern Law Review*, vol. 70, núm 4, 2007.
- Muchlinski, Peter, “Implementing the New UN Corporate Human Rights Framework: Implications for Corporate Law, Governance, and Regulation”, en: *Business Ethics Quarterly*, vol. 22, núm. 1, 2012.
- _____, “Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development, and the Balance of Corporate and Home Country Rights and Responsibilities in a Globalizing World”, en: Alvarez, J. E., ed., *The Evolving International Investment Regime. Expectations, Realities, Options*, Oxford, Oxford University Press, 2011.



_____, “Corporate Social Responsibility”, en: Muchlinski, P. T., Ortino, F. y Shreuer C., eds, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

OECD, *Líneas directrices de la OECD para empresas multinacionales*, París, OECD Publishing, sf.

Palazzo, Guido y Sherer, A. G., “The New Political Role of Business in a Globalized World: A Review of a New Perspective on CSR and its Implications for the Firm, Governance, and Democracy”, en: *Journal of Management Studies*, vol. 48 núm. 4, junio de 2011.

Pogge, Thomas, “Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor”, en: *Leiden Journal of International Law*, vol. 18, 2005.

Ruggie, John G., *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*, New York, W.W. Norton & Company Inc., 2013.

_____, “Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices”, en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004.

_____, “Reconstructing the Global Public Domain: Issues, Actors, and Practices”, en: *European Journal of International Relations*, vol. 10, núm. 4, 2004.

Sholte, Jan Aart, “Global Civil Society”, en: N. Woods, ed., *The Political Economy of Globalization*, Londres, Macmillan, 2000.

Simons, Penelope, “International Law's invisible hand and the future of corporate accountability for violations of Human Rights”, en: *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 3, núm. 1, marzo de 2012.

Spiro, Peter J., “Constraining Global Corporate Power: A Short Introduction”, en: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 43, 2013.

Steinhardt, R. G., “Corporate Responsibility and the International Law of Human Rights: The New Lex Mercatoria”, en: Alston, Philip, ed., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organization Text, Cases and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Wells, Christina y Elias, Juanita, “Catching the Conscience of the King: Corporate Players on the International Stage”, en: Alston, Philip, ed., *Non-State Actors and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Woodward, B., “Global Civil Society and International Law in Global Governance: Some Contemporary Issues”, en: *International Community Law Review*, vol. 6, núm. 2, 2006.

AUTORIDAD PRIVADA EN LA GOBERNANZA GLOBAL. EL PACTO GLOBAL Y LAS COMPAÑÍAS MULTINACIONALES*

PRIVATE AUTHORITY IN THE GLOBAL GOVERNANCE.
THE GLOBAL COMPACT AND THE MULTINATIONAL CORPORATIONS.

✉ Por: Andrea Carolina Hernández Calderón** y Susana Inés Trujillo Preciado***

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2014

Fecha de aprobación: 12 de noviembre de 2014

Resumen

En la actualidad el dinamismo de la relaciones internacionales no permite la existencia de un único actor que pueda denominarse central, por el contrario, se está frente a un escenario donde existen una cantidad temas de discusión que exige la confluencia de actores de carácter tanto público como privado que participen y regulen las relaciones internacionales. El presente documento se enfoca en el actuar de las compañías multinacionales como autoridades privadas dentro del ámbito internacional y su influencia dentro de la estructuración de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) mediante la creación de normas de soft law, usando como ejemplo las actividades desarrolladas por la iniciativa Global Compact. Lo anterior, con el objetivo de explicar cómo las compañías multinacionales hacen parte de la toma de decisiones frente asuntos globales como autoridades privadas mediante el análisis de la naturaleza jurídica de los estándares y lineamientos nacidos de la iniciativa Global Compact como normas de soft law. Teniendo esto en cuenta, se busca lograr un entendimiento sobre el cambio presentado en la normatividad y en las relaciones internacionales durante los últimos años al comprender que ya no son los Estados los únicos participantes y reguladores sino que a través de herramientas jurídicas no tradicionales se da respuesta a las necesidades sociales de los diferentes grupos interesados en los asuntos globales.

* El siguiente artículo se trata de una versión modificada de la tesis para título de abogado “Global Compact y las Compañías Multinacionales como autoridades privadas”.

** Egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín- Colombia. ahernan5@eafit-edu.co

*** Egresada de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT, Medellín- Colombia. strujil2@eafit-edu.co



Palabras clave: *compañías multinacionales, pacto global, autoridad privada, soft law, autorregulación privada.*

Abstract

Nowadays the dynamism of the international relations does not allow the existence of one central actor; on the contrary, we are facing a stage where a multiplicity of topics of discussion can be found which demands a confluence of actors both public and private that participate and regulate de international relations. This document is focused in the actions of the multinational companies as private authorities on the international stage and its influence in the structuring of the Corporate Social Responsibility through the creation of soft law normativity, using the example the activities developed by the Global Compact Initiative. This , in order to explain how the multinational corporations, as private authority, are part of the decision-making process on global affairs through the analysis of the juridical nature of the requirements and guidelines born from the Global Compact Initiative as soft law standards. Taking this into account, we are seeking to achieve an understanding about the changes in the normativity and the international relations in recent years, realizing that the States are not the only participants and regulators, but that through nontraditional legal tools, new social needs of the stakeholders are answered.

Key words: *Multinational corporations, global compact, private authority, soft law, private autoregulation.*

Introducción

Gracias a la globalización la sociedad ha vivido transformaciones que han dado lugar a cambios en el funcionamiento y la estructura de las relaciones internacionales. Ésta se entiende como el desvanecimiento de fronteras entre los Estados y otros actores, lo que lleva una interacción constante entre mercados, individuos y Estados, y que permite el surgimiento de un mercado global dirigido a la integración económica y social. Paralelamente, han surgido nuevos actores y materias en el ámbito internacional y que generan un nuevo modelo de participación, que evidencia la presencia no solo de actores estatales sino también de otros sujetos como organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales (ONG), empresas y compañías multinacionales y la sociedad civil global, lo que ha llevado a la creación de nuevas formas de dirección traducidas en los espacios de gobernanza global.



La gobernanza global se entiende como un nuevo modo de acción gerencial internacional que no ve a los Estados como actores únicos sino que involucra una gran diversidad de agentes capaces de crear instituciones y procesos formales e informales que pueden llegar a regular ciertas materias dentro del derecho y las relaciones internacionales. Se caracteriza por ser un sistema enfocado al planteamiento y solución de problemas de carácter global en el que participan instituciones, organizaciones, movimientos y actores nacionales e internacionales públicos o privados.

Estos nuevos espacios de gobierno se ven materializados de diferentes formas: primero encontramos normas internacionales de *hard law* o derecho en sentido estricto, y de *soft law* como derecho flexible. En segundo lugar, aparecen los regímenes internacionales, que se enfocan en un aspecto específico de la gobernanza, donde es clara la participación de los diferentes actores frente a la regulación de temas específicos; se encuentran, también, las regulaciones privadas como grupos ad hoc, conferencias globales, paneles y foros que estudian y toman decisiones en materias que por alguna razón el Estado ha dejado de lado. Estas formas de actuación no son exclusivas ni limitadas, pues al ser un contexto internacional con multiplicidad de participantes, son variadas las formas de interrelación entre ellos dependiendo los intereses y objetivos que los movilicen. Esto prueba una reconstitución del poder internacional y de las funciones de autoridad del Estado-nación, en donde la coordinación entre el gobierno y los demás actores públicos y privados es necesaria para poder hacer frente a los diversos retos sociales que se presentan en la actualidad.

Las evoluciones presentes en la estructura de la sociedad internacional exhibieron la necesidad de replantear los mecanismos de regulación que enmarcaban las relaciones y el derecho internacional en sí mismos, por lo que se presenta una reestructuración del concepto de autoridad y de la forma en la que quienes la ostentan entran a intervenir dentro de la gobernanza global y el sistema jurídico internacional. Es clara, entonces, la relevancia que están cobrando los actores privados, en especial las compañías multinacionales, al intervenir en el surgimiento de mercados, productos, servicios, capital y personas. Lo que, a su vez, ha ocasionado dificultad en el ejercicio del control de su actividad económica y de su impacto, incluso político, dentro de la sociedad, lo que conduce a la necesidad de hallar una forma de limitar y controlar su impacto.

Es entonces, como nace el concepto de responsabilidad social empresarial (RSE), que hace referencia al compromiso por parte de las empresas de tener en cuenta las expectativas económicas, sociales y ambientales de todos los participantes del mercado respetando valores socialmente aceptados.

Al buscar gestionar la conducta basados en valores y nociones que no están compilados en una norma específica, se hace necesaria la integración y coordinación de los diferentes actores para dar paso a iniciativas que permitan dinamismo en los distintos ámbitos de interés global. Hoy, la principal iniciativa en este tema es el Global Compact, conformada, en gran parte, por entidades del sector privado- principalmente, ONG y empresa-; y que fue creada y es apoyada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La iniciativa tiene



un carácter mundial y voluntario, en donde todo aquel que decida afiliarse se compromete a desarrollar su actividad económica acorde a diez principios fundamentales. Su actuar ha creado un marco de acción y una serie de estándares de conducta para la construcción de legitimación social de los negocios de sus participantes y de los mercados para lograr un mercado global más estable, equitativo e incluyente.

Lo anterior, ha permitido que las entidades privadas, en especial las compañías, obtengan y solidifiquen su rol como autoridades reguladoras de conducta dentro de los mecanismos de gobernanza. Este estatus nace como consecuencia de su poder e influencia que, como actor privado logra obtener para decidir sobre un tema, gracias a sus conocimientos especializados y sus características particulares, logrando hasta cierto punto autorregularse y hasta determinar la conducta de otros actores. Se aclara que este tipo regulación no surge mediante la creación tradicional de normas sino que, generalmente, hace parte de lo que se conoce como *soft law* o derecho blando, conformado por aquellas normas, conceptos y recomendaciones que sin tener una naturaleza jurídica vinculante, en sentido estricto, no carecen completamente de significado y eficacia ya que su incumplimiento puede acarrear consecuencias en cuanto la reputación y negocios de quien las incumple.. En virtud a este tipo de normas, las autoridades privadas logran autorregularse y determinar la reacción frente a un tema de forma más flexible y adaptable, basando su eficacia en la cooperación y compromiso de las partes lo que permite que quienes se vinculan a ellas encuentren un beneficio tal que los mantenga interesados en perpetuar su cumplimiento y expandir su aplicación.

La RSE dentro de la gobernanza global: iniciativa Global Compact

Desde su origen, el objetivo central de las empresas fue la maximización de ganancias, enfocando su organización administrativa a los deseos y necesidades de sus accionistas. Todo ello confluye dentro del marco de normas y reglas que regulan el actuar interno de la empresa y que se conoce como gobernanza corporativa. Este modelo de supremacía de los accionistas se ha ido modificando por la influencia de la RSE, puesto que las compañías empezaron a interesarse en temas sociales y de transparencia, expandiendo las consideraciones éticas a tener en cuenta por sus directivos en la toma de decisiones, logrando así un balance entre los beneficios para los accionistas y la reducción de externalidades que afectan a terceros.

Tal como lo expresa J.A. Scholte, muchas políticas corporativas de RSE se han desarrollado sin la consistencia y el compromiso necesario, prevaleciendo el interés del accionista al direccionar la estrategia empresarial; sin embargo, muchas compañías importantes han integrado mecanismos de RSE como parte de su estructura interna, lo que ha beneficiado la expansión de la idea de la misma como ventaja y compromiso ante la sociedad y el mismo ejercicio de actividades económicas¹. Según Amiram Gill “(...) estos *mecanismos incluyen*

1 Jan Aart Scholte. “Globalization, Governance and Corporate Citizenship” en: *Journal of Corporate Citizenship*, vol. 1, 2001, p.15 - 23.



juntas de comité de responsabilidad social empresarial, unidades corporativas encargadas de las éticas de negocios, códigos corporativos de conducta, reporte de prácticas no financieras y canales de quejas y diálogos con los interesados, entre otras cosas.”².

Vale aclarar que el desarrollo de una política empresarial de RSE efectiva no es resultado de una labor individual, ello debido a su carácter multidimensional que no sólo abarca distintos ámbitos de aplicación, sino que integra diferentes partes y agentes sociales interesados. Frente a esto, el apoyo en redes u organizaciones interempresariales que las mismas empresas han ido creando para su coordinación y establecimiento de estrategias de acción corporativa de RSE, ha fortalecido la aplicación de políticas de RSE y la actividad de evaluación de éstas.

El desarrollo e implementación de la RSE ha impulsado a un ambiente de diálogo y compromiso entre las compañías y los demás *stakeholders*, término utilizado por R. Edward Freeman para identificar aquellos grupos interesados que tienen importancia para una organización ya sea porque de ellos depende la duración de la misma (partes interesadas directas) o porque pueden influenciar significativamente su desarrollo aun sin tener una relación directa (partes interesadas indirectas)³. La teoría de las partes interesadas es un puente teórico que permite una mediación entre el poder y la responsabilidad de la empresa con sus relaciones externas con la sociedad; que ha llevado que las empresas, promuevan el diálogo y el compromiso para la solución de estas controversias.

En razón a los conflictos de intereses generados se entiende que la actuación cooperativae entre las empresas resulta siendo más beneficiosa pues permiten la creación de parámetros de cooperación y el establecimiento de lineamientos que se deben tener en cuenta para la aplicación de la RSE. Son incontables las asociaciones de cooperación interempresarial creadas: Forum Empresa, *World Business Council for Sustainable Development (WBSCD)*, *Business in the Community*, *Global Reporting Initiative*, entre otras. Todas estas tienen gran relevancia a nivel global pues crean vínculos entre los diferentes sectores de la sociedad generando espacios de debate para la discusión de temas de interés y formación de acuerdos en la implementación de la RSE mediante estándares comunes. Sin desmeritar la importancia de las demás asociaciones, la iniciativa Global Compact ha sido la de mayor impacto, su objetivo principal es que las empresas de todo el mundo, integren unos principios y lineamientos dentro de su actuar que permitan el desarrollo de la actividad empresarial sin que se genere una situación adversa para terceros; el pacto es, en la actualidad, la iniciativa de ciudadanía corporativa más grande del mundo y cuenta con aproximadamente 12.000 participantes en cerca de 145 países alrededor del mundo⁴.

2 T. de A. Amiram Gill, “Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda” en: *Berkeley Journal of International Law*, vol. 26, 2008, p. 452.

3 R. Edward Freeman. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston, Pitman Publishing, 1984.

4 UN Global Compact, “About Us”, *Sitio web United Nations Global Compact* [En línea], disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/>, consulta: 20 de mayo de 2014.



Inició como una propuesta presentada por la ONU para limitar y controlar el impacto social de las compañías multinacionales dentro de la comunidad y que genere un cambio en la forma en que la ONU enfrentaba el tema del impacto empresarial, pasando de medidas de vinculatoriedad a mecanismos de asociación y colaboración voluntaria bajo la premisa de que las metas presentadas por la organización podían ser compatibles con las de las empresas y, por tanto no había ningún impedimento para el apoyo mutuo entre ambos sectores. Su propósito inicial se refiere a los problemas que se encuentran en la relación del sector privado con la sociedad: la enorme flexibilidad con la que cuentan las operaciones de las multinacionales, la debilidad de los Estados para enfrentar problemas sociales y medioambientales más allá de sus fronteras, la influencia de las corporaciones dentro de los asuntos políticos y el dominio de los intereses financieros frente a los sociales y ambientales⁵.

Desde sus comienzos, el proyecto se ha fundamentado en dos ejes fundamentales de gobernanza: la legitimidad que le brinda el apoyo de la ONU a la iniciativa y, la transparencia y compromiso de las empresas. Frente al primero, es claro que el soporte gubernamental que recibe la iniciativa al originarse dentro de la ONU refuerza la legitimidad de las actividades que se realizan dentro del pacto y la independencia institucional del proyecto y de su infraestructura operacional. Este respaldo solidifica el Global Compact y permite una actuación interempresarial e interestatal que deriva en una mayor motivación para la investigación y desarrollo de nuevas herramientas innovadoras que permitan un progreso constante en el tema. El compromiso de las empresas frente a la transparencia y a la rendición de cuentas es el segundo elemento central del pacto; y gira en torno al compromiso de publicar reportes anuales sobre la forma en la que una compañía está implementando los diez principios fundamentales del proyecto dentro del desarrollo de su actividad económica, sobre como los están promocionando dentro de su cadena de proveedores y acerca de cómo están promoviendo los demás objetivos de la iniciativa. Estos principios se establecieron a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de la Organización Mundial del Trabajo sobre Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y se basan en cuatro ejes fundamentales:

5 Andreas Rasche, Sandra Waddock y Malcom McIntosh, "The United Nations Global Compact: Retrospect and Prospect", en: *Business & Society*, vol. 52, núm. 1, 2008, p. 9.



PRINCIPIOS RECTORES	
TEMÁTICA	PRINCIPIO
Derechos Humanos	1. Deberán apoyar y respetar la protección de los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos
	2. Asegurar la no complicidad en la vulneración de Derechos Humanos.
Estándares Laborales	3. Defender la libertad de asociación y el efectivo reconocimiento del derecho a la negociación colectiva.
	4. Apoyar la eliminación del trabajo forzoso y bajo coacción.
	5. Apoyar la erradicación del trabajo infantil.
	6. Apoyar la abolición de las prácticas de discriminación en el empleo y la ocupación.
Medio Ambiente	7. Mantener un enfoque preventivo frente a las eventualidades medioambientales.
	8. Fomentar iniciativas para promover una mayor responsabilidad medioambiental.
	9. Motivar el desarrollo y distribución de tecnologías respetuosas del medio ambiente.
Anticorrupción	10. Trabajar en contra de todas las formas de corrupción, incluyendo la extorsión y el soborno.

(Cuadro de elaboración propia)

Esta organización, aunque formada por Naciones Unidas, es una red de trabajo, con lo que su dirección y administración está conformada por los participantes del pacto y se estructura así:



ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN	
ENTIDAD	FUNCIONES
Global Compact LEADERS SUMMIT (Reunión trianual de los ejecutivos más importantes de los participantes del Global Compact)	Discutir el Global Compact y la ciudadanía corporativa y de ésta forma producir estrategias, recomendaciones y acciones sobre la evolución de la iniciativa, motivando a los líderes empresariales para que refuercen sus compromisos y creen nuevas alianzas.
LOCAL NETWORKS (Grupos de participantes dentro de un país o región específica.)	Cimentar la iniciativa dentro de diferentes contextos y organizar el manejo de las consecuencias organizacionales de la rápida expansión.
ANUAL LOCAL NETWORKS FORUM (Reunión de las redes locales – anual)	Es una plataforma mediante la cual se crea una mayor coherencia organizacional para todos los participantes
Global Compact BOARD (Cuerpo colegiado con reuniones anuales)	Dar consejos sobre estrategia y políticas para el Global Compact como un todo, dar recomendaciones.
Global Compact OFFICE	Apoyo y manejo de la iniciativa, es patrocinada por la asamblea general de la ONU. Promueve el intercambio de las mejores prácticas. Tiene responsabilidades en cuanto al liderazgo de defensa y de temáticas
Global Compact GOVERNMENT GROUP (formada por Estados de manera voluntaria)	Se reúnen de forma bianual y está abierta a todos los gobiernos que contribuyen a la iniciativa en coherencia con el plan de trabajo y estrategia del Global Compact

(Cuadro de elaboración propia)

Asimismo, junto a esta estructura organizacional de gobernanza pero no haciendo parte de la misma, encontramos la Fundación para el pacto Global, ésta es una entidad privada sin ánimo de lucro cuyo propósito es movilizar el dinero que dan los participantes para el crecimiento del mismo. Estos organismos de control están conformados por los diferentes participantes de la iniciativa, que además actúan dependiendo del papel que desempeñen, así pues las formas de participación y compromisos adquiridos varían dependiendo si estamos frente a compañías o *stakeholders*.



Lo cierto es que, la iniciativa Global Compact fue diseñada y se ha ido desarrollando en un escenario de participación público-privada, sustentada en una propuesta de red política global de aprendizaje, como la identifica J.G. Ruggie⁶, en la que la participación de las partes, al intercambiar experiencias y la interacción en los grupos de trabajo favorecerá la obtención de conocimiento y en la implementación del sector privado en los retos políticos globales. La estructura del Global Compact se sintetiza en un diálogo responsable y constructivo entre las partes interesadas o *stakeholders* y las compañías multinacionales. Frente a un escenario pluralista, se requiere una metodología flexible que permita afrontar la formación y aplicación de programas y proyectos, lo que conlleva a la adopción de instrumentos legales de cumplimiento discrecional en donde los partícipes acomoden su actuación a los principios y estándares requeridos, sin obligación coercitiva alguna, a lo que responde el *soft law* como legislación voluntaria que se desenvuelve con naturalidad dentro de un marco dinámico y de constante evolución y no implica sumisión ante una autoridad determinada, sin olvidar las consecuencias públicas en caso de incumplimiento,

Uno de los autores que ha estudiado este tipo de legislación es Daniel Thürer, quien considera que “(...) es un fenómeno en las relaciones internacionales que cubre todas las reglas sociales generadas por Estados u otros sujetos del derecho internacional, que no son vinculantes pero que igualmente tienen un nivel especial de relevancia”. Este autor identifica cuatro características propias de esta forma de regulación: 1) expresa las expectativas comunes de conducta; 2) es creado por sujetos del derecho internacional; 3) no nacen de una fuente de derecho y por tanto carecen de fuerza vinculante pero, 4) es capaz de producir ciertos efectos legales⁷.

Este método normativo se puede manifestar a través de reglas de conducta, principios, resoluciones no vinculantes, recomendaciones, códigos de conducta, programas e incluso informes adoptados por organismos internacionales que aun careciendo de fuerza vinculante, en comparación con el *hard law*, son capaces de producir determinados efectos jurídicos que pueden variar según el grado de compromiso adquirido, la claridad de las disposiciones y el poder delegado al organismo internacional supervisor. Las partes implicadas tienen la posibilidad de adecuar su comportamiento a los principios e imposiciones constituidos, sin estar sometidos a una sanción o autoridad; y deciden moldear su conducta a tales lineamientos teniendo como objeto el logro de reconocimiento, credibilidad y confianza ante la comunidad internacional, que es lo que determina el grado de vinculatoriedad de éstos con las normas de *soft law*.

El pacto depende del interés propio de las compañías y *stakeholders* de mantener una imagen pública de respeto, legalidad y transparencia, mediante la protección y promoción de los principios en los que se basa el mismo. Se entienda que el Global Compact es una

6 Jhon Gerard Ruggie. “The Global Compact as Learning Network”, en *Global Governance*, vol. 7, 2001, pp. 371-378.

7 T. de A. Daniel Thürer “Soft Law”, en *Encyclopedia of Public International Law*. S.f. S.d.



iniciativa creadora de *soft law* y, por ello, debe ser analizada desde la perspectiva de lo que esta iniciativa debe hacer, que es llenar vacíos en la regulación y después dar paso a una norma vinculante. Su papel como creadora de *soft law* permite estudiarla desde dos perspectivas: en primer lugar, se encuentran aquellas bases jurídicas (principios) creadas por la iniciativa misma como integrante de una organización internacional como lo es la ONU; en segundo lugar, están aquellos parámetros de conductas generados y establecidos por las empresas que hacen parte de la misma.

Son los principios rectores los que conforman el cuadro de actuación de la actividad empresarial y se conciben como las expectativas de conductas a esperar por parte de las compañías multinacionales ya que determinan que se debe proteger, respetar y enmendar basados, esencialmente en el amparo de los derechos humanos y el medio ambiente. Éstos son establecidos dentro del pacto representando los intereses de la ONU, en cuanto al control a las empresas y, por tanto, tienen la capacidad de ser considerados como mandatos, a pesar de su no vinculatoriedad, lo que materializa las características propias del *soft law*. Lo que se justifica por una norma de interpretación jurídica conocida como teoría de los poderes implícitos, la cual se basa en el reconocimiento de la esencia de la realidad, es decir, que el sujeto que tiene la competencia de hacer algo, tiene, consecuentemente, las facultades necesarias para el cumplimiento de sus objetivos, aun sin estar expresamente establecidos⁸. Los principios del Global Compact representan el espíritu de este proyecto global, lo que responde el porqué de la vinculatoriedad de sus lineamientos, aun sin tener un gran nivel de fuerza coercitiva, si cuenta con una fuerza simbólica entre los mismos participantes, los demás *stakeholders* y la comunidad internacional.

Por otro lado, al ser una red de aprendizaje, los parámetros y estándares no son creados como derivados de una organización internacional sino que nacen de la interacción de participantes de carácter privado. Este fenómeno se puede vislumbrar al analizar el papel de la actividad del *Global Compact Board*, conformada en su mayoría por compañías multinacionales, sus actuaciones y decisiones constituyen el ejemplo más claro de creación de *soft law* dentro de la iniciativa del Global Compact, ya que, además de cumplir con las características mencionadas conformes del *soft law*, son estas recomendaciones las que establecen de qué modo se implementarán las políticas de RSE a nivel mundial, puesto que aun teniendo efectos concretos según los programas definidos, su capacidad de regulación, al ser una iniciativa global con esfera de influencia amplia, no se limita a éstos sino que se extiende más allá, al integrarse dentro de la propia actividad económica y social de los participantes, demostrando así su obligatoriedad al adoptarse como directriz interna, externa e incluso de contratación. Esto da muestra de la amplificación de la capacidad de este organismo de moldear la conducta de los diferentes actores internacionales, incluso los que en un principio no estarían dentro de su ámbito de influencia.

8 Rene Urueña. *Derecho de las Organizaciones Internacionales*. 1a. Ed., Bogotá, Temis, 2008.



El ejercicio de las compañías multinacionales como autoridades privadas en la gobernanza global

Al continuar con el estudio de las nuevas autoridades en la gobernanza global, la teoría de los regímenes internacionales estudiado por Ruggie y por S.D. Krasner, se concibe como el origen argumentativo que explica el papel de las empresas como actores desde la visión de las relaciones internacionales. En su estudio Ruggie establece que son un compendio de expectativas, normas, compromisos, planes y regulaciones que son aceptados e implementados por los Estado o por un grupo de ellos⁹, a su vez Krasner, al ampliar este concepto integró a los demás actores internacionales tanto públicos como privados. Según él “(...) los regímenes internacionales son un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones, tanto implícitos como explícitos, en torno de los cuales convergen las expectativas de los actores en un ámbito determinado de las Relaciones Internacionales”¹⁰. A partir de estos estudios, se ha entendido la relevancia de los agentes no estatales dentro del derecho internacional, pues destaca la cooperación existente entre la pluralidad de los sujetos internacionales y su poder, aun sin ser Estados. Al integrar la cooperación internacional dentro de las relaciones internacionales, estos regímenes permitieron ampliar la perspectiva en lo referente a la creación de normas internacionales y aplicación de programas y políticas, lo que ha dado lugar a nuevas formas de regulación, como bien se ha expuesto anteriormente.

La cuestión a fundamentar es de dónde surgen esos factores de autoridad y poder ostentado por individuos propios del sector privado. Para comprender el poder de un actor es necesario determinar el papel de autoridad que este mismo ejerce, pues la autoridad es ejercida por aquel actor o institución que puede influir en el actuar de otros actores, lo cual es un elemento constitutivo del poder. La autoridad, por consiguiente, puede nacer y sostenerse a partir del consentimiento por las partes y no solo por un ejercicio de sometimiento producto de una autoridad estatal, ya que frente a la búsqueda de unos intereses subjetivos compatibles, se crea una hegemonía que permite asentar las bases de autoridad en donde lo consensual lidere lo coercitivo. De ahí se infiere la legitimidad que ostentan las compañías multinacionales y los otros actores del sector privado como autoridades dentro del derecho internacional basados en el principio de voluntariedad, lo que de igual forma, explica el carácter de obligatoriedad que surge de estas relaciones de poder al estar consentidos por los otros agentes. Se encuentra que la autoridad y poder de las entidades privadas no se deriva de la concepción tradicional que se tiene del concepto, sino que nace del mérito propio de éstas últimas dentro de los círculos económicos, sociales y culturales en los cuales desarrollan su actividad, es decir, nace a partir de la experticia, la eficacia y la influencia que este tipo de entidades logran desarrollar y crear para sí mismas dentro de un ámbito específico.

9 Jhon Gerard Ruggie, “International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in Postwar Economic Order”, en *International Organization*, Vol 36, 1982, p. 379 – 415.

10 Stephen D. Krasner, *International Regimes*. 1a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 1983.



Dicha autoridad de las empresas, según la obra de Cutler, Haufler y Porter, es materializada por la actuación cooperativa, aun al ser sujetos que compiten en el mismo mercado ya que las formas de cooperación adoptadas por las empresas buscan garantizar condiciones ventajosas de actuación dentro de los mercados, además de fundar autoridades privadas que aseguren el orden en las relaciones interempresariales. Se identifican, también, distintas formas de actuación por parte de las autoridades privadas para reforzar el compromiso de acuerdos o modelos de conducta: 1) acuerdos informales constituidos por las empresas de aplicación continua; 2) las organizaciones privadas con un determinado grado de autonomía, creada por las empresas que se someten a ellas, que erigen estándares técnicos para un sector determinado; 3) el Estado fortalece el cumplimiento y la creación de acuerdos.¹¹ Todos estos mecanismos de cooperación empresarial son los adoptados por las empresas como autoridades privadas para ejercer su poderío y hegemonía y conseguir su institucionalización. Ejemplo claro de ello, y punto de atención de este escrito, es el Global Compact, pues, como se ha dejado claro, es una iniciativa conformada mayoritariamente por compañías multinacionales que adoptan consciente y facultativamente normas y esquemas de comportamiento dados por un ente que ellos consideran como autoridad.

Al definirse como autoridades privadas, las empresas y compañías multinacionales pasan a ser entes reguladores basados en la reciprocidad y la voluntariedad hacen uso de la regulación voluntaria para proferir distintos instrumentos regulatorios tales como principios, acuerdos, modelos de conducta, recomendaciones, etc. Al tiempo que se incrementa la influencia de las empresas en las relaciones internacionales y se va adoptando el *soft law* como fuente normativa, se ha ido desarrollando diferentes formas de regulación transnacional que ratifican el papel de las compañías como autoridades y el uso del *soft law* como herramienta jurídica, estas formas son¹²: la regulación pública, la corregulación público-privada, la regulación *multistakeholder* y la autorregulación. Cada una de estas formas de regulación involucran la participación de empresas en el plano internacional; sin embargo, la autorregulación es el fundamento del carácter como autoridad privada a la empresa y su influencia dentro el derecho internacional pues refleja un papel activo de ellas ya que la autorregulación se presenta cuando los individuos que, en principio, son regulados por las normas gubernamentales diseñan y aplican normas y modelos de conducta propios, esto es, que los parámetros de conducta que deben seguir se adoptan de forma voluntaria más allá de las exigencias propias de la regulación, o incluso creando nuevas normas en aquellas materias en las que existen vacíos legales o que las normas formales no cubren totalmente.

La autorregulación, al ser de carácter más flexible que la regulación formal, permite que aquellos investidos de autoridad privada utilicen varios mecanismos de autorregulación que

11 Claire Cutler, Virginia Haufler y Tony Porter. "Private authority and international affairs", en: Claire Cutler, Virginia Haufler y Tony Porter ed., *Private authority and international affairs*, Albany, SUNY press, 1999, pp. 3-27.

12 Virginia Haufler, "Global Governance and the Private Sector", en: *Global Corporate Power, International Political Economy Yearbook*, Vol. 13, pp. 85-103.



se pueden dividir en las siguientes categorías¹³:

- Normas internas para las asociaciones.
- Normas referidas a estándares técnicos.
- Códigos de conducta empresarial dirigidos al cumplimiento de prácticas que sean consideradas adecuadas o recomendables dentro de un ámbito específico.
- Contratos internacionales.
- Arbitraje comercial internacional.
- Normas evaluadoras de la conducta empresarial.

Estas seis categorías de autorregulación están vinculadas principalmente a lo que se conoce como regímenes privados, que son una expresión del poder que tienen las autoridades privadas para actuar como agentes importantes de la gobernanza global. Estos regímenes son creados cuando un conjunto de individuos, generalmente empresas, tienen una opinión generalizada sobre parámetros de conducta y se unen para buscar su institucionalización y aplicación creando normas de *soft law* que les permiten regular estos temas de forma autónoma, lo que termina siendo una clara exhibición de los instrumentos de autorregulación puesto que realizan su actividad de forma independiente de la actividad estatal. Adviértase que en la actualidad existen otros temas, además del financiero y del económico, en el que las compañías juegan un papel altamente relevante y que si bien todavía no pueden ser caracterizados como regímenes privados si se puede establecer que van en camino a serlo, tal es el caso de las normas relativas a los derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, etcétera, es decir normas que conforman la RSE.

La emergencia de regulación en temas ambientales, de derechos humanos y laborales en relación con la empresa, presenta por sí misma argumentos sólidos para entender la importancia del *soft law* y la autorregulación privada como mecanismos reguladores de las externalidades ocasionadas por el sector empresarial. La RSE, es un concepto que ha encontrado su desarrollo en el *soft law*, pues son las empresas esencialmente, en conjunto con los Estados y con la intermediación de las ONG, las que a través de instrumentos de autorregulación han asentado un marco privado internacional que se expande por fronteras transnacionales y es el Global Compact un referente esencial de este desarrollo del concepto de RSE, que ha avanzado gracias a la construcción de redes tanto globales como locales.

Las normas de *soft law* creadas por entes privados no solo se limitan a ámbitos propios del sector privado como el mercado sino que también pueden aportar a otros regímenes tales como del medio ambiente o de derechos humanos, ambos parte importante de la RSE, lo que evidencia la existencia de normas privadas en regímenes internacionales ya existentes

13 Josep Ibáñez Muñoz, *Poder y Autoridad en las Relaciones Internacionales: El Control del Comercio Electrónico en Internet*. Madrid, Libros de la catarata, 2002.



y no necesariamente en regímenes privados. De esta forma, muchos de los regímenes internacionales que en principio tenían el carácter de públicos con participantes meramente estatales, se consideran hoy como híbrido y cuentan con actores no estatales como las empresas. Se supera, entonces, la idea de una visión estatocéntrica de las relaciones internacionales, se pasa a una visión en la que subraya el peso de los actores estatales, en especial las compañías multinacionales, como potencias sociales y económicas que, en coordinación con los Estados, logran moldear las relaciones internacionales y el derecho internacional acorde a sus preferencias e intereses.

Se visualiza como la gobernanza global, al ser un escenario de integración de nuevos actores no estatales más los actores estatales, requiere una visión que sobrepase las ideas democráticas de poder, para así cimentar un escenario global que permita la participación de todos los sujetos y abarque los intereses que ellos representan. El equilibrio de la gobernanza global se mantiene con la conexión de la coerción, los incentivos económicos y las normas basadas en el conocimiento, los cuales acoplan los intereses de los distintos actores participantes del sector público y del privado¹⁴. Esta observación permite concluir que las autoridades privadas mediante los mecanismos de autorregulación son la fórmula que busca armonizar el funcionamiento del orden global.

Conclusiones

Producto de las distintas formas de interrelación de individuos ocasionadas por el auge de un mundo sin fronteras generado por la globalización, surge la gobernanza global como respuesta a la necesidad de gestionar asuntos globales que ya no son solo competencia del Estado sino que necesitan de la coparticipación de otros entes de ámbitos diferentes a los gubernamentales. Esta nueva forma de gobierno no se limita a la idea de una diversidad de participantes, puesto que la participación de nuevos actores trae consigo la formación de nuevas maneras de interrelación ya que son múltiples los intereses que entran en juego y son diferentes los fines perseguidos. Al ser un escenario en donde intervienen incomparables ideologías y no sólo el Estado como único participante con voz y voto, es posible encontrar, también, como autoridades propiamente dichas, capaces de configurar normas y modelos de conducta a las organizaciones gubernamentales, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales, compañías multinacionales y organizaciones de la sociedad civil.

Cada uno de estos actores confluye con determinado grado de autoridad e importancia dentro de la gobernanza global y dentro del ámbito en el que se interviene, aun cuando buscan cooperar para la resolución de problemáticas, algunos de estos agentes focalizan su labor en definidos espacios geográficos, mientras que otros son capaces de ser potencia y expresión de poder a nivel global. Ahora bien, la cuestión es ¿qué hace que estos actores

14 Robert W. Cox, *Production, Power, and World Order: Social Forces in the Making of History*, Nueva York, Columbia University Press, 1987



privados tengan legitimidad suficiente para lograr condicionar de forma efectiva el actuar de los demás actores internacionales? ¿Qué les brinda su calificación como autoridades privadas? Gracias a la globalización el concepto tradicional de autoridad fue modificado de forma tal que la misma ya no recae solamente sobre los Estados-nación sino que entidades e individuos de carácter privado se han ido adelantado y, utilizando mecanismos no tradicionales de regulación, logran implementar sus decisiones y persuadir a otros actores para que las acaten y actúen respecto a las mismas. Se entiende, entonces, que las autoridades privadas surgen allí donde una entidad privada decide y tiene la capacidad de autorregularse y expandir dicha regulación a otros agentes, y que, logran obtener determinado grado de legitimidad en su actuar en tanto los Estados, que son quienes tradicionalmente tienen el papel de autoridad, no discuten las decisiones de estos actores privados.

Entre estos últimos resaltan especialmente las compañías multinacionales, consideradas como el agente internacional privado más importante gracias al proceso de globalización económica, con el que han logrado expandir de tal forma su poder y ámbito de influencia que su actuar alcanza a condicionar y moldear la conducta de los demás actores internacionales, incluso el de los Estados. Lo anterior, se debe a las características particulares que tiene este tipo de las multinacionales, en primer lugar se les facilita el ampliar sus ámbitos de acción e influencia por el hecho de que, aunque nacen dentro de un Estado específico, se expanden de forma tal que su actividad económica es desarrollada en dos o más Estados diferentes. En segundo lugar, al convertirse en agentes potenciales, logran cierto nivel de dominio y control dentro de los mercados en los que se desenvuelven lo que les permite adquirir una mayor cantidad de recursos lo que, en últimas, solo se traduce en un aumento de su poder e influencia para intervenir en los asuntos globales.

En virtud a su estatus actual, las compañías multinacionales tienen un enorme poder sobre las personas y sobre la sociedad en general ya que su actuar acarrea impactos tanto sociales como medioambientales que pueden traer consecuencias tanto positivas como negativas. De esta forma se hace patente la necesidad de buscar mecanismos que permitan regular su conducta y mitigar los impactos negativos de su actividad, naciendo entonces la teoría de la RSE.

En las últimas décadas, dado que se ha evidenciado de forma más clara el efecto social de las compañías, la RSE se convirtió en un tema central dentro de la agenda internacional y las mismas empresas se han comprometido a adoptar políticas responsables, ya sea por iniciativa propia o por la presión de otros agentes como las ONG o las organizaciones de la sociedad civil. Se puede deducir que la RSE, es en principio un mecanismo de autorregulación empresarial ya que son ellas mismas las que deciden la manera en la cual van a aplicar los lineamientos de transparencia, conducta y buenas prácticas que conforman el eje central de la misma. De igual forma, es claro que las compañías no pueden definir de manera individual su estándares de conducta, lo que hace necesario la asociación entre las mismas para determinar ciertos parámetros básicos que permitan dictar sus políticas propias de responsabilidad; a raíz de ello, nacen distintas iniciativas de carácter voluntario que tienen el objetivo de estipular un marco normativo que propicie el desarrollo



de la actividad económica de forma responsable acorde a los derechos protegidos por la comunidad internacional. Estas agrupaciones empresariales cumplen diversas funciones dentro de la gobernanza global: han logrado crear una vinculación entre el sector privado y la gestión de los riesgos sociales, han impulsado y consolidado las formas de autorregulación privada, han canalizado los intereses y objetivos empresariales de forma tal que logran influir en las decisiones de las autoridades de gobierno y, además, actúan como grupo de presión en pro de los diferentes mecanismos de autorregulación privada ante los demás actores internacionales. Es así como surge la iniciativa Global Compact, actualmente el proyecto voluntario de RSE más grande del mundo.

El Global Compact, junto con otras iniciativas han ido institucionalizando la RSE dentro de la gobernanza global y el derecho internacional, desarrollando mecanismos de autorregulación que establecen un marco privado internacional dirigido a la protección de los derechos humanos, laborales y medio ambientales. La iniciativa, es uno de los proyectos más importantes en cuanto al desarrollo de la RSE por las empresas y en cuanto a las relaciones de éstas últimas con los demás actores internacionales dentro del diálogo *multistakeholders*. Las propuestas de trabajo de la iniciativa se desarrollan gracias al intercambio de información entre las partes, los diferentes procesos de aprendizaje, construcción de redes y avance de proyectos liderados por sus participantes, lo que finalmente contribuye a la gestión de bienes públicos globales, que ya no son solo competencia del Estado. La concurrencia de actores dentro de esta iniciativa permite analizar el contexto global y los nuevos retos que se van presentando desde varios enfoques, lo que facilita el hallazgo de soluciones que se adapten a las características concretas del tema.

Sin embargo no todos los participantes logran alcanzar un nivel de influencia que les permita incidir en el actuar de los demás participantes, dejando claro que aunque hay actores tanto públicos como privados, son las multinacionales más grandes quienes en realidad tienen un mayor poder de decisión. Ejemplo de lo anterior es el Global Compact Board, que es considerado el órgano de control principal en el proyecto, se encarga de diseñar las estrategias y recomendaciones que seguirán los demás órganos de control, participantes y *stakeholders*. Si bien está conformada por diferentes actores (compañías, sociedad civil, organizaciones de trabajo y ONU) si se miran sus miembros es evidente que son las compañías multinacionales quienes ostentan el papel principal de las mismas ya que de este hay 20 integrantes del sector empresarial, mientras que los demás sectores cuentan con máximo cuatro representantes dentro de la junta. De esta forma, las compañías multinacionales son decisivas en la creación de normas y estándares del pacto y que dada su naturaleza son consideradas normas de *soft law* que son utilizados para regular el comportamiento de los participantes en cuanto a la aplicación de los diez principios del pacto, revelando una enorme influencia frente a las mismas compañías y frente a los otros *stakeholders*.

Estas nuevas formas de administración de las relaciones internacionales a cargo de las compañías multinacionales apuntan a una normativa laxa y flexible que permita la



interacción entre los participantes y la afluencia de intereses, en donde la vinculatoriedad no se restrinja a una cuestión coercitiva sino que, sus integrantes sean capaces de visualizar la dimensión de los objetivos deseados por el pacto y asuman un compromiso voluntario de cooperación, responsabilizándose de sus acciones como entes parte de la iniciativa. Algunas de las instituciones constituyentes del Global Compact, conformadas esencial y prevalentemente por compañías multinacionales y empresas, son aptas para ser reconocidas como creadoras de *soft law*, no sólo por ser manifestaciones de la fuerza vinculante de la ONU, sino por realizar acciones que pretenden adecuar la conducta de otros sujetos (que no siempre están adscritos a ellas) a través de la emisión de recomendaciones, modelos de conducta y decisiones que repercuten en la imagen de las entidades vinculadas. El *soft law* es la tipología de normatividad que mejor expone la capacidad de acomodación del derecho internacional a los cambios generados por la globalización y, por ende, de la gobernanza global; al ser un camino óptimo para la inclusión y participación es acogido por la iniciativa Global Compact para crear relaciones recíprocas entre sus asociados sin dejar de lado la responsabilidad asumida al vincularse a ésta.

Adviértase entonces, que se debe entender el Global Compact como un ejemplo claro de la caracterización de las compañías multinacionales como autoridades privadas, que gracias a la actividad que desarrollan dentro de la iniciativa logran diseñar y aplicar modelos de conducta propios que son aplicados de forma voluntaria, evitando de esta manera una intervención estatal en el tema y evadiendo los posibles vacíos legales que pudieran presentarse, esto mediante de la aplicación de normas de *soft law*, que logran dinamizar el mundo de las relaciones internacionales y, en este caso en concreto, el tema de la RSE. Se comprende así que, las empresas y las compañías multinacionales han extendido su poder decisorio a temas que, anteriormente, eran considerados propios del sector público pero que hoy en día permiten la coparticipación público-privada al ser ejes de acción de ellas dentro de la comunidad internacional.

En definitiva, la gobernanza global se erige como una plataforma de integración y cooperación *multistakeholders* donde los actores tanto estatales como no estatales solidifican una base en la que se permita la participación de todos aquellos interesados en los asuntos globales. Lo anterior abarcando los intereses de cada uno de ellos y logrando un equilibrio y armonía entre los mismos, principalmente, mediante la elaboración público-privada y la implementación de mecanismos de autorregulación que permitan llenar de forma más flexible las lagunas de las normas tradicionales. Así las cosas, iniciativas como el Global Compact, con la creación y aplicación de normas de *soft law* logran vincular y persuadir a los diferentes actores para que de forma voluntaria acojan estándares de conducta beneficiosos para toda la sociedad y que permiten el desarrollo y progreso de la comunidad global. Bien, pareciera por todo lo anterior que las compañías multinacionales, gracias al papel adquirido como autoridades privadas, logran intervenir en el desarrollo de la regulación internacional de forma tal que los intereses privados y los intereses públicos buscan confluir que se logre el funcionamiento armonioso del orden global.



Bibliografía

- Albareda Vivó, Laura, *La contribución de las autoridades privadas a la gobernanza global: Las élites empresariales en las iniciativas de responsabilidad social de la empresa*. Barcelona, Universidad Autónoma de Barcelona. 2009.
- Cox, Robert W., *Production, Power, and World Order: Social Forces in the Making of History*, Nueva York, Columbia University Press, 1987.
- Cutler, Claire, Haufler, Virginia y Porter, Tony. "Private authority and international affairs". En Claire Cutler, Virginia Haufler y Tony Porter ed., *Private authority and international affairs*, Albany, SUNY press, 1999, pp. 3-27
- Epstein, Edwin M. The corporate social policy process: Beyond Business ethics, corporate social responsibility, and corporate social responsiveness. en *California Management Review*, vol. 29, 1987, pp. 99-114.
- Freeman, R. Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Boston, Pitman Publishing, 1984.
- Gill, Amiram, "Corporate Governance as Social Responsibility: A Research Agenda" en: *Berkeley Journal of International Law*, vol. 26, 2008, pp. 452-478.
- Haufler, Virginia, "Global Governance and the Private Sector", en *Global Corporate Power, International Political Economy Yearbook*, Vol. 13, pp. 85-103..
- Haufler, Virginia, *A Public Role for the Private Sector: Industry Self-Regulation in a Global Economy*. S.I. Carnegie Endowment, 2013
- Ibáñez Muñoz, Josep, *Poder y Autoridad en las Relaciones Internacionales: El Control del Comercio Electrónico en Internet*. Madrid, Libros de la catarata 2002.
- Krasner, Stephen D, *International Regimes*. 1a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 1983.
- Rasche, Andreas, Waddock, Sandra y McIntosh, Malcom, "The United Nations Global Compact: Retrospect and Prospect", en: *Business & Society*, vol. 52, núm. 1, 2008.
- Ruggie, Jhon Gerard "International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in Postwar Economic Order", en *International Organization*, vol 36, 1982, pp. 379-415
- Ruggie, Jhon Gerard, "The Global Compact as Learning Network", en *Global Governance* vol. 7, 2001, pp. 371-378.
- Scholte, Jan Aart. "Globalization, Governance and Corporate Citizenship" en *Journal of Corporate Citizenship*, vol. 1, 2001, pp.15-23.
- Thürer, Daniel "Soft Law" , en *Encyclopedia of Public International Law*. S.f. S.d.
- UN Global Compact, "The Global Compact Board", *Sitio web United Nations Global Compact [en línea]*, disponible en: http://www.unglobalcompact.org/AboutTheGC/The_Global_Compact_Board/index.html, consulta: 20 de Mayo de 2014.
- UN Global Compact, "About Us", *Sitio web United Nations Global Compact [en línea]*, disponible en: <http://www.unglobalcompact.org/> , consulta: 20 de mayo de 2014.
- Rene Urueña. *Derecho de las Organizaciones Internacionales*. 1a. Ed., Bogotá, Temis, 2008.

A COMPARATIVE ANALYSIS OF UTMOST GOOD FAITH IN COLOMBIAN AND ENGLISH INSURANCE LAW

UN ANÁLISIS COMPARATIVO DEL PRINCIPIO DE LA BUENA FE EN EL DERECHO DE SEGUROS COLOMBIANO E INGLÉS

✉ By: Daniel Vásquez -Vega*

Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2014

Fecha de aprobación: 25 de noviembre de 2014

Abstract

Both Colombian and English law impose pre-contractual information duties on the assured; in both cases these duties are derived from the principle of good faith present in Roman law, the law merchant and throughout early modern insurance law. However, the development of this principle and the consequent duties in each jurisdiction led to sufficiently significant differences that produced substantial criticism and reform in England, but have not led to much criticism in Colombia. Even though the Colombian approach is not always more favourable to the assured, the specific situations in which Colombian law is more assured friendly have been enough to not disturb the different actors of the insurance business. The solutions introduced in 2012 in England have in a great way equated, at least in the field of consumer insurance law, the assured's pre-contractual duty of information with the Colombian regime. In the end both jurisdictions have been able to cope with the difficulties that good faith in the pre-contractual stage can entail. Most problems have been or are being addressed and good faith and the assured's pre-contractual information duties remain a very significant and important part of both countries insurance contract law.

Key words: *Insurance, insurance contract, good faith, non-disclosure, misrepresentation.*

* LLM, University College London (United Kingdom), Specialist in Insurance Law, Pontificia Universidad Javeriana (Colombia). Professor of Insurance Law, Pontificia Bolivariana University, Rosario University and EAFIT University (Colombia). Attorney from the Head of Legal Affairs at Suramericana – Insurances Direction dvasquezv@outlook.com.



Resumen

Tanto la ley colombiana como la inglesa imponen al asegurado deberes precontractuales de información; en ambos casos estas obligaciones se derivan del principio de buena fe presente en el derecho romano, en la lex mercatoria y en las primeras leyes de seguros modernos. Sin embargo, el desarrollo de este principio y los deberes resultantes en cada jurisdicción llevaron a diferencias suficientemente significativas que produjeron importantes críticas y reformas en Inglaterra, pero no han dado lugar a muchas críticas en Colombia. A pesar de que el enfoque colombiano no siempre es más favorable para el asegurado, las situaciones específicas en las que la ley colombiana sí es más amigable al asegurado han sido suficientes para no molestar a los diferentes actores de la actividad aseguradora. Las soluciones introducidas en 2012 en Inglaterra han en gran medida equiparado, por lo menos en el campo del derecho de seguros de consumidores, los deberes precontractuales de información con el régimen colombiano. Al final ambas jurisdicciones han sido capaces de hacer frente a las dificultades que la buena fe en la etapa precontractual puede acarrear. La mayoría de los problemas han sido o están siendo abordados y la buena fe y los deberes de información precontractual del asegurado siguen siendo una parte muy importante y significativa del derecho de seguros de ambos países.

Palabras clave: Seguros, contrato de seguro, buena fe, declaración del estado del riesgo, reticencia, inexactitud.



Introduction

Both in Colombia¹ and in England² it is frequently stated that insurance is a contract based upon the utmost good faith. The common explanation is that due to its particular nature, insurance requires in the pre-contractual stage an extraordinary duty of disclosure on behalf of the assured, who is presumed to know the state of the risk, in order for the insurer, who is presumed to know nothing about it³, to make an informed decision regarding if he will assume the risk or not and, if so, on what terms⁴. Furthermore, it is said that any other solution to the lack of information of the insurer on the state of the risk, such as, for example, requiring the insurer to inspect the risk, would be ruinous to the day to day underwriting of insurance and would make insurance too expensive, or, at least, more expensive and less commercially attractive⁵. However, during the past decades, good faith and the duty of disclosure have suffered severe criticism in England⁶. Discontent reached such a point that when the Law Commission was appointed to review English insurance law, the first topic it tackled after the emission of their first scoping paper in 2006 was that of the pre-contractual information issues, ie non-disclosure and misrepresentation. The call for reform led to the Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, which substantially changed the law in respect to the duties and consequences of pre-contractual good faith in consumer insurance contracts, and to a revision of the law regarding business insurance which is still being undertaken by the Law Commission⁷.

- 1 Corte Constitucional, Judgement C-232 of 15 May 1997, per Jorge Arango Mejía; J. Efrén Ossa, *Teoría General del Seguro, El Contrato* (2nd edn, Temis 1991) 44.
- 2 S 17 of the Marine Insurance Act 1906; *Carter v Boehm* (1766) 3 Burr 1905; *Pan Atlantic Insurance Co Ltd v Pine Top Insurance Co Ltd* [1995] 1 A.C. 501.
- 3 *Greenhill v Federal Insurance Co Ltd* [1927] 1 KB 65, 76-77; *Rozanes v Bowen* (1928) 32 L1LRep 98, 102. Nonetheless, this classical assertion of insurance law has recently been questioned due to all the technological advancements which seem to leave the insurer in a better position than that which he use to traditionally occupy. See Peter Macdonald Eggers and others, *Good Faith and Insurance Contracts* (3rd ed Lloyd's List 2010) xiv.
- 4 *Re Yager* (1912) 108 LT 28; Ossa *Op.Cit.*, pp. 44-45, 325; Andrés E Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros N.º 3: Las Obligaciones y Cargas de las Partes en el Contrato de Seguro y la Inoperancia del Contrato de Seguro* (Universidad Externado de Colombia 2004) 20; Howard Bennett, *The Law of Marine Insurance* (2nd edn, OUP 2006) para 4.07; Eggers and others *Op. Cit.*, para 3.80.
- 5 Ossa (n 1) 325; Carlos I Jaramillo, *Derecho de Seguros*, vol 2 (Temis 2011) 651.
- 6 Reuben A Hasson, 'The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law: a critical evaluation' (1969) 32 MLR 615; The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consultation Paper No. 182 - Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-Disclosure and Breach of Warranty by the Insured - A Joint Consultation Paper* (2007) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp182_ICL_Misrep_Non-disclosure_Breach_of_Warranty.pdf> accessed 23 August 2013; Eggers and others, *Op. cit.*, vii.
- 7 The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consultation Paper No 204 - Insurance Contract Law: The Business Insured's Duty of Disclosure and the Law of Warranties - A Joint Consultation Paper* (2012) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp204_ICL_business-disclosure.pdf> accessed 23 August 2013.



Conversely, during the same period of time in Colombia, even though at first glance the pre-contractual duties the insured bore due to the principle of good faith seemed quite similar to those that existed in England, no criticism was being raised on the matter by either academics or the courts. It is not as if the insurance industry was not being criticised at all: actually, it had been slated to such a point that Congress passed several acts in recent years regarding insurance (many of which were enacted in order to increase consumer protection); it is just that none of those changes aimed at modifying the rules on pre-contractual disclosure and representations by the assured⁸.

As it will be shown in this paper, the reasons present in English law that led to the call for reform seem not to have been present in Colombian law, even though good faith is deeply embedded not only in Colombian insurance law but in its contract law in general. The scope of the assured's duties of pre-contractual disclosure and representation, labelled in Colombia as the duty to faithfully declare the state of the risk, are not as harsh on the insured as its English counterparts: the range of facts and circumstances that have to be disclosed is not as wide, and the remedies available to the insurer vary depending on the (lack of) diligence with which the assured incurred in non-disclosure or misrepresentations. Additionally, contrary to what has happened in England, the Colombian Supreme Court of Justice has used the exceptions to the duty to faithfully declare the state of the risk to increase the level of diligence with which the insurer must act during the pre-contractual stage.

This comparative analysis of the development and current state of good faith in Colombian and English insurance law will evidence how two similar principles, that even share a common historical foundation, may evolve in such different ways that while in one jurisdiction reform was seen as long overdue, in the other jurisdiction reform has not even crossed the mind of either insurers, assureds or academics.

It may be needless to say that good faith in insurance contracts entails more than pre-contractual disclosure and representation duties on behalf of the assured. Good faith, as established by the Colombian Supreme Court, is present in an insurance contract since before its inception and until after its expiration⁹. This is evidenced by other duties and rules derived from good faith such as the insurer's duty of disclosure and information¹⁰, the

8 Law 1328 of 2009 introduced, among other things, new rules on insurance consumer protection; it focused not on modifying the pre-contractual information duties of the assureds, but on increasing the information duties of insurance companies, as well as creating a more effective consumer attention system, including a further reaching ombudsman service and prohibiting the use of abusive practices and clauses.

9 Corte Suprema de Justicia, Judgement of 2 August 2002 per Carlos Ignacio Jaramillo.

10 Howard N Bennett, 'Mapping the Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Law' (1999) LMCLQ 165, 180; Andrés E Ordóñez, 'Los Deberes Recíprocos de Información en el Contrato de Seguro: Y Especialmente el Deber de Información del Asegurador Frente al Tomador del Seguro', en: *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, núm. 9, 2005 ; Eggers and others, *Op. cit.*, Ch 12.



assured's duty to present a fair claim¹¹ and the insurer's duty to tend to claims diligently.¹² Nevertheless, this paper will only deal with these other duties incidentally, for it will focus on the assured's duty to faithfully declare the state of the risk.

The order in which this matter will be approached is the following: some introductory remarks will be made on the Roman origins of good faith, its incursion into the law merchant and ultimately European medieval and early modern insurance law. Secondly, we will assess the circumstances that led to reform in English Law, starting from the introduction of good faith by Lord Mansfield, its codification in the Marine Insurance Act 1906 and finalising with the reform introduced by the Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012. Further on, Colombia's law and doctrine on good faith in insurance contracts will be presented in light of its differences with English law on that matter, in order to be able to conclude why reform was imminent in one jurisdiction and not within the other.

Common origin

Good faith finds its origin in Roman law where it was introduced in order to counter the rigidity of their 'old' civil law¹³. It did not consist of a clear distinct rule but of a principle that encouraged the judge to find a more equitable solution to the cases at hand even if such solutions found no support in the existing law¹⁴.

Based on the solutions inspired by the principle of good faith, new rules and institutions started to emerge such as the *aedilitian* remedies for cases of latent defects¹⁵ or rescission for mistake and duress¹⁶. Good faith went as far as establishing that the seller had the duty to inform the buyer of all the circumstances known by him relating to the subject-matter of the contract when the buyer had no other mean of informing himself¹⁷.

11 Bennett, 'Mapping the Doctrine of Utmost Good Faith' *Ibíd.*, 207-218; Andrés E Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros*, *Op. cit.*, pp 104-107, 151-152; Eggers and others, *Op. cit.*, Ch 11.

12 Eggers and others, *Op. cit.*, Ch 12.

13 Johan Hendrik Botes, *From Good Faith to Utmost Good Faith in Marine Insurance* (Peter Lang 2006) 18; Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann, 'Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape' in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann (eds.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000) 16.

14 Martin Josef Schermaier, 'Bona Fides in Roman Contract Law' in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann (eds.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000) 63-6.

15 The *aedilitian* remedies were created "where losses were suffered as a result of latent defects" and consisted in redhibition (i.e avoidance) and reduction of the price. See Botes, *Ibíd.*, p. 23.

16 S. Whittaker, *Op. cit.*, 17.

17 J. Botes, *Op. cit.*, 20.



These new rules were not rigid but subject to good faith themselves¹⁸. Cicero explains how even if good faith entailed “that the buyer should be told of all the defects which are known to the seller [... and that] If the latter conceals known defects, then he should be liable for any detriment resulting to the innocent buyer”¹⁹, this would not be the case if the buyer had known of the defect²⁰.

During the middle ages the principle of good faith was identified with that of equity²¹. From both concepts medieval jurists derived a series of rules similar to those that had been inspired by the principle of good faith in Roman law. These rules included, for example, that parties should keep their word; that they should not take advantages of one another either by misleading the other, nor by driving harsh bargains; and that they were obliged not only to what had been established in the contract, but also to what an honest person would recognize the contract implied even if it was not expressly established²².

Good faith and equity applied to all contracts in the middle ages and were especially of great importance in the law merchant²³.

It was during this time, in the late XIV century, that insurance as we now know it started to appear in the Italian city states and to spread all over Europe, first through Mediterranean trade and then through the merchant cities around the North Sea²⁴. As all other merchant affairs, insurance was regulated through the law merchant and the codes issued in one state to compile these rules and principles would rapidly spread to the other European cities²⁵. Among these rules were those, as in any other contract, derived from good faith. Even though there was no explicit reference to good faith in early insurance regulation, requirements that the contract be judged in accordance to good faith and the custom of merchants are found even in the earliest marine insurance policies²⁶.

“As in all other contracts, good faith, first of all, dictated that there should be no fraud or deceit in contracts of insurance. In the context of marine insurance, the function of good

18 M. Schermaier, *Op. cit.*, pp. 69-70.

19 *Ibid.*, pp. 67-8.

20 *Ibid.*, pp. 69-70.

21 S. Whittaker, *Op. cit.*, p. 17.

22 James Gordley, ‘Good Faith in Contract Law in the Medieval *Ius Commune*’ in Simon Whittaker and Reinhard Zimmermann (eds), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000) 94.

23 S. Whittake, *Op, cit.*, p.17.

24 Harold E. Raynes, *A History of British Insurance* (2nd edn, Sir Isaac Pitman & Sons LTD 1964) Ch I and II.

25 *Ibid.*

26 J. Botes, *Op. cit.*, p. 70.



faith to deter fraud meant that both insurer and assured should not misrepresent any facts relating to the substance of the contract, i.e. the risk attaching to the subject-matter to be insured. Further to this, good faith required the parties not conceal any such fact relating to the risk. But this rule against concealment was also related to another function of good faith, namely to assure that insurer and assured concluded the policy on equal information footing... The implication of such a requirement would be that neither the assured, nor the insurer should be allowed to take advantage of an informational advantage over the other”²⁷.

As it can be observed, good faith meant more than just the assured’s duty of disclosure, and the consequences for the inobservance of good faith varied according to the circumstances. Pothier, for example, indicated that “[t]he good faith that should reign in this contract, as in all others, binds each of the parties to dissimulate nothing from the other of what he knows in connection with the subject-matter of the contract”²⁸. When this duty was breached by the insurer, he would have to return the premium, even if he also had to pay the indemnity; when it was breached by the assured, Pothier sustained that the consequence must be nullity and that it would be insufficient just to offer “the price of the risk”²⁹.

Development of good faith in English insurance law

1. Lord Mansfield’s original conception

In England, insurance was introduced by the Mediterranean and North Sea merchants and therefore it followed their rules and customs³⁰. For several centuries the disputes that arose between them were not settled by the common law courts but by merchant tribunals. From the XIV century onwards several courts, such as the Court of Admiralty, the Privy Council and the Court of Commissioners, would come in competition with these merchant tribunals until the VXIII century when jurisdiction would be assumed by the common law courts³¹.

However it was not until Lord Mansfield was appointed Lord Chief Justice of the King’s Bench in 1756 that the law merchant started to be properly introduced into the common law. In fact, it was his objective to harmonise the law merchant and the common law³². Lord Mansfield was an expert in the civil law and the law merchant, he was familiar with the continental writers and had studied the most important marine and insurance codes from

27 *Ibid.*, 63-4 (footnotes omitted).

28 *Ibid.*, p. 48 citing Pothier, *Traité du Contrat d’Assurance, Tome Cinquième d’Oeuvres de Pothier* (Cosse et N. Delamotte Videcoq Père et Fils 1847) Chap III Sect III n 191.

29 *Ibid.*, pp. 64-5.

30 H. Raynes, *Op. cit.*, p. 34; J. Botes *Op. cit.*, p. 39.

31 H. Bennett, ‘Mapping the Doctrine of Utmost Good Faith’, *Op. cit.*, pp. 186-188.

32 Eggers and others, *Op. cit.*, para 1.11.



other European nations and city states and was therefore able to introduce the principles of insurance that had applied all over Europe into the common law of England³³.

Among the principles he introduced, established in the paradigmatic case of *Carter v Boehm*³⁴, was that of good faith. As it was recognised in the continent, Lord Mansfield did not believe that it was a principle that applied exclusively to insurance contracts but to all contracts in general³⁵. Good faith, as it had been intended since Roman law, promoted fairness in contracts and discouraged fraud³⁶.

The terms in which the principle of good faith was introduced by Lord Mansfield were very similar to those used by the medieval and early modern continental jurists. He did not impose a harsh burden on one of the parties alone, instead he rightfully distributed different duties among them in order to give them an equal opportunity to access information³⁷: it is true that the assured had a duty to disclose those facts which were known to him, but the insurer also had the responsibility to obtain information he considered material and this responsibility reduced the assured's duty of disclosure³⁸.

2. The tergiversation of good faith

However the judges that followed Lord Mansfield made several modifications or took different approaches³⁹. On the one hand the principle of good faith was confined to a select group of contracts, among them those of insurance⁴⁰, by this meaning, mainly, that in all other contracts the principle of caveat emptor applies⁴¹. Further on, at least in the case of insurance contracts, and according to Reuben A. Hasson⁴², the duties that were derived from good faith seem, on the one hand, to have grown a lot stricter than how Lord Mansfield

33 J. Botes, *Op.cit.*, p. 39.

34 (1766) 3 Burr 1905.

35 *Ibid.*, 1164: "The governing principle is applicable to all contracts and dealings."

36 *Ibid.*, 1169.

37 Even though *Carter v Boehm* is normally traced as the source of the assured's duty of disclosure in English law, it is normally omitted that it was the assured who came out victorious in the dispute, for even though Lord Mansfield considered the assured bore a duty of disclosure, he also considered the insurer could have informed himself through other means of the facts that were not disclosed.

38 *Ibid.*, 1164 ff. See also the abstracts of *Mayne v Walter* (1787) in R. Hasson, 'The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law', *Op. cit.*, p. 17.

39 R. Hasson, 'The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law', *Op. cit.*, p. 618 ff.

40 J. Botes, *Op.cit.*, p. 95. Nevertheless, "the principles of misrepresentation have remained universally applicable to all contracts in English law." Eggers and others, *Op. cit.*, para 1.02, 3.01.

41 *Bell v Lever Bros Ltd* [1932] AC 161, 224, 227; Eggers and others, *Op. cit.*, para 1.07-1.08.

42 R. Hasson, 'The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law', *Op. cit.* See also J. Botes, *Op. cit.*, John Lowry and others, *Insurance Law: Doctrines and Principles* (3rd edn, Hart Publishing 2011) 86.



had proposed and, on the other hand, to have focused on the duties and burdens that the principle imposed on the assured.

One example, among others⁴³, is *Bates v Hewitt*⁴⁴ in which the insurer was allowed to avoid the contract for non-disclosure because, even though he had been aware of the undisclosed fact some time before the insurance had been placed and had means to identify such facts, the judge considered that this did not discharge the assured from his duty to disclose the fact. It seems as if, contrary to what Cicero had indicated, the judges had stopped qualifying the rules derived from good faith by good faith itself and had made them strict rules that did not always promote fairness between the parties⁴⁵. As it will be shown later, the approach taken in *Bates v Hewitt* evidences the different attitude with which English and Colombian courts have addressed issues such as impossibility to rescind the contract when the insurer knew or should have known the undisclosed circumstance.

3. Good faith, non-disclosure and misrepresentation in the Marine Insurance Act

The common law on the matter would then be codified into sections 17-20 of the Marine Insurance Act (MIA) of 1906, which, as has been largely accepted, apply equally to marine and non-marine insurance⁴⁶. The general principle of good faith is recognized in section 17 of the MIA as follows:

“A contract of marine insurance is a contract based upon the utmost good faith, and, if the utmost good faith be not observed by either party, the contract may be avoided by the other party” .

As it had been developed in continental law, section 17 establishes that the principle of good faith must be observed by both parties, ie it does not place burdens only on the assured but on the insurer as well. However, contrary to Roman law and the approach taken in other jurisdictions, the MIA reduces the remedy for the inobservance of good faith to avoidance, which has been considered inappropriate or too harsh by the courts in cases that revolve around the insurer’s duty of information, the assured’s duty to make claims in good faith and even in cases of minor breaches to the assured’s duty of disclosure⁴⁷. Avoidance as the unique remedy for breach of good faith has been one of the major sources of criticisms of English

43 See, eg *Lindenau v Desborough* (1828) 8 B&C 586; *Joel v Law Union and Crown Insurance* [1908] 2 KB 863 (CA).

44 (1867) LR 2 QB 595.

45 R. Hasson, ‘The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law’, *Op. cit.*

46 *Joel, Op. cit.*; *Lambert v Co-operative Insurance Soc Ltd* [1975] 2 Lloyd’s Rep 845; *Pan Atlantic Insurance* [1995] 518.

47 *Pan Atlantic Insurance Co Ltd v Pine Top Insurance Co Ltd* [1993] 1 Lloyd’s Rep 496, 506; *Kauser v Eagle Star Insurance Co Ltd* [2000] Lloyd’s Rep IR 154, 157; Peter MacDonald Eggers, ‘Remedies for the Failure to Observe the Utmost Good Faith’ (2003) LMCLQ 249; J. Botes, Lowry and others, *Op. cit.*, p. 91.



law on the matter and consists of one of the major differences between the Colombian and English approach not only regarding the assured's pre-contractual information duties, as will be analysed in detail, but other duties derived from good faith⁴⁸.

Even though good faith has to be observed by both parties, the sections that follow section 17 only established duties for the assured. Sections 18-20 contain the assured's (and his agent's) specific pre-contractual duties of disclosure and faithful representation.

Section 18(1) establishes that "the assured must disclose to the insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which is known to the assured". "If the assured fails to make such disclosure, the insurer may avoid the contract". Regarding what is known to the assured, the same section establishes that the "assured is deemed to know every circumstance which, in the ordinary course of business, ought to be known by him".

A material circumstance, as defined in section 18(2), is every circumstance "which would influence the judgment of a prudent insurer in fixing the premium, or determining whether he will take the risk". It has been interpreted by the courts to include any circumstance that a reasonable insurer would consider relevant in determining whether he will assume the risk, and if so, under which conditions, but without this meaning that the circumstance, if disclosed, would have necessarily led the insurer to deny the risk or to accept it on different terms or for a different premium⁴⁹. Such an understanding of materiality has been criticized for being too wide⁵⁰; the debate has been centred not only on the understanding of materiality introduced in Pan Atlantic but also on the fairness or unfairness of a prudent underwriter test (in opposition to a reasonable assured test). As it will be evidenced below, the approach taken by Colombian law does not choose between a prudent underwriter or prudent insurance test and guarantees that the assured will not have to disclose information that the insurance company did not let him know was relevant or facts or circumstances that common sense would not have revealed as such and therefore conforms itself better to the intent of promoting fairness present in the principle of good faith.

Although it was not included in the MIA, in order for the insurer to be allowed to avoid the contract, the non-disclosed circumstance besides being material, must have induced the actual insurer into the contract⁵¹. The requirement of inducement was taken from the general law of misrepresentation and it was extended to non-disclosure⁵².

48 For example, article 1078 of the Colombian Commercial Code establishes that if an assured presents a claim in bad faith he will lose the right to the indemnity (instead of the contract being void).

49 Pan Atlantic [1995], *Op. cit.*

50 Norma J Hird, 'Pan Atlantic: Yet More to Disclose' (1995) JBL 608.

51 Pan Atlantic [1995], *Op cit.*

52 *Ibíd.*



Section 18(3) establishes some circumstances that, in absence of enquiry, do not have to be disclosed. Those circumstances are those which diminish the risk; “any circumstance which is known or presumed to be known to the insurer (and the insurer is presumed to know matters of common notoriety or knowledge, and matters which an insurer in the ordinary course of his business, as such, ought to know); any circumstance as to which information is waived by the insurer; and any circumstance which it is superfluous to disclose by reason of any express or implied warranty” .

In addition to the duty of disclosure, section 20 of the MIA sets that “Every material representation made by the assured or his agent to the insurer during the negotiations for the contract, and before the contract is concluded, must be true” and “If it be untrue the insurer may avoid the contract.” Materiality is defined in the same terms it was defined for non-disclosure and has also been interpreted in an identical way⁵³. Besides being material, the misrepresentation must have induced the insurer into the contract in order for him to be allowed to avoid it⁵⁴.

As if the requirement of materiality was not strict enough, besides what is established in sections 18 and 20, based on section 17 the courts have broaden the assured’s duty by concluding that materiality is irrelevant with regards to the information requested by the insurer⁵⁵ and in the cases in which the non-disclosure or misrepresentation is fraudulent⁵⁶. Materiality also loses all significance when the form is made basis of the contract⁵⁷.

4. Criticism and pressure for reform: The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012

During recent decades criticism has sprung against good faith in the pre-contractual stage. Recommendations for reform were made since 1957 by the Law Reform Committee and again in 1980 by the English Law Commission, in this last occasion it being pointed out that reform had been too long delayed⁵⁸. In 2006 the Law Commission issued a scoping paper in order to determine which areas of insurance contract law were in need of reform, nevertheless non-disclosure and misrepresentation had already been chosen as one of

53 *Ibíd.*

54 *Ibíd.*

55 *Container Transport International Inc v Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd* [1984] 1 Lloyd’s Rep 476, 512.

56 *Pan Atlantic* [1995], *Op. cit.*, p. 533; Bennett, ‘Mapping the Doctrine of Utmost Good Faith’, *Op cit.*, pp. 177-178.

57 Reuben Hasson, ‘The Basis of the Contract Clause in Insurance Law’ (1971) 34 MLR 29; H. Bennett, *The Law of Marine Insurance*, *Op. cit.*, para 4.205-4.206.

58 R. Hasson, The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consultation Paper No. 182*, *Op. cit.*, para 1.16-1.17.



the at least two topics that were going to be examined by the Law Commission (the other being breach of warranty)⁵⁹. The law was viewed as unjust because it was “heavily biased against the interests of consumers”⁶⁰. Call for reform became imminent and eventually led to the Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012 which deeply modified the state of the law regarding pre-contractual good faith in consumer insurance contracts. Nevertheless, debate around reform is not finished. The Law Commission is still analysing other sectors of insurance law in order to determine if and how they should be modified. Concerning good faith, the pre-contractual duties in commercial insurance are still a matter to be defined, as are the rules pertaining to fraudulent claims in both consumer and commercial insurance⁶¹. The debate on reform of good faith has been centred on those who consider that what has to be reformed is not the duties themselves but the remedies and those who consider that even the duties deserve a change⁶². At least in what relates to the pre-contractual duties in consumer contracts, it was the second group who ‘won’ the debate being that the Consumer Insurance Act 2012 not only modifies the remedies but also eliminates the duty of disclosure and modifies the duty to not misrepresent.

In our opinion, the reform introduced by the Consumer Insurance Act 2012 effectively responded to the criticism by levelling the playing ground between insurers and consumers. The Act distinguished consumer insurance contracts as those contracts of insurance between “an individual who enters into the contract wholly or mainly for purposes unrelated to the individual’s trade, business or profession”, and an insurer.⁶³ Section 2 of the Act established that “It is the duty of the consumer to take reasonable care not to make a misrepresentation to the insurer” and that this duty “replaces any duty relating to disclosure or representations by a consumer to an insurer which existed in the same circumstances before” the Act applied; accordingly “any rule of law to the effect that a consumer insurance contract is one of the utmost good faith is modified to the extent required by the provisions of” the Act. This means that, at least for consumer insurance, the assured no longer has a duty of disclosure and this eliminates the unfairness that existed in expecting the insured to be able to know what a prudent underwriter considers relevant without being guided by the insurer. As it will be submitted, this solution is similar, in some respects, to those established in Colombia since the 1971 Commercial Code entered into force.

59 The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: a Joint Scoping Paper* (2006) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/ICL_Scoping_Paper.pdf> accessed 23 August 2013, Para 1.2, Appendix A.

60 R. Hasson, The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consultation Paper No. 182, Op. cit.*, para 1.40.

61 *Ibid.*, No. 204.

62 See the discussion in Peter Macdonald Eggers, ‘The Past and Future of English Insurance Law: Good Faith and Warranties’ (2012) 1(2) UCLJLJ 211, 234-236.

63 Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012, section 1.



If the consumer breaches his duty “to take reasonable care not to make a misrepresentation to the insurer”, the insurer will have a remedy against the consumer if “the insurer shows that without the misrepresentation, that insurer would not have entered into the contract (or agreed to the variation) at all, or would have done so only on different terms”⁶⁴. This, again similar to Colombian law, eliminates materiality from the scene and focuses on the requirement of inducement.

Section 5 of the Act distinguishes between deliberate or reckless and careless misrepresentations. A misrepresentation is deliberate or reckless if the consumer “knew that it was untrue or misleading, or did not care whether or not it was untrue or misleading, and knew that the matter to which the misrepresentation related was relevant to the insurer, or did not care whether or not it was relevant to the insurer”⁶⁵. A misrepresentation is careless “if it is not deliberate or reckless”⁶⁶.

As important as the elimination of the duty of disclosure are the set of remedies introduced by the Act: if the “misrepresentation was deliberate or reckless, the insurer may avoid the contract and refuse all claims, and need not return any of the premiums paid, except to the extent (if any) that it would be unfair to the consumer to retain them.”⁶⁷ If the misrepresentation was careless the remedies vary according to what the insurer would have done had there been no misrepresentation: “If the insurer would not have entered into the consumer insurance contract on any terms, the insurer may avoid the contract and refuse all claims, but must return the premiums paid”⁶⁸. “If the insurer would have entered into the consumer insurance contract, but on different terms (excluding terms relating to the premium), the contract is to be treated as if it had been entered into on those different terms if the insurer so requires.”⁶⁹ “In addition, if the insurer would have entered into the consumer insurance contract (whether the terms relating to matters other than the premium would have been the same or different), but would have charged a higher premium, the insurer may reduce proportionately the amount to be paid on a claim”⁷⁰. These remedies address the criticism that had centred on the unfair consequences that the existence of a sole remedy had led to, while still offering special protection to the particular nature of the contract of insurance. In this aspect, even though Colombian law offers several remedies, the Consumer Insurance Act goes beyond what was envisaged by the 1971 Commercial Code.

64 *Ibid.*, section 4.

65 *Ibid.*, section 5.

66 *Ibid.*

67 *Ibid.*, Schedule 1, section 2.

68 *Ibid.*, Schedule 1, section 5.

69 *Ibid.*, Schedule 1, section 6.

70 *Ibid.*, Schedule 1, section 7.



Finally, the Act also establishes that the representations made by the consumer are “not capable of being converted into a warranty by means of any provision of the consumer insurance contract (or of the terms of the variation), or of any other contract (and whether by declaring the representation to form the basis of the contract or otherwise)”⁷¹ therefore guaranteeing that the requirement established in section 4 of the Act will not be made irrelevant nor the new remedies available reduced to avoidance.

As seen, the Consumer Insurance Act tackled the most relevant issues that were debated during the past decades in English Law regarding pre-contractual disclosure and representations by the assured.

Development of good faith in Colombian insurance law

Having revised the development and current state of the assured’s pre-contractual information duties in English law and exposed the criticism and reform it has been subjected to, we shall now study Colombian insurance law on the matter in light of the English solutions. First, in order to set the scene, a general introduction will be made into Colombian law on good faith and insurance; afterwards, the duty to make a fair presentation of the risk will be studied in detail in order to conclude why the criticism raised in England has not risen in Colombia.

1. Good faith in Colombian contract law

It is widely recognized among comparative lawyers that the principle of good faith has historically belonged to civilian legal systems and still, today, underpins most of their institutions in all branches of law⁷². The Colombian legal system, entirely from a civilian tradition, is not the exception. Colombia’s Civil Code, enacted in 1887, was drafted by Don Andrés Bello mainly along the lines of Roman, French and Spanish law⁷³. Although this code does not regulate contracts of insurance, it contains both the principle of good faith in contract law as well as many of the institutions that have derived from it. Indeed, article 1603 establishes that contracts have to be executed in good faith, hence the parties are obliged not only to what is expressly agreed, but to everything else that emanates from their nature; additionally article 1914 ff establishes remedies for latent defects (*vicios redhibitorios*); and article 1508 ff establishes remedies in case of mistake, duress or fraud (*vicios del consentimiento*)⁷⁴.

71 *Ibíd.*, section 6(2).

72 S. Whittaker, *Op. cit.*

73 Martha Lucía Neme Villareal, ‘El Principio de Buena Fe en Materia Contractual en el Sistema Jurídico Colombiano’, en: *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, núm.11, p. 79.

74 These two institutions are, in their general features, just as the *aedilician* remedies and rules for mistake and duress created in Roman law as consequence of the principle of good faith.



Furthermore the 'new' Colombian Commercial Code⁷⁵ sets in article 863 that the parties to any contract must act in good faith in the pre-contractual stage and article 871 sets that contracts should be entered into and implemented in good faith and, therefore, they oblige not only to what is expressly agreed in them, but to everything that according to the law, custom and equity belong to their nature. Even the Constitution through article 83 establishes that both private individuals and public authorities must adhere to the principles of good faith. Beyond these articles, good faith can be evidenced in Colombia's unfair competition regulation, consumer protection regulation, corporate law, etc.⁷⁶.

As can be observed in article 871 of the Commercial Code and in accordance to what has been expressed by the Supreme Court,⁷⁷ good faith must be present at every moment, ie during the period of contract formation, while the contract is in force and even after it has come to an end⁷⁸.

2. Insurance in Colombian law

Insurance is not regulated by the Civil Code but by the Commercial Code. The first Colombian Commercial Code was enacted in 1887.⁷⁹ Unlike section 17 of the MIA, the rules pertaining to insurance made no explicit reference to good faith, meaning that the general rules of the Civil Code applied. Nevertheless article 680 established that the assured had the obligation to "declare sincerely all the necessary circumstances to identify the subject matter assured and to appreciate the extension of the risks" and sanctioned with rescission all misrepresentations or non-disclosure of "circumstances that, if known by the insurer, could lead him to not enter into the contract or to produce a modification in its conditions".

In 1971 the 'new' Commercial Code was enacted. Except for the chapter on specific marine insurance rules, which was largely based on the English Marine Insurance Act of 1906⁸⁰, the rest of the provisions were based on insurance regulation from other civil law countries such as that from France, Mexico, Italy and Argentina⁸¹. Unlike the state of English law after the changes introduced by the Consumer Insurance Act 2012, Colombian law does not distinguish between business and consumer assureds, consequently all the rules in the Commercial Code apply to both of them indistinctly.

75 A previous Commercial code had been in place since 1887.

76 M. Neme, *Op. cit.*

77 Judgement of 2nd August 2001, per Carlos Ignacio Jaramillo.

78 M. Neme, *Op. cit.*, p. 85.

79 The old Commercial Code was based on the Panamanian Code of 1869 which was in turn based on the Chilean Code of 1865. See C. Jaramillo, *Op. cit.*, p. 10.

80 'Explanatory Preamble to the 1958 Code of Commerce Project' in J. Ossa, *Op. cit.*, Appendix III (free translation). The 1958 Code of Commerce Project was the basis for the debate of the 1971 Commercial Code.

81 C. Jaramillo, *Op. cit.*, p. 657.



Surprisingly, even though there is no rule that establishes that insurance contracts are ruled by any special principle of good faith other than the one that applies to any other contract, both the Supreme Court⁸² and the Constitutional Court⁸³, when dealing with insurance cases that arise because of the breach of duties that are derived from good faith, have understood that the good faith present in insurance contracts is one of utmost nature (*ubérrima buena fe*)⁸⁴.

Good faith can be observed in multiple institutions and rules of Colombian insurance law. Not only is there a pre-contractual duty of information borne by the assured (as will be analysed in depth in the following chapter), but the assured also has to inform the aggravation of the risk while the contract is in place,⁸⁵ he has to inform the coexistence of other contracts of insurance⁸⁶, the claims he presents must not be fraudulent⁸⁷, etc.

Besides the application of the general principle of good faith that applies to all contracts, and the fact that civil rules, such as those that govern case of mistake, duress or fraud, would in principle apply to contracts of insurance, a special regime was established in the Commercial Code: the duty to make a fair presentation of the risk⁸⁸.

The duty to make a fair presentation of the risk: why there is no need for reform

1. Articles 1058 and 1059 of the Colombian Commercial Code

In Colombia the assured's pre-contractual information duties are set in articles 1058 and 1059 of the Commercial Code. Unlike sections 18 and 20 of the Marine Insurance Act, article 1058 does not clearly distinguish between non-disclosure and misrepresentation. In fact, what it does is establish that he who wishes to enter into a contract of insurance with an insurance company has a duty to "declare sincerely the facts and circumstances that determine the state of the risk according to the questionnaire [form] proposed by the insurer" and it indicates that any "non-disclosure or misrepresentation of facts or circumstances, that if known by the insurer they would have withheld him from subscribing the contract or would have led him to establish more onerous conditions, will allow him to avoid the contract".

82 Judgement of 11 April 2002, per Jorge Santos Ballesteros; Judgement of 2nd August 2002, per Carlos Ignacio Jaramillo; Judgement of 27 of October 2005, per María Elena Giraldo; Judgement of 1st of September 2010, per Edgardo Villamil Portilla.

83 Judgement C-232 of 15 Mayo 1997, per Jorge Arango Mejía.

84 Academics are of the same opinion, J Efrén Ossa for example says that as in any other contract good faith is an attribute of insurance, but that in insurance "it is in a higher degree, *uberrimae fidei*". J. Ossa, *Op. cit.*, p. 44.

85 Commercial Code, article 1060.

86 *Ibíd*, article 1076.

87 *Ibíd*, article 1078.

88 It is said that the general rules of the civil code are insufficient considering the special characteristics of the contract of insurance. See J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 326-327, 333-334. However, it is also argued that even though the special regime set out for insurance contracts is more demanding than the one that applies to all other contracts, the general regime could eventually apply to insurance contracts if there was an event not covered by the special rules. See A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros, Op. cit.*, pp. 24-28.



Further on paragraph two establishes that in the cases in which “the declaration is not done subject to a determined questionnaire, any non-disclosure or misrepresentation produces the same consequence if the insured has negligently concealed facts or circumstances that involve an objective aggravation of the risk”.

Fraudulent intent on behalf of the proposer is irrelevant and the contract will be voidable both in cases in which the proposer non-disclosed or misrepresented facts innocently or on purpose. Furthermore, article 1059 sets that, besides being able to avoid the contract, the insurer can also retain the premium as a penalty.

Nevertheless, a distinction must be made between negligent and diligent proposers: the rules, as detailed above, apply to negligent proposers (even if they are innocent), however if the non-disclosure or misrepresentation arises from blameless error of the proposer, paragraph three of article 1058 sets that the insurer will not be able to avoid the contract nor to retain the premium, but, if a loss occurs, the insurer may reduce proportionately the amount to be paid on a claim⁸⁹.

Finally, paragraph four of article 1058 clarifies that the contract will not be voidable nor can the indemnity be reduced “if the insurer, before entering into the contract, knew or should have known the facts and circumstances that were not disclosed or misrepresented, or, if after entering into the contract accepts to correct them or waives them either expressly or implicitly”.

2. ‘*Reticencia*’ and ‘*inexactitud*’

The Spanish terms used by the code that we have translated as non-disclosure and misrepresentation are, respectively, *reticencia* and *inexactitud*. Although their meaning is similar to what is understood in English insurance law by non-disclosure and misrepresentation, they are not exact equivalents. *Reticencia* means to withhold or not say something, *inexactitud* refers to giving inaccurate or inexact information.⁹⁰ Both terms describe breaches of the duty to faithfully declare the state of the risk either by withholding or giving inaccurate information, but, as will be described in detail below, the duty is subject to some limitations not present in English law, for when the insurer has given the proposer a questionnaire, they duty is substantially different from that of disclosure, since the information that the proposer cannot withhold or misstate is that which he is asked about; on the other hand, when no questionnaire is given, the proposer bears a real duty of disclosure, but still the information he is expected to give is less than that in English law.

The following sections will develop in detail the different rules set in articles 1058 and 1059 of the Commercial Code emphasising not only on differences they have if compared to the equivalent institutions in English law, but on how those differences entail, in most of the cases, a more favourable regime for the assured without annulling its original intent to protect the insurer.

⁸⁹ The formula for the proportional reduction is identical to the one established in the Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act 2012.

⁹⁰ A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros*, Op. cit., pp. 20-21.



3. Questionnaire, or no questionnaire, that is the question

Even though legally, as set by article 1058, the presentation of the risk can be subjected or not to a questionnaire, Colombian practice is inclined towards the use of a questionnaire⁹¹. Professor Ossa, architect of modern Colombian insurance law⁹², considered this practice to be more technical and legitimate because proponents of insurance have no reason to know all the factors (either objective or subjective) that determine the state of the risk, while the insurer, because of his profession, has to be aware of them and consequently he must direct the proposer's presentation through a questionnaire which ought to be answered with the highest intellectual and moral scruples⁹³.

The insurer's decision to offer or not a questionnaire to the proposer is highly relevant for two significant reasons: on the one hand it determines the scope of facts and circumstances that must be declared by the proposer, ie the facts and circumstances that must be informed vary depending on if he has been given a questionnaire or not. For example, when the declaration is subject to a questionnaire, the insurer may inquire on both physical and moral hazard⁹⁴; whereas if the declaration is not subjected to a questionnaire, the assured's information duty is limited to physical hazard because article 1058 establishes that in this case the insurer can only avoid the policy if the non-disclosed or misrepresented fact implies and 'objective' aggravation of the risk⁹⁵. Further on, when a questionnaire is proposed by the insurer anything that is not investigated or asked in the insurer's form does not have to be disclosed by the assured because article 1058 clearly set that the declaration must be made "according to the questionnaire proposed by the insurer"⁹⁶. This may sound harsh on insurers and might at first glance tempt them to not advance a questionnaire, yet, the assured's duty of disclosure when he is not presented with a form may be even more limited as it is reduced to the "circumstances that, according to common sense, imply an aggravation of the risk, [because, since] he is not a specialist in insurance, his duty cannot reach the extreme subtleness that could barely be noticed by the keen judgement of an insurer"⁹⁷.

The second reason why the insurer's decision to offer or not a questionnaire to the proposer is highly relevant, regards the onus of proof: when there is no questionnaire the insurer must prove that the proposer's non-disclosure or misrepresentation was negligent, while when there was a questionnaire it is the proposer who must prove that, despite his mistake, he acted diligently⁹⁸.

91 J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 325, 329; A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros, Op. cit.*, p. 33.

92 C. Jaramillo, *Op. cit.*, 11-12.

93 J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 325-326.

94 Corte Suprema de Justicia, Judgement of 12 September 2002, per Carlos Ignacio Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Judgement of 11 April 2002, per Jorge Santos Ballesteros.

95 J. Ossa, *Op. cit.*, p. 329.

96 *Ibíd.*, p. 329; A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros, Op. cit.*, p. 33.

97 'Explanatory Preamble to the 1958 Code of Commerce Project' in Ossa (n 1) Appendix III (free translation); see also J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 330-332.

98 J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 337-339; However, professor Ordóñez, even though he accepts that when there is no questionnaire the insurer must prove that the proposer was negligent, while when there was a questionnaire it is the proposer who must prove his mistake was



Thus it is highly recommendable for the insurer to opt for elaborating questionnaires in the pre-contractual stage. The advantages of doing so were increased even further when the Supreme Court in the Judgement of 1st September 2010⁹⁹ established that, in order to prove the relevance that a certain fact or circumstance had for the insurer, it was enough to check if he had asked about those facts or circumstances in the questionnaire, thereby creating a legal presumption that all facts and circumstances asked by the insurer were relevant. The Court clearly stated that “the insurance professional [ie the insurer] does not ask for irrelevant data, nor has the burden of proving that they were [relevant]”.

The duality between declarations subject to a questionnaire and those that are not, with all the implications that are derived from opting between one alternative and the other, is perhaps one of the biggest differences between the assured’s pre-contractual information duties in Colombian and English law (especially compared to the pre-Consumer Insurance Act regime). The fact that the duty to inform is subjected to that which is asked in the form levels the playing ground between the contracting parties in the way submitted by Hasson¹⁰⁰, for it gives the assured, who has the duty to inform, an idea of the information that he is expected to give to the insurer and which he on his own might never imagine to be relevant. The duty is also much more narrow when no form is provided, for the assured is not expected to disclose all facts and circumstances which might be considered relevant from an insurer’s point of view but just those that according to common sense (as opposed to professional expertise) imply an aggravation of the risk and, in the event that he does not comply, it will be for the insurer to prove that his breach was a negligent one that will allow the insurer to avoid the contract. Such differences by their own might be enough to justify why there has been no need for reform in Colombia, since the scope of the assured’s duty under the Colombian framework is reduced to a feasible standard from the assured’s point of view.

4. Relevance, materiality or inducement?

The subcommittee in charge of drafting the insurance chapter of the Commercial Code debated around if they should establish, in order for the insurer to be allowed to avoid the contract, that the facts or circumstances undisclosed or misrepresented had to be such that if known by the insurer they would lead him to establish different contractual conditions or to reject the contract altogether: on one side Dr. Cobo considered that this would place the harsh burden of proving such a fact on the insurance company, which would in turn make impractical the protection intended by the duty; on the other side Professor Ossa considered that not doing so would be contradictory with the general regime of contract law in which rescission for mistake, duress and fraud all required that the unknown fact or circumstance be determinant for the parties decision to enter into the contract, besides he considered that the onus of proof was not a harsh one to bare¹⁰¹.

diligent and blameless, points out that the code’s wording on this point is obscure and not technically accurate. A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros, Op. cit.*, pp. 33-35.

99 Per Edgardo Villamil Portilla.

100 R. Hasson, ‘The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law’, *Op. cit.*, pp. 633-634.

101 Acoldese, *Actas del Subcomité de Seguros del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio: Antecedentes del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio sobre el Contrato de Seguro* (Acoldese) 92-99.



As evidenced by the text of article 1058, it was this second position that triumphed and in order for the insurer to be able to avoid the contract or to reduce the indemnity the undisclosed or misrepresented fact must be one that, if known by the insurer, it would have withheld him from entering into the contract or would at least led him to propose more onerous conditions. The facts and circumstances that fulfil this condition are referred to by the academics as ‘relevant’ facts¹⁰².

The requirement of relevance seems to be more similar to the English requirement of inducement than to that of materiality in the sense that it is subjective and not objective: it is the insurer at hand that must prove that he would not have entered into the contract or would have done so in different terms had he known the undisclosed or misrepresented fact¹⁰³; it has not been considered by the academics or the courts that the standard of ‘relevance’ should be set according to an objective criteria such as that of ‘the prudent underwriter’. However, the proof of relevance has been made easier, as indicated above, by the ‘presumption of relevance’ created by the Court regarding the questions laid down by the insurer in the proposal form.

Nonetheless it must be restated that, even though relevance is determined in the described way, unlike English law regarding materiality or inducement, in Colombia the assured does not have a duty to disclose all relevant facts and circumstances known to him, but just those for which he is asked for in the form or, if no questionnaire is advanced to him by the insurer, just those facts or circumstances that, according to common sense, imply an objective aggravation of the risk. This reduced scope of the facts and circumstances that have to be informed diminishes the effective harshness that may be derived from the fact that the test for ‘relevance’ depends on what the insurer considers material and constitutes itself as the second significant difference between Colombian and English law on the matter that has led the former to not consider the need of modifying the law.

Finally, still on the issue of materiality or relevance, again unlike English general insurance law, but in the same fashion of the Consumer Insurance Act, materiality cannot be made irrelevant by way of a warranty that makes the declaration into the basis of the contract, because, even though article 1061 of the Colombian Commercial Code defines warranties in identical terms as section 33 of the MIA, article 1.2.1.3.(b) (Ch II, T VI) of the Circular Básica Jurídica 007 of 1996 issued by the Superintendencia Financiera de Colombia (ie the Colombian equivalent to the Financial Service Authority) establishes the non-disclosure and misrepresentation, as set in article 1058 of the Commercial Code, cannot have any other legal consequences apart from those established in the Code.

5. Remedies

As set by articles 1058 and 1059 of the Commercial Code, three are the remedies available to the insurer when the assured has breached his duty to faithfully declare the state of the risk: avoidance, retention of the premium and the reduction of the indemnity. The first two are available when the proposer’s relevant non-disclosure or misrepresentation was fraudulent or negligent (even if innocent); the third remedy is

102 J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 330-331.

103 Corte Suprema de Justicia, Judgement of 12 September 2002, per Carlos Ignacio Jaramillo.



available as a substitute for the other two when the proposer incurred in a relevant non-disclosure or misrepresentation innocently and without negligence.

The first remedy, avoidance, as in England, means avoidance *ab initio*, therefore it is irrelevant if there is no relationship between the issues that were not disclosed and the claimed event¹⁰⁴. This matter is actually one of the few on which there has been some debate around ‘reform’ since it reached the Constitutional Court when a plaintiff submitted that the fact that the insurer could avoid the contract even in cases in which there was no connection between the non-disclosed or misrepresented circumstance and the claimed event went against the Constitutional rights of fairness, equality and justice because it was disproportionate and nothing justified a separate regime for contracts of insurance. The Court discharged the submission by concluding, after a careful and important analysis of good faith in insurance law and the assured’s pre-contractual information duties, that the “reason for the [special] rescissory regime in insurance contracts is based on the very nature of the insurance business, which requires the presence of a qualified good faith or *uberrimae bona fidei*”¹⁰⁵ and therefore is justified and in accordance with the Constitution.

The second remedy, retention of the premium, is actually one aspect in which Colombian law is harsher than English law (both before and after the introduction of the Consumer Insurance Act) for it allows the insurance company to retain the premium both in cases in which there was fraudulent intent on behalf of the proposer as in cases in which his non-disclosure or misrepresentation was negligent. Nevertheless this issue by itself has not been enough to motivate reform.

The last remedy is the third substantial difference between Colombian and English law (at least in regards to business insurance in England) that has prevented the need for reform. Similar to section 7 of schedule 1 of the Consumer Insurance Act, paragraph 3 of article 1058 established that the insurer would not be able to avoid the contract if the assured’s non-disclosure or misrepresentation was due to a blameless mistake, in which case the insurer would only be allowed to reduce the indemnity. This solution has been regarded as a prudent balance between the need to protect the technical background of insurance and the wish to promote fairness in the contract¹⁰⁶ and therefore reduces criticism that might arise because of the existence of a univocal and severe remedy (as those that existed in England).

Unlike section 6 of Schedule 1 of the Consumer Insurance Act, Colombian law does not establish a fourth remedy consistent on treating the contract on different terms if the insurer, had he known of the non-disclosed or misrepresented fact, would have only entered the contract if those terms had been established. Such a remedy was not thought of but could be an interesting addition if reform of Colombian law was eventually sought.

104 A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros*, *Op. cit.*, pp. 46-47; Andrés E Ordóñez, ‘El Tratamiento Civil de la Mala Fe del Asegurado en el Contrato de Seguro’ (2005) *E-Mercatoria*, Vol. 4, No. 2, 8-10; C. Jaramillo, *Op. cit.*, pp. 671-686.

105 Corte Constitucional, Judgement C-232 of 15 Mayo 1997, per Jorge Arango Mejía.

106 J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 340-341.



It must be noted that nowhere in article 1058 is the proposer's duty conditioned to his knowledge of the facts and circumstances that are being declared. The academics are divided on the issue: on the one hand, Professor Ossa considered that the proposer's duty to sincerely declare the state of the risk is limited to the facts or circumstances that he knows or ought to know when the contract is entered into¹⁰⁷. This position would set Colombian law in a similar state to that of England¹⁰⁸. However, professor Ordóñez believes otherwise: he considers that the assured's knowledge is not a requisite and that therefore any non-disclosure or misrepresentation will allow the insurer to avoid the contract irrespective of the proposer's knowledge, except if his ignorance can be proved to be a type of blameless error of the proposer, in which case the insurer will only be allowed to reduce the indemnity¹⁰⁹. If this is the case, Colombian law might be more demanding on this issue than English law, both as established in the MIA and the Consumer Insurance Act.

6. Further development of the duty by the Supreme Court

One of the most important cases regarding article 1058 of the Commercial Code was decided by the Colombian Supreme Court of Justice in Judgement of 2nd August 2002, per Carlos Ignacio Jaramillo. Reference to this paradigmatic case is important because it evidences the different approach held by the Colombian and English Courts on a similar issue, being the approach of the former more pro-assured than the approach of the latter.

The facts of the case were the following: the insured, Jaime Forero Malo, approached the defendant insurance company interested in insuring his life. He was provided with an application form that contained, among other things, in accordance to article 1058, a questionnaire designed to inform the insurer about the state of the risk and, based on his answers, he was ordered some general medical exams. The doctor that performed the exams indicated the existence of some anomalies, suggested an additional exam and considered the risk as unacceptable. Nevertheless, the insurance company, with the information provided in the questionnaire and the exams made by its own doctor, but without ordering the additional exams that had been suggested, accepted to insure Mr. Forero for an additional premium. Mr. Forero, after having answered the questionnaire, but before the insurer accepted to insure him, discovered through another doctor that he had bladder cancer but did not inform the insurance company of his discovery. The assured died a couple of months after being insured, so consequently the beneficiaries presented a claim to the insurance company, which in turn objected the claim arguing that the policy was void because Mr. Forero had breached the principle of good faith by failing to disclose that he had bladder cancer before the contract was entered into and that, if they had known of that circumstances, they would not have agreed to insure him at all.

107 J. Ossa, *Op. cit.*, pp. 330, 337.

108 It is accepted in English law that "you cannot disclose what you do not know". See *Joel v Law Union and Crwon Insurance* (1908) 99 LT 712; *Economides v Commercial Union Insurance plc* [1997] 3 All ER 636.

109 A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros*, *Op. cit.*, pp. 37-38.



As explained by professor Ordóñez¹¹⁰, two issues had to be solved by the court: a) is there a breach of the duty to sincerely declare the state of the risk if the assured does not declare facts or circumstances that, if known by the insurer would have led him to not accept the risk, if these facts or circumstances came to the assured's knowledge after he had answered the questionnaire but before the insurance company had accepted the risk?; b) can the assured's breach of the duty to sincerely declare the state of the risk be excused when the insurer does not know of the non-disclosed information because of his own negligence?

Regarding the first issue the Supreme Court considered that, since good faith "is not a principle of ephemeral and irrelevant figuration within the scene of law", for it is present in full and with marked intention along all the stages of contract formation, development and execution, in order to "evaluate whether a given person acted or not in good faith, it is imperative to examine, in each of the aforementioned phases, the behaviour displayed by him". Consequently if the proposer answers sincerely the questionnaire set by the insurer but later on discovers that his answers contradict what he now knows and does not inform the insurer about this fact before the insurer accepts the risk, then it cannot be said that his behaviour was in accordance to good faith. "Hence the relevant facts or circumstances supervening to the declaration of the state of the risk [...] must be communicated without delay." In this aspect Colombian and English law are alike¹¹¹.

However, considering the second issue, the Court established that this was a clear example of how, in accordance with the provisions of article 1058 of the Commercial Code, if the insurer knew or, as it was in this case, should have known of the undisclosed or misrepresented fact, he would not be allowed to avoid the contract. The judge considered that since the insurer's medical doctor suggested an additional exam, that would have revealed the grave health condition of the assured, and the company refused to order such an exam, then the insurance company was taking on itself the risk in whatever condition it may be, therefore it could not pretend to avoid the contract for a non-disclosed fact that it should have known if it had been diligent. It must be clarified that there is no duty in Colombian law for the insurer to inspect the risk,¹¹² but once the insurance company had already decided to inspect the risk by ordering some medical exams and these resulted in the company's medical doctor advising to perform some additional ones, then common business sense did oblige the company to either perform such additional exams or to assume the consequences of not having done so.

Even though the facts of this case are substantially different from those of *Bates v Hewitt*¹¹³ commented above, the judge's decision to maintain the contract in force despite the assured's fraudulent non-disclosure, ie notwithstanding the assured's clear breach of the principle of good faith (it was proven

110 Andrés E Ordoñez, 'Inexactitud y Reticencia en la Declaración del Estado del Riesgo a Través de Dos Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Colombiana' (2003) E-Mercatoria, Vol. 2, Num 1, 2-3.

111 *Looker v Law Union and Rock Insurance Co Ltd* [1928] 1 KB 554.

112 Corte Constitucional, Judgement C-232 of 15 Mayo 1997, per Jorge Arango Mejía.

113 (1867) LR 2 QB 595.



in the process that Mr. Forero had deliberately withheld the information from the insurer), evidences a more pro-assured approach even when dealing with an institution that has the objective to protect the insurer from fraud.

It cannot go without saying that this last point has been severely criticized by professor Ordóñez, who considers that when it is proven that the assured's non-disclosure or misrepresentation was intentional, the insurer should be able to avoid the contract even if he would have known of the undisclosed fact had it not been for his carelessness in the contracting stage¹¹⁴.

7. Final remarks on the duty to make a fair presentation of the risk

It cannot be forgotten that the regime that has been explained above was only introduced by the 1971 Commercial Code. If we take a second look at the law on the matter in the previous code, we can evidence that the changes introduced were far-reaching. The old law was too simple for such an important matter and if it had not been changed with the rest of Colombian commercial institutions in 1971, it is likely that a great amount of criticism would have risen in these last 40 years.

The regime introduced by articles 1058 and 1059 is not perfect. Although it is in general terms a pretty fair balanced regulation, that offers a great deal of protection for assureds (especially if it is remembered that its principal purpose is to protect insurers), it also has its disadvantages and hardships: the right the insurer has to retain the premium every time he can avoid the contract is excessive and unfair to non-fraudulent assureds who just happened to not be diligent enough in the declaration of the risk; the fact that the proposer's knowledge is not taken into account to determine what must be declared, is also unjust. Nevertheless, all things considered, these few drawbacks do not amount to a need for reform.

It must also be borne in mind that the abundance of good faith in Colombian contract law in general, makes it easier for Colombian lawyers to accept the existence, influence and consequences of good faith in insurance law. Even if good faith is present with unique intensity and imposing stricter burdens than in other contracts, the special rules that apply to insurance are not at all that different from those that apply to other businesses and therefore are easily received by the legal community.

All this put together leads to the fact that, after the significant changes introduced in 1971, no further modification to the assured's pre-contractual information duties has been deemed necessary.

114 A. Ordóñez, *Lecciones de Derecho de Seguros*, Op. cit., pp. 40-45; A. Ordóñez 'Inexactitud y Retención en la Declaración del Estado del Riesgo', Op. cit., 14-16.



Conclusion

As seen throughout this paper, both Colombian and English law impose pre-contractual information duties on the assured; in both cases these duties are derived from the principle of good faith present in Roman law, the law merchant and throughout early modern insurance law. However, the development of this principle and the consequent duties in each jurisdiction led to sufficiently significant differences that produced substantial criticism and reform in England, but have not led to much criticism in Colombia.

It cannot be affirmed that the Colombian approach is always more favourable to the assured; for example, in regards to retention of the premium and the relevance of the assured's knowledge, English law is less harsh. In several circumstances both jurisdictions have reached similar solutions as in the fact that the duty is in place until the contract is entered into, the requirement of inducement or relevance and in avoidance (*ab initio*) being the principal remedy. Nevertheless, the specific situations in which Colombian law is more assured friendly have been enough to not disturb the different actors of the insurance business. Yet, the differences between English and Colombian law, mainly the different scope of the information that has to be disclosed or represented, the availability of remedies depending of the circumstances surrounding the non-disclosed or misrepresented circumstances, and the pro-assured or pro-insurer approach held by the courts, do manifest a more protectionist regime for the assured in the Colombian setting that is more consistent with the original objectives of the principle of good faith.

The solutions introduced in 2012 in England have in a great way equated, at least in the field of consumer insurance law, the assured's pre-contractual duty of information with the Colombian regime. The new consumer insurance rules in England, by eliminating the duty of disclosure, removing the requirement of materiality leaving only the requirement of inducement, and not allowing the assured's representations to be made into the basis of the contract, have levelled the playing ground between insurers and assureds in a similar way to the Colombian Commercial Code of 1971. Regarding the remedies the Consumer Insurance Act 2012 established, it can even be said that it went beyond the advantages that Colombian law has on this matter. Nevertheless, although this could be erected as a model to update Colombian law, the current state in which it is, is sufficiently satisfactory.

In the end both jurisdictions have been able to cope with the difficulties that good faith in the pre-contractual stage can entail. Most problems have been or are being addressed and good faith and the assured's pre-contractual information duties remain a very significant and important part of both countries insurance contract law.



Bibliography

- Acoldese, *Actas del Subcomité de Seguros del Comité Asesor para la Revisión del Código de Comercio: Antecedentes del Título V del Libro Cuarto del Código de Comercio sobre el Contrato de Seguro* (Acoldese).
- Bennet H, 'Mapping the Doctrine of Utmost Good Faith in Insurance Law' (1999) LMCLQ 165
- , *The Law of Marine Insurance* (2nd edn., OUP 2006).
- Botes J, *From Good Faith to Utmost Good Faith in Marine Insurance* (Peter Lang 2006).
- Eggers P, 'Remedies for the Failure to Observe the Utmost Good Faith' (2003) LMCLQ 249.
- , 'The Past and Future of English Insurance Law: Good Faith and Warranties' (2012) 1(2) UCLJLJ 211.
- Eggers P, Picken S and Foss P, *Good Faith and Insurance Contracts* (3rd edn, Lloyd's List 2010)
- Hasson R, 'The Doctrine of Uberrimae Fides in Insurance Law: a critical evaluation' (1969) 32 MLR 615.
- , 'The Basis of the Contract Clause in Insurance Law' (1971) 34 MLR 29.
- Hird N, 'Pan Atlantic: Yet More to Disclose' (1995) JBL 608.
- Jaramillo C, *Derecho de Seguros*, vol 2 (Temis 2011).
- Lowry J, 'Pre-contractual Information Duties: the insured's pre-contractual duty of disclosure – convergence across the jurisdictional divide' in Burling J and Lazarus K (eds.), *Research Handbook On International Insurance Law And Regulation* (Edward Elgar 2011).
- Lowry J and Rawlings P, *Insurance Law: Cases and Materials* (Hart Publishing 2004).
- Lowry J, Rawlings P and Merkin R, *Insurance Law: Doctrines and Principles* (3rd edn, Hart Publishing 2011)
- Neme M, 'El Principio de Buena Fe en Materia Contractual en el Sistema Jurídico Colombiano' (2006) 11 Revista de Derecho Privado 79.
- Ordóñez A, *Lecciones de Derecho de Seguros N.º 3: Las Obligaciones y Cargas de las Partes en el Contrato de Seguro y la Inoperancia del Contrato de Seguro* (Universidad Externado de Colombia 2004).
- , 'Inexactitud y Reticencia en la Declaración del Estado del Riesgo a Través de Dos Sentencias de la Corte Suprema de Justicia Colombiana' (2003) E-Mercatoria Vol 2, Num 1.
- , 'El Tratamiento Civil de la Mala Fe del Asegurado en el Contrato de Seguro' (2005) E-Mercatoria Vol 4, Num 2.



---, 'Los Deberes Recíprocos de Información en el Contrato de Seguro: Y Especialmente el Deber de Información del Asegurador Frente al Tomador del Seguro' (2005) *Revista de Derecho Privado* No. 9.

Ossa J, *Teoría General del Seguro: El Contrato* (2nd edn, Temis 1991).

Raynes H, *A History of British Insurance* (2nd edn, Sir Isaac Pitman & Sons LTD 1964).

Soyer B, 'Reforming pre-contractual information duties in business insurance contracts: one reform too many?' (2009) *JBL* 15

The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: a Joint Scoping Paper* (2006) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/ICL_Scoping_Paper.pdf> accessed 23 August 2013.

The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Issues Paper 1, Misrepresentation and Non-Disclosure* (2006) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/ICL1_Misrepresentation_and_Non-disclosure.pdf> accessed 23 August 2013.

The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consultation Paper No 182 - Insurance Contract Law: Misrepresentation, Non-Disclosure and Breach of Warranty by the Insured - A Joint Consultation Paper* (2007) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp182_ICL_Misrep_Non-disclosure_Breach_of_Warranty.pdf> accessed 23 August 2013.

The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Consultation Paper No 204 - Insurance Contract Law: The Business Insured's Duty of Disclosure and the Law of Warranties - A Joint Consultation Paper* (2012) <http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/cp204_ICL_business-disclosure.pdf> accessed 23 August 2013.

Whittaker S and Zimmermann R (eds.), *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000).

ANTECEDENTES INTERNACIONALES EN MATERIA DE PRIVACIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

INTERNATIONAL BACKGROUND ON PRIVACY AND PERSONAL DATA PROTECTION

✉ Por: Jonathan López-Torres*

Fecha de recepción: 27 de octubre de 2014

Fecha de aprobación: 25 de noviembre de 2014

Resumen

En la actualidad es posible percibir una falta de uniformidad respecto al uso del concepto de privacidad en distintos instrumentos internacionales. Esta situación se ha evidenciado aún más con el desarrollo del derecho a la protección de datos personales ya que estos dos derechos – privacidad y protección- en ocasiones parecen colisionar. Hoy existen diversos lineamientos que pretenden armonizar el derecho a la privacidad con la protección de datos personales. Los estándares emanados de la Unión Europea, aun sin proponérselo, están sirviendo como base para la regulación de la materia a nivel global.

Palabras clave: *Datos personales, autodeterminación informativa, privacidad, protección de datos.*

Abstract

Nowadays a lack of uniformity regarding the use of the concept of privacy can be observed in different international instruments. This situation is related to the development of the right to protection of personal data because those rights –privacy and protection- sometimes seem to collide. Today there are several guidelines that seek to harmonize the right to privacy and the protection of personal data. The standards adopted by European Union are now serving as the basis for the regulation of this matter in a global context.

Key words: *Personal data, informational self-determination, privacy, data protection.*

* Candidato a Magíster en Derecho de las Tecnologías de la Información y Comunicación por Infotec. Abogado por el Tecnológico de Monterrey y miembro de la firma Lex Informática Abogados, S.C., en México. mx.jonathantorres@gmail.com



Introducción

El valor de la información personal está teniendo un aumento gradual en virtud de los avances y desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC). En este contexto debe tomarse en cuenta que las TIC tienen una penetración y alcance distintos en cada país. Los avances tecnológicos en los sectores tanto público y privado, como sus alcances a nivel nacional e internacional, también se diferencian dependiendo del Estado al que se haga referencia, por ello, su regulación resulta también disímil.

En este sentido, como parte de las estrategias de desarrollo, las nuevas modalidades de hacer negocios, como el comercio electrónico; y de gobernar, como el gobierno electrónico, han sido unos de los temas *punta de lanza* para que se destine especial atención en el uso de la información personal, y su flujo; tanto a nivel nacional como internacional. La interacción conlleva flujos globales de información en cantidades inimaginables. Esto ha provocado que la información personal se convierta en un objetivo lucrativo.

Por tanto, si bien es importante el desarrollo tecnológico para el bienestar de los países, éste no debe ser lesivo de los derechos de sus habitantes, es decir, cualquier estrategia de desarrollo que implique uso y comunicación de información personal está obligada a respetar el derecho a la protección de la información personal, ya que con este derecho se protege a las personas titulares de dicha información. El presente artículo hará referencia a distintos aportes que en materia de protección de datos personales deben ser tomadas en cuenta por todos los Estados miembros de la sociedad internacional. Estos aportes provienen tanto de países como los Estados Unidos; integraciones regionales como la Unión Europea; organizaciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE)¹ o bien la misma Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), las cuales marcan las pautas para una regulación armónica en materia de protección de datos personales con miras a su completa armonización internacional.

El origen del concepto “Derecho a la Privacidad”

El término “privacidad” es una palabra que no puede ser usada sin relacionarla al tema de protección de datos personales. Aparece por primera vez en 1890 en Estados Unidos en el famoso artículo “*The right to privacy*”² de los autores Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis. En este artículo, se hace un pronunciamiento respecto de los cambios que sufren las sociedades desde el punto de vista económico, político y social, cambios que implican

1 Se ha realizado una selección de este tipo de aportes, el tema es tan amplio que los aportes de diversas organizaciones internacionales no serán mencionados, también por razones de extensión, como por ejemplo el marco de privacidad del Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) que se basa en las directrices de la OCDE.

2 Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, “The Right to Privacy”, en *The Harvard Law Review*, Diciembre 15, 1890, Vol. 4, No. 5, [en línea], disponible en: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>, consulta: 15 de septiembre de 2014.



el reconocimiento de derechos, como lo son el derecho a la privacidad y a la protección de información personal.

Warren y Brandeis enfocan su artículo en un derecho que garantiza la protección a las personas respecto de su vida privada, en contra de las injerencias de los medios de información, como lo era la prensa. Este derecho “*the right to privacy*”, fue resumido a “*the right to be let alone*”,³ derecho que de alguna manera también se había previsto en la regulación francesa en materia de prensa⁴ sin que se hiciera referencia exacta al concepto de privacidad o derecho a ser dejado solo.

Posteriormente, en 1960 William L. Prosser establece cuatro tipos de “*torts*”⁵ (agravios) a la privacidad, los cuales derivaron de los precedentes establecidos por los tribunales de Estados Unidos, y que habían tomado como referencia el derecho establecido en el artículo de Warren y Brandeis.

Este derecho a la privacidad o a ser dejado sólo, según fue comprendido por los franceses, fue planteado por los autores sin conocer las implicaciones y precedentes que fijaría en su aplicación e interpretación, pues la mayoría de las cortes de Estados Unidos lo reconocieron, al grado de que la Suprema Corte de dicho país lo consideró como derecho con protección constitucional. No sobra mencionar que este derecho tiene al día de hoy una relevancia trascendental en Estados Unidos como parte de un nuevo concepto de privacidad en relación a su seguridad nacional, pero que sin embargo también resulta ser uno de los derechos más controvertidos pues Estados Unidos es considerado uno de los países que más indaga sobre la información de las personas. Basta con mencionar, como ejemplo, la conocida “lista negra”⁶ del ex presidente Bill Clinton que no es otra cosa sino una lista en donde se incluyen los nombres de personas y empresas que según ese país se encuentran relacionados con el narcotráfico.

Sin pretender hacer todo un desarrollo respecto de la regulación en Estados Unidos, en materia de protección de datos personales⁷ sirva hasta aquí lo expuesto pues no es la

3 Término atribuido a Thomas M. Cooley.

4 El nombre de la regulación en francés es “*Loi relative à la presse*” del 11 de mayo de 1868. Véase en: Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, *Op. cit.*, p. 214.

5 Con la finalidad de no crear confusión con la traducción al español, los agravios son: 1. *Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs*, 2. *Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff*, 3. *Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye*, y 4. *Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness*. Véase artículo completo en: William L. Prosser, “Privacy”, en *California Law Review*, Agosto 1960, Vol. 48, No. 3, [en línea], disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>, consulta: 16 de septiembre de 2014.

6 “Specially Designated Nationals List” (SDN), [en línea], disponible en: <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx>. Última fecha de consulta el 12 de diciembre de 2014.

7 En cuanto a la regulación, entre las más importantes se encuentran: *The Freedom of Information Act (1966)*, *The Privacy Act (1974)*, *The Health Insurance Portability and Accountability Act (1996)* y *The Children's Online Privacy (1998)*.



finalidad de esta contribución agotar el tema en relación a este país y sólo es menester resaltar que el derecho a la privacidad, que implica la protección de la información personal, es un derecho cuyo origen se gestó en la literatura académica, las investigaciones de las autoridades habilitadas en la materia así como por los precedentes fijados por los tribunales judiciales de ese país.

Instrumentos internacionales y la falta de uniformidad en el uso de los conceptos “Privacy”, “Vie Privée” y “Vida Privada”

En lo que respecta al contexto internacional, a continuación se presentan algunos instrumentos internacionales que hacen referencia a los conceptos de privacidad o vida privada de manera indistinta lo cual ha generado controversias con respecto al alcance, contenido y diferencia con el derecho a la protección de datos personales.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) de 1948, tiene una curiosa y relevante importancia en el tema que nos ocupa. Curiosa por la utilización de los términos privacidad y vida privada de forma indistinta, refiriéndose a un mismo derecho, lo cual es una problemática derivada de los idiomas oficiales⁸ de las Naciones Unidas y de relevante importancia por la tendencia en el reconocimiento del derecho a la protección de los datos personales como derecho humano autónomo, ya que en su artículo 12⁹ se establece, si bien no de forma específica este derecho a la protección de información personal, dicho numeral es considerado la base de la protección de datos personales al hablar de injerencias en la vida privada de las personas.

En el artículo 12 de la DUDH en la versión en inglés se utiliza el concepto “privacy” en los términos siguientes: “No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks”. Por su parte, en la versión en francés¹⁰ se utiliza el término “vie privée”, mientras que en el idioma español se utiliza el término “vida privada”.¹¹ De lo cual se desprende que, los términos “privacy,

8 Los idiomas oficiales de la ONU son: árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

9 Este artículo refiere a la protección de la vida privada, la familia, la honra y la reputación, todos estos derechos reconocidos implícitamente en regulaciones anteriores tal como el derecho de familia y la regulación penal, por lo que pareciera que no es más que la materialización de un derecho que estuvo reconocido aunque indirectamente pero que retomó su importancia tras los acontecimientos suscitados en la Segunda Guerra Mundial como la creación de estereotipos con fines bélicos.

10 Article 12. Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. Asimismo, en el artículo de Brandeis y Warren cuando hacen alusión al “the right to privacy” señalan que éste se encuentra previsto en la regulación francesa en materia de prensa, donde ésta utiliza también el término “vie privée”, lo cual los coloca en el mismo supuesto de la problemática terminológica.

11 Artículo 12. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.



vie privée y *vida privada*” son utilizados de forma indistinta, al hacer alusión a un mismo derecho, sin embargo, en ningún apartado dentro del documento se especifica qué debe entenderse por dichos términos¹².

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹³, de 1948, en su artículo 5, no utiliza el término privacidad sólo el de “vida privada”¹⁴ con sus equivalentes “*private (and family) life*”¹⁵ y “*vie privée*”¹⁶ en sus respectivas versiones en inglés y francés que pueden ser consultadas en línea en la página oficial de la Organización de los Estados Americanos.

En esa tesitura de creación y adopción de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en 1950 se adopta el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyas versiones oficiales son únicamente en los idiomas inglés y francés, y que en su artículo 8 en relación al derecho al respeto a la vida privada, utilizan los términos “*private (and family) life*”¹⁷ y “*vie privée*”¹⁸.

Posteriormente, en 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adopta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante). Este instrumento, en su artículo 17, reproduce casi de forma intacta lo previsto en el artículo 12 de la DUDH, utilizando en su versión en español el concepto de “vida privada”, mientras que “*privacy*”

12 González Fuster, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Suiza, Springer, 2014. p. 37.

13 Con un enfoque regional, este instrumento se adopta en la reciente creación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), cuyos idiomas oficiales son: español, francés, inglés y portugués. Véase más acerca de la OEA [en línea], disponible en: <http://www.iin.oea.org/IIN2011/oea-organizacion-estados-americanos.shtml>

14 Artículo V. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar. [En línea], disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

15 “Article V. Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life”. [En línea], disponible en: <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/declaration.asp>

16 “Article V. Toute personne a droit à la protection de la loi contre les attaques abusives contre son honneur, sa réputation et sa vie privée et familiale”. [En línea], disponible en: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/b.declaration.htm>

17 Article 8. Right to respect for private and family life. 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. [En línea], disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm>

18 Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale. 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. [En línea], disponible en: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/005.htm>



y “*vie privée*” en sus versiones en inglés y francés respectivamente¹⁹, sin explicar nuevamente en qué consiste este concepto.

Por último, en 1969 se adopta la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como el Pacto de San José de Costa Rica. En su artículo 11, mantiene la problemática de la utilización de los términos “*private life, vie privée y vida privada*” en sus distintas versiones en inglés, francés y español, sin hacer distinción alguna. Aunado a esto, en el título del artículo en su versión en inglés se refiere al término “*Right to privacy*” mientras que en su versión en español se denomina: “Protección de la Honra y de la Dignidad”²⁰.

Ahora bien, en ninguno de todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos hasta el momento mencionados se hace referencia al concepto del derecho a la protección de los datos personales en sentido estricto, solamente haciendo una interpretación del texto de los instrumentos internacionales podría vincularse a los datos personales y al tratamiento de los mismos. Evidentemente, para la época en la que se redactaron estos instrumentos los avances tecnológicos no representaban el riesgo del manejo de información personal como sucede hoy en día.

En este orden de ideas, es en 1988 cuando el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través de su Observación General Número 16²¹ se pronuncia respecto del contenido del artículo 17²² del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo es la reproducción casi exacta del artículo 12²³ de la DUDH. En ambos artículos se hace referencia al concepto “*vida privada*” sin embargo en la Observación General Número 16 en comento se hace referencia al “*derecho a la intimidad*”²⁴.

19 Véanse versiones oficiales en los idiomas inglés, francés y español, respectivamente, [en línea], disponibles en: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>; <http://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>; y <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

20 Véanse versiones oficiales en los idiomas inglés, francés y español, respectivamente, [en línea], disponibles en: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm
<https://www.cidh.oas.org/Basicos/French/c.convention.htm>
http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

21 Observación General Número 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17. Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea], disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

22 Artículo 17. 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

23 Artículo 12.- Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

24 La Observación General Número 16 puede consultarse en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.



En este pronunciamiento, se realiza todo un análisis respecto de qué debe entenderse por injerencias ilegales y arbitrarias a la vida privada, qué se entiende por familia y domicilio, etcétera. Sin embargo, en ningún apartado define lo que debe entenderse por vida privada o derecho a la intimidad. Aunado a ello, sí realiza un pronunciamiento respecto del tema que nos ocupa en su numeral 10 que a la letra indica:

“La recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto por las autoridades públicas como por las particulares o entidades privadas, deben estar reglamentados por la ley. Los Estados deben adoptar medidas eficaces para velar por que la información relativa a la vida privada de una persona no caiga en manos de personas no autorizadas por ley para recibirla, elaborarla y emplearla y por que nunca se la utilice para fines incompatibles con el Pacto. Para que la protección de la vida privada sea lo más eficaz posible, toda persona debe tener el derecho de verificar si hay datos personales suyos almacenados en archivos automáticos de datos y, en caso afirmativo, de obtener información inteligible sobre cuáles son esos datos y con qué fin se han almacenado. Asimismo, toda persona debe poder verificar qué autoridades públicas o qué particulares u organismos privados controlan o pueden controlar esos archivos. Si esos archivos contienen *datos personales* incorrectos o se han compilado o elaborado en contravención de las disposiciones legales, toda persona debe tener derecho a pedir su rectificación o eliminación²⁵.

El Comité de los Derechos Humanos señala, en términos generales, que debe estar regulada la recopilación y el registro de información personal en computadoras, bancos de datos y otros dispositivos, tanto para el sector público como el privado, debiéndose adoptar medidas para que la información relativa a la vida privada de una persona no esté disponible para personas no autorizadas para ello. Asimismo, se establece un “derecho de verificación” que consiste en que toda persona tiene el derecho a verificar si hay datos personales suyos almacenados en posesión del sector público o privado, así como un “derecho a saber” cuáles son esos datos almacenados (en caso de haberlos), y para qué fines se han almacenado, y un “derecho de rectificación o eliminación” en caso de que los datos personales sean incorrectos o si se obtuvieron de forma ilegal, respectivamente.

Lo planteado en el párrafo anterior, es de suma importancia en virtud de que se establecen los derechos básicos que tiene toda persona respecto del tratamiento de su información personal, aspecto que se conoce en diversas regulaciones y en la literatura en materia de protección de datos personales como “el derecho a la autodeterminación informativa”, el cual consiste en el derecho que tiene toda persona para decidir qué se puede hacer o no con su información personal, respondiendo básicamente a las siguientes preguntas ¿quién?, ¿cómo? y ¿para qué?

Ahora bien, en lo que respecta a Naciones Unidas entre 1990 y 1991 se llevó a cabo el 45° periodo de sesiones de su Asamblea General, donde se aprobaron 269 resoluciones,

25 *Ibíd.* Las cursivas fueron añadidas.



entre las cuales, destaca la Resolución 45/95 de 14 de diciembre de 1990, por la que se aprueban los “Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales”²⁶. En esta resolución la Asamblea solicita a los gobiernos, 1) que tengan en cuenta dichos principios en sus leyes y reglamentos, y 2) que tanto las organizaciones gubernamentales, inter gubernamentales como no gubernamentales observen dichos principios en el ámbito de su competencia, lo cual es uno de los primeros antecedentes en materia de regulación de protección de datos personales.

Estos principios rectores en materia de protección de la información personal aprobados por la Asamblea General son: licitud, lealtad, exactitud, finalidad, acceso, no discriminación y seguridad. Con esto se sientan las bases respecto del establecimiento de excepciones, controles, sanciones, y flujos a través de fronteras, así como un ámbito de aplicación para la información personal que hasta ese momento no existía en los instrumentos internacionales como se ha explicado²⁷.

En este orden de ideas también la OCDE ha desempeñado un papel trascendental en materia de protección de la información personal en el contexto internacional. Si bien ésta es una organización enfocada al desarrollo económico²⁸, en el seno de la misma organización se percibió la problemática derivada de las diversas estrategias de desarrollo en materia de comercio, en particular en lo concerniente al comercio electrónico, pues éste implica el intercambio, manejo, uso y tratamiento en general de la información personal.

El derecho al desarrollo promovido por la OCDE no debía estar confrontado con los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales aun y cuando no existiera una uniformidad en el manejo de los conceptos como es el caso de la vida privada, la privacidad o el derecho a la intimidad vinculados a la protección de la información personal.

De este modo, en el contexto de la sociedad de la información, en la cual el comercio electrónico es utilizado de forma cotidiana, así como el gobierno electrónico, en donde se

26 Esta resolución tiene como finalidad aprobar un proyecto de principios en los que ya se venía trabajando con anterioridad, prueba de ello son las resoluciones 1990/38 del Consejo Económico y Social del 25 de mayo de 1990, 1990/42 de la otrora Comisión de Derechos Humanos del 6 de marzo de 1990, 44/132 del 15 de diciembre de 1989 de la Asamblea General, 1989/78 del Consejo Económico y Social del 24 de mayo de 1989, y 1989/43 de la otrora citada Comisión de Derechos Humanos del 6 de marzo de 1989, todas bajo el mismo título “Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales”.

27 Aun y cuando se utiliza el término “principio” no todos los señalados lo son en sentido estricto respecto del tratamiento de información personal, pero sí consideramos que son estándares básicos que se deberán observar por las respectivas legislaciones y sujetos regulados, con la finalidad de brindar protección al titular de dicha información. Los principios pueden ser consultados [en línea], disponibles en: <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Res-95-45-de-1990-ONU-Principios-rectores-para-la-reglamentaci%C3%B3n-de-los-ficheros.doc>. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

28 Véase la página oficial sobre los objetivos de la OCDE en <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>, Observación General Número 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17. Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea], disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.



realizan el tratamiento continuo de datos personales, fue necesario el planteamiento de estrategias que garantizaran el tratamiento de la información personal con estricto apego a los derechos humanos²⁹ y así salvaguardar la dignidad humana de las personas sin que esto llegara a representar un retraso en la utilización de nuevas tecnologías.

Para que los Estados pudieran adecuar sus marco jurídicos y establecer las garantías mínimas de protección de los derechos humanos y en particular el derecho a la privacidad y protección de información personal, la OCDE, después de varios años de trabajo³⁰, adoptó en 1980 las “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales”³¹ pues el problema no radicaba en el manejo de la información personal *per se* sino en la escasa regulación que existía en torno a la misma. Estas directrices tuvieron como alcance el tratamiento de datos personales en el sector público y privado a fin de evitar su uso si: “suponen un peligro para la privacidad y las libertades individuales”³².

En estas directrices se plantearon los siguientes principios: de limitación de recogida de datos personales; de calidad de los datos personales; de especificación del propósito de la recogida de datos personales; de limitación de uso de los datos personales; de limitación de uso de los datos personales; de la salvaguardia de la seguridad para proteger los datos personales; de transparencia en cuanto a evolución, prácticas y políticas relativas a datos personales, de participación individual y de responsabilidad sobre todo controlador de datos personales³³.

Bases mínimas de protección de datos personales de la Unión Europea

El interés por el derecho a la privacidad aumentó con el fin de la Segunda Guerra Mundial que generó un marco alto de sensibilidad en el tema. Sin embargo, entre los años 1960 y 1970 con el advenimiento de las tecnologías de la información y el potencial de vigilancia de los sistemas informáticos de gran alcance, se impulsó la demanda de normas específicas para regular la recolección y manejo de información personal.

29 Protección de datos personales como derecho humano.

30 Los trabajos de la OCDE comienzan en marzo de 1968 (3rd Ministerial Meeting on Science of OECD Countries - Gaps in Technology : Plastics), junio de 1968 (creación del “Computer Utilisation Group”), 1971 (Reportes: Computerised data banks in public administration y Digital information and the privacy problema), 1972 (creación de los paneles “Data Bank and Policy Issues of Computer”), 1974 (seminario “Policy Issues in data protection and privacy”), 1975 (conferencia “Computer/Communications Policy”), 1978 (comienzan los trabajos de redacción de las Directrices de 1980), septiembre de 1980 (adopción de las Directrices), 1981 (creación del “Information, Computer and Communications Committee”), 1985 (adopción de “Declaration on Transborder Data Flows”).

31 Estas directrices fueron adoptadas por recomendación del Consejo de la OCDE el 23 de septiembre de 1980, y en el año de 2013 fueron actualizadas. Véanse ambas versiones [en línea] disponibles en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf

32 Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, disponible en: www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

33 *Ibíd.*



La génesis de la legislación moderna en esta área se remonta a la primera ley de protección de datos en el mundo promulgada en el Estado de Hesse en Alemania en 1970³⁴. Esta fue seguida por las leyes nacionales en Suecia (1973), Alemania (1977) y Francia (1978)³⁵.

En enero de 1968, el Consejo de Europa adoptó la recomendación 509 relativa a derechos humanos y desarrollos científicos y tecnológicos³⁶. Este instrumento, pone en consideración la problemática que se presenta en relación a los serios daños a los derechos de las personas, en específico al derecho a la privacidad y vida privada³⁷, derivado de los avances de la ciencia y los desarrollos tecnológicos. En ese sentido, la recomendación 509 consiste en que el Comité de Expertos en Derechos Humanos realice un estudio y reporte, con la finalidad de verificar que las legislaciones de los Estados miembros protejan dicho derecho a la privacidad en contra de violaciones que puedan llevarse a cabo a través del uso de métodos científicos y tecnológicos modernos³⁸.

Posteriormente, el 28 de enero de 1981 se adopta el Convenio 108 del Consejo de Europa, para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. En este instrumento se establecen las definiciones para datos de carácter personal, fichero y tratamiento automatizado, así como autoridad controladora del fichero. En cuanto a su campo de aplicación se establecen opciones que deberán determinar los Estados miembros.

El citado convenio 108, en términos generales, establece una serie de principios rectores que deberán ser aplicados al tratamiento de información personal³⁹, así como categorías de información personal en relación a la sensibilidad para su titular, la obligación de la adopción de medidas de seguridad, una serie de garantías (derechos) respecto de dicha información personal, excepciones, sanciones, y contempla también un apartado relacionado a flujos transfronterizos de datos personales, y reglas en la aplicación de dicho instrumento.

34 Esta fue la primera regulación en el mundo, con un alcance local sólo a Hesse y aplicaba únicamente para el sector público.

35 Albert J. Marcella, y Carol Stucki, *Privacy Handbook*, Estados Unidos de Norteamérica, Wiley, 2003, p. 71, (T. del A.).

36 El título oficial es “*On human rights and modern scientific and technological developments*”.

37 El artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos señala específicamente la vida privada [en línea] disponibles en: http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=OCB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.echr.coe.int%2FDocuments%2FConvention_SPA.pdf&ei=8XuSVM0yDs-NyATs1YCYDA&usg=AFQjCNGNd8COGgNlgbK0w9mxKQyynqMdyQ. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

38 Council of Europe, Recommendation 509 on human rights and modern scientific and technological developments, [en línea] disponible en: <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta68/EREC509.htm>. Última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

39 Ver artículo 5 del Convenio 108. Este artículo bajo el título “Calidad de los datos” señala que los datos se obtendrán leal y legítimamente, cumplimiento finalidades determinadas y legítimas, los cuales serán adecuados, pertinentes, no excesivos, exactos y actualizados, cumpliendo un periodo de conservación en relación al cumplimiento de su finalidad.



El Convenio 108 del Consejo de Europa es uno de los primeros instrumentos que prevé de forma material el derecho a la protección de los datos personales, esto en virtud de que la adopción de dicho instrumento tiene como base el fortalecimiento en la protección del derecho a la vida privada⁴⁰. Aunado a que es un instrumento regional dirigido a los miembros del Consejo de Europa, en términos de su artículo 23 cualquier otro Estado no miembro podrá adherirse a él previa invitación de su Comité de Ministros, lo cual es relevante en virtud de la realidad en materia de flujos transfronterizos de datos personales⁴¹.

En octubre de 1985, el Consejo y el Parlamento Europeos, con base al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales⁴², adoptan la Directiva 95/46/EC relativa a la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales y la libre circulación de los mismos. En su artículo primero señala la obligación de los Estados miembros de proteger, en particular, el derecho a la vida privada en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

La Directiva nace con la finalidad de estandarizar las prácticas de los diversos países en materia de protección de datos personales, estableciendo una serie de principios, derechos y obligaciones de quienes sean responsables de dicha información, atendiendo a la realidad internacional en relación al flujo transfronterizo de datos personales con motivo del desarrollo de las economías, pero sin dejar de observar los derechos de las personas. Es una medida de equilibrio entre el desarrollo económico de las naciones y el respeto a los derechos humanos de las personas, es decir, se apuesta por estrategias comerciales tanto nacionales como internacionales que impliquen el tratamiento de información personal, pero estas prácticas no pueden ser absolutas sin respetar y proteger dicha información que puede tener o no implicaciones en las personas en menor o mayor medida⁴³.

40 Esto es así en virtud de lo señalado en el primer párrafo de dicho instrumento, y también en su artículo 1 en relación al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Asimismo, el citado Convenio se elaboró en los idiomas inglés y francés de forma oficial, donde persiste la problemática en el uso de los términos “*privacy*” y “*vie privée*”.

41 Para complementar el Convenio 108 se emitió un Protocolo Adicional en 2001 relativo a las autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento del Convenio, así como lo relativo a las transferencias internacionales de datos personales a un Estado u organización que no sea parte de dicho Convenio, éstos deberán asegurar un nivel adecuado de protección, el Protocolo Adicional está [en línea] disponible en: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/181.htm>. Asimismo, el Convenio 108 ha tenido propuestas de modernización, véase más en: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/dataprotection/Modernisation_en.asp

42 En el primer considerando de esta Directiva se hace referencia al Convenio Europeo que sin embargo éste no menciona de forma expresa al concepto de derecho de protección de datos personales sino al de vida privada. El término oficial es “*privacy*” en términos del idioma en que fue redactada.

43 La Directiva 95/45 abarca: objeto, definiciones, ámbito de aplicación, derecho nacional aplicable, condiciones de licitud, principios relativos a la calidad de los datos y legitimación del tratamiento, tratamientos de datos en relación a su categoría, información del responsable, aspectos relacionados con la libertad de expresión, excepciones y limitaciones, derecho de acceso, rectificación, oposición, supresión o bloqueo, obligaciones de seguridad y confidencialidad, recursos, responsabilidad y reparación de perjuicios, sanciones, transferencias internacionales de datos, autoridades de control, el grupo del artículo 29, etcétera.



Finalmente, es hasta diciembre del año 2000 que el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea proclaman en Niza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,⁴⁴ en cuyo artículo 8 se reconoce el derecho de las personas a la protección de los datos de carácter personal que les conciernen, estableciendo que dicha información se tratará de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley, aunado de los derechos accesorios de acceso y rectificación, cuyo cumplimiento y protección deberán ser velados por una autoridad competente.

Así, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se ha convertido en un instrumento de referencia para otros Estados⁴⁵ ya que consolida por primera vez, en un contexto regional, la autonomía e independencia del derecho a la protección de datos personales respecto del derecho a la vida privada.

44 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, Niza, diciembre 2000. Véase [en línea] disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

45 En México, este derecho está reconocido a nivel constitucional en el segundo párrafo del artículo 16 y se encuentra regulado a través de la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, en donde si bien se protege dicho derecho, de las sanciones que pueden ser impuestas ninguna tiene como finalidad reparar al titular el daño causado por el mal uso de su información personal. La citada ley señala: Artículo 66. Las sanciones que se señalan en este Capítulo se impondrán sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que resulte.



Conclusiones

Los derechos de vida privada, privacidad, intimidad y protección de datos, desde el punto de vista de su reconocimiento formal a nivel constitucional en los diversos Estados, implican el diseño de toda una infraestructura jurídica. Creación normativa que no es sencilla atendiendo a los avances jurídicos, culturales y tecnológicos de los diversos países que no siempre están al mismo nivel. Por ello, al hablar del derecho a la protección de datos personales, como derecho autónomo, es hablar de dudas y cuestionamientos al carecer en la actualidad de una uniformidad en el manejo de ciertos conceptos. Esto deja de manifiesto que nos encontramos en una fase inicial de desarrollo y consolidación, tanto para las autoridades garantes y judiciales como para los sujetos de derechos en materia de privacidad y protección de información personal.

Los términos “*privacy, vie privé*e y *vida privada*” han constituido una problemática no sólo terminológica (desde el punto de vista del idioma al referirse a un mismo derecho en los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos) sino también jurídica. Tan es así, que si bien, en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, el término a aplicar en los países con idioma español sería el de “derecho a la vida privada”, en muchos países de habla hispana se ha adoptado, a la par, el concepto “derecho a la privacidad” creando confusión si ambos derechos son sinónimos, desde el punto de vista de su origen.

Por otro lado, el derecho a la protección de datos personales, si bien pretende proteger la privacidad o vida privada de las personas, se trata de un derecho independiente y autónomo que regula el tratamiento de la información personal en estricto sentido con independencia de si se trata de datos personales sensibles o no.

Por tanto, las aportaciones internacionales en materia de protección de datos, sin lugar a dudas, juegan un papel importante en virtud de que permean en los marcos jurídicos de cada Estado, sirva como ejemplo el caso mencionado de la OCDE y sus “Directrices sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales” que han ayudado a la consolidación del equilibrio en el binomio del derecho a la protección de la información personal con el derecho al desarrollo de los países.

Razón por la cual, hay que reiterar que el problema no es el tratamiento de la información personal en los ámbitos nacionales e internacionales en sí mismo, sino que el problema radica en no tener una normatividad acorde a los estándares mínimos establecidos en instrumentos regionales e internacionales como los que fueron mencionados en el presente artículo, pues estos principios y estándares tendrán en todo momento un papel fundamental ante las nuevas tendencias tecnológicas en el presente y el futuro como es el cómputo en la nube y el big data, por poner algunos ejemplos.

El reto que como sociedad tenemos en puerta es la homologación de las regulaciones en la materia, haciendo especial énfasis en la afectación que se pueda causar en los derechos humanos de las personas derivado de un mal uso de la información personal vulnerando la vida privada, la privacidad o la intimidad de los sujetos titulares de los datos personales.



Bibliografía

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000. [En línea] disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. [En línea] disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969. [En línea] disponible en:

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950. [En línea] disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

Convenio 108 del Consejo de Europa, 1981. [En línea] disponible en: <http://inicio.ifai.org.mx/DocumentosdelInteres/B.28-cp--CONVENIO-N-1o--108-DEL-CONSEJO-DE-EUROPA.pdf>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948. [En línea] disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948. [En línea] disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 24 de octubre de 1985. [En línea] disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN>.

Directrices de la OCDE sobre protección de la privacidad y flujos transfronterizos de datos personales, disponible en: www.oecd.org/sti/ieconomy/15590267.pdf última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

European Unión, European Union Agency for Fundamental Rights, y Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Publications Office of the European Union, Belgium, 2014, [en línea], disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_data_protection_ENG.pdf, consulta: 18 de septiembre de 2014.

González Fuster, Gloria, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*. Suiza, Springer, 2014.

Marcella, Albert J., y Stucki, Carol, *Privacy Handbook*. Estados Unidos de Norteamérica, Wiley, 2003.



Observación General No. 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17 - Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea] disponible: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966. [En línea] disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.

OECD, The OECD Privacy Framework, 2013. [En línea] disponible en: http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf.

Observación General Número 16, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 17. Derecho a la intimidad, 32º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 162 (1988). [En línea], disponible en: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom16.html>, última fecha de consulta el 16 de diciembre de 2014.

Prosser, William L., “Privacy”, en *California Law Review*, Agosto 1960, vol. 48, núm. 3, [en línea], disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3157&context=californialawreview>, consulta: 16 de septiembre de 2014.

Recommendation 509, On Human Rights and Modern Scientific and Technological Developments, 1968, Council of Europe. [En línea] disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta68/EREC509.htm>.

Resolución 45/95, Principios Rectores sobre la Reglamentación de los Ficheros Computadorizados de Datos Personales, 14 de diciembre de 1990. Asamblea General de las Naciones Unidas, 45º periodo de sesiones. [En línea] disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=%20A/RES/45/95&Lang=S>.

“Specially Designated Nationals List” (SDN). [En línea], disponible en: <http://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/default.aspx>.

Warren, Samuel D., y Brandeis, Louis D., “The Right to Privacy”, en *The Harvard Law Review*, Diciembre 15, 1890, vol. 4, núm. 5, [en línea], disponible en: <http://www.english.illinois.edu/-people-/faculty/debaron/582/582%20readings/right%20to%20privacy.pdf>, consulta: 15 de septiembre de 2014.

DERECHO INTERNACIONAL, TORTURA Y DESAPARICIÓN FORZADA: UN ESTUDIO SOBRE LAS SIMILITUDES Y DIFERENCIAS CON EL SISTEMA DE JUSTICIA PERUANO

INTERNATIONAL LAW, TORTURE AND FORCED DISAPPEARANCE: A STUDY ABOUT
THE SIMILARITIES AND DIFFERENCES WITH PERUVIAN'S JUSTICE SYSTEM

✉ By: Adán López Blanco *

Fecha de recepción: 3 de noviembre de 2014
Fecha de aprobación: 28 de noviembre de 2014

Resumen

En el presente artículo se estudiará la experiencia peruana al tratar los crímenes de tortura y desaparición forzada de personas al momento de conocer procesos por violación de los derechos humanos o delitos de lesa humanidad. En ese sentido, en un primer momento se abordará el marco normativo del Perú donde se regulan los delitos de tortura y desaparición forzada de personas, considerando cuál ha sido su desarrollo normativo. Asimismo, se presentarán cuáles son las diferencias esenciales entre lo regulado en el Perú y el Derecho Internacional, analizando cómo ha sido tratado en la jurisprudencia de los tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Tratados Internacionales. De esta manera, será posible evidenciar como la jurisprudencia peruana ha podido suplir algunas deficiencias adoptando los criterios del Derecho Internacional en muchos casos pero, en otros, se ha visto limitada de adecuar el Derecho Internacional con la ley peruana. En ese sentido, este artículo busca resaltar el problema de un distinto tratamiento entre el Derecho Internacional y el nacional, y la progresiva adopción de los criterios del Derecho Internacional como un medio para suplir vacíos normativos en el Perú.

* Estudiante de Derecho en la Universidad de San Martín de Porres, Lima – Perú, adan.lopez.blanco@gmail.com



Palabras clave: *Derecho Internacional, tortura, desaparición forzada de personas, Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

Abstract

This article will study the Peruvian experience dealing with crimes of torture and forced disappearance facing processes related to the violation of human rights or crimes against humanity. Then, primarily, it will be focus on Peru's law related to the crimes of torture and forced disappearance while analyzing its normative development. In the same way, we will study the essential differences between Peru's law and the International Law, focusing on the treatment of the jurisprudence of international courts, such as the Inter-American Humans' Right Court and treaties. In the same way, we will study the essential differences between Peru's law and the International Law, focusing on the treatment of the jurisprudence of international courts, such as the Inter-American Humans' Right Court and Treaties. Subsequently, it will be evidenced how the Peruvian's jurisprudence, in most of the cases, has overpassed some legal deficiencies by adopting International Law's standards; however, in others it has limited to adequate the International Law with the Peruvian law. This article wishes to highlight the problem of a different treatment between the International Law and the National law, as well as the adoption of International Law's standards as a way to correct the deficiencies in domestic.

Key words: *International Law, torture, forced disappearance, Interamerican Court of Human Rights.*



Introducción

El surgimiento de los delitos de lesa humanidad y la jurisdicción universal tuvo, como su antecedente más importante, las lamentables pérdidas humanas que se dieron en la Segunda Guerra Mundial donde se vio la necesidad de establecer una persecución penal que no distinga el lugar donde se cometió el delito si este, por la especial gravedad que reviste, afecta a toda la humanidad. Es también con base en este mismo criterio como se adopta el Estatuto de Roma y se establece la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, como persona jurídica del Derecho Internacional que tiene por objeto poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes que el propio Estatuto tipifica (delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión). Así, uno de los aspectos que sucedió con frecuencia era la imposibilidad de condenar a los responsables de conductas graves por diversas instituciones como la seguridad jurídica en la prescripción o la jurisdicción diferenciada que gozaban algunos procesados (como por ejemplo la penal-militar), donde se dejaba en duda la imparcialidad de los juzgadores y donde se dejaba margen al uso perverso de instituciones tradicionales del derecho penal como una puerta de salida hacia la impunidad.

Sin embargo, no solo es en la Corte Penal Internacional donde es posible juzgar por ese tipo de crímenes, sino también en la propia jurisdicción de los países de acuerdo a su derecho interno aplicable. En este caso, el presente artículo busca estudiar algunos casos de la jurisprudencia del Poder Judicial del Perú con respecto a los crímenes de tortura y desaparición forzada de personas, los cuales han sido, dentro de crímenes de lesa humanidad, los que mayor desarrollo jurisprudencial han tenido. De esta forma, se buscará partir del criterio del reconocimiento del Derecho Internacional como parte del derecho interno de cada Estado con el fin de analizar el grado de similitud en la sanción de los delitos de tortura y desaparición forzada en los procesos penales en Perú, frente a cómo podrían haber sido sancionados según el Derecho Internacional con base en los Tratados Internacionales, la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales y la costumbre internacional.

La revisión del caso peruano es relevante desde el Derecho Penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos porque, el país desarrolló una etapa de violencia proveniente los grupos terroristas Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru y el ejército peruano que, en un contexto de autoritarismo (1990-2000), se crearon desde los órganos gubernamentales grupos paramilitares acusados de llevar a cabo ejecuciones extrajudiciales y violación de derechos humanos de personas ajenas a la violencia terrorista –lo que se denominó posteriormente como “terrorismo de Estado” por los tribunales internacionales.

Esto mereció que varios casos ocurridos en el Perú llegaran al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) y se determine investigar y sancionar a los responsables de tales violaciones según las leyes peruanas pero siempre



bajo los parámetros de los Tratados Internacionales de los que el Estado peruano ha sido parte¹, generando un cambio de paradigma del estricto principio de legalidad penal que no siempre consideraba normas de Derecho Internacional. Sin embargo la jurisprudencia del Poder Judicial del Perú inició una inclusión real de los estándares internacionales como en este trabajo se analizará.

Marco normativo peruano de los delitos de tortura y desaparición forzada de personas

El Código Penal de 1991 del Perú incluye en el Título XIV-A los *Delitos Contra la Humanidad* donde, aparte de la tortura y desaparición forzada de personas, se han incluido la discriminación y manipulación genética² como una modificación en el 2006 y 2002 respectivamente. En cuanto a la propia regulación del delito de tortura y desaparición forzada de personas, la ley penal peruana señala al respecto:

Art. 320.- delito de desaparición forzada cometida por funcionario público: El funcionario o servidor público que prive a una persona de su libertad, ordenando o ejecutando acciones que tenga por resultado su desaparición debidamente comprobada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años (...); y

Art. 321.- delito de tortura simple y cualificada: El funcionario o servidor público o cualquier persona, con el consentimiento o aquiescencia de aquél, que inflija a otros dolores o sufrimientos graves, sean físicos o mentales, o lo someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o aflicción psíquica, con el fin de obtener de la víctima o de un tercero una confesión o información, o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o de coaccionarla, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

Si la tortura causa la muerte del agraviado o le produce lesión grave y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será respectivamente no menor de ocho ni mayor de veinte años, ni menor de seis ni mayor de doce años”.

- 1 Donde, sobretodo, lo son los principales documentos internacionales con respecto al caso como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.
- 2 Esto es muy importante tener en cuenta en la experiencia peruana y un fundamento clave para analizarlo en otros países de si los Códigos Penales -o algunas otras normas penales especiales-, han regulado en su capítulo de delitos contra la humanidad después a la fecha de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma en sus respectivos países, prohibiciones penales adicionales que no regulan los Tratados Internacionales como delitos contra la humanidad o la comunidad internacional.



Un primer y breve análisis sobre las normas del Código Penal peruano anteriormente citadas está en su poca sistematicidad (a pesar de ser ambos delitos penados también por el Derecho Internacional Penal bajo el mismo rótulo de “lesa humanidad”) en exigir que quien delinque (el sujeto activo), sea sólo funcionario o servidor público cuando se trate de desaparición forzada de personas y pueda ser un particular cuando se dé el caso de tortura. Si bien es cierto ello será mencionado con más profundidad en el próximo subcapítulo, no deja de llamar la atención las discordancias que se pueden dar entre el derecho nacional y el internacional.

Para establecer el marco normativo completo no basta solo con la descripción de la conducta típica, sino también son atinentes otras normas que son fundamentales en la integración normativa para el juez penal al momento de resolver un caso. Por ejemplo, de entrada con el Derecho Internacional, el artículo 55° de la Constitución Política del Perú señala que los Tratados Internacionales forman parte del derecho nacional y, asimismo, la IV Disposición Final y Transitoria de la misma norma suprema señala que “las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

Asimismo, existen otras disposiciones en leyes especiales relativas al Derecho Internacional que con base en una interpretación sistemática pueden tener efectos en la interpretación de los delitos de tortura y desaparición forzada en el Perú. Por ejemplo, el Código Procesal Constitucional peruano –cuyas normas de interpretación pueden servir como método preventivo para que no se recurra a tales procesos al producirse una presunta violación a una garantía constitucional-, establece una ampliación sobre la interpretación de los derechos constitucionales –entre los que caben la vida, integridad física, psicológica y otros derechos que se vulneran en la tortura y desaparición forzada de personas-, estableciendo que la jurisprudencia de los tribunales internacionales, además de los Tratados, sirven como fuente de interpretación del mismo derecho.

Para finalizar con el marco normativo, si bien expresamente no se ha legislado en el Perú sobre una prescripción diferenciada³ de tales delitos contra la humanidad (como quedó expuesto, el Código Penal no dice nada específico al respecto), ha tenido que ser la jurisprudencia internacional quien haya sentado precedente para que los tribunales peruanos adopten ese criterio⁴. Así las cosas, en el 2011 el Tribunal Constitucional peruano indicó en la Sentencia N° 24-2010-AI/TC que la prescripción, si bien es cierto es un derecho constitucional en el

3 Así, el plazo común de prescripción (sin hacer excepción la norma para algunos tipos de delitos) que establece el Código Penal peruano en su artículo 80° es la pena máxima fijada para cada delito siempre que no sobrepase los 20 años.

4 Por tomar un ejemplo, en el Caso *La Cantuta Vs. Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó la imprescriptibilidad de dichos delitos al ser crímenes de lesa humanidad y, por ende, constituir una violación grave hacia los derechos humanos, impidiendo que sean sujetos a eximentes de responsabilidad aun cuando no haya entrado en vigencia los convenios o tratados internacionales que regulan ello de manera expresa (Cfr. Caso *La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 162, párr. 225.



Perú, no es un derecho fundamental y no se encuentra en el ámbito protegido del principio de legalidad penal (que en Perú solo alude a la conducta típica y a la pena), por lo que basta reconocer –para los delitos contra la humanidad- su imprescriptibilidad como norma del *ius cogens* internacional, aún para las conductas cometidas antes de la vigencia de los Tratados, ya que estos únicamente tienen efecto declarativo.

Similitudes y diferencias del tratamiento normativo peruano y el internacional

Es muy importante tener en cuenta los desarrollos del Derecho Internacional en materia de desaparición forzada de personas y la tortura que actualmente constituyan normas de carácter vinculante para los Estados (o, como se le conoce en el Derecho Internacional, que formen parte del *hard law*) para ver si existe en el Perú una concordancia o no entre la legislación interna y la internacional a la que indudablemente está vinculada. Dicho ejemplo peruano también puede servir para a su vez para el estudio del caso en otros países o como punto de referencia tanto en los aspectos positivos como negativos.

Antes de entrar a analizar las similitudes y diferencias, es necesario detenerse en los problemas que pueden generar una diferencia de tratamiento de la tortura y la desaparición forzada de personas en el Derecho Internacional y el Derecho Penal interno (tanto del caso peruano como de cualquier otro país); en cuanto, en el estado actual del derecho nacional el Derecho Internacional y los Tratados forman parte del derecho nacional, tanto las normas de los tratados como de la legislación interna deben tener una unidad y concordancia práctica. Una diferencia en el tratamiento de la tortura y la desaparición forzada de personas desde los Tratados, como en la legislación de algún país, posibilita poner en duda si ello no vulneraría garantías del debido proceso o el principio de legalidad y la seguridad jurídica; pues por la tesis de la unidad del Derecho, las normas que son vinculantes jurídicamente, provengan de la fuente que provengan, deben tener los mismos presupuestos si tratan la misma materia (ej. delito de tortura) y se refieren a la misma rama jurídica (ej. derecho o sistema penal).

Existen unas distinciones importantes: En la tesis de la unidad del derecho, se entiende que lo que está permitido en una disciplina jurídica (ej. derecho administrativo o civil), no debería por qué estar prohibido en otra, ya que las normas de ambas disciplinas jurídicas forman parte al fin y al cabo del ordenamiento jurídico. Sin embargo hay casos en que el sistema de responsabilidad que se asume por las conductas puede ser distinto tratándose de ramas distintas: por ejemplo, en el derecho penal está justificado y no es penalmente relevante el hecho que alguien, por evitar un mal mayor, cause daños a la propiedad de otra persona; sin embargo, en el derecho civil tendría que estar obligado a reparar dicho daño; sin embargo ello no colisiona con la tesis de la unidad del derecho en tanto que pena privativa de libertad y reparación civil son instituciones con fines y funciones distintas. Tomando esta tesis para el caso de la tortura y la desaparición forzada, tanto la disciplina



del Derecho Internacional –que se expresa en los Tratados y la jurisprudencia internacional como unas de sus fuentes- y la del Derecho Penal, cuando regulan la desaparición forzada de personas y la tortura como crímenes o delitos contra la humanidad –o lesa humanidad- lo hacen con el idéntico objetivo de prevenir y sancionar su comisión, por lo que es importante que exista una igualdad de criterios en los Tratados y jurisprudencia internacional junto con la legislación interna (leyes penales en este caso) para que no se presenten diferencias que puedan poner en duda la seguridad jurídica cuando sean los jueces quienes interpreten las normas en un proceso penal⁵.

1. Diferencias entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal en la desaparición forzada de personas en el Perú

En cuanto a la diferencia que puede tener el mismo crimen en los Tratados y/o jurisprudencia internacional con las leyes internas del Perú, podemos notar a continuación las siguientes más resaltantes:

En primer lugar, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala como sujetos que pueden cometer dichos delitos a los agentes del Estado o por personas o grupos que actúen con su “autorización, apoyo o aquiescencia”; sin embargo, la ley penal peruana solo limita a aquellos sujetos que pueden cometer dicho delito de desaparición forzada a funcionarios o servidores públicos; es decir solo podrían ser juzgado como autores los miembros del Estado y no los agentes particulares así actúen en colaboración con los miembros del Estado o de cualquier otra forma.

Por otra parte, en cuanto a la segunda diferencia, los medios comisivos que señala la citada Convención Interamericana para considerar desaparición forzada a una conducta es ampliamente distinta a la ley penal peruana, y puede suponer un problema grave de concordancia entre una misma prohibición. Así, la Convención Interamericana señala que esta desaparición forzada se produce cuando se priva de libertad a la persona (se le abstrae de su entorno) y posteriormente hay “una falta de información o una negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona”, de tal manera que le impida ejercer a sus familiares o entorno cercano los recursos y garantías legales que puedan dar con el paradero de la víctima. La ley peruana, en cambio, solo regula como desaparición forzada (aparte de restringirlo al funcionario o servidor público), aquella privación de libertad donde se ordene y/o ejecute acciones que tengan por fin su “desaparición debidamente comprobada”. Es decir, si dividimos el tipo penal en dos actos después de su privación (abstraerlo del entorno normal para la víctima y negativa a dar información a sus familiares), podemos notar como la ley penal peruana exige el requisito no previsto por la Convención Interamericana que se produzca su efectiva desaparición (es decir, su muerte) y omite la segunda conducta –y no menos importante- de negarse a dar información sobre el paradero de la víctima.

5 Volveremos a este tema cuando toquemos el marco del principio de legalidad penal y los límites o alcances actuales de la interpretación en las fuentes del derecho penal.



La tercera diferencia –y es la que ha podido suponer la mayor gravedad de todas- es el momento en que el delito se consuma según una interpretación literal de la ley penal para la desaparición forzada frente al Derecho Internacional. Si volvemos al texto del delito de desaparición forzada en el Perú, podremos ver que este finaliza cuando se ordena o ejecuta acciones que tenga por fin la desaparición debidamente comprobada. Sin embargo, como indica en su artículo 3° la propia Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, es un delito permanente o continuado mientras no se establezca el paradero de la víctima. Es decir, el delito se sigue cometiendo mientras el agente no indique donde se encuentra el desaparecido. Esto puede presentar problemas o ambivalencias en el tratamiento del procesado dentro de un mismo país y con el mismo ordenamiento jurídico para saber cuánto tiempo se mantuvo la situación antijurídica, cuando terminó el delito y, por ende, desde cuándo puede considerarse el inicio de la condena (de ser el caso) o hasta aspectos como el otorgamiento de beneficios penitenciarios según las leyes internas de cada país.

Sobre esta tercera diferencia, es bueno señalar que se ha visto obligada de ser subsanada por la Corte Suprema de Justicia del Perú en el Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116 donde establece vía interpretación plenamente vinculante para todos los jueces del Estado peruano, que en base a los Tratados la desaparición forzada sería considerado delito de carácter permanente y la conducta delictiva se va mantener no solo mientras desaparezca a la víctima, sino hasta que no informe donde se encuentra. Ese es un ejemplo de cómo la jurisprudencia puede subsanar un defecto legislativo con las normas internacionales en el campo del Derecho Internacional Penal y Derecho Penal.

2. Diferencias entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal sobre la tortura en el Perú

En cuanto al delito de tortura que se presenta en el Perú frente al Derecho Internacional, no se presentan diferencias sustanciales que puedan tener efectos o poner en duda el principio de legalidad, la seguridad jurídica y concordancia entre los Tratados Internacionales y la legislación interna. Lo que en todo caso no se entiende es cómo en el delito de tortura en el Perú sí se previó su realización por un agente particular que actúe con la aquiescencia de un miembro del Estado, cosa que no sucedió cuando se legisló sobre el delito de desaparición forzada. Y ello llama la atención teniendo en cuenta que en el Perú ambos delitos se encuentran en el mismo capítulo: “delitos contra la humanidad”.

El principio de legalidad penal y los criterios de adopción del Derecho Internacional

Con la llegada y los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos después de la Segunda Guerra Mundial, las instituciones tradicionales del derecho –y aquí como ejemplo tomaremos el Derecho Penal- empiezan a adecuarse a esta nueva concepción de ver el derecho: una más práctica, flexible y que se preocupe por los problemas de fondo



antes que los formalismos y donde no sean estos mismo formalismos una cuestión de seguridad jurídica, sino que lo sea la justicia. Es así como, entre las diversas instituciones o concepciones jurídicas que se van adoptando a los nuevos cambios del Derecho Internacional, se encuentra el principio de legalidad penal, que hoy en la doctrina presenta algunas reticencias a ese cambio, pero que en la jurisprudencia internacional y con el avance de los Tratados Internacionales se va imponiendo esta nueva concepción.

Así, en cuanto al principio de legalidad penal, este históricamente ha sido entendido como la imposibilidad de someter a las disposiciones penales a una interpretación un poco más amplia que no solo busque en su fuente normativa la norma con rango legal propiamente dicho, sino también vea en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos o la jurisprudencia internacional vinculante como otra forma de disposiciones normativas de rango aun superior. Para darnos cuenta del grado de certeza o precisión que se exigía al momento de interpretar y aplicar la ley penal, podemos remitirnos a las referencias que brinda Claus Roxin cuando menciona que en el siglo XIX el Tribunal Supremo del Reich declaró inocente a una persona acusada de sustraer ilegítimamente energía eléctrica, aduciendo que la energía no era una “cosa” (corporal) como establecían las normas penales y, por ende, no poder castigarlo⁶.

Si se trata de brindar referencias actuales en pleno siglo XXI de cómo las instituciones jurídicas tradicionales podrían aplicarse a casos de crímenes internacionales y/o violaciones graves de derechos humanos, podemos tomar como ejemplo distintas instituciones que de seguro funcionan en varios países en la actualidad y no se hace expresamente una distinción de su inaplicabilidad para casos sensibles en que se involucra el Derecho Internacional: Tenemos por ejemplo la prescripción de los delitos, donde -al menos en el Perú como en otros países del continente- no se establece una distinción tratándose de crímenes internacionales tal como lo hace el Derecho Internacional⁷; el *ne bis in ídem* cuando el proceso por crímenes internacionales o delitos de lesa humanidad ha sido llevado a cabo en un fuero militar o han surgido nuevos elementos importantes para esclarecer los hechos⁸ y, con la jurisprudencia internacional, tal proceso se declara nulo y se ordena uno nuevo o, por último, con el principio de aplicación de la ley penal más favorable al reo, aun cuando esté prohibido por la

6 Cfr. Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 142.

7 En la jurisprudencia internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Bulacio vs. Argentina* concluyó que, a pesar que la legislación interna de un país (en el referido caso se trataba de la República de Argentina), establezca en sus normas nacionales la prescripción de los delitos, cuando se trata de violaciones de derechos humanos, estas son imprescriptibles de acuerdo a los Tratados Internacionales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Cfr. Caso *Bulacio Vs. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 116.

8 Para graficarlo podemos tomar como ejemplo el Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró sobre el principio *ne bis in ídem* que “(...) aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable (...)” en tres supuestos distintos que brinda y, agrega además, que una sentencia que tiene la autoridad de cosa juzgada puede ser reabierto y volver a ser juzgados los responsables (Cfr. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 154, párr. 55.



jurisprudencia internacional aplicar eximentes que disminuyan o alteren la responsabilidad de autores de delitos de lesa humanidad o crímenes internacionales⁹.

Esta nueva concepción de criterios por parte del Derecho Internacional viene representando una novedad en el derecho interno de los diferentes Estados, pero que progresivamente se van adecuando a estos parámetros del Derecho Internacional. Debemos, antes de entrar a la jurisprudencia del Poder Judicial peruano, hacer una defensa a estas normas y disposiciones internacionales que tienen sus efectos en el derecho interno: el principio de legalidad penal nace en los Estados liberales con el surgimiento de la revolución francesa, y su fundamento es que solo las normas aprobadas por el Parlamento (al que se le consideraba el primer poder del Estado en ese entonces) eran las únicas legitimadas para efectuar la persecución penal, pues delegársela o volvérsela a otorgar exclusivamente al órgano ejecutivo (antiguamente los monarcas) representaba un peligro que el Derecho Penal sea usado como una herramienta para la persecución de enemigos políticos.

Ahora, más de 100 años después, el panorama es distinto: en primer lugar ya no son los Parlamentos o Congresos los primeros poderes del Estado, sino que comparten el lugar con otros organismos que según las leyes y constituciones de cada país se reconozcan; asimismo, se ha otorgado un reconocimiento especial a la víctima en los procesos y la defensa de la dignidad e, internacionalmente, se ha reconocido el derecho a la verdad desde los organismos internacionales para casos de violaciones graves hacia los derechos humanos¹⁰. Ello hace que las fuentes del Derecho Penal sean más amplias y no se entiendan solamente como “aquellas normas con rango legal expedidas por el Parlamento”, sino también a los Tratados Internacionales (de rango superior) y a la jurisprudencia internacional vinculante, que constituye una garantía para la protección de la persona humana y de la que los Estados no pueden abdicar.

Es indudable que dichas disposiciones del Derecho Internacional (Tratados, jurisprudencia internacional y la costumbre) tiene efectos en los procesos penales que se llevan en los órganos nacionales. En esa línea de ideas, ¿cómo ha reaccionado entonces el Poder Judicial del Perú ante esta corriente del Derecho Internacional? Asimismo, ¿cómo ha interpretado tales delitos de desaparición forzada y de tortura por los jueces en el Perú?

9 El tan mundialmente citado *Caso Barrios Altos Vs. Perú* que llegó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispuso, por ejemplo, en su punto resolutorio N° 4 –y de ahí la razón de su impacto universal- que las leyes de autoamnistía “(...) son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”; esto significó que la norma penal más favorable –en este caso para los violadores de derechos humanos- carezca absolutamente de efectos jurídicos, por ser nula desde su creación y en consecuencia, que se anulen los efectos jurídicos favorables que para los ex militares había surtido. Si tomamos en cuenta en un sentido rígido la institución de aplicación de la norma más favorable al reo, debería tener efectos la mentada ley de autoamnistía aun cuando pueda ser declarada posteriormente su inconstitucionalidad o inconvencionalidad, pero no es este el caso cuando se trate de violaciones graves de derechos humanos donde, insistimos, la seguridad jurídica se encuentra en la justicia. (Cfr. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo). Serie C No. 75, punto resolutorio N° 4).

10 Un gran avance del derecho a la verdad partió desde la Resolución N° AG/RES. 2725 (XLII-O/12) aprobada el 4 de junio de 2012 por los Estados miembros de la OEA.



Jurisprudencia del Poder Judicial peruano sobre la tortura y desaparición forzada de personas

A continuación dividiremos comenzando con tortura y posteriormente con desaparición forzada algunas decisiones relevantes que ha emitido la justicia peruana interpretando estos delitos para ver su relación o implicancia con el Derecho Internacional.

1. Tratamiento jurisprudencial de la tortura

De entrada ha sido la Corte Suprema quien ha examinado e incorporado el Derecho Internacional para complementar el desarrollo legal interno del delito de tortura. Así, tenemos una jurisprudencia interesante como lo expresaremos a continuación:

“(...) se debe señalar que la Sala de mérito se equivoca en cuanto a su apreciación, pues este tipo penal se refiere a uno que tutela los “crímenes contra la humanidad”, por tal motivo para su configuración, además de sus elementos objetivos se requiere tener presente, como criterio político criminal, que se trata de un crimen internacional perpetrado en un contexto político conflictivo, a tenor del artículo 4 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que el ámbito de tutela es la dignidad de la persona, como sujeto de derechos fundamentales (...)”¹¹.

Este criterio es importante de tener en cuenta porque la legislación penal peruana no establece como un requisito de la tortura el hecho del ataque generalizado o sistemático, el cual por cierto tampoco lo prevé la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, pero sí sucede ello con el Estatuto de Roma. Para este tipo de casos límite, donde se puede presentar una diferencia importante en dos Tratados Internacionales, ¿cuál criterio adoptar? En este caso creemos que la Corte Suprema del Perú debió preferir el de la Convención Interamericana anteriormente citado donde no se exige dicho requisito de <<ataque generalizado>>, y la razón de ello estaría en que el Estatuto de Roma es un Tratado Internacional regulador de la aplicación del Derecho Internacional Penal en la competencia y jurisdicción de la Corte Penal Internacional (CPI), a diferencia de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, que se dirige expresamente hacia los Estados para que en el ámbito de su competencia lo aplique y regule. Optar por dicha opción no viola ningún principio o valor como la seguridad jurídica toda vez que el Tratado que no exige tal requisito, también se encuentra en vigencia y tiene una forma sustancialmente distinta al Estatuto de Roma.

Una diferencia deficiente que ha hecho el Poder Judicial el Perú ha sido la distinción entre la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes que, como se conoce, ambas figuras tienen una regulación en un mismo Tratado como lo es la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Así, Sala Penal Nacional de Perú

11 Poder Judicial del Perú, Recurso de Nulidad N° 1776-2008 – Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.



indicó en el 2001 que la diferencia entre la tortura y los tratos crueles “dependen de todas las circunstancias del caso, tales como la duración de los tratos, sus efectos físicos y mentales y, en algunos casos, el sexo, edad y estado de salud de la víctima”¹². Esta jurisprudencia citada, por ejemplo, se aleja un poco del Derecho Internacional al momento de diferenciar dichos aspectos; tal es el caso en primer lugar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el cual establece la distinción en base a la intensidad y gravedad, siendo el más sensible la tortura.¹³ Asimismo, este criterio lo ha recogido la propia Corte Interamericana del Caso *Celebici* de la Cámara de Juicio del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y lo ha repetido posteriormente¹⁴ en su jurisprudencia. Asimismo, ha sido también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁵ quien ha adoptado el mismo criterio que dicho Tribunal Penal Internacional por lo que esta distinción ya constituía desde el Derecho Internacional un avance uniforme al que los tribunales internos se han debido adherir en un rol más garantista y uniforme.

Y por último, en cuanto al tratamiento jurisprudencial del delito de tortura, el Poder Judicial establece tres elementos esenciales para que se dé: las acciones que producen el sufrimiento de la víctima o su disminución de sus facultades psíquicas; la calidad de agente estatal de la persona que lo realiza o participa y, por último, el fin con que se hace la tortura “exige una determinada finalidad para configurar autónomamente este ilícito penal y que está orientado concretamente a obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por un hecho que haya cometido o se sospeche que lo ha realizado, así como de intimidarla o coaccionarla”¹⁶.

En este último caso sí cabe hacer una crítica fuerte a este último elemento que el Poder Judicial del Perú define como la finalidad de cometer la tortura. Si revisamos bien la cita, la jurisprudencia peruana solo cita algunos supuestos taxativos que motiven la realización de la tortura, pero olvida otros –y que son igual de importantes- que sí lo hace el Derecho Internacional y los Tratados: nos referimos por ejemplo a que no se contempló para dicho caso la tortura cuando se hace con el fin de prevenir la comisión de delitos, como pena (distinta al castigo) y con cualquier otro fin (que indudablemente abarca una gran variedad de casos. Dichas finalidades más amplias de la tortura se puede encontrar en el artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y merece, creemos, una revisión por parte de los jueces al momento de interpretan las normas penales.

12 Poder Judicial del Perú, Expediente N° 049-09 – Sala Penal Nacional.

13 Cfr. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Serie C No. 133, párr. 57.

14 Cfr. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 123, párr. 69.

15 Cfr. *Case of Ireland Vs. The United Kingdom (Application no. 5310/71)*. Strasbourg. Judgment 18 January 1978, paragraph, 167.

16 Poder Judicial del Perú, Expediente N° 09-05, Sala Penal Nacional.



2. Tratamiento jurisprudencial de la desaparición forzada de personas

Para el caso de la desaparición forzada de personas, ya habíamos podido ver antes las grandes deficiencias con que se ha legislado en el Perú donde lamentablemente no se han seguido los criterios del Derecho Internacional. En ese sentido, existe jurisprudencia peruana que ha intentado hacer una interpretación de las normas peruanas de acuerdo a los Tratados y la jurisprudencia internacional y otro tipo de jurisprudencia que ha sido un poco más cautelosa y no ha adoptado estos criterios foráneos.

Por ejemplo, la deficiente regulación en el Perú de la desaparición forzada ha llevado a tener ciertas inconsistencias con el Derecho Internacional; así, la Corte Suprema y los jueces penales de Perú muchas veces han visto limitado el ámbito de interpretación que le pueden dar a una norma para no ir contra el texto expreso en ella.

En el 2006, la Corte Suprema del Perú recibió un caso sobre desaparición forzada de personas donde, al momento de la desaparición, no estaba tipificado como delito en la legislación peruana tal hecho; sin embargo, desde que entró en vigor la ley que sancionaba la desaparición de personas, los acusados (militares en ejercicio en actividad) no brindaban aún información sobre el paradero o los restos de la víctima. Si volvemos al segundo apartado del presente artículo, donde citamos el delito de desaparición forzada de personas en el Perú, nos podremos dar cuenta que en la legislación peruana no se hace referencia a aquella “información del paradero de la víctima”, sino solo a la “desaparición debidamente comprobada”, por tanto representa un avance de cómo se puede interpretar el derecho nacional de forma adecuada con los parámetros de los Tratados y de la jurisprudencia internacional con el objeto que no se consagre la impunidad ante este tipo de crímenes internacionales¹⁷.

En esa misma línea jurisprudencial, la deficiente regulación con el Derecho Internacional ha visto limitada la capacidad de los jueces peruanos cuando el militar que somete a una víctima bajo desaparición forzada cuando no estaba vigente la norma que lo sancionaba, no puede ser culpado si después de haber entrado en vigor, deja de ser militar pero persiste en su misma conducta de no dar información sobre el paradero de la víctima. Ello no ocurre en el Derecho Internacional, donde, por ejemplo la Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas establece no solo a los agentes estatales como personas que pueden cometer el delito, sino también a aquellos que no lo son (como los militares en retiro) cuando después de haberse legislado la prohibición de desaparición forzada, continúen rehusándose a dar el paradero de la víctima¹⁸.

17 Cfr. Poder Judicial del Perú, Recurso de Nulidad N° 2779-2006, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

18 Este criterio lo dio la Corte Suprema en un Acuerdo Plenario y, por tanto según la legislación peruana, debe ser obligatoriamente observado por los demás jueces en sus sentencias. Al respecto, dice la Corte Suprema de Perú: “No obstante que subsista el estado de desaparición de la víctima al momento de entrar en vigor la ley que tipificó el delito de desaparición forzada de personas, como se está ante un delito especial propio –sólo puede ser cometido



Así podemos ver para el caso del delito/crimen de desaparición forzada de personas, una deficiencia en su regulación en el Perú que tiene sus efectos en la jurisprudencia, que en parte ha podido ser corregida por el propio Poder Judicial en algunos casos (ej. al momento de requerir, aparte de la desaparición, la negativa a informar sobre el paradero de la víctima, lo que tiene como efecto que se puedan sancionar desapariciones cometidas antes de entrar en vigor la ley penal peruana pero que, después de ella, se ha mantenido la negativa a colaborar con encontrar el paradero de la víctima) y, otras veces, se ha visto impedida de hacer una interpretación de acuerdo a los Tratados Internacionales porque la ley peruana era muy expresa en un sentido contrario y distante del Derecho Internacional (ej. solo considerar a agentes estatales como personas que pueden cometer el delito de desaparición forzada de personas).

Conclusiones

Es importante que exista una concordancia entre el Derecho Internacional y las leyes internas de un Estado, de hecho puede considerarse fundamental para una correcta, justa y equitativa aplicación de las normas. Se ha analizado cómo se puede correr el riesgo muchas veces de aplicar normas distintas por los mismos hechos según se base el juez en los Tratados o de las normas internas. Esta reflexión del artículo espera contribuir hacia la búsqueda de la unificación del Derecho y la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional de manera inmediata por los jueces locales.

por funcionarios o servidores públicos- es indispensable que tal condición funcional esté presente cuando entra en vigor la ley penal. En consecuencia, si el agente en ese momento ya no integra la institución estatal y la injerencia se basa en primer término en el estatus de agente público, no es posible atribuirle responsabilidad en la desaparición cuando la ley penal entra en vigor con posterioridad al alejamiento del sujeto del servicio público" (Cfr. Poder Judicial del Perú, Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, F.J. N° 15.C).



Bibliografía

Case of Ireland Vs. The United Kingdom (Application no. 5310/71). Strasbourg. Judgment 18 January 1978, paragraph, 167.

Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 154, párr. 55.

Caso Bulacio Vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 116.

Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 11 de marzo de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 123, párr. 69.

Caso La Cantuta Vs. Perú. Sentencia de 29 de noviembre de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 162, párr. 225.

Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo). Serie C No. 133, párr. 57.

Poder Judicial del Perú, Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, F.J. N° 15.C

Poder Judicial del Perú, Expediente N° 09-05, Sala Penal Nacional.

Poder Judicial del Perú, Expediente N° 049-09 – Sala Penal Nacional.

Poder Judicial del Perú, Recurso de Nulidad N° 1776-2008 – Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Poder Judicial del Perú, Recurso de Nulidad N° 2779-2006, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

Roxin, Claus, Derecho Penal Parte General, 2.a ed., Madrid, Civitas, 1997, p. 142.

DIRECTRICES PARA LOS AUTORES

El EAFIT Journal of International Law se interesa por escritos producto de investigaciones, análisis científicos u otras contribuciones significativas que estén relacionadas, directa o indirectamente con el derecho internacional. Otros temas afines podrán ser considerados por el comité editorial para ser incluidos en la publicación.

Los artículos presentados para ser considerados deben ser inéditos y no estar en otros procesos editoriales. La presentación de los escritos por parte de los autores no implica la obligación de publicación por parte de la revista.

Los artículos deben ser enviados por correo electrónico en formato Word a:

ejil@eafit.edu.co y rtamayo1@eafit.edu.co

Otra opción de enviar los artículos es posible a través del siguiente enlace:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#onlineSubmissions>

Criterios generales de forma

- La versión debe ser definitiva, en caso de que el autor desee hacer cambios después de haber sometido el texto debe expresar su intención de retirar el texto del proceso editorial.
- La extensión máxima de los artículos sometidos a evaluación será 7000 palabras incluyendo bibliografía.
- El tipo de letra debe ser Times New Roman de 12 puntos (y 10 puntos para los pies de página).
- El interlineado debe ser de 1.5
- Márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 2.5 cm.
- Numeración de páginas en la parte inferior derecha, iniciando en uno (1) en la primera página
- Los títulos no deben tener ningún tipo de numeración automática.
- El final de las líneas no debe tener guiones, ni enter dentro del mismo párrafo.
- En caso de usar abreviaturas, la primera vez que aparece la expresión debe usarse completa y la abreviatura o en paréntesis. Ej.: Tratado de Libre Comercio (TLC en adelante).
- Irán en mayúscula sostenida las siglas hasta tres letras. En las siglas de más de tres letras solo se escribirá en mayúscula inicial. No obstante, si esta no es fácil lectura debido a la ausencia de vocales irá toda en mayúscula.
- Las expresiones en otros idiomas distintos al texto general del artículo debe tener el formato en itálicas o cursivas. Ej.: ...Por esta razón *The Taxation Act* Estadounidense debe considerarse...

Forma de cuerpo del escrito

- El tipo de letra del título debe ser Times New Roman de 14 puntos, preferiblemente en versales o en su defecto con mayúsculas iniciales
- Traducción del título en inglés en la línea inmediatamente siguiente, el tipo de letra debe ser Times New Roman de 12 puntos.
- En la línea inmediatamente siguiente, nombre(s) completo(s) de todos y cada uno de los autor(es) de cada artículo precedido de “por” o “by”, sin abreviaturas y con apellidos unidos por un guion. El nombre de cada autor debe tener una nota al pie que incluya el nivel académico más alto obtenido, la afiliación institucional, país y el correo electrónico.
- Resumen del artículo en español e inglés (Abstract), indicado con la palabra “Resumen” que podrá tener una extensión máxima de 250 palabras, preferiblemente en un solo párrafo. En todos los artículos de investigación e innovación se deberá incluir los objetivos principales de la investigación, alcance, metodología empleada, y principales resultados y conclusiones.
- Máximo cinco (5) “Palabras clave” con su debida traducción al inglés (Key words), que tienen como objeto incluirlas como criterios de búsqueda del artículo en sistemas digitales.
- Los títulos “Resumen”, “Abstract”, “Palabras Clave” y “Key words” deben ir en itálica y negrilla.

Al iniciar el texto del artículo se recomienda a los autores recordar la importancia de anunciar claramente la división interna del artículo y las razones de dicha división. Los títulos internos del artículo deben ser numerados manualmente con el fin de que no se alteren fácilmente en el proceso editorial, todos los títulos deben ir en negrilla, el primer nivel no requiere numeración, y los niveles inferiores inician en 1., y el subnivel en 1.1.

En caso de que el artículo contenga imágenes estas deben tener formato JPG Las imágenes no debe superar una resolución de 72 dpi y preferiblemente una medida que no sobrepase los 820 pixeles de ancho, información que puede ser verificada dando click derecho sobre la imagen en la opción “Propiedades”.

Sistema de citación y bibliografía

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

GUIDELINE FOR AUTHORS

EAFIT Journal of International Law welcomes articles from professors, practitioners, and law students from all around the world. We consider articles related politically or economically with the international law system, as well as seek to disseminate articles of comparative law. Other related topics can be considered by editorial team for its inclusion in the publication.

All material submitted must be original. EJIL does not evaluate papers that are

scheduled for publication, or are currently under review elsewhere. A request to submit a contribution to the EJIL is not a guarantee that the contribution will be published.

Articles for EJIL must be submitted via email on a Word document and emailed to: ejil@eafit.edu.co and rtamayo1@eafit.edu.co

Another option to submit the articles can be founded in the following link:

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#onlineSubmissions>

In addition to the specific criteria related to the title's form and the citation system that will be detailed right afterward, the general criterion of the form is:

- The article should be definitive, if the author wants to reform it after the paper has been sent, must express his/her intention to remove the article from the editorial process.
- Articles should have a maximum extension of 7000 words, including bibliography.
- All documents must use Times New Roman font (12 points for text and 10 points for footnotes).
- Articles should be text 1.5 spaced.
- All documents must have margins of 2.5 cm.
- Page numbering should be in the bottom right, starting at (1) on the first page.

- Titles should not have any automatic numbering.
- The end of the lines must not have dashes nor enter within the same paragraph.
- In the case of using abbreviations, the first time you must write the complete expression and the abbreviation must appear within parenthesis. Ex.: Free Trade Agreement (FTA onward in the text)
- The article should have in capital letters sustained the abbreviations of maximum three letters. The abbreviations of more than three letters should have only the first letter on capital letter. However, if the abbreviation is hard to read owed to the lack of vowels, it must be written totally on capital letters.
- The expressions written in other languages different to the general text of the document must appear on italics. Ex: ...Por esta razón *The Taxation Act Estadounidense* debe considerarse...

Writing and presentation

Full manuscript title must have the first letter of each word capitalized; the font must be Times New Roman, 14 points. In the following line with the same font in 12 points must be the title in English. In the next line should appear the name(s) of author(s) -a short biography in the first footnote-, and these names shall read "By:" or "Por:". Authors should provide (in the first footnote) the highest academic level obtained, their

institutional affiliation, country and their e-mail address.

After the previous information, there should be included a 250-words abstract in English and Spanish (by preference each one in one paragraph). Abstract of research and innovation articles must include: Main objective, scope, applied methodology and main results and conclusions. After the abstract, the article should also include 5 “Key words” (in English and Spanish) with the objective of including them into the search criteria of the article in digital systems. The titles: “Resumen”, “Abstract”, “Palabras Clave” y “Key words” must be in italics and

Authors are encouraged to remember the importance of establish clearly the internal division of the article and the reasons of that distribution.

The internal titles must be numbered manually in order to avoid mistakes in the editorial process, all the titles should be in bold, the title at fist level does not require numbering, lower levels start at 1., and sublevels at 1.1.

If the article contains photographs, graphics or other images, those should be attached on JPG format. Images must not exceed a resolution of 72 dpi, preferably images that do not exceed 820 pixels wide; this information can be verified by right clicking on the image in the option “Properties”.

Footnote and reference system

<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ejil/about/submissions#authorGuidelines>

Published by the Law School of Universidad EAFIT

Medellín - Colombia

Diciembre 2014

EAFIT Journal of International Law

July - December 2014